

PONDERAÇÃO DE INTERESSES  
E MEIO AMBIENTE  
NO DIREITO BRASILEIRO



**JAIME BARREIROS NETO**

**PONDERAÇÃO DE INTERESSES  
E MEIO AMBIENTE  
NO DIREITO BRASILEIRO**

**Conselho Editorial:**

Fredie Didier Júnior  
Gamil Föppel El Hireche  
Valton Pessoa  
Dirley da Cunha Júnior  
Cristiano Chaves de Farias  
Nestor Távora  
Rodolfo Pamplona Filho  
Maria Auxiliadora Minahim

**Capa:**

Amanda da Silva Gonçalves

**Diagramação:**

Maitê Coelho  
(maitescoelho@yahoo.com.br)



Av. Visconde de Itaborahy, 989  
Amaralina – Salvador – Bahia – Brasil  
Cep: 41.900-000  
Tel. (71) 3205-7707  
[www.faculdadebaianadedireito.com.br](http://www.faculdadebaianadedireito.com.br)

*Aos meus pais, Geraldo e Solange, por terem me ensinado que a realização de um sonho vai muito além da vontade, mas que a vontade é o primeiro passo para a realização de um sonho.*

*À minha esposa, Lorena, pelo amor e companheirismo.*

*A meus irmãos, minha avó, meu sobrinho e demais familiares.*

*Às pessoas amadas que, não mais presentes neste mundo, continuam a sobreviver no meu amor e na minha lembrança, em especial a minha avó Nelza.*

*Aos meus amigos e meus colegas de trabalho.*

*Aos meus alunos por nunca me permitirem deixar de ser um estudante.*



## SUMÁRIO

|                |    |
|----------------|----|
| Prefácio ..... | 11 |
|----------------|----|

### Capítulo I

#### **O REGIME POLÍTICO DEMOCRÁTICO E A CONSTRUÇÃO**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL .....</b> | <b>15</b> |
|--|-----------|

|   |    |
|---|----|
| 1. A democracia: origens e características .....  | 15 |
| 1.1. Noções introdutórias .....   | 15 |
| 1.2. Origens e evolução da democracia .....   | 18 |
| 1.3. Características essenciais da democracia .....                                     | 33 |
| 2. Da Idade Moderna à Guerra Fria:<br>a construção do estado do bem-estar social .....  | 35 |
| 2.1. O declínio do absolutismo monárquico<br>e o advento do liberalismo econômico ..... | 35 |
| 2.2. A decadência do liberalismo<br>e a formação do Estado do bem-estar social .....    | 37 |
| 3. O Estado do bem-estar social e os seus objetivos fundamentais .....                  | 42 |
| 3.1. Noção de bem-estar social.....   | 42 |
| 3.2. Joseph Schumpeter e “A teoria do desenvolvimento econômico” .....                  | 42 |
| 3.3. O intervencionismo keynesiano .....  | 42 |
| 3.4. Hugh Dalton e o princípio do maior benefício social.....                           | 43 |
| 3.5. Distinção entre Estado social e Estado socialista.....                             | 44 |
| 3.6. Noção de desenvolvimento econômico e o estado dualista.....                        | 46 |

### Capítulo II

#### **A LEGITIMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DUALISTA**

|   |           |
|---|-----------|
| <b>DO BEM-ESTAR SOCIAL E DO DESENVOLVIMENTO .....</b> | <b>49</b> |
|---|-----------|

|  |    |
|--|----|
| 4. Legitimação do estado brasileiro sob a ótica dualista .....   | 49 |
| 4.1. A Evolução constitucional do desenvolvimento<br>e bem-estar social no Brasil.....   | 49 |
| 4.2. A Constituição de 1988 e a legitimação do Estado brasileiro<br>sob a ótica dualista: o preâmbulo constitucional .....                           | 52 |
| 4.3. Os princípios fundamentais do artigo 1º<br>da Constituição Federal de 1988.....   | 55 |
| 4.4. Os objetivos fundamentais da República Federativa<br>do Brasil e a construção do Estado dualista<br>do bem-estar social e desenvolvimento ..... | 62 |
| 4.5. A legitimação do Estado brasileiro sob a ótica dualista: conclusões .....   | 65 |

**Capítulo III**

**DISCIPLINA JURÍDICA DO ESTADO**

**DO BEM-ESTAR E DO DESENVOLVIMENTO**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>ECONÔMICO FACE AO ATO LESIVO AO MEIO-AMBIENTE.....</b>  | <b>69</b> |
| 5. Conceitos de meio-ambiente, ecologia, biosfera e ecossistema.....   | 69        |
| 5.1. Conceitos de meio-ambiente e ecologia .....   | 69        |
| 5.2. Biosfera e ecossistema.....   | 71        |
| 6. Ameaças à biosfera: poluição, efeito estufa, destruição da camada de ozônio, desmatamento, chuva ácida, extinção de espécies.....   | 71        |
| 6.1. A poluição.....   | 72        |
| 6.2. O Efeito estufa .....   | 72        |
| 6.3. A destruição da Camada de Ozônio .....  | 73        |
| 6.4. A chuva ácida.....  | 73        |
| 6.5. O desmatamento e a destruição da fauna .....  | 74        |
| 7. Natureza jurídica do direito subjetivo ao meio-ambiente equilibrado .....   | 74        |
| 7.1. O conceito de direito subjetivo:<br>Teoria da Vontade <i>versus</i> Teoria do Interesse .....   | 74        |
| 7.2. O conceito de direito subjetivo:<br>a Teoria Eclética de Jellinek e a Teoria de Duguit .....  | 76        |
| 7.3. O conceito de direito subjetivo:<br>o normativismo kelseniano e o egologismo de Carlos Cossio .....   | 77        |
| 7.4. Classificação dos direitos subjetivos .....   | 78        |
| 7.5. Os conceitos de direito individual, direito coletivo e direito difuso.....  | 80        |
| 7.6. A distinção entre princípios e regras.....  | 83        |
| 7.7. Noção conceitual de princípio fundamental e a idéia de sistema.....   | 87        |
| 7.8. Princípios políticos constitucionalmente conformadores,<br>princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia .....   | 90        |
| 7.9. A natureza jurídica do direito subjetivo ao meio-ambiente equilibrado e a sua relação com os princípios fundamentais do Estado dualista do bem-estar social e desenvolvimento ..... | 90        |

**Capítulo IV**

**A SOCIEDADE DE RISCOS E A PONDERAÇÃO DOS VALORES**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>ECOLÓGICOS E ANTROPOLÓGICOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....</b>   | <b>95</b> |
| 8. A escassez de bens e as escolhas traumáticas em uma sociedade de riscos.....  | 95        |
| 9. A lógica paradoxal da condição humana e a necessidade do direito.....   | 97        |
| 10. O caráter cultural e político do direito e a necessidade da hermenêutica jurídica.....   | 103       |
| 10.1. A atividade hermenêutica e as suas etapas fundamentais .....   | 103       |
| 10.2. A evolução da concepção de hermenêutica .....  | 108       |
| 10.3. Evolução da hermenêutica jurídica .....  | 113       |
| 11. A técnica da ponderação de interesses e as escolhas traumáticas relativas aos conflitos entre os valores ecológicos e antropológicos ..... | 133       |



## SUMÁRIO

|         |   |     |
|---------|---|-----|
| 11.1.   | A técnica da ponderação de interesses: noções gerais .....  | 133 |
| 11.2.   | A técnica de ponderação de interesses: procedimento .....   | 142 |
| 11.3.   | Antropocentrismo, ecocentrismo e humanismo ambiental.....   | 148 |
| 11.4.   | A questão da ponderação dos valores antropológicos e ecológicos<br>e as escolhas traumáticas em uma sociedade de riscos ..... | 151 |
| 11.5.   | O Poder Judiciário brasileiro e a ponderação<br>entre os interesses ecológicos e antropológicos.....                          | 155 |
| 11.5.1. | Proteção do meio-ambiente<br><i>versus</i> direito de propriedade.....  | 156 |
| 11.5.2. | Proteção dos animais <i>versus</i> tradição cultural .....  | 161 |
| 11.5.3. | Preservação ambiental <i>versus</i> necessidade<br>de realização de treinamentos militares .....                              | 164 |
| 11.5.4. | O dano moral ambiental e o exercício<br>da atividade profissional de pescador .....   | 166 |
| 11.5.5. | Proteção ambiental <i>versus</i><br>exercício de atividade econômica.....   | 168 |
|         | Referências .....   | 171 |



## PREFÁCIO

*Na nave espacial Terra não há passageiros. Todos são tripulantes.*  
(Marshall McLuhan)

Talvez não exista, no plano acadêmico, maior honraria do que prefaciara uma obra, mormente quando bem fundamentada e aberta para as exigências prementes de um novo tempo. Esse sentimento se eleva quando o convite resulta de laços sinceros de uma amizade fraterna.

Conheci Jaime Barreiros Neto como colega de Graduação e do Mestrado da centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, nos primeiros anos do presente século. Desde aquela época, Jaime já se revelava um estudioso dedicado das ciências jurídicas, despontando como um dos grandes acadêmicos de sua geração, através de uma produção científica consistente e diversificada. Não era, portanto, difícil antever o seu futuro auspicioso, emergindo como uma promessa para o Ensino Jurídico da Bahia e do Brasil.

Somente por volta de 2008, comecei a desfrutar de sua convivência, quando nos encontramos, ambos já Professores, na querida Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Pude então constatar, agora mais de perto, as suas notáveis qualidades intelectuais, tais como a capacidade de sistematização lógica, a facilidade de exposição do pensamento e, sobretudo, a sua visão interdisciplinar, lastreada em sólida formação humanística, capaz de articular os temas mais relevantes da Ciência Política e do Direito Público.

Fui também testemunha de uma importante etapa de sua trajetória no Magistério Superior, quando, no ano de 2009, ao prestar concurso para Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Jaime Barreiros Neto foi aprovado com louvor, confirmando o seu imenso talento e a sua inegável vocação docente.

Nesse momento, deparo-me com um doutrinador maduro, envolto num processo de ebulição de idéias, produzindo artigos e livros em profusão. Brindamos agora com a presente obra, que questiona a ponderação de interesses e a relação sempre conflituosa entre os valores ecológicos e antropológicos na Constituição Federal de 1988.

Com efeito, o autor pretende relacionar juridicamente os valores antropológicos e os valores ecológicos que se polarizam numa sociedade de riscos, pautada na escassez de bens e recursos, na qual, a cada instante, o cidadão se

vê instado a realizar escolhas traumáticas. Sendo assim, procura discutir como efetivar os preceitos fundamentais do bem-estar social e desenvolvimento diante de um conflito de interesses entre esses dois bens juridicamente tutelados e de crucial importância para a efetivação da sustentabilidade de um Estado dualista.

No primeiro capítulo, o objeto da pesquisa é a construção do Estado do bem-estar social. Desde o feudalismo até a consolidação do Estado social, no século XX, é realizada uma cuidadosa retrospectiva histórica da formação do Estado do bem-estar, cujos caracteres são devidamente expostos, mormente no que se refere à sua vinculação com o desenvolvimento.

Na segunda parte do trabalho, o tema abordado é a legitimação do Estado brasileiro sob a ótica dualista do bem-estar social e do desenvolvimento, através do exame dos princípios fundamentais da Constituição pátria, bem como a partir de uma análise da evolução político-constitucional do desenvolvimento e do bem-estar social no Brasil.

A seu turno, no terceiro capítulo, investiga-se a disciplina jurídica do Estado do bem-estar e do desenvolvimento econômico, em face dos atos lesivos ao meio-ambiente. São enfocados os conceitos de meio-ambiente, biosfera, ecossistema e ecologia; direito subjetivo. Ademais, trata o autor da distinção entre regras e princípios jurídicos, bem como da natureza jurídica do direito subjetivo ao meio-ambiente equilibrado e a sua relação com os princípios fundamentais do Estado dualista do bem-estar social e desenvolvimento.

No quarto capítulo, a ponderação dos valores antropológicos e ecológicos é discutida exaustivamente, sendo delineados critérios para a harmonização dos princípios fundamentais numa sociedade de riscos. Para tanto, buscou-se estudar, inicialmente, as dimensões cultural e político do fenômeno jurídico, a fim de fundamentar a centralidade do estudo da hermenêutica jurídica. Após o exame da evolução da hermenêutica geral e jurídica, estuda-se a técnica interpretativa da ponderação de interesses, enfatizando-se o conflito existente entre os valores antropológicos e os valores ecológicos. Por derradeiro, verifica-se uma análise jurisprudencial dos precedentes referentes ao tema da ponderação de interesses antropológicos e ecológicos no Estado dualista do desenvolvimento e do bem-estar social.

Certamente, a presente obra muito contribuirá para a imperiosa reflexão sobre a atual sociedade de riscos, cuja escassez de bens gera a necessidade de sacrifícios, revelando a necessidade do uso hermenêutico da ponderação de interesses ecológicos e antropológicos, no contexto do Estado dualista de desenvolvimento e bem-estar social que foi plasmado pela Constituição Federal de 1988.

## PREFÁCIO

Eis, em rápida síntese, a instigante obra do amigo Jaime Barreiros Neto, que continua a trilhar o caminho benfazejo da correção ética e da dignidade intelectual, projetando o seu conhecimento na direção do porvir e inspirando as sucessivas gerações a moldar um Direito mais justo e harmonizado com o mundo em que vivemos.

Salvador, janeiro de 2011.

### **Ricardo Maurício Freire Soares**

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Doutor pela Università degli Studi di Roma. Pesquisador vinculado ao CNPQ e Avaliador do INEP/MEC. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito (Especialização/Mestrado/Doutorado) da Universidade Federal da Bahia. Professor e Coordenador do Núcleo de Estudos Fundamentais da Faculdade Baiana de Direito. Professor do Curso Juspodivm e da Rede Telepresencial LFG. Diretor da Escola Superior de Advocacia da OAB/Ba. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia.  
E-mail: ric.mauricio@ig.com.br



CAPÍTULO I

## O REGIME POLÍTICO DEMOCRÁTICO E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL

**Sumário** • 1. A democracia: origens e características: 1.1. Noções introdutórias; 1.2. Origens e evolução da democracia; 1.3. Características essenciais da democracia – 2. Da Idade Moderna à Guerra Fria: a construção do Estado do bem-estar social: 2.1. O declínio do absolutismo monárquico e o advento do liberalismo econômico; 2.2. A decadência do liberalismo e a formação do Estado do bem-estar social – 3. O Estado do bem-estar social e os seus objetivos fundamentais: 3.1. Noção de bem-estar social. 3.2. Joseph Schumpeter e “A teoria do desenvolvimento econômico”; 3.3. O intervencionismo keynesiano; 3.4. Hugh Dalton e o princípio do maior benefício social; 3.5. Distinção entre Estado social e Estado socialista; 3.6. Noção de desenvolvimento econômico e a idéia de Estado dualista.

### 1. A DEMOCRACIA: ORIGENS E CARACTERÍSTICAS

#### 1.1. Noções introdutórias

Qual o sentido da democracia, o seu conteúdo e os seus objetivos? Qual a finalidade do regime político democrático, e no que ele se difere de outras espécies de regimes políticos? As questões formuladas, aparentemente de fácil resolução, guardam, em verdade, uma grande complexidade, uma vez que, no mundo de hoje, vivemos a parêmia da unanimidade democrática: todos os governos, todos os povos, em todo planeta, querem se intitular como democráticos! A democracia, assim, se tornou o maior fetiche da modernidade, aclamada por liberais, sociais-democratas, socialistas e até mesmo por autocratas como um valor fundamental da sociedade contemporânea.

Diante desta obscuridade conceitual, segundo a qual, sob o mesmo adjetivo de “estado democrático” se aglutinam estados como o Brasil, os Estados Unidos, a antiga União Soviética, a extinta Alemanha Oriental (República Democrática da Alemanha), e, até mesmo, o Iraque de Saddam Hussein (eleito presidente pelo voto popular, com votação recorde de quase 100% do eleitorado), como podemos definir este regime político, outrora concebido pelo grande estadista britânico Winston Churchill como “o pior de todos os regimes, à exceção de todos os outros já testados”?

Abraham Lincoln, um dos mais importantes estadistas da história contemporânea, presidente dos Estados Unidos no século XIX, durante a Guerra

da Secessão, em um histórico discurso, proferido em Gettysburg, em 1863, definiu, de forma sintética, a democracia como sendo “o governo do povo, pelo povo e para o povo”. José Afonso da Silva<sup>1</sup>, comentando a famosa conceituação de democracia firmada pelo antigo presidente estadunidense, assim leciona:

Governo do povo significa que este é a fonte e titular do poder (todo poder emana do povo), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo regime democrático. Governo pelo povo quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apóia no consentimento popular; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da representação política (o poder é exercido em nome do povo). Governo para o povo há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar.

Apesar da importância histórica fundamental, o conceito de democracia formulado por Lincoln não satisfaz à unanimidade dos cientistas políticos. O italiano Giovanni Sartori, um dos mais renomados cientistas políticos da contemporaneidade, por exemplo, refuta a concepção de democracia de Lincoln, por considerá-la vaga e imprecisa, uma vez que o conceito de povo seria passível de, pelo menos, cinco interpretações, quais sejam: a) povo enquanto significado de uma pluralidade aproximada, ou seja, um grande número de pessoas; b) povo significando uma pluralidade integral, ou seja, todas as pessoas; c) o povo como um todo orgânico, uma entidade; d) o povo enquanto expressão de uma pluralidade construída pelo princípio da maioria absoluta e; e) o povo enquanto pluralidade expressa pelo princípio de uma maioria limitada.

Sartori entende que, dentre as cinco interpretações supracitadas para o termo povo, a única adequada, para definir a democracia como “o governo do povo” é aquela que define o povo como uma pluralidade expressa pelo princípio de uma maioria limitada. Assim, de acordo com o cientista político italiano<sup>2</sup>:

Podemos excluir a primeira interpretação, isto é, o povo entendido como “grande número”, porque isso não pode ser usado como critério, e cada caso exige um exame em separado. Podemos também excluir a segunda, o povo entendido como “todas as pessoas”, porque este padrão estrito nenhuma democracia jamais existiu ou existirá. (...) Mas, mesmo após termos excluído o primeiro significado, não muito útil, e a segunda interpretação do

1. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 139

2. Giovanni Sartori, *Teoria Democrática*, p. 19.



termo, hiperdemocrática, temos ainda três significados na base dos quais pode-se justificar qualquer tipo de sistema político. Quanto a povo entendido como um “todo orgânico”, podemos inferir que cada indivíduo nada significa isoladamente; da idéia de que o povo se iguala a uma “maioria absoluta”, concluiremos que unicamente a maioria conta; enquanto que segundo o “princípio da maioria limitada” mesmo a minoria conta.

Se “o povo” é entendido do modo como sugerem os românticos, como um todo orgânico ou uma espécie de “alma superior”, não é difícil perceber que este critério pode justificar o governo mais tirânico. Em nome do todo, cada um e todos podem ser subjugados de uma só vez. De fato, nenhuma democracia, assim chamada com propriedade, considera “o povo” como um organismo, dentro do significado romântico do termo. Na prática, as democracias rompem essa realidade compacta, apelam para os cálculos, e se interessam pelo jogo das maiorias. Por trás do *Volksggeist* e *Volkssseele* dos românticos, por trás do refrão “todos como uma só pessoa”, vislumbramos a justificação das autocracias totalitárias, não das democracias. Um povo, entendido como o direito absoluto da maioria a impor suas aspirações às minorias, parece ser, portanto, o primeiro significado aceitável do termo (isso dentro de um ponto de vista democrático). No entanto, isso não ocorre realmente. Presumindo que os 51 por cento dos vitoriosos contam por todos e que os 49 por cento dos vencidos não contam em absoluto, os vencedores estão numa posição que os leva a impedir a volta dos vencidos ao poder e o sistema – como veremos mais tarde – não poderá funcionar por muito tempo. Chegamos assim à conclusão de que unicamente o derradeiro significado de povo – que reconhecendo ainda a lei da maioria, protege, não obstante, os direitos da minoria – pode ser considerado como a interpretação correta a uma solução operante.

A melhor forma de entender-se a democracia não é, de fato, buscando um conceito formal e estático. Mais do que a compreensão da democracia como sendo “o governo do povo, pelo povo e para o povo” ou “o pior de todos os regimes políticos, à exceção de todos os demais testados”, o que importa é compreendermos a democracia como um processo, entendendo que o conceito de democracia é dinâmico, não existindo a democracia perfeita, possível apenas no campo das idéias. A democracia é, conforme lição de José Afonso da Silva<sup>3</sup>, um conceito histórico<sup>4</sup>, não se constituindo, assim, em um valor-fim, mas um meio ou instrumento para a realização da convivência humana.

3. Op. Cit., p. 129-130.

4. Neste sentido, valiosa também é a lição de Afonso Arinos de Melo Franco (*Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, p. 92), para quem “A confiança que inspira o regime democrático como forma de governo mais

Essencial, portanto, é a noção de que a legitimidade do regime político democrático reside na autoridade do povo e na consagração não só dos direitos das maiorias, mas também das minorias, sendo o mesmo regime um instrumento para a consecução de valores essenciais à preservação da própria existência da humanidade, fundado em três princípios basilares: a supremacia popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos; instrumento este em constante evolução e adaptação, pois, como bem define Sartori<sup>5</sup>: “o ideal democrático não define a realidade democrática e, vice-versa, uma democracia legítima não é, não pode ser, igual a uma democracia ideal”.

## 1.2. Origens e evolução da democracia

Quando teria surgido a democracia? Muitas são as controvérsias doutrinárias acerca do momento exato, ou aproximado, em que teria surgido o regime político democrático. A maior parte dos cientistas políticos indica a Grécia antiga como sendo o “berço da civilização” democrática, mas precisamente durante o chamado “Século de Péricles”, quando a cidade-estado de Atenas atingiu o seu apogeu. Tal concepção, entretanto, é combatida por alguns pensadores como, por exemplo, Robert Dahl<sup>6</sup>, para quem teria existido uma espécie de democracia primitiva, há milhares de anos, quando os homens ainda não haviam se sedentarizado e, na divisão do trabalho dos pequenos grupos que se organizavam em busca da “caça, da coleta de raízes, frutos e outras dádivas da natureza”, naturalmente um regime democrático, pautado na igualdade formal, teria prevalecido.

A sedentarização do ser humano, entretanto, segundo Dahl, teria tornado as formas de hierarquização das sociedades mais naturais, gerando, como consequência, o desaparecimento de governos populares por milhares de anos, substituídos que foram por monarquias, aristocracias e oligarquias. Assim, apenas por volta do ano 500 a. C. é que sistemas de governo populares voltaram a se desenvolver, especialmente na Europa (Grécia e Roma).

A Democracia Grega, por sinal, é aquela que, historicamente, é considerada a mais importante da antiguidade, tendo, para muitos, sido a primeira de todas as democracias. A cidade-estado de Atenas, a mais importante da Grécia Antiga, é considerada o berço da democracia, que, entretanto, era bastante

---

adaptada aos valores da cultura ocidental, baseada na dignidade da pessoa humana, funda-se, principalmente, na sua capacidade de transformação histórica, sem sacrifício dos seus elementos fundamentais. Ou a democracia é capaz de evoluir, de acordo com as novas condições econômicas e sociais da ação do Estado, ou perecerá.”

5. Op. Cit., p. 19.

6. Robert Dahl, *Sobre a Democracia*, p. 20.

diversa do modelo de democracia vigente na modernidade, uma vez que prevalecia, na democracia ateniense, a participação direta do cidadão nas decisões políticas, e não a representação, como na atualidade. Como bem leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>7</sup>:

O supremo poder na democracia ateniense era atribuído a todos os cidadãos. Nisso estava o ponto-chave para a qualificação de Atenas como uma democracia. Todo cidadão ateniense tinha o direito de participar, usando da palavra e votando, na assembleia onde se tomavam as decisões políticas fundamentais. Mas a qualidade de cidadão que presumia a liberdade era hereditária, não cabendo senão a filho de atenienses, exceto atribuição a determinados estrangeiros dessa qualidade por decisão expressa da assembleia. Desse modo, o ateniense tinha de descender de quem o era ao tempo de Sólon. Com isso, o numeroso grupo de metecos, estrangeiros ou descendentes, que representavam importante fator da grandeza econômica de Atenas, era posto à parte de qualquer participação política, que, como era do tempo, também se negava às mulheres. Em razão disto, avaliam os historiadores que, no período democrático, Atenas, que tinha cerca de 200.000 habitantes, não contava com mais de 10.000 ou 20.000 cidadãos. Iguamente, entre os cidadãos se sorteavam os que iriam exercer as magistraturas temporárias, bem como compor os tribunais, constituir, portanto, o que, *mutatis mutandis*, se chamaria modernamente Executivo e Judiciário.

Por força da identificação estabelecida entre a democracia e o modelo institucional ateniense, foi ela, por muitos séculos, considerada pelos pensadores políticos como própria apenas para Estados de exíguo território e pequeníssima população. Somente nestes, com efeito, era possível reunir em assembleia todos os cidadãos para que estes, após debate livre, tomassem as decisões políticas, votando, inclusive, a lei. Por isso, conquanto admirado, o modelo foi posto quase no rol das curiosidades até as revoluções liberais do último quartel do século XVIII.

Comparando a democracia dos antigos com a democracia dos modernos, na qual a eleição torna-se pressuposto essencial, Norberto Bobbio<sup>8</sup> professa que para os antigos a imagem da democracia era completamente diferente, relacionada à concepção de uma praça ou assembleia na qual os cidadãos eram chamados a tomar eles mesmos as decisões que lhes diziam respeito. A “Democracia”, segundo o referido cientista político, significava poder do “demos”, ou seja, do povo, e não, como hoje se observa, “o poder dos representantes do demos”.

7. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, p. 81-82.

8. Norberto Bobbio, *Teoria Geral da Política*, p. 372.

Em Roma, tal qual na Grécia, o governo popular surgiu em meados do século V a. C., com o nome de república (expressão que pode ser interpretada como “coisa pública” ou “os negócios do povo”). Inicialmente, o governo da república era restrito aos patrícios, mas, com o tempo, a plebe, através da luta, adquiriu o direito de participar das assembléias populares. O sufrágio, entretanto, em momento algum alcançou as mulheres. A expansão territorial de Roma, no entanto, terminou por inviabilizar a democracia direta, por distanciar o povo das principais decisões políticas, como bem ressalta Robert Dahl<sup>9</sup>:

Roma jamais adaptou adequadamente suas instituições de governo popular ao descomunal aumento do número de seus cidadãos e seu enorme distanciamento geográfico da cidade. Por estranho que pareça do nosso ponto de vista, as assembléias a que os cidadãos romanos estavam autorizados a participar continuavam se reunindo, como antes, na cidade de Roma – exatamente nesse mesmo Fórum, hoje em ruínas, visitado pelos turistas. No entanto, para a maioria dos cidadãos romanos que viviam no vastíssimo território da república, a cidade era muito distante para que pudessem assistir às assembléias, pelo menos sem esforço extraordinário e altíssimos custos. Conseqüentemente era negada a um número cada vez maior (e mais tarde esmagador) de cidadãos a oportunidade de participar das assembléias que se realizavam no centro do sistema de governo romano. Era como se a cidadania norte-americana fosse conferida a pessoas em diversos estados, conforme o país se expandia, embora a população desses novos estados só pudesse exercer seu direito de voto nas eleições nacionais se comparecesse a assembléias realizadas em Washington, D. C.

É de se ressaltar que, ainda na Antigüidade, surgem registros acerca da existência de assembléias populares na região Trondheim, na Noruega, por volta do ano 900 d. C. Tais assembléias, chamadas de *Ting*, em norueguês, eram compostas por vikings livres, excluídos que eram os escravos. Segundo Robert Dahl<sup>10</sup>:

A *Ting* caracteristicamente se reunia num campo aberto, marcado por grandes pedras verticais. Na reunião da *Ting*, os homens livres resolviam disputas; discutiam, aceitavam ou rejeitavam leis; adotavam ou derrubavam uma proposta de mudança de religião (por exemplo, aceitaram a religião cristã em troca da antiga religião nórdica); e até elegiam ou davam aprovação a um rei - que em geral devia jurar fidelidade às leis aprovadas pela *Ting*.

9. Op. Cit., p. 23-24.

10. Idem, p. 28-29.

Os vikings pouco ou nada sabiam e menos ainda se importavam com as práticas políticas democráticas e republicanas de mil anos antes na Grécia e em Roma. Dentro da lógica da igualdade que aplicavam aos homens livres, eles parecem ter criado suas próprias assembleias. Entre os vikings livres existia a idéia da igualdade, como demonstra a resposta dada por alguns vikings dinamarqueses quando um mensageiro lhes perguntou da margem do rio que subiam na França: “qual é o nome de vosso senhor”?

- Nenhum. Somos todos iguais.

Em todo caso, temos de resistir à tentação de exagerar. A igualdade de que se gabavam os vikings aplicava-se apenas aos homens livres, e mesmo estes variavam em riqueza e status. Abaixo dos homens livres estavam os escravos.

Com o fim do Império Romano do Ocidente, em 476 d. C., o período histórico denominado de Idade Antiga é encerrado, dando-se início à Idade Média, período no qual um novo sistema econômico de produção, o feudalismo, passa a prevalecer, com reflexo substancial sobre a organização política dos povos. As invasões bárbaras fazem com que a própria noção de Estado, definido por Reis Friede<sup>11</sup> como “toda associação ou grupo de pessoas fixado sobre determinado território, dotado de poder soberano”, ou, ainda, “um agrupamento humano, em território definido, politicamente organizado”, deixe, para muitos doutrinadores, de ser reconhecida, uma vez que os ideais de soberania e direito público terminam por ceder espaço ao poder quase que absoluto dos senhores feudais, que impunham suas determinações de forma incontestável aos seus vassalos, selando os destinos de vida e morte dos mesmos, e uma clara preponderância do direito privado sobre o direito público. Sobre a organização política do período medieval, sintetiza Sahid Maluf<sup>12</sup>:

O Estado medieval, que se ergueu sobre os escombros das invasões bárbaras, recebeu a influência preponderante dos costumes germânicos. As tradições romanas pouco ou nada influíram. Os reis bárbaros, francos, godos, lombardos e vândalos, uma vez completada a dominação dos vastos territórios que integravam a órbita de hegemonia do extinto império cesarista, passaram a distribuir cargos, vantagens e privilégios aos seus chefes guerreiros, resultando daí a fragmentação do poder. E como fossem imensos os territórios e impossível a manutenção da sua unidade sob um comando central único, criaram uma hierarquia imperial de condes, marqueses, barões e duques, os quais dominavam

11. Reis Friede, Curso de Teoria Geral do Estado (Teoria Constitucional e Relações Internacionais), 1. ed., p. 5, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

12. Sahid Maluf, Teoria Geral do Estado, 26. ed., p. 109, São Paulo: Saraiva, 2003.

determinadas zonas territoriais, como concessionários do poder jurisdicional do Rei. Em compensação, tais concessionários se comprometiam a defender o território, prestar ajuda militar, pagar tributos e manter o princípio da fidelidade de todos ao Rei.

O senhor feudal era o proprietário exclusivo das terras, sendo todos os habitantes seus vassalos. Exercia o senhor feudal as atribuições de chefe de Estado, decretava e arrecadava tributos, administrava a justiça, expedias regulamentos e promovia a guerra. Era uma espécie de rei nos seus domínios. Seu reinado, porém, repousava sobre um conceito de direito privado, não de direito público. Desse fato resultaram anomalias tais como a jurisdição privada, a cunhagem privada, a guerra privada etc.

A posse das terras era vitalícia e hereditária, operando-se a sucessão *causa mortis* pelo direito de primogenitura: a senhoria feudal passava automaticamente ao mais velho herdeiro varão do feudatário falecido.

Com o início do período denominado de “Baixa Idade Média”, em meados do século XI, quando cessam as invasões bárbaras, o mundo começa a assistir, gradativamente, à decadência do sistema feudal e ao surgimento, ainda tímido, de um novo sistema econômico de produção, o capitalismo. Através de uma renovação das práticas agrícolas, com a descoberta de novos instrumentos de trabalho, do renascimento comercial, decorrente da expansão das áreas produtivas, que terminou por gerar um excedente agrícola, propiciador de circulação de riquezas, e do renascimento urbano, decorrente do próprio desenvolvimento comercial, ressurgiu a atividade econômica na Europa, fator de enfraquecimento do sistema vigente e de fortalecimento da nova ordem que começa a florescer. Neste contexto, a democracia ressurgiu, em cidades do norte da Itália, por volta do ano 1100, inicialmente restrita aos membros das famílias da classe superior e, posteriormente, alargada à participação da chamada “classe média”, formada por novos ricos, pequenos artesãos, soldados, pequenos mercadores e banqueiros.

No século XII, mais precisamente em 1188, segundo Fávila Ribeiro<sup>13</sup>, surge, na Espanha, a concepção de democracia representativa, com a convocação das cortes de Castela e Leão. Até então, embora já se tivesse conhecido práticas representativas em Roma e na própria Grécia, não havia se verificado, de fato, a existência de instituições representativas independentes, uma vez que todas as formas de representação até então conhecidas haviam se submetido, em última

13. Fávila Ribeiro, *Direito Eleitoral*, p. 25-26.

instância, aos agentes do poder central, que detinham o poder de invalidar os atos dos representantes.

As cortes de Castela e Leão, entre os séculos XII e XVI, quando houve o triunfo definitivo do despotismo, eram periodicamente convocadas, com efetivo poder representativo para deliberar, em especial, sobre matéria tributária. Era também da competência das cortes a autorização para a declaração da guerra e para a celebração da paz. De acordo com Fávila Ribeiro<sup>14</sup>:

As cortes reunidas em 1257 e em 1291 autorizaram fosse celebrada a paz pelo rei Fernando IV. E em 1391 decidiram que não poderia a guerra ser declarada sem a sua prévia deliberação, a menos que ocorresse invasão territorial, prescrevendo ainda que nenhum tributo poderia ser cobrado sem que houvesse a concordância da representação do país.

No século seguinte, mais precisamente em 1215, na Inglaterra, vem ao lume a Magna Carta, convenção firmada entre o monarca João Sem Terra e os barões feudais na qual, de forma pioneira, é suscitada uma das noções basilares da democracia moderna, aquela segundo a qual o rei, naturalmente, deve vincular-se às leis que edita.

Além disso, a Magna Carta reconhece a existência de direitos ao Clero e à Nobreza independentes do consentimento do monarca, bem como ficar a noção da existência de um parlamento com poderes de fiscalização sobre os atos praticados pelo rei. Sobre o processo político que culminou na edição da Magna Carta, leciona Fábio Konder Comparato<sup>15</sup>:

Na Inglaterra, a supremacia do rei sobre os barões feudais, reforçada durante todo o século XII, enfraqueceu-se no início do reinado de João Sem-Terra, a partir da abertura de uma disputa com um rival pelo trono e o ataque vitorioso das forças do rei francês, Filipe Augusto, contra o ducado da Normandia, pertencente ao monarca inglês por herança dinástica (a família Plantagenet). Tais eventos levaram o rei da Inglaterra a aumentar as exações fiscais contra os barões, para o financiamento de suas campanhas bélicas. Diante dessa pressão tributária, a nobreza passou a exigir periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos.

Simultaneamente, João Sem-Terra entrou em colisão com o papado, ao apoiar contra este as pretensões territoriais ao Imperador Óton IV, seu sobrinho, em conflito declarado com o rei da

14. Idem, p. 25.

15. Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 71-72.

França. Ademais, tomando o partido imperial na querela das investiduras em cargos eclesiásticos, o rei recusou-se a aceitar a designação de Stephen Langton como cardeal de Canterbury, sendo por isso excomungado pelo Papa Inocêncio III (que reinou entre 1198 e 1216). Finalmente, pressionado pela Igreja e pela carência de recursos financeiros, João Sem-Terra decidiu submeter-se ao Papa: declarou a Inglaterra feudo de Roma em 1213 e obteve com isto o levantamento de sua excomunhão.

Dois anos depois, tendo de enfrentar a revolta armada dos barões, que chegaram a ocupar Londres, o rei foi obrigado a assinar a *Magna Carta*, como condição para a cessação de hostilidades. O documento, cuja primeira cláusula trata da liberdade eclesiástica, foi-lhe apresentado pelo próprio cardeal Stephen Langton, cuja nomeação como primaz da Inglaterra ele recusara. João Sem-Terra, porém, imediatamente após tê-lo assinado, recorreu ao Papa, seu superior feudal, e Inocêncio III declarou o documento nulo, pelo fato de ter sido obtido mediante coação e sem o devido consentimento pontifício. O que não impediu que essa promessa real fosse reafirmada várias vezes pelos monarcas subsequentes.

Pode-se afirmar que a Magna Carta inglesa plantou as sementes da democracia moderna, uma vez que “acaba proporcionando o desenvolvimento progressivo do ideal democrático, segundo o qual o poder não emanava mais de um ente divino ou de seus representantes na Terra, mas dos cidadãos livres e dos ocupantes de cargos eletivos”<sup>16</sup>, através da consagração de princípios basilares como: 1) respeito, pelo rei, aos direitos adquiridos pelos barões; 2) a prévia audiência do Grande Conselho<sup>17</sup> (composto por barões e tenentes-chefes), para imposição de tributos; 3) o direito dos barões de se insurgirem contra o rei quando houvesse o desrespeito às leis do país; 4) o princípio do devido processo legal; 5) o princípio da proibição de denegação da justiça, pala cláusula 40 (“não

16. Orides Mezzaroba, Introdução ao Direito Partidário Brasileiro, p. 23.

17. Criado por Guilherme I, O Conquistador, no século XI, o “Grande Conselho” era convocado periodicamente pelo rei e formado por barões, bispos e abades, tendo como objetivo alimentar o rei de opiniões sobre temas e problemas governamentais. Não existia, entretanto, relação de representação entre os seus membros e a comunidade, uma vez que não havia qualquer autoridade própria dos membros do Conselho, circunscritos à função de aconselhamento e interlocução do rei no que se refere a temas relevantes. Com a subida ao trono do Conde de Leicester, Simon de Montfort, após a derrubada do Rei Henrique III, na década de 60 do século XIII, representantes dos cavaleiros e dos cidadãos são convocados, em 1265, para compor o Grande Conselho, fazendo com que o parlamento inglês passasse a assumir um caráter legislativo, uma vez que os representantes tinham poder para deliberar sobre normas de caráter obrigatório e vinculativo. Conforme constatação de Orides Mezzaroba (*Introdução ao Direito partidário Brasileiro*, p. 24): “não há como negar a importância do Parlamento da época de Montfort como um marco no caminho dos governos representativos que viriam mais tarde. O funcionamento parlamentar do reino já se encontrava, nesse período, associado a uma forma de organização representativa das atribuições parlamentares”.



venderemos, nem recusaremos, nem dilataremos a quem quer que seja o direito e a justiça”); 6) eleição, pelos barões, de 25 representantes para acompanhar as ações do rei, com vistas ao cumprimento do acordo estabelecido na Carta. O monarca não poderia infringir a Carta Magna, sob pena de que até mesmo a força fosse utilizada em seu fiel cumprimento. Como bem sintetiza Charles Soares de Oliveira<sup>18</sup>, ao trazer em seu bojo os primeiros traços do governo representativo, a organização das assembleias políticas, as imunidades parlamentares, a ilegitimidade da tributação sem participação dos representantes do povo, o *habeas corpus*, o Tribunal do Júri e outros direitos e garantias individuais, “a Magna Carta Inglesa, assinada em 1215, mas tomada definitiva só em 1225, tornou-se um símbolo da liberdade por ter sido a base do desenvolvimento constitucional e fonte de inspiração para que juristas dela extraíssem os fundamentos da ordem jurídica democrática inglesa”.

No século XIV, por sua vez, uma grande crise econômica, decorrente das guerras e das mudanças climáticas que abateram a Europa, afetando a produção de alimentos, aliada à peste bubônica, epidemia que devastou a população do velho continente, e ao fortalecimento de uma nova classe econômica, a burguesia, terminam por fazer surgir a necessidade de uma maior organização e centralização política, propiciando o advento dos Estados Nacionais Modernos. O feudalismo, em crise, cede espaço ao surgimento das monarquias nacionais, com território delimitado, costumes, línguas e religiões particularizadas, nas quais se vislumbrava a idéia de que o rei, absoluto em seu poder, seria um catalizador das aspirações nacionais, figura sagrada, imbuída de autoridade divina. Alceu Luiz Pazzinato e Maria Helena Valente Senise<sup>19</sup> assim descrevem esse importante momento histórico:

As crises de fome, peste e guerras demonstraram a fragilidade da organização política descentralizada, incapaz de superar o caos econômico que se instalou no Ocidente.

Ao mesmo tempo, as transformações econômicas determinaram uma modificação social. As guerras contínuas empobreceram os senhores feudais, que tinham gastos excessivos com material bélico e com o pagamento de resgates para reaver prisioneiros. Por outro lado, o modo de produção desordenado e a morte maciça de camponeses diminuíram as rendas provenientes da exploração das terras, agravando a situação da nobreza. Os nobres se viam obrigados a contrair empréstimos, a vender as propriedades

18. Charles Soares de Oliveira, *A representação política ao longo da história*, p. 17-18.

19. Alceu Luiz Pazzinato & Maria Helena Valente Senise, *História Moderna e Contemporânea*. 7. ed., p. 13, São Paulo: Ática, 1994.

aos burgueses enriquecidos, ou ainda a cobrar taxas adicionais dos camponeses sobreviventes, elevando o valor das obrigações feudais e intensificando os laços servis.

Nas cidades, apenas os burgueses mais ricos conseguiram sobreviver à crise econômica. Por possuírem reservas em dinheiro, compravam antigas propriedades feudais ou reforçavam seus lucros concedendo empréstimos a juros. Isso lhes permitiu adquirir prestígio.

Faltava, contudo, à Europa uma instituição que coordenasse as camadas sociais no sentido de reconstruí-la economicamente. Isso foi alcançado pelo gradativo fortalecimento da autoridade real que, com o apoio e o financiamento da burguesia, formou exércitos poderosos e permanentes, que fizeram frente à enfraquecida nobreza e às tentativas de rebeliões camponesas, submetendo-as.

Diante desta nova realidade social e econômica, surge, portanto, o Estado nacional, simbolizado pelo poder absoluto dos monarcas, inaugurando uma nova era na história da humanidade: a Idade Moderna, período considerado como o de transição definitiva entre os dois grandes modos de produção da economia, o feudalismo e o capitalismo.

Durante a Idade Moderna, que tem início na segunda metade do século XV e marco final na Revolução Francesa de 1789, o mundo assiste a um gradativo processo de fortalecimento do poder político de uma classe social burguesa já detentora do poder econômico, que termina por rechaçar a preponderância do poder real, impondo uma nova ordem, pautada nas premissas da liberdade e da força normativa de uma Constituição escrita, fenômeno historicamente batizado de constitucionalismo, notabilizado pela publicação da obra *Qu'est-ce que le Tiers État?* (Que é o Terceiro Estado), traduzida no Brasil com o título de "A Constituinte Burguesa", escrita pelo abade francês Emmanuel Joseph Sieyès. Nesta obra, o abade Sieyès estabelece o conceito de poder constituinte como poder intangível e determinante da organização e fundamentação de um Estado, sendo tal poder titularizado na nação, definida como "um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura"<sup>20</sup>. Para Sieyès<sup>21</sup>:

A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma idéia exata da série das leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos,

20. Emmanuel Joseph Sieyès, *A Constituinte Burguesa*, *Qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução: Norma Azevedo. 4. ed., p. 04, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

21. *Idem*, p. 48-49.

em primeira linha, as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais.

O regime político do absolutismo, estabelecido com o apoio da própria classe burguesa, desejosa de uma centralização política que propiciasse a extinção do modelo econômico de produção feudal, começa, assim, a entrar em colapso, uma vez que a burguesia percebe que o rei, outrora necessário à afirmação do novo modo de produção econômico, o capitalismo, já não o é mais, tendo se transformado, ao contrário, em um entrave ao próprio desenvolvimento das atividades burguesas, que necessitava de liberdade.

É de se ressaltar, entretanto, que o ocaso do absolutismo monárquico começa a se afirmar mesmo antes do constitucionalismo, fenômeno observado no século XVIII, o famoso “século das luzes”. No século XVII, na Inglaterra, com as chamadas “Cartas Inglesas” e com a Primeira Revolução Industrial, deflagrada a partir da criação da máquina a vapor, por James Watt, o modelo do absolutismo monárquico começa a ruir, dando-se início à consolidação do regime político da democracia moderna<sup>22</sup>. O primeiro dos documentos históricos posteriormente batizados de “Cartas Inglesas” que, em seu conjunto, sepultaram o absolutismo monárquico na Inglaterra foi o *Petition of Rights*, de 1629, documento dirigido ao Rei Carlos I pelo parlamento, no qual se exigia o cumprimento de preceitos estabelecidos na Magna Carta de 1215, e que se encontravam constantemente violados. Sobre o *Petition of Rights*, leciona Orides Mezzaroba<sup>23</sup>:

No ano de 1628, pressionado pelo Parlamento, que exigia respeito da Coroa pelas leis inglesas, Carlos I foi compelido a

22. Como bem ressalta Dalmo de Abreu Dallari (*Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 147), “É através de 3 grandes movimentos político-sociais que se transpõe do plano teórico para o prático os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático: o primeiro desses movimentos foi o que muitos denominam de Revolução Inglesa, fortemente influenciada por Locke e que teve sua expressão mais significativa no *Bill of Rights*, de 1689; o segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo evidente nesta a influência direta de Rousseau”.

23. Orides Mezzaroba, *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*, p. 24-25.

sancionar o *Petition of Rights*, documento que buscava reafirmar os princípios da *Carta Magna* e que restringia as prerrogativas do rei. O novo pacto não impediu que Carlos I passasse logo a governar por doze anos sem o Parlamento. Em 1640, sob forte pressão política, Carlos I foi obrigado a convocar novo Parlamento. Contrariando as expectativas do rei, a maioria dos seus membros acabou demonstrando que na prática não eram apenas reformistas, mas, acima de tudo, revolucionários. Um dos primeiros atos do Parlamento foi acusar o rei e seu fiel servidor, o Conde de Strafford, de alta traição. Ao mencionado Conde recaiu a maior responsabilidade pelo fechamento do Parlamento, nos anos anteriores. Mas, como o Conde não poderia sofrer os efeitos de um *impeachment*, o Parlamento acabou aprovando e obrigando o sancionamento real do Bill of Attainder. Por este último documento, Strafford perdia o direito de ser julgado por uma Corte de Justiça, o que importava legalizar a sua execução. Passados nove anos, Carlos I teve o mesmo destino de seu auxiliar. Com isso, pela primeira vez na história, o Parlamento Inglês coloca-se acima do rei, passando, inclusive, a governar sem ele.

A morte de Carlos I, em 1649, supracitada por Mezzaroba, e a conseqüente instalação da chamada “República de Cromwell” é, há de se ressaltar, outro momento marcante da decadência do absolutismo monárquico na Inglaterra do século XVII.

Tudo começou em 1641, quando, na Irlanda Católica, eclode uma revolta de caráter religioso, instaurando-se uma guerra civil! Carlos I comanda o exército de repressão à citada revolta, contra a vontade do parlamento inglês, que é então invadido pelo rei. Os principais líderes parlamentares são, assim, presos pelo exército real, o que desencadeia uma guerra civil entre os cavaleiros, defensores do rei, e os cabeças redondas, defensores do parlamento.

O exército parlamentar, liderado por Oliver Cromwell, vence as tropas do rei na Batalha de Naseby, em 1645, obrigando Carlos I a fugir para a Escócia, onde, ao negar-se a reconhecer a Igreja Presbiteriana, é vendido pelo Parlamento escocês ao parlamento inglês, sendo executado em 1649. É iniciada, então, a República de Cromwell, período no qual é suprimida a Câmara dos Lordes, o que propicia a eliminação das estruturas feudais que travavam o desenvolvimento do capitalismo na Inglaterra.

Em 1653, com o fortalecimento de Cromwell, o parlamento é dissolvido, dando-se início a uma ditadura pessoal que só acabou com a morte do líder revolucionário, em 1658. Em 1660, finalmente, a monarquia é restaurada, tendo assumido o trono o rei Carlos II, da dinastia Stuart, descendente de Carlos I, restabelecendo-se o absolutismo monárquico e a supremacia da Igreja

Anglicana<sup>24</sup>, tornada oficial por Henrique VIII, no século XVI, quando houve o fortalecimento do poder da monarquia e o rompimento da coroa inglesa com o papa.

Em 1679, entretanto, o poder real é, mais uma vez, enfraquecido, com a edição da Lei de Habeas Corpus<sup>25</sup> (Habeas Corpus Act), garantia fundamental da liberdade e instrumento de fortalecimento do parlamento, preponderantemente protestante, contra as arbitrariedades praticadas pelos últimos soberanos católicos da Inglaterra, da dinastia Stuart, em especial o Rei Jaime II, último dos monarcas absolutistas ingleses.

Foi em 1685, com a morte de Carlos II, que o católico Jaime II assumiu o trono inglês, tentando restabelecer seu credo como oficial, loteando cargos públicos entre partidários do catolicismo. Diante da política adotada, o Parlamento inglês, de maioria protestante, decide depor o rei, oferecendo a Coroa inglesa a Guilherme de Orange, chefe do governo da Holanda e casado com Maria Stuart, filha protestante do primeiro casamento do rei Jaime II.

24. Segundo lição de Alceu Luiz Pazzinato e Maria Helana Valente Senise (História Moderna e Contemporânea, p. 67), “durante o governo de Henrique VIII (1509-1547), a burguesia fazia pressão pelo aumento do poder do Parlamento, o que lhe daria oportunidade de legislar sobre matéria financeira, inclusive sobre as taxas cobradas pela Igreja e sobre a liberação da prática da usura. Henrique VIII, necessitando aumentar as riquezas do Estado, aproveitou-se dessa situação para confiscar os bens da Igreja. Isso gerou desentendimentos com o papa, agravados quando o monarca solicitou a anulação do seu casamento com Catarina de Aragão. A anulação foi pedida porque, não tendo sucessores masculinos com a princesa espanhola, Henrique VIII temia que, em caso de sua morte, o trono inglês passasse para o controle da Espanha. Esse temor era compartilhado por toda a nação, que apoiou o rei, diante da negativa do papa em conceder-lhe o divórcio. O rei então rompeu com o papado e promoveu uma reforma na Igreja inglesa, obrigando seus membros a reconhecê-lo como chefe supremo e a jurar-lhe fidelidade e obediência. Assim, Henrique VIII obteve do clero inglês o divórcio de Catarina de Aragão e pôde desposar Ana Bolena, dama da Corte. O papa Clemente VII tentou intimidar o rei, excomungando-o. Porém, Henrique VIII não cedeu à pressão papal e em 1534 decretou o *Ato da Supremacia*, que consolidou a separação da Inglaterra e o papa. Com esse decreto Henrique VIII transformou-se no chefe da Igreja de seu país, o que lhe deu condições de reprimir todos os opositores da Reforma Anglicana. A doutrina anglicana apresentou poucas modificações em relação à doutrina católica, a não ser o desencorajamento do culto de santos e relíquias e a popularização da leitura da Bíblia, vertida para o idioma nacional. No aspecto prático, a Reforma Anglicana resolveu duas questões básicas para a monarquia inglesa: a concretização do divórcio do rei, que lhe deu uma solução para a herança do trono; e a apropriação dos bens da Igreja, os quais, vendidos para a nobreza e para a burguesia, deram o necessário suporte financeiro para a Coroa. O anglicanismo se consolidou no reinado de Elizabeth I, que renovou o direito de soberania real sobre a Igreja, além de fixar os fundamentos da doutrina e do culto anglicano na Lei dos 39 Artigos, de 1563”.

25. Sobre o significado do Habeas Corpus, leciona Alexandre de Moraes (*Direito Constitucional*, p. 109): “Habeas Corpus eram as palavras iniciais da fórmula do mandado que o tribunal concedia e era endereçado a quantos tivessem em seu poder ou guarda o corpo do detido, da seguinte maneira: ‘Tomai o corpo desse detido e vinde submeter ao Tribunal o homem e o caso’. Também se utiliza, genericamente, a terminologia *writ*, para se referir ao Habeas Corpus. O termo *writ* é mais amplo e significa, em linguagem jurídica, mandado ou ordem a ser cumprida. Portanto, o Habeas Corpus é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo juiz ou tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar”.

Com a chegada de Guilherme de Orange e seus exércitos, em 1688, o rei Jaime II foge para a França, notabilizando aquele momento que historicamente foi batizado de Revolução Gloriosa, quando, sem derramamento de sangue, Guilherme de Orange assume o trono inglês, após assinar o Bill of Rights, documento através do qual o poder real é limitado, pondo-se fim ao absolutismo monárquico na Inglaterra. Através do Bill of Rights, o Parlamento impõe à monarquia limitações de poder tais como a obrigatoriedade de submissão à aprovação das câmaras de qualquer previsão de aumento de tributos, a garantia da liberdade de imprensa, da liberdade individual e da propriedade privada e a confirmação do anglicanismo como religião oficial (o que ressaltou a intolerância com o catolicismo).

Sobre a importância do Bill of Rights, leciona Fábio Konder Comparato<sup>26</sup>:

Promulgado exatamente um século antes da Revolução Francesa, o *Bill of Rights* pôs fim, pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido. A partir de 1689, na Inglaterra, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do Parlamento. Por isso mesmo, as eleições e o exercício das funções parlamentares são cercados de garantias especiais, de modo a preservar a liberdade desse órgão político diante do chefe de Estado.

O documento proposto à aceitação do Príncipe de Orange, como condição de seu acesso ao trono da Inglaterra, representou a institucionalização da permanente separação de poderes no Estado, à qual se referiu elogiosamente Montesquieu meio século depois. Embora não sendo uma declaração de direitos humanos, nos moldes das que viriam a ser aprovadas cem anos depois nos Estados Unidos e na França, o Bill of Rights criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma *garantia institucional*, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana.

Realizada a transição do absolutismo monárquico para a monarquia constitucional, na Inglaterra, chegamos, finalmente, ao século XVIII, quando se completa a transição do feudalismo para o capitalismo, do absolutismo para a democracia moderna.

26. Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 90-91.

É no século XVIII que, através do iluminismo, do constitucionalismo, do fortalecimento da Revolução Industrial da Revolução Americana e da Revolução Francesa de 1789, é posto o ponto final na Idade Moderna, iniciando-se o domínio do liberalismo, palco para o retorno da democracia como regime político dominante, pautado em três marcos fundamentais: a supremacia da vontade popular; a preservação da liberdade e; a igualdade de direitos.

Dois importantíssimos acontecimentos, já ressaltados, contribuíram decisivamente para o sepultamento do absolutismo monárquico e para a consagração da democracia moderna, no século XVIII: a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789.

É em 1776, nos Estados Unidos da América (que ainda não eram tão unidos, uma vez que a federação americana só se formalizou em 1787, com a Constituição dos Estados Unidos da América), com a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, que é fundada a concepção de direitos constitucionais fundamentais, embora ainda sem a pretensão da universalização, que viria a ser observada na França, alguns poucos anos depois. Ingo Wolfgang Sarlet<sup>27</sup>, acerca do tema, assim dispõe:

As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este status constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa.

A característica principal das declarações da Virgínia, de 1776, e da França, de 1789, é a afirmação da liberdade humana perante o poder soberano do Estado. O absolutismo monárquico, supressor da liberdade individual, é superado,

27. Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2. ed., p. 47, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

dando vazão a um paradigma de sociedade legitimada sob os preceitos liberais de reconhecimento da liberdade religiosa, de opinião e, principalmente, liberdade econômica, necessária a um momento histórico de consolidação do capitalismo de massa, promovido pela revolução industrial, como sistema econômico dominante. Posta estava, assim, a chamada “primeira geração de direitos”<sup>28</sup>, os direitos de liberdade individual perante o Estado, que, a partir desse momento, passa a ter a conotação de “um mal necessário” para a garantia da liberdade individual, devendo, entretanto, se caracterizar como Estado mínimo, mero garantidor da segurança e da liberdade, nos moldes vislumbrados por John Locke. Celso Lafer<sup>29</sup>, acerca do assunto, traça as seguintes considerações:

Num primeiro momento, na interação entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa, os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado absolutista. Representavam, na doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e da opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e através da liberdade de iniciativa econômica a emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político.

Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são, neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. Por isso são direitos individuais: (I) quanto ao modo de exercício – é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao sujeito passivo do direito – pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que estes direitos têm como limite o reconhecimento

28. É de se ressaltar que a classificação dos direitos fundamentais em gerações de direitos se refere, tão somente, a um critério cronológico, de positivação dos mesmos nas Constituições. Não existe uma hierarquia entre os chamados “direitos humanos de primeira, segunda e terceira gerações”, e sim uma relação de interdependência entre os mesmos. Acerca de tal classificação, Jorge Miranda (Teoria do Estado e da Constituição, p. 24 Rio de Janeiro: Forense, 2002 *apud* Ricardo Cunha Chimentí e outros, Direito Constitucional, 1. ed., p. 46, São Paulo: Saraiva, 2004) tece os seguintes comentários: “... Conquanto essa maneira de ver possa ajudar a apreender os diferentes momentos históricos de aparecimento dos direitos, o termo geração, geração de direitos, afigura-se enganador, por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades”.
29. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos* (Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt), p. 126, São Paulo: Companhia das Letras, 1988.



do direito do outro [...]; e (III) quanto ao titular do direito, que é o homem na sua individualidade.

A partir das revoluções liberais do século XVIII, portanto, a democracia, definitivamente, se consolida como o regime político dominante no mundo, produto da ideologia liberal que se impõe, mantendo, entretanto, a sua característica principal: o seu caráter dinâmico e histórico-evolutivo.

### 1.3. Características essenciais da democracia

Feita esta breve viagem sobre a história da democracia, necessário se faz traçar as suas características essenciais. De acordo com Norberto Bobbio<sup>30</sup>, tais características são as seguintes:

- a) todos os cidadãos que tenham alcançado a maioridade etária sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo, devem gozar de direitos políticos, isto é, cada um deles deve gozar do direito de expressar sua própria opinião ou de escolher quem a expresse por ele;
- b) o voto de todos os cidadãos deve ter peso igual;
- c) todos aqueles que gozam dos direitos políticos devem ser livres para poder votar segundo sua própria opinião formada, ao máximo possível, livremente, isto é, em uma livre disputa entre grupos políticos organizados em concorrência entre si;
- d) devem ser livres também no sentido de que devem ser colocados em condições de escolher entre diferentes soluções, isto é, entre partidos que tenham programas distintos e alternativos;
- e) seja para as eleições, seja para as decisões coletivas, deve valer a regra da maioria numérica, no sentido de que será considerado eleito o candidato ou será considerada válida a decisão que obtiver o maior número de votos.
- f) Nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, particularmente o direito de se tornar por sua vez maioria em igualdade de condições.

30. Norberto Bobbio, *Teoria Geral da Política*, p. 427.

Robert Dahl<sup>31</sup>, por sua vez, também indica em sua obra “Sobre a Democracia” critérios para que um processo político seja considerado democrático, quais sejam:

- a) *Participação efetiva*. Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política.
- b) *Igualdade de voto*. Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais.
- c) *Entendimento esclarecido*. Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis conseqüências.
- d) *Controle do programa de planejamento*. Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas de associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.
- e) *Inclusão dos adultos*. Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. Antes do século XX, este critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia. Justificá-lo exigiria que examinássemos porque devemos tratar os outros como nossos iguais políticos.

Um regime político democrático, indubitavelmente, caracteriza-se pela ponderação de dois princípios fundamentais, que, entretanto, convivem em uma balança: a liberdade e a igualdade. Sobre a necessidade de ponderação destes dois princípios basilares à construção da democracia, leciona Norberto Bobbio<sup>32</sup>:

Os valores últimos nos quais se inspira a democracia, com base nos quais distinguimos os governos democráticos dos governos que não os são, são a liberdade e a igualdade. A Declaração Universal dos Direitos do Homem começa, como todos sabem, com estas sacrossantas palavras: “Todos os seres humanos nascem livres em dignidade e direitos”. A verdade é que os seres humanos, ao menos

31. Robert Dahl, Op. Cit., p. 49-50.

32. Op. Cit., p. 422.

a sua grande maioria, não nascem nem livres, nem iguais. Seria muito mais exato dizer: “Os homens aspiram a tornar-se livres e iguais”. A liberdade e a igualdade são não um ponto de partida, mas sim um ponto de chegada. A democracia pode ser considerada um processo, lento mas irrefreável, no sentido da aproximação desta meta. Mas a meta é na sua plenitude inatingível, por uma razão intrínseca aos dois princípios mesmos da liberdade e da igualdade. Esses dois princípios são entre si, em última instância, quando levados às suas extremas conseqüências, incompatíveis. Uma sociedade na qual estejam protegidas todas as liberdades, nelas incluída a liberdade econômica, é uma sociedade profundamente desigual, não obstante o que digam sobre ela os fatores do mercado. Mas, ao mesmo tempo, uma sociedade cujo governo adote medidas de justiça distributiva tais que tornem os cidadãos iguais não apenas formalmente ou diante das leis, como se diz, mas também substancialmente, é obrigada a limitar muitas liberdades.

O pressuposto de que o indivíduo singular, como pessoa moral e racional, é o melhor juiz do seu próprio interesse, é outra característica essencial para a configuração do regime político da democracia. Em uma democracia, o respeito à diversidade e às particularidades individuais, através da aceitação de que todos os homens, embora iguais em direitos e obrigações fundamentais, são diferentes na forma de pensar e agir, não cabendo a ninguém o direito de impor um estilo de vida a outrem, sob o argumento de que tal conduta seria mais benéfica a todos, é fundamental. Como bem afirma Rockefeller Brothers Fund<sup>33</sup>: “o homem com sentimentos e convicções democráticos encara todos os homens como membros da mesma comunidade moral e inicialmente dotados dos mesmos direitos e obrigações fundamentais”. Assim, pode-se afirmar que não existem “senhores” em uma democracia! O “senhor” da democracia é o próprio povo.

Liberdade, igualdade, respeito às minorias, participação, inclusão! Eis os valores fundamentais do regime político democrático, sem os quais não existe nada mais do que a opressão.

## **2. DA IDADE MODERNA À GUERRA FRIA: A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL**

### **2.1. O declínio do absolutismo monárquico e o advento do liberalismo econômico**

Como afirmado alhures, a Idade Moderna, período historicamente demarcado entre a queda do Império Bizantino, com a tomada de Constantinopla pelos turcos-otomanos, em 1453, e a revolução Francesa de 1789, configura-se

33. Rockefeller Brothers Fund, *O Poder da Idéia Democrática*, p. 13.

como um período de transição entre dois grandes sistemas econômicos: o feudalismo, em crise desde a baixa Idade Média e em franco declínio, e o capitalismo, modo de produção baseado, segundo Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino<sup>34</sup>, nas premissas da propriedade privada dos meios de produção, no sistema de mercado, pautado na iniciativa privada, na organização empresarial e na exploração das oportunidades de lucro.

Neste contexto, como já ressaltado, instalou-se, inicialmente, um regime político absolutista, a partir do qual os reis concentravam em suas mãos todo o poder do estado, legitimados por uma suposta “investidura divina” no exercício das suas respectivas soberanias, contando, para isso, com o apoio da burguesia, para quem era conveniente a existência de um poder político central forte, capaz de dismantelar as últimas heranças feudais ainda resistentes, unificando a moeda, viabilizando o comércio e permitindo o desenvolvimento do capitalismo.

Na Inglaterra do século XVII, contudo, como também já observado, a Revolução Industrial começou, de uma vez por todas, a modificar o panorama econômico até então predominante, transformando o capitalismo até então mercantilista, voltado à acumulação de riquezas para a ostentação, em um novo capitalismo, baseado no mercado competitivo e na produção em larga escala. Com base em tal acontecimento, a burguesia começa a emancipar-se politicamente, patrocinando diversos movimentos políticos, que culminam com a assinatura do Bill of Rights, de 1688-89, marco do fim do absolutismo monárquico britânico.

No século seguinte, a Revolução Francesa de 1789 veio, de forma definitiva, a sepultar o chamado “antigo regime”, instaurando um novo sistema de governo pautado na divisão do exercício do poder estatal. Os ideais do Abade Sieyès de uma constituição legitimada pela nação, formada pelos componentes do chamado Terceiro Estado, terminam por se concretizar, através da ruptura com o regime político até então vigente, por meio da revolução, e a instituição dos chamados “direitos humanos de primeira geração”, os direitos civis e políticos, garantidores da liberdade necessária ao desenvolvimento do capitalismo, que, nesse momento, impulsionado pela revolução industrial, se impõe como sistema econômico dominante, afastando os últimos resquícios do sistema feudal ainda existentes.

Os franceses revolucionários de 1789, dessa forma, fundam os chamados direitos humanos modernos, de caráter universal e perpétuo, divulgando

34. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci & Gianfranco Pasquino, *Dicionário de Política*, 12. ed., vol. 1, p. 141, Brasília: UNB, 2004.

a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, pretensiosamente, deveria ser de todos em todos os tempos (universalizando a idéia de direitos fundamentais constitucionais surgida nos EUA com a Declaração de Virgínia, como já destacado).

Estabelecido o Estado liberal burguês, pautado no primado da liberdade estabelecido no brocardo “laissez faire, laissez passere”, e nos postulados de auto-regulação da economia, defendidos pelos chamados dos economistas clássicos, como Adam Smith, surge um novo desafio: como contemplar liberdade e igualdade? Tal questionamento, surgido a partir da oposição ao liberalismo exacerbado, no século XIX, se constitui na base teórica para a explicação do desmoronamento do regime clássico do capitalismo, e o conseqüente advento do chamado “Estado do bem-estar social”.

## **2.2. A decadência do liberalismo e a formação do Estado do bem-estar social**

Século XIX: o aumento das desigualdades sociais aliada aos surgimentos de movimentos operários no âmbito das grandes indústrias abala o regime de plena liberdade, fazendo eclodir movimentos de contestação ao liberalismo clássico, produtor de grande desigualdade.

Surgem os chamados socialistas utópicos, dos quais se destacam Saint-Simon, Fourier e Owen, considerados por Marx e Engels como essenciais na identificação das contradições fundamentais da sociedade industrial e na delimitação de um futuro ordenamento social, no qual haveria de ser eliminado os contrastes entre campo e cidade, a propriedade privada e o Estado passaria a ser um mero gestor da produção e distribuição dos bens. Surge também o anarquismo, definido genericamente por Bobbio, Matteucci e Pasquino<sup>35</sup> como sendo:

o movimento que atribui, ao homem como indivíduo e à coletividade, o direito de usufruir toda a liberdade, sem limitação de normas, de espaço e de tempo, fora dos limites existenciais do próprio indivíduo: liberdade de agir sem ser oprimido por qualquer tipo de autoridade, admitindo, unicamente, os obstáculos da natureza, da “opinião”, do “senso comum” e da vontade da comunidade geral – aos quais o indivíduo se adapta sem constrangimento, por um ato livre de vontade.

Evelyne Pisier<sup>36</sup>, sobre o movimento anarquista, ensina que:

35. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, op. Cit., vol. 01, p. 23.

36. Evelyne Pisier, *História das Idéias Políticas*, p. 224, Barueri-SP: Manole, 2004.

O movimento anarquista do século XIX insere-se em uma tradição muito antiga, marcada ao mesmo tempo pela reivindicação de independência do indivíduo que recusa a ordem sociopolítica imposta, da qual os Cínicos da Antiguidade Pagã são os mais audaciosos representantes – e pela afirmação de que os grupos humanos são capazes de se organizar de modo autônomo, de acordo com seus desejos e suas vontades, fora ou à margem da autoridade política – posições muitas vezes adotadas, tanto pelas primeiras comunidades cristãs quanto pelos burgueses da Idade Média ou os *diggers* [cavadores] quando da Revolução Inglesa, por exemplo.

Para a anarquia, expor a questão social não é somente recusar o Estado (burguês) e sua problemática política sem perspectiva, como também considerar que os indivíduos, os grupos possuem em si a capacidade de engendrar uma outra forma de organização da sociedade que não seja a do Estado (ou de seu equivalente: o diretório dos sábios, o partido encarregado de representar o proletariado...).

Em 1848, Marx e Engels divulgam o Manifesto Comunista, instrumento de fundamental importância à contestação do liberalismo econômico, no qual os autores convocam os trabalhadores do mundo a se unir em prol de melhorias nas condições de trabalho. Ao lado das obras *Contribuição à Crítica da Economia Política*, de 1859, e *O Capital*, de 1867, o Manifesto Comunista lança as bases para o chamado socialismo científico, teoria que buscou efetivar uma nova forma de conhecimento da realidade e das possibilidades da classe trabalhadora. Segundo lição de Alceu Luiz Pazzinato e Maria Helena Valente Senise<sup>37</sup>:

Fazendo uma análise da realidade social em que viviam, Marx e Engels perceberam que ela era dinâmica e contraditória. Enquanto o avanço técnico permitia o domínio crescente sobre a natureza, gerando o progresso e o enriquecimento de alguns homens, a classe operária era cada vez mais explorada e afastada dos bens materiais de que necessitava viver. Portanto, era fundamental estudar os fatores materiais (econômicos e técnicos) e a forma como os bens eram produzidos, para poder compreender a sociedade e explicar sua evolução.

Pelo trabalho, o homem transforma a natureza, produzindo bens para atender a suas necessidades. Nesse processo de produção de bens, as pessoas estabelecem relações entre si. As relações estabelecidas entre os proprietários dos meios de produção (terra, matérias-primas, máquinas e instrumentos de trabalho) e os trabalhadores são chamadas relações sociais de produção. [...]

37. Op. Cit., p. 180.

Os interesses das duas classes sociais básicas, dentro do modo de produção capitalista, são irreconciliáveis, gerando a luta de classes. Para reverter esse processo, a classe trabalhadora, subjugada e explorada, deveria atacar a burguesia naquilo que constitui a base da sociedade burguesa, isto é, o sistema de produção capitalista. Para tanto, o proletariado deveria organizar-se em sindicatos e partidos políticos trabalhistas e revolucionários, atingindo, assim, a consciência de classe, pois somente desse modo teria condições de conquistar o poder e destruir o Estado burguês.

Como resultado desse processo global de mudança, o capitalismo seria substituído pelo socialismo, baseado na propriedade social (e não privada) dos meios de produção. O socialismo possibilitaria alcançar a fase do comunismo, no qual deixariam de existir as classes sociais e o próprio Estado.

Esta teoria sobre as leis do desenvolvimento social, organizada por Marx e Engels, recebeu o nome de materialismo histórico e lançou as bases de uma análise científica da evolução das sociedades humanas.

A Igreja Católica, a partir dos fins do século XIX, passa a ter uma postura mais ativa em relação às questões sociais. É o catolicismo social, doutrina que atinge o seu ápice em 1891, com a encíclica *Rerum Novarum*, do papa Leão XIII. De acordo com Alceu Luiz Pazzinato e Maria Helena Valente Senise<sup>38</sup>:

Preocupada com a miséria dos operários diante do triunfo do liberalismo, a Igreja Católica começou a pregar o *catolicismo social* ou *socialismo cristão*. Propunha reformas no capitalismo que humanizassem a sociedade e impedissem a exploração dos trabalhadores. Seu precursor foi o padre francês Robert de Lamennais (1782-1854), que defendia a organização sindical, a justiça social e a aplicação dos ensinamentos cristãos para corrigir os males criados pelo industrialismo.

O papa Leão XIII, que expôs na encíclica *Rerum Novarum* (1891) a doutrina social da Igreja, reforçou o movimento ao afirmar a necessidade de o Estado criar corporações de trabalhadores, regulamentar o trabalho feminino e infantil, limitar as jornadas, garantir melhores salários e condições de vida. Muito embora defendesse uma distribuição mais ampla da propriedade privada, a Igreja rejeitava o socialismo revolucionário e as mudanças estruturais da sociedade capitalista.

O pensamento social da Igreja continuou no século XX, principalmente nos papados de João XXIII (1958-1963), Paulo VI (1963-1978) e João Paulo II (1978-...).

38. Idem, p. 183.

Em 1914, estoura a I Guerra Mundial. Em quatro anos de conflito, o capitalismo liberal, em franco declínio, é atingido quase que mortalmente. Em 1917, a Rússia se retira da guerra, pois, internamente, ocorre a revolução bolchevique, movimento de ruptura com o modelo econômico capitalista, motivado pela contestação ao aumento da carga fiscal sobre a massa camponesa, recém-liberta da servidão, à carência de terras, ao visível empobrecimento da população e à má distribuição de renda. Organiza-se a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, em dezembro de 1922, composta por Rússia, Transcaucásia, Ucrânia e Bielo-Rússia, à qual sobrevieram adesões de outros Estados até então soberanos politicamente.

Ainda em 1917, é promulgada, em 5 de fevereiro, a primeira constituição social do mundo, a Constituição mexicana, inspirada na doutrina anarcossindicalista de Mikhail Bakunin, instrumento de contestação de jovens intelectuais, reunidos, sob a direção de Ricardo Flores Magón, no grupo *Regeneración*, opositor à ditadura de Porfirio Díaz. As linhas mestras do texto constitucional mexicano de 1917, segundo Fábio Konder Comparato<sup>39</sup>, eram a proibição da reeleição do presidente, que se encontrava no poder desde 1876, a garantia das liberdades individuais e políticas, a quebra do poderio da Igreja Católica, a expansão do sistema de educação pública, a reforma agrária e a proteção dos trabalhadores assalariados. Comparato<sup>40</sup> ressalta que:

A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o “longo século XIX”.

Em 1919, ano do Tratado de Versalhes, que determinou os rumos do espólio da I Grande Guerra Mundial, da criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, vem a lume a Constituição alemã de Weimar, marco decisivo para a consolidação dos chamados direitos humanos de 2ª geração<sup>41</sup> e

39. Fábio Konder Comparato, op. Cit., p. 173.

40. Idem, p. 174.

41. Segundo Ricardo Cunha Chimentí, Fernando Capez, Márcio F. Elias Rosa e Marisa F. Santos (*Curso de Direito Constitucional*, 1. ed., p. 46, São Paulo: Saraiva, 2004), os direitos humanos de segunda geração podem ser definidos como aqueles que “têm na igualdade o seu fundamento, e tiveram maior efetivação a partir do início do século XX, passando a configurar nas Constituições, de modo mais marcante, a partir de Segunda Guerra Mundial. Os direitos fundamentais de segunda geração – ou direitos sociais



da formação da noção de Estado de bem-estar social (Welfare State). Conforme lição de André Ramos Tavares<sup>42</sup>:

As normas de conteúdo econômico foram consideradas, indubitavelmente, como matéria própria da seara constitucional a partir da promulgação da Constituição de Weimar. Esta trazia uma seção intitulada “a vida econômica”, regulamentando de maneira mais sistemática e ordenada o econômico. “A despeito do pioneirismo da Constituição mexicana de 1917, foi o influxo da Constituição de Weimar, de 1919, que se instaurou o intervencionismo estatal nas constituições modernas, compatibilizando a livre iniciativa – herança do liberalismo – com limitações, não só ao direito de propriedade como à liberdade individual de contratar e a todas as relações sócio-econômicas na vida privada”<sup>43</sup>

Com a grande crise econômica de 1929, o capitalismo liberal é, definitivamente, posto em xeque, dando margem ao fortalecimento das idéias totalitárias e também do socialismo soviético. A política do New Deal, entretanto, implementada pelo presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt, bem como a Segunda Guerra Mundial, iniciada em 1939 e encerrada em 1945, enfraquecem o totalitarismo e fazem ressurgir a democracia capitalista. O panorama econômico mundial, no entanto, não seria mais a mesma após a Guerra! Em virtude da vitória de americanos e soviéticos no grande conflito, emerge uma bipolarização política entre o mundo capitalista e o mundo socialista, que obriga o capitalismo a, finalmente, abraçar a questão social, ante a iminente “ameaça vermelha”, fundamentada ideologicamente na busca da igualdade, da justiça social e da dignidade humana. Baseado na percepção do grande estrategista americano George Kennan, o capitalismo “dá um passo atrás, para dar dois à frente, posteriormente”, consagrando uma perspectiva jurídica e política de um “Estado do bem-estar social”.

---

– impõem ao Estado o fornecimento de prestações destinadas ao cumprimento da igualdade e redução dos problemas sociais.

42. André Ramos Tavares, *Direito Constitucional Econômico*, p. 94, São Paulo: Método, 2003.

43. Elcias Ferreira da Costa, *Comentários breves à Constituição Federal*, p. 241, Porto Alegre: Fabris, 1989 *apud* André Ramos Tavares, *Direito Constitucional Econômico*, p. 94, São Paulo: Método, 2003.

### 3. O ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL E OS SEUS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1. Noção de bem-estar social

Por bem estar, segundo definição de Antonio Houaiss<sup>44</sup>, entende-se: “1. estado de satisfação plena das exigências do corpo e/ou do espírito; 2. sensação de segurança, conforto, tranqüilidade; 3. Derivação por metonímia: condição material capaz de ensejar uma existência agradável; prosperidade”. O Estado do bem-estar social, dessa forma, pode ser compreendido, conforme lição de H. L. Wilensky, relatada por Bobbio, Matteucci e Pasquino, como aquele que garante “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político”<sup>45</sup>, satisfazendo, dessa forma, as exigências do corpo coletivo acerca das sensações de segurança, conforto, tranqüilidade e prosperidade.

#### 3.2. Joseph Schumpeter e “A teoria do desenvolvimento econômico”

Pode-se considerar que a noção de bem-estar social é contemporânea do pós-guerra! Entretanto, o seu delineamento começou a ser traçado, conforme lição de Edvaldo Brito<sup>46</sup>, um pouco antes, mas precisamente, em 1911, com Joseph Schumpeter.

Schumpeter, nascido em Triesch, atual República Tcheca, em 1883, em sua obra “A Teoria do Desenvolvimento Econômico”, afirma o papel fundamental ao crédito no crescimento econômico, idealizando o moderno banco de desenvolvimento. Segundo Schumpeter<sup>47</sup>:

O empreendedor, em princípio em como regra, necessita de crédito, entendido como uma transferência temporária do poder de compra, a fim de produzir e se tornar capaz de executar novas combinações de fatores para tornar-se empreendedor.

#### 3.3. O intervencionismo keynesiano

Depois de Joseph Schumpeter, John Maynard Keynes lança a sua obra “Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro” na qual rompe com a chamada

44. Antonio Houaiss, *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

45. H.L. Wilensky, *The Welfare State and equality*, Press Berkeley, Estados Unidos: University of California, 1975 *apud* Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, op. cit., vol. 01, p. 418.

46. Edvaldo Brito, *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico* (desenvolvimento econômico. Bem-estar social), p. 40, São Paulo: Saraiva, 1982.

47. Joseph Schumpeter, *A Teoria do Desenvolvimento Econômico*, p. XII, coleção “Os economistas”, São Paulo: Abril Cultural, 1982.

“Lei de Say”, formulada por Jean Baptiste Say, segundo a qual uma situação de liberdade de mercado seria revertida pela queda de taxa de juros, de salários e de preços. Para Keynes, o Estado seria elemento integrante e indispensável ao bom funcionamento do sistema econômico capitalista. Ao Estado caberia eliminar a carência de demanda efetiva em momentos de recessão e desemprego, “fazendo déficit orçamentário e emitindo títulos para extrair a renda não gasta do setor privado e com ela garantir que as máquinas ociosas voltem a operar”<sup>48</sup>. Keynes acredita que poupança não gera investimento, mas investimento gera poupança, e numa situação de crise só há uma forma possível de aumentar a poupança interna: ampliar o superávit nas trocas internacionais. É de se ressaltar que as idéias de Keynes foram implementadas pelo presidente do Estados Unidos da América, Franklin Roosevelt, após a grande crise econômica de 1929, que sepultou o Estado liberal mínimo.

### 3.4. Hugh Dalton e o princípio do maior benefício social

Mesmo diante da importância de Schumpeter e Keynes para a consolidação de uma nova espécie de Estado, participativo nas relações econômicas e não mero garantidor da liberdade, é apenas em 1922, com a edição da obra “Princípios de Finanças Públicas”, de Hugh Dalton, que as bases do Estado do bem-estar social se consolidam. Conforme lição de Edvaldo Brito<sup>49</sup>:

Hugh Dalton é, no entanto, quem realmente formulou a teoria do moderno Estado do bem-estar social, a qual justificava a tributação, sob o prisma da ética. É sintomática a sua afirmativa de que “na base das finanças públicas há um princípio que não pode se esquecer. É o que se pode chamar de Princípio do Maior Benefício Social”.

O que caracteriza este princípio é a circunstância de submeter-se o uso dos recursos da coletividade, isto é, submeter-se a despesa pública à promoção da máxima vantagem social. E como toda a ação do Estado deverá ser empreendida com esta finalidade, conclua-se que a intervenção do Estado faz-se na perspectiva de permitir aos indivíduos participação no consumo, no usufruto e gozo dos bens materiais como meio eficaz de aumentar a parcela de benefício de cada qual, libertando-os das vicissitudes da pobreza. Partindo da asserção de que nem toda despesa pública é um bem, por exemplo aquelas com guerras desnecessárias, Dalton lembra que, apesar disto, não é possível formular um juízo

48. Adroaldo Moura da Silva, in: John Maynard Keynes, *Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro*, inflação e deflação, coleção “Os economistas”, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

49. Edvaldo Brito, *Reflexos jurídicos da atuação do Estado...*, p. 41.

completo sobre qualquer operação de finanças públicas, sem confrontar seus dois lados: os efeitos da arrecadação e os efeitos dos gastos dos dinheiros públicos, uma vez que é inútil falar do ônus do imposto sem atentar para o benefício resultante da despesa pública correspondente. Se, então, nem toda despesa pública é um bem, contudo, ela poderá sê-lo se os gastos limitarem-se ao necessário para conseguir os melhores resultados possíveis, se, enfim, gastar-se com acerto. Por isso, o resultado dessas operações de finanças públicas verifica-se por meio de mutações no vulgo e na natureza da riqueza produzida, bem como na distribuição dessa riqueza entre os indivíduos e classes. Logo, tais operações somente se justificam se as mutações forem realmente benéficas.

O Estado do bem-estar social, segundo Dalton, guardaria objetivos redistributivos, desempenhando-se mediante operações de finanças públicas, utilizando-se de um instrumental tributário, com a finalidade de intervir na economia com fins sociais, organizando a sociedade na perspectiva de uma justiça social. Dalton, dessa forma, rompe com o postulado do juiz John Marshall, que, acreditava que o poder de tributar equivalia ao poder de dominação (tal postulado foi construído quando o magistrado norte-americano, sentenciando no caso *M’Culloch versus Maryland* lançou o célebre brocardo “the power to tax involves the power to destroy”, ou seja, o poder de taxar envolve o poder de destruir<sup>50</sup>). O poder fiscal, a partir de Dalton, gradativamente toma um novo sentido, o qual, segundo Bilac Pinto<sup>51</sup>:

deve ser exercido sem perturbar a economia particular, sem suscitar embaraço ou desencorajamento da indústria, do comércio ou da lavoura, em razão de tarifas exorbitantes ou de modalidades tributárias que violem os postulados básicos de justiça, de igualdade, de comodidade e economia dos impostos.

### 3.5. Distinção entre Estado social e Estado socialista

O momento histórico de construção do Estado do bem-estar social confunde-se com o período de afirmação dos ideários socialistas, construídos a partir do século XIX e, finalmente, postos em prática, com a Revolução Russa de 1917. Essencial é, pois, que não aja confusão entre os conceitos de Estado do bem-estar social e Estado socialista. Em elucidadora lição, Paulo Bonavides<sup>52</sup> traça parâmetros para uma distinção entre o Estado social e o Estado socialista:

50. In: Bilac Pinto, *Finanças e Direito*, Revista Forense, p. 16-17, Rio de Janeiro, junho de 1940.

51. *Idem*, p. 16.

52. Paulo Bonavides, *Do Estado liberal ao Estado social*, 7. ed., p. 186, São Paulo: Malheiros, 2004.

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional, ou fora deste, os direitos trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende a sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

Quando a presença do estado, porém, se faz ainda mais imediata e ele não se põe a concorrer com a iniciativa privada, nacionalizando e dirigindo indústrias, nesse momento, sim, ingressamos na socialização parcial.

É, à medida que o Estado produtor puder remover o Estado capitalista, dilatando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob o seu poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada, aí, então, correrá grave perigo toda a economia do Estado burguês, porquanto, na consecução desse processo, já estaremos assistindo a outra transição mais séria, que seria a passagem do Estado social ao Estado socialista.

O Estado socialista se configura, ao contrário da Estado do bem-estar social, como um modelo de Estado de economia centralizada e planificada, no qual o preço da realização do bem comum é a perda da individualidade do homem em prol do estado. No Estado socialista, os bens de produção são coletivizados e o Estado é produtor, vendedor e empregador único. Diferentemente, no Estado do bem estar social o Estado, sem anular a livre iniciativa, é elemento fomentador do equilíbrio da sociedade, promotor de políticas públicas garantidoras de um status quo mínimo de dignidade a todos os cidadãos e redistribuidor de riquezas, realizando a idéia de justiça distributiva vislumbrada por John Rawls, fundada na inviolabilidade dos princípios da cidadania, como se infere neste trecho de sua obra, “Uma teoria da Justiça”<sup>53</sup>:

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade é dos sistemas de pensamento (...). Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça, e nem mesmo o bem estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por esta razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por

53. John Rawls, *Uma teoria da Justiça*, p. 4, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

um bem maior compartilhado por todos. (...) Portanto, numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis.

### 3.6. Noção de desenvolvimento econômico e o estado dualista

O que significa desenvolvimento econômico? Desenvolvimento econômico é o mesmo que crescimento econômico? Qual a relação entre desenvolvimento econômico e bem-estar social?

Conforme lição de Marco Antonio S. Vasconcelos e Manuel E. Garcia<sup>54</sup>:

Crescimento e desenvolvimento econômico são dois conceitos diferentes. Crescimento econômico é o crescimento contínuo da renda per capita ao longo do tempo. O desenvolvimento econômico é um conceito mais qualitativo, incluindo as alterações da composição do produto e a alocação dos recursos pelos diferentes setores da economia, de forma a melhorar os indicadores de bem-estar econômico e social (pobreza, desemprego, desigualdade, condições de saúde, alimentação, educação e moradia).

Luigi Fray, em sua obra “Desenvolvimento econômico e estrutura do mercado financeiro”, por sua vez, traça uma noção diferenciada de desenvolvimento econômico, ao vincular tal conceito à idéia de aumento da renda per capita, em contraposição ao progresso econômico, conceito que englobaria a noção de desenvolvimento acompanhado de uma repartição mais eqüitativa da renda. Edvaldo Brito<sup>55</sup>, comentando a teoria de Luigi Fray, assim discorre:

Diz o professor milanês, esboçando uma distinção entre desenvolvimento e progresso econômico, que “se tem falado de progresso econômico em contraposição a desenvolvimento econômico, reservando-se a segunda expressão ao simples aumento da renda per capita (eventualmente acompanhada de movimentos da população ativa de setor primário, que passa ao secundário e o terciário) e definido o progresso econômico como o desenvolvimento acompanhado de uma repartição mais eqüitativa da riqueza (i. é., um aumento da renda per capita, acompanhado de uma redução nas diferenças da renda e riqueza)”<sup>56</sup>.

Advertindo, adiante, que sem desprezar a noção de progresso econômico, que lhe parece mais de acordo com uma evolução positiva dos diversos sistemas econômicos, ele concluiu que entende por

54. Marco Antonio S. Vasconcelos & Manuel E. Garcia, *Fundamentos de Economia*, 1. ed., p. 205, São Paulo: Saraiva, 1998.

55. Edvaldo Brito, op. Cit., p. 45-46.

56. Luigi Fray, *Desenvolvimento econômico e estrutura do mercado financeiro*, trad. Affonso Blacheyre, p. 37, Rio de Janeiro: Zahar, 1961 *apud* Edvaldo Brito, idem, mesma página.

desenvolvimento econômico o aumento da renda per capita, aumento que tem ritmo diferente de lugar para lugar e de tempo para tempo, tornando bem difícil formular uma teoria geral do desenvolvimento que seja válida para todos os sistemas e durante todo o tempo. (...) A noção mais largamente aceita, para Fray, é a da identificação do desenvolvimento com o aumento da renda per capita.

Para Edvaldo Brito<sup>57</sup>, ao Estado de desenvolvimento cumpre, sobretudo, a função de promoção da vontade da população em relação à busca do progresso econômico, através de um programa político com o fim de elevar o nível de vida das massas. Orlando Gomes<sup>58</sup>, analisando a ação do Estado no processo de desenvolvimento, defende, em sua obra “Direito e Desenvolvimento”, que o impulso para a industrialização deve ser dado pelo Estado, que não pode mais ser considerado um espectador inerte do modelo capitalista liberal, e sim um promotor do desenvolvimento, influenciando por todos os modos, do estímulo ao controle, as atividades econômicas, tornando-se, inclusive, empresário nos setores em que não é conveniente esperar a iniciativa privada. Configura-se, dessa forma, o Estado dualista, do bem-estar social e desenvolvimento, conceitos que devem ser considerados como indissociáveis, uma vez que sem desenvolvimento não pode haver bem-estar, e o desenvolvimento desatrelado ao bem-estar não realiza o princípio da justiça distributiva, almejado pelo Estado do bem-estar social. Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>59</sup>, em sua obra “Legitimidade na Constituição de 1988”, leciona que:

Bem-estar e desenvolvimento podem ser entendidos como valores mutuamente complementares. Pela ordem, porém, conquanto sem desenvolvimento não possa existir bem-estar, como valor este se sobrepõe àquele. Um desenvolvimento à custa do bem-estar relativo da comunidade não é legitimante.

Como se afere da lição do professor paulista, o desenvolvimento nada mais é, no Estado dualista, do que um caminho para o atendimento do bem-estar, não valendo, entretanto, a lógica maquiavélica de que os fins justificam os meios. O processo de desenvolvimento, ou melhor, de progresso econômico, não pode, em momento algum, se dissociar da realização e da concretização do bem-estar social.

57. Edvaldo Brito, *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico* (desenvolvimento econômico. Bem-estar social), p. 52-53.

58. Orlando Gomes, *Direito e Desenvolvimento*, p. 29-31, Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1961.

59. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Legitimidade na Constituição de 1988, In: Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Maria Helena Diniz & Ritinha Alzira Stevenson Georgakilas, *Constituição de 1988: legitimidade, vigência, eficácia, supremacia*, p. 30, São Paulo: Atlas, 1989.





CAPÍTULO II

## A LEGITIMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DUALISTA DO BEM-ESTAR SOCIAL E DO DESENVOLVIMENTO

**Sumário** • 4. Legitimação do Estado brasileiro sob a ótica dualista. 4.1. A evolução constitucional do desenvolvimento e do bem-estar social no Brasil. 4.2. A Constituição de 1988 e a legitimação do Estado brasileiro sob a ótica dualista: o preâmbulo constitucional. 4.3. Os princípios fundamentais do artigo 1º da Constituição Federal de 1988. 4.4. Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e a construção do Estado dualista do bem-estar social e desenvolvimento. 4.5. A legitimação do Estado brasileiro sob a ótica dualista: conclusões.

### 4. LEGITIMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DUALISTA

#### 4.1. A Evolução constitucional do desenvolvimento e bem-estar social no Brasil

No capítulo anterior, foi formulada a concepção do Estado dualista como sendo aquele no qual o desenvolvimento econômico está atrelado à realização do bem-estar social, sendo ambas as concepções indissociáveis.

Neste capítulo, um essencial questionamento haverá de ser respondido: é o Estado brasileiro um Estado legitimado, em seus princípios fundamentais, como um Estado dualista?

Nas primeiras constituições do país, de 1824 e 1891, residia um espírito liberal, típico da concepção de mundo vigente a época em que se concebia o Estado como um mero garantidor da liberdade, propagada no brocardo “laissez faire, laissez passere”, instituído pela burguesia francesa após a Revolução de 1789 e legitimado pelo discurso de economistas e filósofos como Adam Smith, Jean Baptiste Say e John Locke. Comentando a Constituição do Império (1824), Paulo Bonavides<sup>1</sup> afirma que:

A Constituição do Império foi o proêmio do Estado liberal brasileiro. O começo sem dúvida de sua implantação. Visto em si mesmo e referido até a época das lutas que resultaram no ato adicional, o documento reflete com a máxima transparência o

1. Paulo Bonavides, O princípio ideológico nas constituições brasileiras visto através das declarações de direitos. *Reflexões política e direito*, 3. ed., p. 284, São Paulo: Malheiros, 1998.

compromisso inicial da sociedade recém-emancipada, com respeito a idéias e instituições: de uma parte, o absolutismo, solidamente acastelado na outorga mesma da Carta – um ato de aparente munificência do príncipe bragantino – e nas prerrogativas do Poder Moderador; doutra, o liberalismo, que tanto vingava nos direitos civis e políticos garantidos aos cidadãos brasileiros como no sistema representativo, cuja prática se inaugurava.

Sobre a Constituição de 1891, Bonavides aponta a sua característica liberalizante<sup>2</sup>:

A Constituição da República, em 1891, funda, com sua Declaração de Direitos, o nosso verdadeiro Estado liberal, sem a contradição entre a doutrina e os fatos (característica imperial). Moldura jurídica do novo quadro de instituições que surgiram no país por efeito do estabelecimento da nova ordem republicana, em substituição do sistema monárquico, a Constituição de 1891 é a expressão formal mais convincente do triunfo de nosso país do Estado burguês, edificado pelo liberalismo do século XIX.

Com a Constituição de 1934, funda-se, no país, a ideologia do Estado social, sendo a primeira carta constitucional brasileira a expressamente instituir uma ordem econômica, tendo sofrido forte influência da Constituição alemã de Weimar de 1919 e da crise econômica mundial de 1929. Segundo André Ramos Tavares<sup>3</sup>:

Dado o contexto de crise econômica mundial decorrente do *crash* da Bolsa de Nova Iorque, o texto constitucional deixava amplo espaço à intervenção do Estado na economia, admitindo largamente monopólios estatais em seu art. 116, que preceituava: “Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas, conforme o art. 112, n. 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos poderes locais”.

Ainda, em seu art. 117, declarava enfaticamente: “a lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedade brasileira as estrangeiras que atualmente operam no país”.

Quanto à liberdade sindical e de associação, ficou consignado, no art. 120, que “Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei”.

2. Idem, p. 292.

3. André Ramos Tavares, *Direito Constitucional Econômico*, p. 115, São Paulo: Método, 2003.

Apesar da sua configuração social, a Constituição de 1934 preservou a concepção individualista do direito de propriedade, mantida como um direito absoluto.

Em 1937, adveio o Golpe do Estado Novo, e uma nova Constituição, de caráter centralizador e totalitário. Conforme lição de Celso Ribeiro Bastos<sup>4</sup>, “na Carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, pretendeu-se substituir o capitalismo por uma economia corporativista, na qual a economia de produção deveria ser organizada em corporações colocadas sob a assistência e a proteção do Estado”. A Constituição polonesa de 1935, de caráter totalitário, e o regime fascista italiano influenciaram, sobremaneira, Getúlio Vargas na outorga da nova Carta Constitucional.

Com a deposição de Vargas, em 1945, e a redemocratização, é promulgada uma nova Constituição, na qual são retomados preceitos da Constituição de 1934, na vertente de um Estado social, sendo criticada, porém, pela sua imprecisão. Comentando a Constituição de 1946, José Afonso da Silva<sup>5</sup> professa a seguinte lição:

Serviu-se, para sua formação, das Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente. Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu.

Em 1964, um golpe militar termina por modificar a estruturação do regime político brasileiro, pautado, a partir de então em uma autocracia. Em 1967 é editada uma nova Constituição, reformada em vários aspectos em 1969, após a instituição do Ato Institucional nº 05, em dezembro de 1968, através da Emenda Constitucional nº 01. A legitimação do Estado brasileiro, na ótica da Constituição de 1967/69, pauta-se na idéia de Estado desenvolvimentista, fincada na célebre concepção do ex-ministro da fazenda Delfim Netto, segundo a qual dever-se-ia “deixar o bolo crescer, para depois dividi-lo”. Tal concepção vislumbra a estruturação de um Estado pautado na realização do desenvolvimento econômico, nos moldes traçados no primeiro capítulo desta obra, como caminho para uma futura construção de um bem-estar social. Foge, assim, o Estado

4. Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 19. ed., p. 448, São Paulo: Saraiva, 1998.

5. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15. ed., p. 87, São Paulo: Malheiros, 1998.

brasileiro, durante o regime militar, da concepção dualista de Estado, no qual bem-estar e desenvolvimento são elementos indissociáveis, vigendo a lição de Tercio Sampaio Ferraz Jr.<sup>6</sup>, segundo a qual:

Bem-estar e desenvolvimento podem ser entendidos como valores mutuamente complementares, Pela ordem, porém conquanto sem desenvolvimento não possa existir bem-estar, como valor este se sobrepõe àquele. Um desenvolvimento à custa do bem-estar relativo da comunidade não é legitimante. O bem-estar não é encarado como um valor subjetivo, pertinente ao sujeito isolado, mas como um valor objetivo.

#### **4.2. A Constituição de 1988 e a legitimação do Estado brasileiro sob a ótica dualista: o preâmbulo constitucional**

Após as eleições de 1986, nas quais o povo elege seus representantes naquele colegiado que daria uma nova Constituição ao país, é realizada, em 1º de fevereiro de 1987, no plenário da Câmara dos Deputados, a sessão de instalação da Assembléia Nacional Constituinte.

Cumprindo as determinações da Constituição Federal então vigente, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Carlos Moreira Alves, assume a presidência dos trabalhos e declara instalada a Assembléia, fazendo um extenso pronunciamento no qual, ao seu final, declara<sup>7</sup>:

Senhores constituintes: na feitura de uma Constituição, as questões são múltiplas, e as dificuldades várias. Resolva-las com prudência e sabedoria é o grande desafio que se apresenta a esta como a todas Assembléias Constituintes.

Os olhos conscientes da nação estão cravados em vós.

A missão que vos guarda é tanto mais difícil quanto é certo que, nela, as virtudes pouco exaltam, porque esperadas, mas os erros, se fatais estigmatizam.

Que Deus vos inspire! (Palmas prolongadas).

No dia seguinte, às 15 horas, ainda sob a presidência do Ministro José Carlos Moreira Alves, a Assembléia Nacional Constituinte se reúne para eleger o seu presidente. O Deputado Federal Ulysses Guimarães, um dos símbolos da

6. Tercio Sampaio Ferraz Junior, *Legitimidade na Constituição de 1988*. Tercio Sampaio Ferraz Junior, Maria Helena Diniz & Ritinha Alzira Stevenson Georgakilas. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*, p. 30, São Paulo: Atlas, 1989.

7. Casimiro Neto, *A Construção da Democracia*, p. 595, Brasília – DF: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003.

luta pela redemocratização no país, é eleito, com 455 votos, afirmando que “a nação quer mudar, a nação deve mudar, a nação vai mudar”.

Dividida em oito comissões, subdivididas, cada uma delas, em três subcomissões, organizadas segundo critérios temáticos e compostas, cada uma, por 63 membros titulares e igual número de suplentes, observado o princípio da proporcionalidade partidária, a Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88 inicia seus trabalhos como a mais popular de todas as assembleias constituintes já instaladas no país. Como bem observa Walter Costa Porto<sup>8</sup>:

A elaboração da sétima Constituição brasileira se deu sob condições fundamentalmente diferentes daquelas que envolveram a preparação das Cartas anteriores. Em primeiro lugar, foi alargado, de modo extraordinário, o corpo eleitoral do país: 69 milhões de eleitores se habilitaram ao pleito de 1986. O primeiro recenseamento no Brasil, em 1872, indicava uma população de quase dez milhões de habitantes, mas, em 1889, eram somente 200 mil os eleitores. A primeira eleição presidencial verdadeiramente disputada entre nós, em 1910, em que porfiaram Hermes da Fonseca e Rui Barbosa, contou com apenas 700 mil eleitores, 3% da população, e somente na escolha dos constituintes de 1945 é que, pela primeira vez, os eleitores representaram mais de 10% do contingente populacional.

Com a maior participação dos meios de comunicação, em especial os jornais, revistas, rádio e televisão, uma maior divulgação e discussão dos problemas é proporcionada, sendo ressaltado, dessa forma o caráter democrático da participação popular na elaboração da nova carta constitucional.

Em 5 de outubro de 1988, rompendo com o modelo puramente desenvolvimentista da Constituição anterior, é promulgada a Constituição Federal de 1988, pautada numa ótica dualista e inspirada na “Constituição dirigente” portuguesa de 1976. Como bem observa Augusto Zimmermann<sup>9</sup>, A Constituição de 1988 conduziu a um grande aprimoramento do sistema democrático, através da consagração da democracia semidireta, estabelecida através de instrumentos como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei, além de apresentar inegáveis avanços no reconhecimento dos direitos e garantias individuais e coletivos, tais como a instituição do habeas data, do mandado de injunção, do mandado de segurança coletivo, o redimensionamento da ação civil pública e da ampliação dos agentes propositores de ação direta de inconstitucionalidade,

8. Walter Costa Porto, *O Voto no Brasil, da Colônia à 6ª República*. 2. ed. p. 363, Rio de Janeiro: Topbooks, 2002.

9. Augusto Zimmermann, *Curso de Direito Constitucional*, p. 184, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

fatos que fizeram com que o então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, denominasse a nova Carta de Constituição Cidadã.

Logo no seu preâmbulo, A Constituição Federal de 1988 explicita os valores fundamentais de um estado erigido sob o perfil do bem-estar social e desenvolvimento. Senão vejamos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Sociedade fraterna, bem-estar, desenvolvimento, efetivação dos direitos sociais e individuais são, indubitavelmente, preceitos fundamentais para a caracterização de um estado dualista. O preâmbulo da Constituição de 1988, elemento da sua estrutura que introduz os seus valores e princípios fundamentais, dotado, indiscutivelmente, de força normativa, marca, de forma, decisiva, a legitimação do Estado brasileiro como um Estado do bem-estar social e desenvolvimento. Comentando a força normativa do preâmbulo constitucional em face da iminente revisão constitucional por que passaria o país, em 1993, Edvaldo Brito<sup>10</sup> professa:

Preâmbulo é um signo de origem latina. A raiz é *praeambulos* do latim tardio que deu *preambular* no século XVII já, aí, vindo do latim *praeambulare*. O conteúdo semântico é o de palavras ou atos que precedem as coisas definitivas. Assim, não tem razão Aurelino Leal ao atribuir-lhe a significação de “andar adiante”, mesmo dando-lhe a origem em “*praeambulare*”.

Efetivamente, é nessa concepção, de palavras precedentes em um texto normativo de natureza jurídica, que o signo vem sendo utilizado no campo da Ciência do Direito *stricto sensu*; ora para que essas palavras anunciem circunstâncias que envolvem a emissão do texto, ora, para servirem de fundamento de validade da sua interpretação.

Na opinião do ilustre professor da Universidade Federal da Bahia, o preâmbulo guarda apenas um alcance político e literário, mas também uma eficácia

10. Edvaldo Brito, *Limites da Revisão Constitucional*. p. 38 e 42, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

normativa, não havendo, assim, mera declaração, mas um ato jurídico que cria direitos. Para Brito, todo o sistema jurídico está condicionado “pela expressão normativa dos princípios fundamentais ou valores superiores do preâmbulo, contra o qual não pode atentar”.

### 4.3. Os princípios fundamentais do artigo 1º da Constituição Federal de 1988

Nos seus quatro primeiros artigos, a Constituição Federal de 1988 explicitou os seus princípios fundamentais, denotando um perfil de Estado do bem-estar social e desenvolvimento. Vejamos o artigo 1º da Constituição:

**Art. 1º.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.

**Parágrafo único.** Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O caput do artigo 1º da Constituição denota que a forma de governo brasileira é a forma republicana, caracterizada pela transitoriedade na chefia de Estado. Segundo Darcy Azambuja<sup>11</sup>:

Nas monarquias o cargo de chefe de Estado é hereditário e vitalício; nas repúblicas, o cargo de chefe do Estado é eletivo e temporário. (...) Ao nosso ver, o conceito de república foi resumido pelo grande Rui Barbosa que, inspirado nos constitucionalistas americanos, disse ser a forma de governo em que além de “existirem os três poderes constitucionais, o legislativo, o executivo e o judiciário, os dois primeiros derivem, realmente, de eleição popular”.

Sobre o princípio republicano, válida é, ainda, a lição de Jorge Miranda<sup>12</sup>, segundo a qual o mesmo postula:

11. Darcy Azambuja, *Teoria Geral do Estado*, 36. ed., p. 212-213, São Paulo: Globo, 1997.

12. Jorge Miranda, A democracia representativa: princípios e problemas gerais. *Revista de Estudos Eleitorais*, Brasília – DF, v. 2, n. 1, p. 20, jan./abr. 1998.

JAIME BARREIROS NETO

- a) A configuração de todos os cargos do estado, políticos e não políticos, por estatuto jurídico traduzido em situações funcionais, e não em direitos subjetivos *stricto sensu* ou, muito menos, em privilégios;
- b) A temporariedade de todos os cargos do Estado, políticos e não políticos, eletivos e não eletivos;
- c) A duração curta de cargos políticos;
- d) A limitação da designação de novos mandatos (ou do número de mandatos que a mesma pessoa pode exercer sucessivamente), devendo entender-se a renovação assim propiciada tanto um meio de prevenir a personalização e o abuso do poder como uma via para abrir as respectivas magistraturas ao maior número de cidadãos;
- e) Após o exercício dos cargos, a não-conservação ou a não-atribuição aos antigos titulares de direitos não conferidos aos cidadãos em geral (e que redundariam em privilégios).
- f) A não sucessão imediata no mesmo cargo do cônjuge ou de qualquer parente ou afim mais próximo.

Como se pode aferir das lições supracitadas, a República é forma de governo típica dos regimes democráticos, tendo na legitimação popular da alternância do poder o seu maior fundamento.

O Brasil, de acordo com o artigo 1º da Constituição, se constitui sob a forma federativa de Estado. Josaphat Marinho<sup>13</sup>, em artigo intitulado “Federação e Poder”, caracteriza da seguinte forma a federação:

A federação, para fixar exemplo relevante, é uma espécie de poder condicionado, circunscrito. Apesar da variedade de teorias que a explicam, em essência a federação corresponde a um modelo de partilha de competências entre a União e os Estados-membros. Em regime como o brasileiro, os Municípios também são erguidos à categoria de entidades constitucionais da federação. Trate-se, porém, de divisão bipartida ou tripartida, a federação distribui competências, que reciprocamente se limitam. Salvo nos casos de competência concorrente ou suplementar, ou mediante convênios, as áreas definidas na Constituição têm que ser respeitadas. Nem uma área tem autoridade indeterminada. Pela obediência ao que traça a Constituição, especificando poderes e serviços de cada órgão, é que a União, os Estados e os Municípios conseguem manter a unidade nacional na diversidade de situações regionais e locais. Assegura o equilíbrio geral, o respeito de todas as entidades

13. Josaphat Marinho, *Federação e Poder. Direito, Sociedade e Estado*. p. 91, Salvador: Memorial das Letras, 1998.



às prescrições constitucionais, que somente conferem, a cada qual, franquias delimitadas.

A forma federativa de Estado, no Brasil, é cláusula pétrea, ou seja, imodificável e inatacável por Emenda Constitucional, conforme preceitua o art. 60, § 4º da Carta magna. Denota, a federação, divisão de poderes, sendo, a princípio, adotado por Estados pautados sob o regime político da democracia. Geraldo Ataliba<sup>14</sup>, em sua clássica obra “República e Constituição” defende que não só a federação, mas a república, por suas características democráticas, seria intocável pela função constituinte reformadora.

Mesmo sendo contestável o caráter imodificável da forma republicana de governo no Brasil, é inegável que o princípio republicano, entendido na sua plenitude, conota um caráter democrático ao Estado brasileiro, base para a configuração deste sob a ótica do bem-estar e desenvolvimento.

Sobre a configuração constitucional do Brasil como Estado democrático de Direito, por sua vez, Manoel Jorge e Silva Neto<sup>15</sup> leciona:

Diz ainda o art. 1º que a sociedade política nacional constituiu-se em Estado Democrático de Direito.

Estamos diante de outra expressão a merecer análise cuidadosa.

Após a Constituição de 1998, abandonou-se a remissão ao Estado de Direito para consagrar, como visto, o Estado Democrático de Direito.

O exato entendimento da alteração feita pelo constituinte material passa, sobretudo, pela compreensão do acréscimo do termo “democrático” à locução “Estado de Direito”. Sendo assim, a última delas está a designar um modelo de Estado reverente ao Direito; a primeira reflete a necessidade de concessão de iguais oportunidades de desenvolvimento profissional, intelectual, material ou espiritual das pessoas partícipes da comunidade política. (...) a interpretação dos dispositivos constitucionais e legais de cunho econômico induz ao reconhecimento de que o propósito de tais normas não é outro senão alcançar a justiça social – firmada, em nível constitucional, como *telos* do Estado brasileiro.

Pode-se afirmar, assim, que o Estado brasileiro, ao se intitular “Estado democrático de Direito”, tem como base fundamental de legitimidade a busca da realização da justiça social (preceito fundamental do Estado dualista).

14. Geraldo Ataliba, *República e Constituição*, 2. ed., p. 38, São Paulo: Malheiros, 1998.

15. Manoel Jorge e Silva Neto, *Direito Constitucional Econômico*, p. 89-90, São Paulo: LTr, 2001.

Em relação ao inciso I do artigo 1º da Constituição Federal, que traz a soberania como fundamento da república, pode-se extrair a idéia de que a Constituição tem força normativa e vital própria, sendo elemento condicionante da realidade histórica concreta do seu tempo. Ferdinand Lassalle<sup>16</sup>, em conferência proferida em 1863 sobre a essência da Constituição, defendeu a idéia de que a Constituição nada mais é do que a soma dos fatores reais de poder que atuam no seio da cada sociedade, fatores esses que se constituiriam em “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”<sup>17</sup>. Para Lassalle existiria uma Constituição escrita e uma Constituição jurídica, esta caracterizada pela congruência e convergência dos fatores reais de poder da sociedade, não passando a Constituição escrita, quando não conformada pelos fatores reais de poder, de mera folha de papel.

Konrad Hesse<sup>18</sup>, se contrapondo a Lassalle, proferiu, em 1959, aula inaugural na Universidade de Freiburg, na Alemanha, quando declamou que:

A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder”, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade.

O fundamento da soberania, exposto como fundamental do Estado brasileiro, denota não apenas independência perante entes externos, mas supremacia interna e força normativa da Constituição Federal.

A cidadania e o pluralismo político, por sua vez, denotam que o sistema jurídico brasileiro é constituído sob a forma de uma democracia pluralista e participativa, na qual “todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido”, conforme redação do parágrafo único do artigo 1º da Carta Constitucional<sup>19</sup>.

16. Ferdinand Lassalle, *A Essência da Constituição*, 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

17. Loc. cit., p. 10-11.

18. Konrad Hesse, *A Força normativa da Constituição* (Die normative kraft der verfassung), tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

19. Segundo lição de Maria de Lourdes Manzini Covre (*O que é cidadania*. Coleção Primeiros Passos, 11. reimpressão. da 3. ed. de 1995, p. 09, São Paulo – SP: Brasiliense, 2003): “Podemos afirmar que ser cidadão significa ter direitos e deveres, ser súdito e ser soberano. Tal situação está descrita na Carta de Direitos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, que tem suas primeiras matrizes marcantes nas cartas de Direito dos Estados Unidos (1776) e da Revolução Francesa (1798). Sua proposta mais funda de cidadania é de que todos os homens são iguais ainda que perante a lei, sem discriminação de raça, credo

Ao dispor sobre a cidadania como um dos fundamentos da Constituição Brasileira, está indicada uma concepção de Estado que prima pela participação política do povo em suas questões fundamentais. Como bem recorda Dalmo de Abreu Dallari<sup>20</sup>, a participação política é uma necessidade da natureza humana, sendo fundamental que o homem, como ser social, estabeleça uma ordem, para sobreviver. Para o cientista político, “a ordem social não pode ser confundida com uma simples arrumação de coisas. Assim, portanto, não se pode admitir que nas sociedades humanas se estabeleça distinção entre os que arrumam e o que são arrumados”. Assim, para Dallari, tendo em vista que todo indivíduo que vive numa sociedade democrática exerce várias atribuições importantes, faz-se necessário que sejam estabelecidas regras de organização e funcionamento da sociedade que sejam flexíveis e que sofram alteração sempre que ocorrerem mudanças significativas na realidade social, devendo-se decidir quando e em que sentido mudar. O fundamento da cidadania denota que o princípio da soberania popular é abraçado em nosso país, consistindo esse princípio na realização do ideal maior de igualdade política<sup>21</sup>.

Ao se referir ao pluralismo político<sup>22</sup> como base fundamental do nosso ordenamento jurídico, a Constituição, conforme lição de José Afonso da Sil-

---

ou cor. E ainda: a todos cabem o domínio sobre seu corpo e sua vida, o acesso a um salário condizente para promover a própria vida, o direito à educação, à saúde, à habitação, ao lazer. E mais: é direito de todos poder expressar-se livremente, militar em partidos políticos e sindicatos, fomentar movimentos sociais, lutar por seus valores. Enfim, o direito de ter uma vida digna de ser homem. Isso tudo diz mais respeito aos direitos do cidadão. Ele também deve ter deveres: ser o próprio fomentador da existência dos direitos a todos, ter responsabilidade em conjunto pela coletividade, cumprir as normas e propostas elaboradas e decididas coletivamente, fazer parte do governo, direta ou indiretamente, ao votar, ao pressionar através dos movimentos sociais, ao participar de assembleias – no bairro, sindicato, partido ou escola. E mais: pressionar os governos municipal, estadual, federal e mundial (em nível de grandes organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional – FMI)”.

20. Dalmo de Abreu Dallari, *O que é participação política*. Coleção primeiros passos, 15. reimpressão, p. 89-90, São Paulo: Brasiliense, 2001.
21. Segundo Francis Hamon, Michel Troper & Georges Burdeau (*Direito Constitucional*, 27. ed., p. 177-178, Barueri-SP: Manole, 2005), “a doutrina da soberania popular ensinaria que a soberania pertence ao povo, concebido como o conjunto dos homens que vivem em um determinado território. Esse povo seria, portanto, um ente real. Ele próprio pode, portanto, exercer sua soberania. A doutrina da soberania popular seria, portanto, compatível com a democracia direta. No entanto, caso essa democracia direta parecesse pouco praticável, o povo poderia delegar o exercício da soberania. Mas como o povo é um ente real, ele é perfeitamente capaz de ter e de expressar uma vontade distinta daquela dos governantes. Todos aqueles que compõem o povo podem e têm o direito de escolher esses governantes e de controlar as suas ações”.
22. Uma substancial definição do alcance do pluralismo político como fundamento da República Federativa do Brasil é apresentada por Manoel Jorge e Silva Neto (*Curso Básico de Direito Constitucional*. Tomo II, p. 27-29, Rio de Janeiro – RJ: Lumen Juris, 2005), para quem “pluralismo político é o fundamento do estado brasileiro que viabiliza a coexistência pacífica de centros coletivos irradiadores de opiniões, atitudes e posições diversas, tendentes a influenciar na formação da vontade da sociedade política. Esquadrinhando-o, temos que representa: i) “fundamento do Estado brasileiro”, em face da “residência”

va<sup>23</sup>, faz uma opção “pela sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engebra as ortodoxias opressivas”. O pluralismo, assim, para o professor paulista, constitui-se em uma realidade, uma vez que a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, de grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos, sendo a opção por uma sociedade pluralista o mesmo que o acolhimento de uma sociedade conflitiva, “de interesses contraditórios e antinômicos”. Neste sentido, ainda segundo José Afonso, “o problema do pluralismo está precisamente em construir o equilíbrio entre as tensões múltiplas e por vezes contraditórias, em conciliar a sociabilidade e o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis”.

Ainda sobre o pluralismo político, afirma Cláudio Souto<sup>24</sup> a pluralidade de fontes produtivas do jurídico, que poderá ser oriunda de qualquer grupo social, seja ele nacional ou estrangeiro, fazendo com que o Direito possa ser produzido social, individual ou mentalmente.

Cidadania e pluralismo político conformam o Estado brasileiro sob o regime político da democracia participativa, na qual o povo participa de forma direta e indireta das questões e decisões políticas do Estado e da sociedade. A legitimidade do Estado brasileiro sob a ótica dualista está intrinsecamente vinculada a essa característica participativa adotada pelo nosso regime político, estabelecido pela Constituição de 1988.

O inciso III do artigo 1º da Constituição de 1988, por sua vez, traz como um dos fundamentos da república a dignidade da pessoa humana. Mas o que vem a ser dignidade da pessoa humana? Segundo Rizzato Nunes<sup>25</sup>:

---

constitucional do postulado; ii) “que viabiliza a coexistência pacífica”, porquanto o ideal pluralista reflete a regra de ouro do livre arbítrio: a liberdade de um indivíduo termina quando começa a liberdade de outro (Spencer); iii) “de centros coletivos”, porque não se presta o pluralismo político a assegurar a liberdade de manifestação de pensamento de pessoa individualmente considerada, direito assegurado pelo fundamento concernente à cidadania e consubstanciado, por exemplo, no art. 5º, IV; iv) “irradiadores de opiniões, atitudes e posições diversas”, sendo certo que ali onde se verificar diversidade quanto à opção política, ideológica, sexual e religiosa, deve ser conduzido esforço à respectiva e imprescindível harmonização; v) “tendentes a influenciar na formação da vontade da sociedade política”, na medida em que, se a hipótese é de “pluralismo político”, guarda implícita, sempre, a possibilidade de o grupo interferir para fazer prevalecer a sua vontade”.

23. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15. ed., p. 147, São Paulo: Malheiros, 1998.

24. Cláudio Souto, *Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva*. P. 111-112, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

25. Rizzato Nunes, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. P. 46 e 49, São Paulo: Saraiva, 2002.

Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica.

Com efeito, é reconhecido o papel do Direito como estimulador do desenvolvimento social e freio da bestialidade possível da ação humana. (...) para definir dignidade é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas, para, contra elas, lutar.

Então, se extrai dessa experiência histórica o fato de que a dignidade nasce com o indivíduo. O ser humano é digno porque é.

Aqui temos de recorrer a Heidegger – que paradoxalmente, em vida, chegou a sonhar com o nacional-socialismo alemão como um elemento de construção do ser. A formulação sobre o ser é de conjugação única e tautológica. O ser é. Ser é ser. Logo, basta a formulação: sou.

Então, a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado democrático de Direito, guarda claras relações com a consecução do Estado brasileiro sob o regime dualista do desenvolvimento e bem-estar. Não há bem-estar social onde não há respeito à dignidade da pessoa humana; não se pode falar em desenvolvimento desatrelado deste princípio fundamental, inerente à própria condição humana.

Diante da característica normogenética<sup>26</sup> dos princípios fundamentais, portanto, será inconstitucional toda e qualquer norma que fira o princípio da dignidade da pessoa.

O fundamento constitucional previsto no artigo 1º, inciso IV da Constituição, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, demonstra, com clareza, a escolha política do legislador constituinte pelo Estado dualista do bem-estar social e desenvolvimento no Brasil. No magistério de Manoel Jorge e Silva Neto<sup>27</sup>, “a ligação do valor social do trabalho à livre iniciativa determina a opção constitucional pela democracia social, sendo esta a ideologia firmada pelo constituinte de 1988”.

Ao se referir aos valores sociais da livre iniciativa (dessa forma deve ser interpretado o preceito constitucional) a Constituição de 1988 denota a opção do Estado brasileiro pelo modelo econômico capitalista, sob uma ótica econômica

26. Sobre as características dos princípios fundamentais, conferir o capítulo II desta obra.

27. Manoel Jorge e Silva Neto, op. Cit., p. 96.

desenvolvimentista, mas também promotora do bem-estar. Como bem lembra André Ramos Tavares<sup>28</sup>:

O desenvolvimento que se pretende só pode ser um desenvolvimento amplo. Não apenas econômico, porque este decorrerá de outras variantes. É o que Amartya Sen observa: “sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele”. Deve se dirigir, como já apontava Oscar Dias Corrêa, “à melhoria das condições humanas”. Ainda na esteira do pensamento sustentado por Amartya Sen, há de compreender o desenvolvimento como liberdade: “o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhoria da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos”.

As implicações que estão contidas no princípio do desenvolvimento nacional são extremamente relevantes no contexto brasileiro, devendo o legislador implementá-las com a celeridade que a matéria exige.

Ao se referir aos valores sociais do trabalho, por sua vez, a Constituição valoriza o trabalho como fundamental à efetivação da dignidade humana e instrumento indispensável ao bem-estar social. Trabalho gera desenvolvimento e não há bem-estar sem desenvolvimento.

A busca do pleno emprego, como objetivo fundamental do Estado brasileiro, e a efetivação dos direitos sociais perpassam pelo reconhecimento do fundamento constitucional dos valores sociais do trabalho como basilar e conformador de todo o sistema jurídico.

#### **4.4. Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e a construção do Estado dualista do bem-estar social e desenvolvimento**

O artigo 3º da Constituição Federal de 1988 expõe os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, estando dessa forma exposto:

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

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

28. André Ramos Tavares, *Direito Constitucional Econômico*, 1. ed., p. 143, São Paulo: Objetiva, 2003.

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

Os objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição Federal de 1988 demonstram, de forma incontestável, a opção do legislador constituinte pela implantação do Estado dualista do desenvolvimento e bem-estar social no Brasil.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, indubitavelmente, são objetivos intrínsecos à realização do bem-estar. A garantia do desenvolvimento nacional, por sua vez, expõe o objetivo de se alcançar o progresso econômico, essencial para a consolidação do bem comum. Como bem afirma Fávila Ribeiro<sup>29</sup>, “o desenvolvimento nacional não há de ser uma obra do acaso, mas o resultado de um persistente trabalho de todos os segmentos populacionais, tendo o seu próprio ritmo e com rumos definidos, agora com envergadura constitucional”.

Dentro da ótica dualista, o Estado brasileiro deverá, ao máximo, buscar a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem-estar geral, sem admitir discriminações desarrazoadas. É importante ressaltar, neste ponto, que o inciso IV do artigo 3º da Constituição somente pode ser interpretado em consonância com o art. 5º, inciso I (princípio da igualdade). Assim, dentro da noção aristotélica de igualdade, dever-se-á tratar desigualmente os desiguais para se realizar a igualdade material, e não apenas formal. Discriminações positivas, portanto, visando a realização da igualdade material, são respaldadas constitucionalmente no sistema jurídico brasileiro.

Sobre os objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988, é importante ressaltar o seu caráter eficaz. Os objetivos fundamentais não se constituem em meras normas programáticas, meramente diretivas de uma interpretação com conteúdo meramente ético-moral. As normas do artigo 3º da Constituição são normas jurídicas, dotadas de aplicabilidade imediata. Para Uadi Lammêgo Bulos<sup>30</sup>:

As normas constitucionais programáticas têm eficácia jurídica pelas seguintes razões:

- a) impedem que o legislador comum edite normas em sentido contrário ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dá plena

29. Fávila Ribeiro, *Pressupostos constitucionais do Direito Eleitoral: no caminho da sociedade participativa*. p. 26, Porto Alegre – RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

30. Uadi Lammêgo Bulos, *Manual de Interpretação Constitucional*, p. 13, São Paulo: Saraiva, 1997.

JAIME BARREIROS NETO

- aplicabilidade, condicionando, assim, a futura legislação com a consequência de ser inconstitucional;
- b) impõem um dever político ao órgão com competência normativa;
  - c) informam a concepção estatal ao indicar suas finalidades sociais e os valores objetivados pela sociedade;
  - d) condicionam a atividade discricionária da administração e do Judiciário;
  - e) servem de diretrizes teleológicas para a interpretação e aplicação jurídica (subsunção, integração, correção); e
  - f) estabelecem direitos subjetivos por impedirem comportamentos que lhe sejam antagônicos.

Edvaldo Brito, em preciosa lição, contesta o caráter puramente ético-moral das “normas programáticas”, para demonstrar que estas, nesse sentido, não inexistentes, uma que toda norma constitucional possui natureza jurídica e eficácia. De acordo com Brito:

colhe-se que a norma é eficaz quando emitida pela fonte a quem a convenção atribuiu o poder (aptidão para gerar consequência: eficácia formal) e tem um relato com mensagem a ser recebida pelo destinatário sem possibilidade de ele desconfirmá-lo com sucesso (“eficácia” social ou , propriamente, efetividade). Assim, trabalha-se na área da acepção ampla em que se reconhece, como pressuposto, um mínimo de eficácia ao Direito e se pode distinguir eficácia e efetividade e, com muito mais propriedade, adotar a lição de José Afonso da Silva de que é premissa o enunciado: “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada de vigor da constituição a que aderem, e na ordenação da nova ordem instaurada”. (...)

Premissa de tal grandeza é incompatível com a doutrina tradicional da norma programática, segunda a qual os direitos econômicos e sociais, debuxados nas hipóteses normativas constitucionais, seriam, na realidade, conteúdos ético-sociais ou econômicos-sociais constitutivos de programas a serem posteriormente implementados se e quando as autoridades competentes deliberarem fazê-lo. Por isso, essas hipóteses normativas não seriam, propriamente, normas, mas simples enunciados de natureza deontica.

Não há, neste sentido, norma programática. Toda norma do tecido constitucional tem natureza jurídica e, por isso, participa de todas as características desse tipo de regra. Ruy Barbosa sepulta as dúvidas, afirmando que não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos,



avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.

Pode-se afirmar, portanto, que as normas contidas em todo o título I da Constituição Federal de 1988 (Dos Princípios Fundamentais) têm eficácia jurídica, sendo vinculantes a todos os destinatários da Constituição. Não existem normas constitucionais sem eficácia jurídica. Não existem normas constitucionais de conteúdo meramente ético-moral.

#### 4.5. A legitimação do Estado brasileiro sob a ótica dualista: conclusões

Diante o que foi exposto, pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que o fundamento de legitimidade<sup>31</sup> do Estado brasileiro, na Constituição de 1988, é o Estado dualista do desenvolvimento e bem-estar social. Uma Constituição é legítima, conforme Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>32</sup>, quando reconhece e aplica regras de participatividade, se adapta às mudanças, não perdendo, entretanto, o seu caráter de permanência, adota regras de intangibilidade, elevando certos valores à condição de inalteráveis e regras de consecução, referentes à própria incidência constitucional, retratada na imperatividade incontestável de seus valores máximos. Para Tercio<sup>33</sup>:

uma Constituição não deve ser vista apenas como um ato fundante, um texto básico, mas como uma prática que se renova a cada instante, na sua interpretação, aplicação, na sua observância. O verdadeiro espaço de uma constituição não se situa na sua corporificação física num documento, mas na organização da comunidade, na convivência de cidadãos que vivem juntos, não importa onde estejam. Esse espaço é o espaço político em que os membros da sociedade aparecem como cidadãos.

A Constituição deve ser vista como uma força ativa, sendo dotada de força normativa, configurando-se, também, como fator real de poder na sociedade. Segundo Konrad Hesse<sup>34</sup>:

31. Conforme definição de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (*Dicionário de Política*, 12. ed., vol. 2., p. 657, Brasília: UNB; LGE editora, 2004), pode-se definir legitimidade como sendo “um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado”.

32. Tercio Sampaio Ferraz Junior, Legitimidade na Constituição de 1988. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*, p. 25-26.

33. Idem, mesma página.

34. Konrad Hesse, op. Cit., p. 19.

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (*wille zur macht*), mas também a vontade de Constituição (*wille zur verfassung*).

A legitimidade de uma Constituição se alcança quando se estabelece, diante dessa, “uma justificativa de expectativas constitucionais contra argumentos desiludidores, que, ainda que propostos, são desacreditados”<sup>35</sup>. Para que uma constituição seja legítima, portanto, é necessário que a tarefa hermenêutica seja realizada sob um ponto de vista jurídico e não apenas histórico. Como ensina Emílio Betti<sup>36</sup>:

O ponto nevrálgico da diferença entre interpretação histórica e interpretação jurídica consiste em que a primeira trata unicamente de reconstruir em sua totalidade, de integrar em sua coerência originária, o sentido, em si construído, de forma representativa e com ela o pensamento que expressa. Ao contrário, na interpretação jurídica de um ordenamento vigente não podemos nos restringir a invocar o sentido originários da norma, se deve dar um passo a mais, uma vez que a norma, longe de esgotar-se em sua primeira formulação, tem vigor atual em relação ao ordenamento, tendo função de transformar a vida social.

A necessidade de uma interpretação constitucional prospectiva, voltada para o presente e para o futuro, e não para o passado, é essencial para a legitimação de uma Constituição enquanto marco conformador de uma ordem jurídica. Tal necessidade se faz ainda mais imanente em um Estado que se configura sob a ótica dualista do bem-estar social e desenvolvimento. Neste sentido, leciona Tercio Sampaio Ferraz Jr.<sup>37</sup> que, ao contrário do Estado liberal burguês, no qual prevalece a “interpretação de bloqueio”, segundo a qual o intérprete “não pode articular sentidos e objetivos senão aqueles que já estejam reconhecidos *ex tunc* na própria constituição”, no Estado social há uma exigência de realização de

35. Tercio Sampaio Ferraz Junior, *A Legitimidade...*, p. 22.

36. Emilio Betti, *La Interpretación de las leyes y actos jurídicos*, p. 43, Madrid: ERDP, S/D.

37. Tercio Sampaio Ferraz Junior, *Aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais*, p. 13-14, São Paulo: Atlas, 2002.

procedimentos interpretativos de legitimação, fazendo com que o intérprete seja autorizado a articular e qualificar o interesse público, a partir de uma certa discricionariedade hermenêutica. Dessa forma, preceitos dirigidos à participação política e à atuação positiva do Estado se constituiriam em “leges imperfectae”, não sendo imediatamente realizáveis sem uma atuação ativa e prospectiva do hermeneuta, a partir da realização de juízos de viabilidade.

Além de uma interpretação realizada nos moldes supracitados, uma Constituição, para se manter legítima, nos moldes expostos por Tercio Sampaio Ferraz Junior, deverá ser dotada de imperatividade e intangibilidade dos seus valores fundamentais, impondo limites à sua revisão. Como bem leciona Edvaldo Brito<sup>38</sup>:

O princípio que deve prevalecer é o da existência de limites para toda e qualquer alteração. É assim porque “não há reforma total, no sentido absoluto da palavra, pois o direito de revisão somente permite modificar a Constituição, em seu conjunto, para aperfeiçoá-la. Mas que se possa usar deste direito consagrada pela Constituição para destruí-la, que se possa voltar assim contra a Constituição uma arma fornecida por ela, são pretensões que não podemos admitir”. (...) Mesmo o poder constituinte, que é potência, tem limites, sejam os ditados pela soberania popular no momento da escolha dos seus representantes, manifestando a sua ideologia ou durante a atividade constituinte, acompanhando-a com a sua participação; sejam os que, na linha dessa ideologia, cause integração de normas do direito internacional; b) não há exemplo, hoje, de Constituição jurídica imutável, por isso os textos posteriores à fase do que se costuma chamar de novas tendências do direito constitucional acolhem normas disciplinando as alterações constitucionais e a doutrina, ao contrário da postura antes criticada, passou a cuidar da matéria, ainda que os signos não sejam utilizados com o conteúdo semântico, inconfundível relativamente às categorias que povoam essas alterações, razão porque este trabalho colhe a todas com a designação genérica de alterações.

Respeitando-se os valores fundamentais da sua Constituição e realizando uma atividade hermenêutica prospectiva da mesma, a sociedade brasileira a legitimará, conforme os seus preceitos fundamentais de realização do bem-estar social e do desenvolvimento. Afinal, como bem sintetiza Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>39</sup>:

38. Edvaldo Brito, *Limites da Revisão Constitucional*, p. 88-90.

39. Tercio Sampaio Ferraz Junior, *Legitimidade na Constituição de 1988...*, p. 58.

JAIME BARREIROS NETO

A Constituição de 1988, até mesmo como texto, ainda está por se fazer. Por isso mesmo pensamos que a questão de sua legitimidade, mais do que nunca, está centrada na expectativa de uma concreção. Não que ela venha a se legitimar apenas se for concretizada, mas que este deve ser o sentido de orientação de sua legitimidade. Isto é, ela legitimar-se-á na medida de uma vigilância e fiscalização que desbordam os controles retrospectivos da constitucionalidade e se lançam para uma exigência de realização futura, para a denúncia da omissão, para a iniciativa legislativa direta, para a participação construtora da cidadania. Estas são suas peças-chaves, este, certamente, o seu sentido de orientação.

Democracia social com sentido de concreção, eis a síntese de legitimidade de uma Constituição que pode até ter sido formulada por quem nela não acreditasse, mas que, malgrado tudo, encerra uma promessa e uma esperança: a promessa de uma sociedade socialmente justa, a esperança de sua realização.

CAPÍTULO III

**DISCIPLINA JURÍDICA DO ESTADO  
DO BEM-ESTAR E DO DESENVOLVIMENTO  
ECONÔMICO FACE AO ATO LESIVO AO MEIO-AMBIENTE**

**Sumário** • 5. Conceitos de meio-ambiente, ecologia, biosfera e ecossistema: 5.1. Conceitos de meio-ambiente e ecologia. 5.2; Biosfera e ecossistema – 6. Ameaças à biosfera: poluição, efeito estufa, destruição da camada de ozônio, desmatamento, chuva ácida, extinção de espécies: 6.1. A poluição; 6.2. O Efeito estufa; 6.3. A destruição da camada de ozônio; 6.4. A chuva ácida; 6.5. O desmatamento e a destruição da fauna – 7. Natureza jurídica do direito subjetivo ao meio-ambiente equilibrado: 7.1. O conceito de direito subjetivo. Teoria da Vontade versus Teoria do Interesse; 7.2. O conceito de direito subjetivo: a Teoria Eclética de Jellinek e a Teoria de Duguit; 7.3. O conceito de direito subjetivo: o normativismo kel-seniano e o egologismo de Carlos Cossio; 7.4. Classificação dos direitos subjetivos; 7.5. Os conceitos de direito individual, direito coletivo e direito difuso; 7.6. A distinção entre princípios e regras; 7.7. Noção conceitual de princípio fundamental e a idéia de sistema; 7.8. Princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia; 7.9. A natureza jurídica do direito subjetivo ao meio-ambiente equilibrado e a sua relação com os princípios fundamentais do Estado dualista do bem-estar social e desenvolvimento.

## **5. CONCEITOS DE MEIO-AMBIENTE, ECOLOGIA, BIOSFERA E ECOSISTEMA**

### **5.1. Conceitos de meio-ambiente e ecologia**

Assuntos permanentes na mídia, a ecologia e a proteção ao meio-ambiente estão na ordem do dia de habitantes de todo o planeta. O homem, tradicional explorador voraz da natureza, enfim começa a conscientizar-se da importância da preservação desta, vital para a sua própria sobrevivência. Como bem ensina Ayrton José Marcondes e Domingos Ângelo Lammoglia<sup>1</sup>:

A Terra é o único planeta do sistema solar onde se tem notícia de vida. Isso ocorre porque nela existem alguns fatores físicos e químicos sem os quais a vida não seria possível. Entre eles podem ser citados a luminosidade, a temperatura, a disponibilidade de água, o ar atmosférico e as substâncias químicas utilizadas pelos organismos.

1. Ayrton José Marcondes e Domingos Ângelo Lammoglia, *Biologia, Ciência da Vida*, p. 231, São Paulo: Atual, 1994.

JAIME BARREIROS NETO

A sobrevivência de qualquer ser depende da presença desses fatores, mas não somente deles. De fato, a simples observação da vida de um organismo mostra que ele nunca está isolado, pois, além dos componentes físicos e químicos, é circundado por outros seres vivos com os quais mantém relação. Essas considerações permitem definir meio ou ambiente como sendo o conjunto de fatores físicos, químicos e biológicos, necessários à sobrevivência de cada espécie.

Pode-se tomar como exemplo o que ocorre em um formigueiro. A vida das formigas depende de fatores físicos (luz, calor), químicos (carbono, oxigênio, hidrogênio e outros) e biológicos (as outras formigas, animais que delas se alimentam e vegetais dos quais retiram folhas). A esse conjunto de fatores que cercam as formigas denominamos meio ou ambiente. O mesmo raciocínio pode ser aplicado a qualquer outro ser vivo, bastando para isso a identificação dos fatores que o cercam e permitem a sua existência.

O homem, com sua natureza animal, está inserido, invariavelmente, no meio-ambiente, dependendo, para a sua sobrevivência da preservação da fauna e da flora e da manutenção do equilíbrio ecológico. O conceito de meio-ambiente, dessa forma, pode ser deflagrado, sob um ponto de vista biológico, como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, obriga e rege a vida em todas as suas formas”<sup>2</sup>.

Sob o aspecto jurídico, Massimo Severo Giannini, em sua obra “ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici”, citada por Toshio Mukai<sup>3</sup>, considera possível indicar três sentidos para a expressão “ambiente”. Vejamos:

- a) o ambiente como modo de ser global da realidade natural, baseada num dado equilíbrio dos seus elementos – equilíbrio ecológico, que se retém necessário e indispensável em relação à fruição da parte do homem, em particular à saúde e ao bem-estar físico; o ambiente como ponto de referência objetivo dos interesses e do direito respeitante à repressão e prevenção de atividades humanas dirigidas a perturbar o equilíbrio ecológico, convertendo-se o dano ao ambiente em dano do próprio homem;
- b) o ambiente como uma ou mais zonas circunscritas do território, consideradas pelo seu peculiar modo de ser e beleza, dignas de conservação em função do seu gozo estético, da sua importância para a investigação científica, ou ainda pela sua

2. Este conceito é o abraçado pela lei nº 6938/81, em seu artigo 3º, I. Referida lei dispõe sobre a Política Nacional do Meio-ambiente.

3. Toshio Mukai, *Direito Ambiental Sistematizado*, 4. ed., p. 4, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

relevância histórica: isto é, o ambiente como soma de bens culturais, como ponto de referência objeto dos interesses e do direito à cultura;

- c) o ambiente como objeto de um dado território em relação aos empreendimentos industriais, agrícolas e dos serviços: isto é, o ambiente como ponto de referência objeto dos interesses e do direito urbanístico respeitantes ao território como espaço, no qual se desenvolve a existência e a atividade do homem na sua dimensão social.

O conceito de meio-ambiente difere do conceito de ecologia. Por ecologia pode-se compreender “a ciência que estuda as condições de existência dos seres vivos e as interações, de qualquer natureza, existentes entre esses seres vivos e seu meio”<sup>4</sup>. A palavra ecologia deriva do grego “oikos”, que significa casa, e “logos”, que tem a denotação de “estudo”. Coube a Ernest Haeckel, em 1866, a criação do termo. Ecologia, assim, pode ser entendida como a ciência da casa, a ciência que estuda a casa, o meio-ambiente, casa de todos os seres vivos.

## 5.2. Biosfera e ecossistema

O conceito de biosfera abrange toda a superfície do planeta Terra onde a vida é permanentemente possível e onde está contido todo o conjunto de seres vivos, excetuando-se, assim, aquelas regiões onde as condições ambientais inviabilizam a existência da vida. Pode-se definir também a biosfera como um colossal ecossistema, ou mesmo como o conjunto de todos os ecossistemas terrestres.

Por ecossistema, por sua vez, pode-se entender uma parte da biosfera que possa vir a ser estudada isoladamente, como, por exemplo, um lago, um rio ou uma reserva florestal. O ecossistema é formado por dois componentes: o biótopo, representado pelos seres não-vivos e a biocenose, que representa os componentes bióticos (vivos).

## 6. AMEAÇAS À BIOSFERA: POLUIÇÃO, EFEITO ESTUFA, DESTRUIÇÃO DA CAMADA DE OZÔNIO, DESMATAMENTO, CHUVA ÁCIDA, EXTINÇÃO DE ESPÉCIES

A partir da revolução industrial, no século XVIII, a biosfera passou a ser ameaçada com veemência, pondo em risco a própria continuidade da vida no planeta. O homem, na sua busca desenfreada pelo maior aproveitamento econômico

4. Ayrton José Marcondes & Domingos Ângelo Lammoglia, idem, mesma página.

possível dos recursos naturais, esqueceu-se que está inserido no meio-ambiente, e dele depende para a sua sobrevivência. O equilíbrio entre desenvolvimento econômico e preservação da natureza é um desafio, que terá que ser superado.

Várias são as ameaças sofridas pela biosfera: a poluição, que gera o efeito estufa, a destruição da camada de ozônio e a chuva ácida, o desmatamento e a extinção de espécies da flora e da fauna. Senão vejamos:

### **6.1. A poluição**

Antonio Houaiss, em seu dicionário eletrônico<sup>5</sup>, define o vocábulo poluição como sendo a “degradação das características físicas ou químicas do ecossistema, por meio da remoção ou adição de substâncias”. A poluição, dessa forma, pode ser entendida como a introdução, danosa ao um ecossistema, de compostos estranhos que venham a alterar, de forma nociva, a sua composição, constituindo-se em uma das maiores ameaças à biosfera, ao atingir e destruir ecossistemas. As múltiplas atividades humanas produzem os mais variados tipos de poluentes, sendo possível, assim, falar-se em poluição sonora, visual, térmica ou radioativa, dentre outras, que acometem diversos meios, como a água, o ar ou o solo.

### **6.2. O Efeito estufa**

O efeito estufa pode ser definido como a elevação da temperatura da Terra gerada pela emissão na atmosfera de gases poluentes ricos em carbono tais como o gás carbônico (que embora se constitua em um gás fundamental à fotossíntese vegetal, se torna poluente quando presente em grande concentração), o metano e os CFCs (clorofluorcarbonados). Pode-se afirmar que a poluição do ar está vinculada diretamente à provocação do efeito estufa. A busca, pelo homem, do desenvolvimento econômico a qualquer custo, sem maiores preocupações com a proteção da biosfera, propiciou, nos últimos anos, que o efeito estufa se consolidasse como uma realidade incontestável.

A temperatura da Terra tem se elevado bastante nos últimos anos, provocando mudanças climáticas que afetam ecossistemas e degelo das calotas polares, uma grande ameaça, que poderá ocasionar o desaparecimento de ilhas e regiões costeiras, provocadas pela inundação. Vide o exemplo da Veneza, famosa cidade italiana, constituída como um arquipélago de pequenas ilhas que vem, a cada ano, diminuindo a sua extensão territorial, com o avanço do mar.

5. Antonio Houaiss, *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.



Para se evitar o efeito estufa, é necessário que se diminua as emissões de carbono na atmosfera, através de ações de proteção ambiental que visem, por exemplo, a obrigatoriedade de uso de filtros anti-poluentes, pelas indústrias, e o combate à devastação das florestas, importantíssimas no processo de eliminação do excesso de gás carbônico no ar, por meio da fotossíntese.

### **6.3. A destruição da Camada de Ozônio**

A camada de ozônio é uma camada constituída pelo gás ozônio (O<sub>3</sub>), localizada na estratosfera, a uma altura de 15 e 45 km da superfície da Terra, que tem a capacidade de filtrar o excesso de radiação ultravioleta que incide sobre a Terra, constituindo-se, assim, no “escudo protetor” do nosso planeta, que bloqueia as radiações nocivas.

A descoberta do surgimento de um buraco na camada do ozônio, em 1970, foi um dos fatores que alertaram o mundo para a necessidade de preservação do meio-ambiente, ocasionando a I Conferência da ONU para a defesa e proteção do meio-ambiente, em 1972, na cidade sueca de Estocolmo. A destruição da camada de ozônio propicia um danoso desequilíbrio ecológico, provocado pelo superaquecimento do planeta, bem como aumenta a incidência de câncer de pele em homens e animais, expostos aos raios ultravioletas do Sol. Preservar a camada de ozônio é mais um desafio do homem neste século que se inicia, a fim de que seja propiciado o bem-estar das atuais e futuras gerações.

### **6.4. A chuva ácida**

A chuva ácida é uma grande ameaça ao equilíbrio dos ecossistemas, por propiciar a contaminação de lagos e rios, a destruição do solo e o conseqüente desaparecimento da vida.

Consiste a chuva ácida, problema típico da modernidade e do processo de industrialização, na evaporação e posterior precipitação de ácido sulfúrico e ácido nítrico. O uso de combustíveis fósseis, tais como o petróleo e o carvão mineral, condicionam a produção de chuva ácida, uma vez que tais combustíveis, quando consumidos, liberam óxidos de enxofre e nitrogênio, que, combinados com o ar atmosférico, formam, respectivamente, ácido sulfúrico e ácido nítrico, principais causadores da chuva ácida. Conforme lição de Ayrton Marcondes e Domingos Lammoglia<sup>6</sup>:

As chuvas ácidas provocam não apenas danos físicos, mas também interferem no equilíbrio dos ecossistemas: contribuem para

6. Loc. cit., p. 340.

a destruição de florestas e contaminam a água de lagos, tornando-os ácidos. Como os seres vivos que habitam os lagos não toleram a acidez, o ecossistema é alterado e desaparece.

### **6.5. O desmatamento e a destruição da fauna**

O desmatamento é outra prática ensejadora de um enorme dano a todo o planeta. A destruição da flora gera desequilíbrio ambiental, extinção de espécies vegetais e animais, modificações na cadeia alimentar, produzindo grandes transtornos ao meio-ambiente.

A destruição da fauna, com a extinção de espécies animais, como o mico-leão dourado, animal típico da mata atlântica brasileira, encontrado aos milhares até o início do século XX, em todo o litoral brasileiro, e hoje reduzido a menos de mil indivíduos, boa parte destes sobrevivendo em cativeiros, o jacaré-de-papo-amarelo, o lobo-guará, a baleia-jubarte e a ararinha-azul, afeta a vida de todos os animais, inclusive o homem, uma vez que vige na natureza um equilíbrio decorrente da chamada cadeia alimentar, conceituada como um sistema no qual os seres vivos se alimentam de outros seres vivos, antes de servirem de alimento para um terceiro ser vivo, propiciando a transferência de matéria e energia. O homem, portanto, como ser vivo, faz parte de uma cadeia alimentar, se alimentando de vegetais e animais e servindo de alimento para algumas espécies de bactérias e fungos, os chamados decompositores de cadáveres. A extinção de qualquer espécie animal ou vegetal causa um desequilíbrio nesta cadeia, prejudicando o ecossistema. Na ânsia do desenvolvimento a qualquer custo, o homem não observa os danos que causa à biosfera, esquecendo-se que será também uma vítima do desequilíbrio ecológico.

## **7. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO SUBJETIVO AO MEIO-AMBIENTE EQUILIBRADO**

### **7.1. O conceito de direito subjetivo: Teoria da Vontade versus Teoria do Interesse**

Traçadas as noções gerais acerca dos conceitos de meio-ambiente, ecologia, biosfera e ecossistema, bem como investigadas as maiores ameaças ao equilíbrio ambiental, é cabível o delineamento da natureza jurídica do direito subjetivo ao meio-ambiente equilibrado.

O primeiro passo para se traçar esse delineamento é a definição do que é direito subjetivo. Como bem ensina Machado Neto<sup>7</sup>:

7. A. L. Machado Neto, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 155.

Dentro do âmbito de compreensão do conceito de direito subjetivo são, porém, vários os sentidos em que o empregamos. Ora através desse conceito referimos a faculdade jurídica de exigir uma prestação devida pelo sujeito obrigado; ora referimos a liberdade jurídica de exigir uma prestação devida pelo sujeito obrigado, ora referimos a liberdade jurídica ou o movimento espontâneo da conduta dentro do âmbito mais amplo do não proibido pelas normas de ordenamento; ora como a faculdade do particular criar normas individuais, como ocorre num contrato e num testamento. Mais recentemente, por obra de dois ilustres representantes do pensamento jurídico latino-americano, Eduardo García Maynez e Carlos Cossio, o mesmo conceito de direito subjetivo tem sido utilizado para designar o direito inequívoco que há de assistir a quem quer que tenha um dever jurídico a cumprir, ou seja, o direito a cumprir o próprio dever e, pois, de não ser impedido, por quem quer que seja, no cumprimento do meu dever jurídico, direito subjetivo que a ordem jurídica haverá de me atribuir, sob pena de ser contraditória, para atribuir um dever e não proteger a sua realização através da proibição de qualquer um que pretenda impedir a atualização do dever proposto.

Pode-se aferir, da lição de Machado Neto, que definir o conceito de Direito subjetivo é uma atividade complexa, uma vez que há uma grande divergência doutrinária acerca de tal definição.

Dois grandes correntes podem ser destacadas na teorização do conceito de direito subjetivo: a corrente da Teoria da Vontade e a corrente da Teoria do Interesse. A primeira delas, liderada por Bernard Windscheid, concebe o direito subjetivo como um poder reconhecido pela ordem jurídica, identificando-o ao fenômeno psicológico da vontade. Tal teoria terminou por ser rechaçada, uma vez que terminava por excluir do exercício de direitos subjetivos aqueles que não são considerados capazes.

Já a Teoria do Interesse, estatuída por Rudolf Von Jhering em contraposição à teoria da vontade, propõe substituir a vontade pelo interesse como o conteúdo essencial do direito subjetivo. Entretanto, a teoria de Jhering também termina por sofrer muitas críticas, como observa Machado Neto<sup>8</sup>:

Também essa teoria peca pela conceituação insuficiente do direito subjetivo, por deixar de compreender aspectos fundamentais do fenômeno.

O ponto crítico fundamental dessa teoria é que ela não compreende o direito subjetivo a cumprir o próprio dever ou direito de inordinação. De fato: se fosse o interesse da essência do direito

8. A. L. Machado Neto, op. Cit., p. 157.

subjetivo, não há como explicar o direito de inordinação, pois esse, longe de acudir a um interesse, bem pode ser visto como contrário a qualquer interesse, por implicar no cumprimento de um dever, na realização de uma prestação.

Outrossim, nos casos em que o titular do direito subjetivo não tenha interesse em exercê-lo, nem por isso deixa de haver direito subjetivo. É o caso de alguém que emprestou a um amigo pobre uma quantia e que não tem, por isso, qualquer interesse em reaver o emprestado; nem por isso, todavia, deixa ele de dispor do direito subjetivo à prestação devida pelo sujeito passivo, pelo menos até que formalize a renúncia ou perdão de crédito, ou que se verifique a decadência do direito pelo decurso do tempo.

## **7.2. O conceito de direito subjetivo: a Teoria Eclética de Jellinek e a Teoria de Duguit**

O publicista e jurista alemão Georg Jellinek, considerando insuficientes a Teoria da Vontade de Windscheid e a Teoria do Interesse, de Jhering, para a definição do conceito de direito subjetivo, construiu a sua própria teoria, batizada de Teoria Eclética, de natureza mista. Para Jellinek, o direito subjetivo seria a combinação de vontade e interesse, e não apenas um a realização de um desses aspectos. Assim, o direito subjetivo seria conceituado como “o bem ou interesse protegido pelo reconhecimento da vontade”. Jellinek, entretanto, não se viu livre dos críticos, que, à sua teoria, somaram as críticas formuladas às anteriores.

Léon Duguit, por sua vez, exarando uma ideologia voltada para a concepção do homem como elemento imbuído de uma função social, nega a idéia de existência do direito subjetivo, entendendo que o ordenamento jurídico não se fundamentaria na proteção de direitos individuais, mas sim na realização de interesses coletivos, sendo dever de cada indivíduo a busca da realização do bem comum. Paulo Nader<sup>9</sup>, comentando a teoria de Duguit leciona:

Seguindo a linha de pensamento de Augusto Comte, que chegou a afirmar que “dia chegará em que nosso único direito será o direito de cumprir o nosso dever... Em que um Direito Positivo não admitirá títulos celestes e assim a idéia do direito subjetivo desaparecerá...”, Leon Duguit (1859-1928), jurista e filósofo francês, no seu propósito de demolir antigos conceitos consagrados pela tradição, negou a idéia do direito, substituindo-o pelo conceito de função social. Para Duguit, o ordenamento jurídico se fundamenta não na proteção dos direitos individuais, mas na

9. Paulo Nader, *Introdução ao Estudo do Direito*, 16. ed., p. 361-362, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

necessidade de manter a estrutura social, cabendo a cada indivíduo cumprir uma função social.

### 7.3. O conceito de direito subjetivo: o normativismo kelseniano e o egologismo de Carlos Cossio

Hans Kelsen<sup>10</sup>, em sua célebre obra “Teoria Pura do Direito”, leciona que “a essência do direito subjetivo, que é mais do que simples reflexo de um dever jurídico, reside em que uma norma confere a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico”. O direito subjetivo assim, para Kelsen, nada mais é do que “o reflexo de deveres impostos a outrem por meio de sanções, por um sistema de responsabilidade”<sup>11</sup>. Enquanto, para Kelsen, o dever jurídico será a conduta oposta àquela que se constitui em condição jurídica para a imputação da sanção, dentro da lógica de que “dada não prestação deve ser sanção”, o direito subjetivo estaria reduzido ao direito objetivo de fazer-se cumprir a norma jurídica, que, caso não fosse concretizado, haveria de ensejar o direito de ação, a fim de que fosse imposta a sanção.

Carlos Cossio, por sua vez, por meio de sua Teoria Ecológica, ao contrário de Kelsen, concebe o direito subjetivo sob um duplo tratamento. Primeiramente um tratamento lógico, que não transpõe o plano da norma; em segundo lugar, um tratamento ontológico, transcendente do plano puramente lógico-formal da norma, a fim de se chegar à concepção do direito subjetivo como conduta. Para o egologismo, o Direito é concebido como “um contínuo de licitudes e um descontínuo de ilicitudes”, nas palavras de Machado Neto<sup>12</sup>. De acordo com a Teoria Ecológica, originariamente a norma estabelece uma liberdade de conduta, um contínuo de licitude, sobre o qual recai um descontínuo de ilicitudes nas quais consistem as proibições normativas. Realiza-se, dessa forma, a máxima de que “tudo o que não está juridicamente proibido está facultado”, recaindo a conduta no contínuo de licitudes, sendo, assim, facultade. Caso a conduta recaia, por sua vez, no descontínuo de ilicitudes, ou seja, naquilo que está juridicamente proibido, ter-se-á uma ilicitude.

Machado Neto<sup>13</sup>, comentando a Teoria Ecológica, entende que:

10. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 7. ed. p. 197, São Paulo: Lumen Juris, 2000.

11. José Reinaldo de Lima Lopes, *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de Direito*. In: José Eduardo Faria (organizador), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, 1. ed., p. 114, São Paulo: Malheiros, 1998.

12. Op. Cit., p. 159.

13. Loc. cit., mesma página.

Sem retornar à formulação clássica que substancializava o conceito de direito subjetivo, a teoria egológica restaura o valor ontológico da faculdade como liberdade, liberdade que constitui um *plus* ontológico de todo direito, e que constitui o substrato essencial de toda conduta, por mais minudente que seja a especificação normativa dos deveres jurídicos a que, em dada situação, alguém se encontre.

Esta descoberta lógico-ontológica tem, de quebra, uma inesperada repercussão axiológica ou humanística, qual seja a impossibilidade lógico-ontológica de uma escravidão absoluta, pois, ao escravo há de sobrar, pelo menos, um direito: o direito de inordinação, o direito de cumprir o próprio dever, sob pena de autocontradição da ordem jurídica escravocrata e de sua anulação como ordem jurídica e, pois, sua identificação com a arbitrariedade. Além do direito de inordinação, ao escravo sobra também a zona não especificada da liberdade ontológica em que a conduta consiste, por mais minudente que seja a especificação de seus deveres, pois “tudo o que não está juridicamente proibido está juridicamente facultado”.

#### 7.4. Classificação dos direitos subjetivos

São vários os critérios utilizados na realização de uma classificação dos direitos subjetivos. A primeira delas é a relativa ao seu conteúdo, que poderá ser público ou privado. Tal distinção tem como embasamento a identificação do sujeito passivo da relação jurídica.

O direito subjetivo, assim, será público quando o sujeito passivo da relação for pessoa de direito público, enquanto que será o direito subjetivo privado quando esse sujeito for pessoa de direito privado.

Segundo a doutrina de Paulo Nader, o direito subjetivo público subdivide-se em direito de liberdade, direito de ação, direito de petição e direitos políticos. De acordo com Nader<sup>14</sup>:

O direito de ação consiste na possibilidade de se exigir do estado, dentro das hipóteses previstas, a chamada prestação jurisdicional, isto é, que o Estado, através de seus órgãos competentes, tome conhecimento de determinado problema jurídico concreto, promovendo a aplicação do Direito.

O Direito de petição refere-se à obtenção de informação administrativa sobre assunto de interesse do requerente. A Constituição Federal, no item XXXIV, a, do art. 5º, prevê tal hipótese.

14. Paulo Nader, op. Cit., p. 364.

Qualquer pessoa poderá requerer aos poderes públicos, com direito à resposta.

É através dos direitos políticos que os cidadãos participam do poder. Por eles os cidadãos podem exercer as funções públicas tanto no exercício da função executiva, legislativa ou judiciária. Incluem-se, nos direitos políticos, os direitos de votar e de ser votado.

Concernente com a idéia de direito de liberdade como direito subjetivo público, é de se ressaltar a lição de J. J. Gomes Canotilho<sup>15</sup>, segundo a qual:

Liberdade, no sentido de direito de liberdade (Constituição da República Portuguesa, art. 27, § 1º) significa direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, o direito de não ser detido ou aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente condicionado a um espaço, ou impedido de se movimentar. Trata-se da liberdade pessoal.

Os direitos subjetivos privados, por sua vez, podem ser subdivididos em patrimoniais e não patrimoniais. É, mais uma vez, Paulo Nader<sup>16</sup> que leciona que:

Sob o aspecto econômico, os direitos subjetivos privados dividem-se em patrimoniais e não-patrimoniais. Os primeiros possuem valor de ordem material, podendo ser apreciados pecuniariamente, o que não sucede com os não-patrimoniais, de natureza apenas moral. Os patrimoniais subdividem-se em reais, obrigacionais, sucessórios e intelectuais. Os direitos reais – *jura in re* – são aqueles que têm por objeto um bom móvel ou imóvel, como o domínio, usufruto, penhor. Os obrigacionais, também chamados de crédito ou pessoais, têm por objeto uma prestação pessoal, como ocorre no mútuo, contrato de trabalho etc. Sucessórios são os direitos que surgem em decorrência do falecimento de seu titular e são transmitidos aos seus herdeiros. Finalmente, os direitos intelectuais dizem respeito aos autores e inventores, que têm o privilégio de explorar a sua obra, com exclusão de outras pessoas.

Os direitos subjetivos de caráter não patrimonial desdobram-se em personalíssimos e familiares. Os primeiros são os direitos da pessoa em relação à sua vida, integridade corpórea e moral, nome etc. São também denominados *inatos*, porque tutelam o ser humano a partir do seu nascimento. Já os direitos familiares decorrem do vínculo familiar, como os existentes entre os cônjuges e seus filhos.

15. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed., p. 1219, Coimbra, Portugal: Almedina, 1997.

16. *Loc. cit.*, mesma página.

Já em relação à eficácia dos direitos subjetivos, a doutrina os classifica em absolutos e relativos, transmissíveis e não transmissíveis, principais e acessórios, renunciáveis e não-renunciáveis.

Os direitos absolutos são aqueles que têm como sujeito passivo toda a coletividade, sendo chamados de *erga omnes*. Os direitos reais se enquadram neste contexto. Já os direitos relativos são aqueles que podem ser opostos apenas em relação a uma determinada pessoa. O direito de crédito, que cria um vínculo obrigacional, pode ser considerado um exemplo de direito relativo, assim como os direitos familiares.

Os direitos subjetivos podem ser ainda transmissíveis e intransmissíveis. Os primeiros são aqueles passíveis de passar de um titular para outro. Os segundos não, a exemplo dos direitos personalíssimos, como a honra e a dignidade.

Os direitos subjetivos podem ser ainda principais e acessórios. Os principais são os direitos autônomos, independentes, enquanto os acessórios dependem dos principais. Desaparecendo o direito principal, desaparece o acessório.

Por fim, pode-se vislumbrar a dicotomia entre direitos renunciáveis e direitos irrenunciáveis, os primeiros como aqueles nos quais o sujeito ativo, mediante ato de vontade, pode deixar a condição de titular do direito, e os segundos aqueles nos quais não existe essa possibilidade, como os direitos personalíssimos.

## 7.5. Os conceitos de direito individual, direito coletivo e direito difuso

O segundo passo a ser dado para o delineamento da natureza jurídica do direito subjetivo ao meio-ambiente, feito o estudo acerca do conceito de direito subjetivo, é o estabelecimento dos conceitos de direito individual, direito coletivo e direito difuso. Conforme lição de Sylvio Motta e William Douglas<sup>17</sup>:

Direito individual é aquele que afeta ao indivíduo em particular. Direito Coletivo é aquele que ampara um grupo determinado de pessoas que estejam ligadas por algum vínculo político. Direito difuso é aquele que diz respeito a um grupo indeterminado ou indeterminável de pessoas que buscam a satisfação de um direito que a todos pertencem.

É o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8087/90) que define, com maior precisão, em seu artigo 81, os conceitos de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Dispõe a lei:

17. Sylvio Motta & William Douglas, *Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões*, 14. ed., p. 71, Rio de Janeiro: Impetus, 2004.



**Art. 81.** A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, ou transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Tradicionalmente, o Direito buscou tutelar direitos individuais, uma vez que, por muito tempo, prevaleceu a tese do Estado liberal abstencionista, mero garantidor da segurança e da liberdade. Com a consolidação do Estado dualista do desenvolvimento e bem-estar social, necessário se fez que o Estado adotasse uma postura mais agressiva como agente promotor de políticas públicas. O Direito, acompanhando esta evolução, abandona a sua estrutura individualista e passa a tutelar interesses metaindividuais, os chamados direitos coletivos e difusos. No rol dos interesses metaindividuais, contudo, é importante ressaltar a natureza jurídica dos chamados “direitos individuais homogêneos”, cuja defesa é prevista em alguns estatutos como o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo. De acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>18</sup>:

Os interesses homogêneos nada mais são do que um feixe de interesses individuais com causa comum, cujos titulares são perfeitamente identificáveis e individualizáveis.

Vale dizer, a inserção dos interesses individuais homogêneos no elenco dos direitos ou interesses metaindividuais encerra questões de política judiciária, voltada para o atendimento às novas demandas e necessidades da sociedade moderna de massa e, sobretudo, visando a facilitar o acesso à justiça e à uniformização das decisões judiciais nos conflitos também de massa produzidos em carga escala pelas novas e complexas relações socioeconômicas surgidas nos últimos anos. É por isso que os modernos sistemas processuais permitem a defesa coletiva dessa espécie de interesses ou direitos metaindividuais.

18. Carlos Henrique Bezerra Leite, *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. ed., p. 163, São Paulo: LTr, 2002.

JAIME BARREIROS NETO

Eis a razão que leva alguns autores a afirmar que os interesses individuais homogêneos são essencialmente individuais, mas acidentalmente coletivos.

Eduardo Gabriel Saad<sup>19</sup>, comentando o Código de Defesa do Consumidor, explica a razão da inserção dos direitos individuais homogêneos no rol dos direitos metaindividuais, protegidos por ação coletiva, explicando o sentido da expressão “interesse de origem comum”. Vejamos:

O que há de entender por interesse de origem comum?

Informa qualquer dicionário que “origem” é princípio, começo ou procedência; em sentido figurado, princípio ou causa.

Parece-nos que o Código usou o vocábulo a acepção de procedência.

Mas aí o inciso fica extremamente obscuro. Se é o mesmo o autor da lesão a alguns ou muitos consumidores, o caso pode ser classificado como de direito coletivo ou difuso.

Diz o artigo sob estudo que interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles que derivam de origem comum.

E, por serem individuais, divisíveis e individualizáveis, não são, na sua essência, metaindividuais ou coletivos.

Quando em grande número esses interesses e direitos homogêneos, surge a conveniência de terem tutela judicial coletiva. De outra parte, é incontestável que eles, no âmbito processual, deveriam ter a forma de litisconsórcio facultativo (art. 46 do CPC).

Acontece que, por força do disposto no parágrafo único do sobredito art. 46 (introduzido pela lei n. 8952/94), foi o juiz contemplado com a faculdade de limitar o número de litisconsortes facultativos, quando ficar ameaçada a rápida solução de litisconsortes facultativos, quando ficar ameaçada a rápida solução do litígio ou quando dificultar a defesa.

A defesa coletiva dos interesses e direitos homogêneos evita esses inconvenientes e, ao mesmo passo, não sobrecarrega o serviço forense.

As distinções existentes entre direitos individuais, direitos coletivos e direitos difusos são essenciais para o entendimento dos motivos que elevaram o direito subjetivo ao meio-ambiente equilibrado ao status constitucional de

19. Eduardo Gabriel Saad, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: lei 8078/90. 4. ed., p. 595, São Paulo: LTr, 1999.

direito e dever fundamental de todos, em um Estado legitimado sob a ótica dualista. Conforme lição de Flávia Piovesan<sup>20</sup>:

A Constituição é norma que busca estruturar o Estado e a sociedade, posto que contém regras essenciais à organização do estado, ao exercício do poder, aos direitos e garantias fundamentais e regras disciplinadoras da ordem econômica e social. Ao delinear um modelo de estado e ao projetar a relação Estado/cidadão, demarca o texto constitucional o papel do poder público, suas competências e deveres, bem como determina os direitos e deveres dos indivíduos.

O texto de 1988 conferiu ao Estado uma gama considerável de atribuições, objetivando o alcance de transformações sociais. Atesta, a Constituição, a inépcia do modelo liberal de Estado para o desempenho das novas funções exigidas dos Poderes Públicos.

Ante a complexidade do estado, seja no âmbito econômico, político, como jurídico, inadequada se torna a estrutura do Estado Liberal aos anseios sociais. O reconhecimento ao lado dos direitos individuais, dos chamados direitos sociais, como o direito ao trabalho, à moradia, à educação, à saúde, ou à previdência social, denota a exigência da atuação estatal e incita a projeção do Estado do bem-estar social.

A passagem do Estado Liberal para o Estado social aponta ao processo de evolução dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa etc – para os direitos sociais, econômicos e culturais, que requerem intervenção direta do estado.

Enquanto os direitos de liberdade situam-se como direitos de defesa, em que a pretensão se volta à omissão dos poderes públicos, os direitos sociais, econômicos e culturais constituem direitos a prestações, envolvendo, portanto, o problema da concretização dos direitos a prestações. Inverte-se, desde logo, o objeto clássico da pretensão de omissão dos poderes públicos e transita-se para uma proibição de omissão.

## 7.6. A distinção entre princípios e regras

O terceiro passo para a afirmação da natureza jurídica do direito subjetivo ao meio-ambiente equilibrado é o estabelecimento da distinção entre princípios e regras. Para Robert Alexy<sup>21</sup>:

20. Flávia Piovesan, *A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1988*, in: Direito, Cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, sociologia e filosofia jurídicas, p. 114-115, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

21. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86, Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que da diferencia entre reglas e principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.

J. J. Gomes Canotilho, por sua vez, admitindo a complexidade da tarefa de distinguir regras e princípios, Sugere alguns critérios de distinção. São eles<sup>22</sup>:

- a) *Grau de abstracção*: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) *Proximidade da ideia de direito*: os princípios são “standards” juridicamente radicados nas ideias de justiça (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz) as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogénica*: os princípios são fundamentos de regras, isto é, que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

22. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed., p. 1124, Coimbra, Portugal: Almedina, 1997.

Após a exposição dos supracitados critérios, Canotilho diferencia princípios hermenêuticos de princípios jurídicos, indicando que os primeiros exercem uma função argumentativa, possibilitando aos juristas o desenvolvimento, a integração e complementação do direito. Já os demais têm qualidade de normas, tais como os são as regras, qualitativamente distintas, entretanto, como explica o constitucionalista português:

As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos. (...) os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).

Ronald Dworkin<sup>23</sup>, destacando a diferença entre regras e princípios, salienta que, muitas vezes, o que chamamos de princípios são verdadeiras regras, e algumas regras, pelo seu grau de abstração, assemelham-se a verdadeiros princípios. Segundo o jurista norte-americano, a distinção entre regras e princípios aparece mais claramente quando temos em vista princípios que nem mesmo se assemelham a regras. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, a dimensão do peso ou importância. As regras não têm essa dimensão. Assim, pode-se afirmar que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Quando duas regras entram em conflito, uma delas não será válida, devendo a decisão sobre qual das regras será abandonada e qual deverá ser validada ser tomada em bases de considerações que estão além das próprias

23. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, capítulo I, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

regras. Assim, para o autor, a forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio.

Às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma. Palavras como “razoável”, “negligente”, “injusto” e “significativo” desempenham freqüentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a própria regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. Esta é a lição de Dworkin.

Fazendo um estudo comparativo entre as considerações acerca de regras e princípios formuladas por Dworkin e Alexy, Humberto Ávila<sup>24</sup> leciona:

A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (general attack on Positivism), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (principles). Para ele, as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (all-or-nothing), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a informação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (dimension of Weight), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. Nessa direção, a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy. A distinção por ele proposta difere das anteriores porque se baseia, mais intensamente, no modo de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas.

Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre

24. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 28-30, São Paulo: Malheiros, 2003.

os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe prevalência. Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as conseqüências normativas de forma direta, ao contrário das regras. É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. (...)

A distinção entre princípios e regras, segundo Alexy, não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.

Diante do exposto, pode-se afirmar que princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado, possuidoras de uma dimensão de peso, que possibilita uma ponderação de valores e interesses quando contrapostos, tendo, assim, realização normativa delimitada reciprocamente; além de detentoras de natureza normogênica, constituindo-se em bases para as regras jurídicas.

Estas, por sua vez, podem ser qualificadas com normas que instituem obrigações absolutas, tendo eficácia relacionada a um juízo de validade. A regra ou é válida, e, por conseguinte, aplicável, ou é inválida, devendo ser afastada. Como lembra Alexy, se uma regra é válida deve-se fazer o que ela prescreve, sem mais ou menos. A convivência das regras, como bem ensina Canotilho, é antinômica. As regras, assim, estão, quanto à sua aplicabilidade, vinculadas a juízos de validade e não juízos de valor, como estão os princípios, passíveis de ponderação.

### 7.7. Noção conceitual de princípio fundamental e a idéia de sistema

Feita a distinção entre regras e princípios, o próximo passo a ser dado para a definição da natureza jurídica do direito subjetivo ao meio-ambiente equilibrado, é o estabelecimento das noções conceituais de princípio fundamental, princípio político constitucionalmente conformador, princípio constitucional impositivo e princípio-garantia, relacionando-as com a idéia de sistema jurídico.

Antonio Houaiss, em seu dicionário eletrônico da língua portuguesa<sup>25</sup>, define o vocábulo “fundamental” como aquilo que “1. serve de fundamento,

25. Antonio Houaiss, *Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa*, São Paulo: Objetiva, 2001.

alicerce. 1.1. que dá início real ou simbolicamente, a um projeto, construção, obra etc. 2. que tem caráter essencial e determinante; básico, indispensável”. Já Aurélio Buarque de Holanda<sup>26</sup>, ao conceituar o mesmo termo, o define como “1. o que serve de fundamento. 2. básico, essencial, necessário”. A noção de princípio fundamental perpassa, portanto, pela idéia de algo que serve de alicerce, dotado de caráter essencial e determinante, sendo básico e necessário.

Canotilho<sup>27</sup>, definindo o conceito de princípio jurídico fundamental, afirma:

Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Os princípios fundamentais exercem uma importante função como elementos condicionantes da unidade de um sistema jurídico. Acerca da concepção do ordenamento jurídico como sistema, Norberto Bobbio<sup>28</sup> profere as seguintes lições:

Entendemos por “sistema” uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar em uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.

Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>29</sup> ressalta a perda progressiva do caráter sagrado do Direito, a partir do renascimento, como um fator essencial para a sistematização do mesmo, diante do surgimento da necessidade de uma maior tecnicização do saber jurídico, não mais pautado em um caráter ético, cultuado durante a Era medieval.

26. Aurélio Buarque de Holanda, *Dicionário Aurélio Eletrônico*: Século XXI. Versão 3.0, São Paulo: Nova Fronteira; Lexikon Informática Ltda, 1999.

27. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed., p. 1128, Coimbra, Portugal: Almedina, 1997.

28. Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed., tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: UnB, 1999.

29. Tercio Sampaio Ferraz Junior, *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 3. ed., p. 65-72, São Paulo: Atlas, 2001.



Ao lado da dessacralização do direito, aponta Tercio, como um dos fatores da sua necessária sistematização, a progressiva complexidade adotada pela sociedade, que passou a exigir o desenvolvimento de um pensamento jurídico dotado de neutralidade, que conduzisse o Direito a uma racionalização e formalização. De acordo com Ferraz Jr<sup>30</sup>:

O pensamento sistemático, sobretudo no começo do século XVII, em conexão estreita com o problema da certeza na discussão teológica, foi transposto da teoria da música e da astronomia para a teologia, para a filosofia e para a jurisprudência. No princípio, isso foi feito como instrumento de técnica de ensino, após a decadência do instrumental escolástico para a solução das questões de contingência e da certeza no plano da crença. Essa aproximação do sistema com questões de contingência e de certeza no plano da crença. Essa aproximação do sistema com questões de contingência e de certeza moral produziu certa confusão do conceito de sistema com o problema do conhecimento, de tal forma que o sistema foi entendido como meio de ordem e classificação e, com isso, de asseguramento e fundamentação de conhecimentos. Tal associação, por sua vez, permitiu que o pensamento sistemático participasse do processo de autonomia da moderna teoria do conhecimento, até o ponto de sistema ser tomado como esboço, hipótese, construção de um livro, forma de apresentação etc. (...)

A teoria do direito na era moderna, se de um lado quebra o elo entre a jurisprudência e o procedimento dogmático, fundado na autoridade dos textos romanos, de outro não rompe com o caráter dogmático que, ao contrário, tenta aperfeiçoar ao dar-lhe uma qualidade de sistema que se constrói a partir de premissas, cuja validade repousa em sua generalidade racional. A teoria jurídica passa a ser um construído sistemático da razão, e, em nome da própria razão, um instrumento de crítica da realidade. Portanto, duas importantes contribuições: o método sistemático, conforme o rigor lógica da dedução, e o sentido crítico-avaliativo do direito, posto em nome de padrões éticos contidos nos princípios reconhecidos pela razão.

É através dos princípios fundamentais que se define e caracteriza o regime político de um Estado, e se extraem as suas principais opções político constitucionais. Os princípios fundamentais, assim, exercem função ordenadora nos sistemas jurídicos, conferindo-lhes coesão e unidade. Em suma:

os princípios fundamentais representam a manifestação primeira dos valores constitucionais, estando, nesse sentido, carregados de sentimentos e emoções. Ignorá-los seria desconsiderar a

30. Idem, p. 66 e 68.

importância simbólica da Constituição e seu significado histórico enquanto projeção de expectativas da comunidade.<sup>31</sup>

### **7.8. Princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia**

Em um sistema jurídico, convivem ao lado dos princípios fundamentais, segundo Canotilho, os chamados princípios constitucionalmente conformadores; os princípios constitucionais impositivos e; os princípios-garantia.

De acordo com o constitucionalista português<sup>32</sup>:

Designam-se por *princípios politicamente conformadores* os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da Constituição. São o cerne político de uma constituição política, não admirando que: (1) sejam reconhecidos como limites do poder de revisão; (2) se revelem os princípios como limites mais directamente visados no caso de alteração profunda do regime político. (...)

Nos princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que impõem ao órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por “preceitos definidores dos fins do Estado” (assim Scheuner: Staatszielbestimmungen), “princípios directivos fundamentais” (Häfelin) ou “normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas”.

Os princípios-garantia, por sua vez, seriam aqueles, segundo Canotilho, que visam “instituir direta e imediatamente uma garantia aos cidadãos”. Como exemplo, poder-se citar o princípio *nullum crimen sine lege* e o princípio do juiz natural.

### **7.9. A natureza jurídica do direito subjetivo ao meio-ambiente equilibrado e a sua relação com os princípios fundamentais do Estado dualista do bem-estar social e desenvolvimento**

Superadas as condicionantes, voltemos ao questionamento inicial: qual a natureza jurídica do direito subjetivo ao meio-ambiente equilibrado? Para

31. Walter Claudius Rothenburg, *Princípios Constitucionais*, p. 65, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

32. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed. p. 1129-1131.

responder-se ao questionamento formulado, além das supracitadas condicionantes, é essencial que seja realizada uma viagem à história.

Conforme a exposição realizada no capítulo I desta obra, o Estado dualista do bem-estar social tem como maior fundamento a realização do bem comum, expressão à qual Bobbio, Matteucci e Pasquino<sup>33</sup> definem nas seguintes palavras:

O bem comum é, ao mesmo tempo, o princípio edificador da sociedade humana e o fim para o qual ela deve se orientar do ponto de vista natural e temporal. O bem comum busca a felicidade natural, sendo, portanto, o valor político por excelência, sempre, porém, subordinado à moral. O bem comum se distingue do bem individual e do bem público. Enquanto o bem público é um bem de todos por estarem unidos, o bem comum é dos indivíduos por serem membros de um Estado; trata-se de um valor comum que os indivíduos podem perseguir somente em conjunto, na concórdia. Além disso, com relação ao bem individual, o bem comum não é um simples somatório destes bem; não é, tampouco, a negação deles; ele coloca-se unicamente como sua própria verdade ou síntese harmoniosa, tendo como ponto de partida a distinção entre indivíduo, subordinado à comunidade, e a pessoa que permanece o verdadeiro e último fim. Toda atividade do Estado, quer política, quer econômica, deve ter como objetivo criar uma situação que possibilite aos cidadãos desenvolverem suas qualidades como pessoas; cabe aos indivíduos, singularmente impotentes, buscar solidariamente em conjunto este fim comum.

A noção de bem comum, até a década de 1970, não estava vinculada à proteção ambiental. Como bem leciona Márcia Rodrigues Bertoldi<sup>34</sup>:

As preocupações com o meio ambiente adquiriram suprema importância nas últimas três décadas do século XX e a cada dia se apresenta ocupando um espaço cada vez mais relevante nas reflexões dos fóruns internacionais, nos meios de comunicação e nas inquietudes da sociedade civil em virtude ao perigo eminente de destruição da biosfera, afetada principalmente pela exploração descontrolada de recursos naturais. (...) cabe observar que a formação de uma consciência ambiental e as “oportunas” respostas e atitudes políticas e jurídicas surgiram depois da Segunda Guerra Mundial, quando vários instrumentos para a proteção de águas doces e do mar foram ratificados. No referente a espaços

33. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianpaolo Pasquino, *Dicionário de Política*, 12. ed., vol. 1, p. 106, Brasília: UNB; LGE Editora, 2004

34. Márcia Rodrigues Bertoldi, O direito humano a um meio ambiente equilibrado. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1685>>. Acesso em: 17 set. 2004.

marinhos, por exemplo, a Convenção de Londres para a prevenção da contaminação do mar (12 de maio de 1954) é o primeiro instrumento jurídico internacional que passou a regular as contaminações causadas pelo transporte marítimo.

Entretanto, as bases sólidas do Direito ambiental emergiram há pouco mais de trinta anos, em alguns países industrializados onde a “liberdade mercadomaniaca” edificada em uma intensa industrialização e a conseqüente contaminação da água, do solo e do ar ‘tornaram-se’ problemas, não somente no interior destes mas também em outros países limítrofes que sofriam as conseqüências da contaminação além fronteiras. Neste curto período de tempo esta nova faceta jurídica alcançou um desenvolvimento vertiginoso em nível interno e internacional.

Na década dos setenta a Organização das Nações Unidas (ONU) promove a primeira grande reunião internacional sobre o meio ambiente: a Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano, reunida em Estocolmo de 5 a 16 de junho de 1972, mais conhecida como Conferência de Estocolmo. O resultado imediato desta Conferência foi a aprovação de uma Declaração de princípios sobre o meio humano, denominada Declaração de Estocolmo; em seu texto, um preâmbulo e 26 princípios, abordaram-se as principais questões que assolavam o planeta naquela época, recomendando critérios programáticos para sua salvaguarda. Este instrumento, de caráter meramente declarativo o de *soft law*, instituiu os princípios básicos do Direito ambiental, constituindo o pilar orientativo dos inumeráveis tratados ambientais sobre as mais distintas matérias que surgiram posteriormente; depois de Estocolmo, vários tratados multilaterais e bilaterais sobre o meio ambiente foram firmados e paralelamente grande parte das Constituições passaram a contemplar aspectos ambientais.

Foi, portanto, a partir da Conferência Internacional de Estocolmo sobre meio-ambiente, realizada em 1972, que o Direito ambiental se consolidou como um direito fundamental. Desde então, o chamado “desenvolvimento sustentável”, que pode ser definido como sendo o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes sem comprometer as futuras gerações em sua aptidão para satisfazer suas próprias necessidades, passou a ser um dos objetivos fundamentais os Estados pautados sob ótica dualista do desenvolvimento e bem-estar social. Segundo Andréia Minussi Facin<sup>35</sup>:

O direito fundamental à preservação do meio ambiente e o direito à vida, a nível mundial, foi reconhecido pela Declaração do

35. Andréia Minussi Facin, Meio ambiente e direitos humanos . *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3463>>. Acesso em: 17 set. 2004.

Meio Ambiente, adotada na Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em 1972.

A referida Declaração, consagrou nos seus Primeiro e Segundo Princípios, que o ser humano tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e a uma vida com condições adequadas de sobrevivência, num meio ambiente que permita usufruir de uma vida digna, ou seja, com qualidade de vida, com a finalidade também, de preservar e melhorar o meio ambiente, para as gerações atuais e futuras.”<sup>(8)</sup>

O meio ambiente, passou, portanto, a ser considerado essencial para que o ser humano possa gozar dos direitos humanos fundamentais, dentre eles, o próprio direito à vida.

A proteção ambiental referenciada em Estocolmo faz com que todos os povos comecem a pensar de maneira diferente, ou seja, de que junto com o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, deve ser consagrado o direito fundamental da vida humana na terra, visando com isto, a melhora do meio ambiente em benefício do homem atual e seus descendentes.

Conforme lição de Fábio Konder Comparato<sup>36</sup>:

A campanha mundial por um desenvolvimento sustentável teve seu início oficial com a Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, seguida vinte anos depois pela Conferência do Rio de Janeiro, ambas patrocinadas pelas Nações Unidas. Na Conferência do Rio de Janeiro, foram também aprovadas, de um lado, uma Convenção sobre a Mudança Climática, que entrou em vigor no plano internacional em 21 de março de 1994, e, de outro lado, a chamada “Agenda 21”, que estabelece o programa das atividades a serem desenvolvidas durante o século XXI para a preservação do equilíbrio ecológico.

A relação, portanto, entre a efetivação de um meio-ambiente equilibrado e os preceitos fundamentais do Estado dualista do bem-estar social e desenvolvimento é inexorável. Não se pode falar em bem-estar em um mundo no qual o meio-ambiente não é preservado. O desenvolvimento econômico sem o respeito à preservação do meio-ambiente não se legitima, em um Estado constituído sob a ótica dualista, uma vez que, o estado dualista, como exposto no primeiro capítulo, baseia-se na concepção de que o desenvolvimento nada mais é do que um caminho para o atendimento do bem-estar, de forma a que o processo de desenvolvimento econômico, em momento algum, pode ser dissociado da realização desse bem-estar.

36. Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 3. ed., p. 425, São Paulo: Saraiva, 2004.

A natureza jurídica do princípio da defesa e proteção do meio-ambiente, no Estado dualista, é, portanto, a de princípio fundamental politicamente conformador, cerne político do sistema constitucional, sobre o qual se inserem limitações ao poder de revisão constitucional e diante do qual todas as normas integrantes do sistema devem se curvar, constituindo-se em direito difuso, de natureza indivisível e titularizado por um número indeterminado e indeterminável de pessoas.

A natureza jurídica do direito subjetivo ao meio-ambiente equilibrado é, por sua vez, de direito subjetivo público, irrenunciável e absoluto, possível de ser exigido mediante o uso do direito de ação, do direito de petição e mesmo dos direitos políticos, na ótica de um regime político de democracia participativa, no qual os direitos políticos não se restrinjam ao exercício do voto e à escolha de representantes políticos, mas se alarguem em direitos concernentes a uma participação política direta, através de institutos como a iniciativa popular e a ação popular, dentre outros.

CAPÍTULO IV

## A SOCIEDADE DE RISCOS E A PONDERAÇÃO DOS VALORES ECOLÓGICOS E ANTROPOLÓGICOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

**Sumário** • 8. A escassez de bens e as escolhas traumáticas em uma sociedade de riscos – 9. A lógica paradoxal da condição humana e a necessidade do Direito – 10. O caráter cultural e político do direito e a necessidade da hermenêutica jurídica: 10.1. A atividade hermenêutica e as suas etapas fundamentais; 10.2. A evolução da concepção de hermenêutica; 10.3. Evolução da hermenêutica jurídica – 11. A técnica de ponderação e as escolhas traumáticas relativas aos conflitos entre os valores ecológicos e antropológicos: 11.1. A técnica da ponderação de interesses: noções gerais; 11.2. A técnica de ponderação de interesses: procedimento; 11.3. Antropocentrismo, ecocentrismo e humanismo ambiental; 11.4. A questão da ponderação dos valores antropológicos e ecológicos e as escolhas traumáticas em uma sociedade de riscos; 11.5. O Poder Judiciário brasileiro e a ponderação entre os interesses ecológicos e antropológicos: 11.5.1. Proteção do meio-ambiente *versus* direito de propriedade; 11.5.2. Proteção dos animais *versus* tradição cultural; 11.5.3. Preservação ambiental *versus* necessidade de realização de treinamentos militares; 11.5.4. O dano moral ambiental e o exercício da atividade profissional de pescador; 11.5.5. Proteção ambiental *versus* exercício de atividade econômica.

### 8. A ESCASSEZ DE BENS E AS ESCOLHAS TRAUMÁTICAS EM UMA SOCIEDADE DE RISCOS

O mundo vive cheio de paradoxos! Vivemos em uma sociedade permeada de grandes antagonismos que terminam por gerar uma grande tensão. Fome, violência, má distribuição de renda, conflitos religiosos, terrorismo: não há no mundo quem possa afirmar que está imune às suas trágicas conseqüências.

A escassez e ausência de bens e a desigualdade social geram conseqüências danosas para toda a sociedade, mergulhada no medo e na desesperança.

Diante dos mais variados aspectos da vida pode-se aferir que vivemos em uma sociedade de riscos. Senão vejamos: como é possível contemporizar dignidade aos trabalhadores e respeito a direitos sociais conquistados com sangue, suor e lágrimas com uma economia globalizada, na qual o excesso de mão-de-obra barata em países asiáticos termina por gerar o desinteresse das grandes multinacionais em investir em países com rígida legislação trabalhista? Como viabilizar o desenvolvimento da indústria nacional com a queda das barreiras

protecionistas, exigida pelo mundo contemporâneo? Como preservar o ambiente e gerar a energia elétrica, imprescindível ao bem-estar social?

Como bem leciona Ulrich Beck<sup>1</sup>, a produção de riquezas, na moderna sociedade, está sistematicamente vinculada à produção social de riscos. Afinal, como é possível realizar a distribuição dos bens almejados por todos em uma sociedade consumista, incessante criadora de novas necessidades, diante da escassez dos mesmos?

Os riscos não residem, tão somente, na ausência de uma distribuição de renda mais eqüitativa. A todo instante, vivemos o dilema das escolhas traumáticas, pondo em risco a nossa saúde e o nosso bem-estar. A modernização da sociedade, nos últimos 250 anos, proporcionou o acesso das pessoas a uma variada gama de bens, inimagináveis até então, que, indiscutivelmente, propiciaram melhoras na qualidade de vida das pessoas. Por outro lado, esta mesma modernização proporcionou um estouro populacional, a busca incessante por bens de consumo, muitas vezes supérfluos, e o acirramento da violência. Como entende Beck, um dos grandes desafios da sociedade moderna é, justamente, contemporizar essa modernização com o atendimento aos riscos por ela proporcionados<sup>2</sup>. Afinal, como coincidir o novo paradigma da sociedade de risco, cujo núcleo busca respostas a problemas tais como evitar, minimizar, dramatizar, canalizar e repartir os riscos e perigos resultantes do processo de modernização, com seus efeitos secundários, tornando-o suportável, sem interrompê-lo?

Gustavo Amaral<sup>3</sup>, expondo o problema da escassez de bens e a saúde, demonstra, com clareza, a necessidade, na sociedade, de soluções traumáticas para conflitos de interesses. Para isso, reproduz Amaral o pensamento de Henry J. Aaron e William B. Schwartz para ressaltar que um dos mais importantes desafios aos sistemas de saúde modernos é justamente a alocação de recursos, cujas decisões prescindem de critérios profissionais e econômicos, o que pode terminar por gerar conflitos judiciais, lembrando que os recursos aplicados em saúde cresceram muito nas últimas décadas, uma vez que o progresso tecnológico na área médica gerou aumento e não diminuição de custos e o envelhecimento populacional demanda um aumento da necessidade de cuidados médicos.

1. Ulrich Beck, *La sociedad de riesgos: hacia una nueva modernidad*. Cap. I, Buenos Aires, Argentina: Paidós, 1998.
2. Neste mesmo sentido, destaca Arthur Kaufmann (*Filosofia do Direito*, 3. ed., p. 454, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009): “nas sociedades pluralistas de risco do nosso tempo, o homem é chamado a intervir ativamente no mundo sem que disponha sempre à partida de normas predefinidas ou dum conceito fixo de natureza que determina se seu agir é correto. Ou seja: o seu comportamento implica um risco”.
3. Gustavo Amaral, *Direito Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. p. 133-147, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.



Para Amaral, a tendência natural para o impasse causado pela necessidade de decisões trágicas e traumáticas, quando dois valores de relevante peso são contrapostos, é a negação do problema ou a fuga, mediante a tomada do problema de forma individual, o que termina por implicar numa aparente existência de recursos, quando, em verdade, existe escassez. As decisões alocativas, no seu ponto de vista, são sempre traumáticas, uma vez que implicam, no exemplo da saúde, em sofrimento, dor e morte. A proteção de um interesse individualmente considerado, pode terminar por gerar, segundo Amaral, novas e terríveis ameaças.

Dentro da órbita da sociedade de riscos e das escolhas traumáticas, por muitas vezes nos deparamos com decisões nas quais os valores ecológicos e os valores antropológicos se contrapõem, em trágicos conflitos. Como garantir a produção de energia elétrica, tão necessária ao desenvolvimento e ao bem-estar social, sem destruir e ameaçar a integridade do meio-ambiente? Como aceitar os alimentos transgênicos na dieta das pessoas sem a possibilidade de mensuração dos riscos por eles proporcionados à saúde? Esses problemas, que desafiam a sociedade brasileira e instigam, com uma frequência cada vez maior, o Poder Judiciário, têm exigido, gradativamente, o desenvolvimento mais constante de estudos acerca da técnica de ponderação de interesses, tendo em vista a insuficiência dos critérios clássicos de interpretação do direito, fundamentados na lógica do silogismo jurídico, prevalecente na era do positivismo.

Neste último capítulo deste trabalho monográfico, será realizado um estudo acerca da referida técnica de ponderação e da sua possibilidade de aplicação na busca da resolução de conflitos envolvendo escolhas traumáticas entre valores ambientais e valores antropológicos. Para atingir este objetivo, no entanto, inicialmente será feita uma abordagem acerca da hermenêutica jurídica e sua evolução, tendo como pressuposto a constatação de que o Direito é um fenômeno político e cultural e de que, por esta razão, o juiz não se constitui em um mero aplicador do direito, sendo mesmo o seu criador, no momento em que profere uma decisão.

## **9. A LÓGICA PARADOXAL DA CONDIÇÃO HUMANA E A NECESSIDADE DO DIREITO**

Se como já ressaltado no início deste o mundo vive cheio de paradoxos, uma das mais importantes, senão a mais relevante, contradições existentes na natureza mundana reside na própria lógica paradoxal da condição humana. Afinal de contas, o ser humano, como ser condicionado, se posta, diariamente, ante o desafio de conviver com os seus semelhantes, tendo em vista a lógica

de alteridade em que está mergulhado desde os primórdios da sua existência, ao tempo em que é impelido, também por sua natureza, a querer dominar e destruir o outro, em consonância com a célebre constatação atribuída a Thomas Hobbes segundo a qual “o homem é o lobo do homem”. Neste sentido, relevante se mostra a lição de J.J. Calmon de Passos<sup>4</sup>, segundo a qual:

Há duas assertivas que, por força e de sua constante repetição, se tornaram lugares comuns: o homem é um animal social e o homem é o lobo do homem. Aparentemente contraditórias, elas na verdade se somam para expressar a condição humana. Somos criaturas incompletas, incapazes de realização pessoal sem a aceitação de nossa semelhante, paradoxalmente vocacionados para sermos *um com os outros* (interação, solidariedade etc.) permanecendo, entretanto, *um em meio aos outros*, sentindo-nos inéditos e irrepetíveis. Este *eu* exigente compele-nos a ser *um contra os outros* e impede-nos de ser *um para os outros* de modo pleno e constante, disso resultando carências e conflitos, competições e confrontos. A síntese deste processo dialético é a vida de cada qual de nós e a dos grupamentos humanos, oscilando entre o mais e o menos desses extremos. Em resumo, a realidade é a do necessário viver convivendo, cooperando e conflitando.

Analisando este intrigante caráter contraditório da condição humana, Hannah Arendt, em célebre estudo, constrói a concepção de *vida activa*, a fim de designar três atividades consideradas fundamentais à compreensão do ser humano como ser condicionado, às quais a pensadora alemão denomina trabalho, obra e ação<sup>5</sup>. Assim, segundo Arendt<sup>6</sup>:

O trabalho é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, cujos crescimento espontâneo, metabolismo e resultante declínio estão ligados às necessidades vitais produzidas e fornecidas ao processo vital pelo trabalho. A Condição humana do trabalho é a própria vida.

O conceito de trabalho estabelecido por Hannah Arendt, assim, pode ser entendido como o conjunto de imperativos biológicos do homem, independentes

4. J.J. Calmon de Passos, *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*. p. 41, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
5. Vale destacar que até a publicação da 11ª edição brasileira da obra “A Condição Humana”, no ano de 2010, as três referidas atividades humanas fundamentais, o trabalho, a obra e a ação, eram traduzidos, para o português como labor, trabalho e ação, respectivamente. Tal mudança conceitual se deu, segundo os tradutores da obra, a partir de um estudo aprofundado feito a partir da análise das edições alemã, espanhola e francesa, o qual possibilitou uma compreensão mais precisa dos conceitos de labor e work, estabelecidos na obra original da autora, escrita em inglês.
6. Hannah Arendt, *A Condição Humana*, 11. ed. revista, trad. Roberto Raposo, p. 08, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010

da sua racionalidade, que primariamente definem o ser humano como um ser condicionado. A segunda condicionante à qual o homem está submetido na sua existência, por sua vez, é denominada, na doutrina de Hannah Arendt, pela nomenclatura “obra”. Assim então<sup>7</sup>:

A obra é a atividade correspondente à não-naturalidade [un-naturalness] da existência humana, que não está engastada no sempre-recorrente [ever-recurrent] ciclo vital da espécie e cuja mortalidade não é compensada por este último. A obra proporciona um mundo “artificial” de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural. Dentro de suas fronteiras á abrigada cada vida individual, embora esse mundo se destine a sobreviver e transcender todas elas. A condição humana da obra é a mundanidade [worldliness].

A capacidade inerente ao homem de transformar o ambiente em que vive, se adaptando ao mesmo e impondo sua marca criativa, assim, pode ser relacionada à concepção de “obra”, firmada por Hannah Arendt. Foi principalmente a partir da obra que o homem se impôs como animal dominante na Terra, na escala progressiva da seleção natural.

Não apenas, entretanto, o “trabalho” e a “obra” podem ser observados como imperativos da condição humana, na doutrina de Hannah Arendt. Também a idéia de “ação”, vislumbrada como a lógica da alteridade, a lógica do outro, em que está mergulhado o homem, pode ser apontada como uma atividade humana fundamental. Assim, mais uma vez na lição de Arendt<sup>8</sup>:

A ação, única atividade que ocorre diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. Embora todos os aspectos da condição humana tenham alguma relação com a política, essa pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *condition sine qua non*, mas a *condition per quam* – de toda vida política. Assim, a língua dos romanos – talvez o povo mais político que conhecemos – empregava como sinônimas as expressões “viver” e “estar entre os homens” (*inter homines esse*), ou “morrer” e “deixar de estar entre os homens” (*inter homines esse desinere*). Mas, em sua forma mais elementar, a condição humana da ação está explícita até em Gênesis (“macho e fêmea, Ele os criou”), se entendemos que esse relato da criação do homem é distinto, em princípio, do outro segundo o qual Deus originalmente criou o Homem (*adam*) – “ele”, e não “eles”, de modo que a multidão dos

7. Op. Cit., mesma página.

8. Idem, p. 08-10.

seres humanos vem a ser o resultado da multiplicação. A ação seria um luxo desnecessário, uma caprichosa interferência nas leis gerais do comportamento, se os homens fossem repetições interminavelmente reproduzíveis do mesmo modelo, cuja natureza ou essência fosse a mesma para todos e tão previsível quanto a natureza ou essência de qualquer outra coisa. A pluralidade é a condição da ação humana porque somos todos iguais, isto é, humanos, de um modo tal que ninguém jamais é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá.

A partir da análise crítica da concepção de *vida activa* de Hannah Arendt, firmada nas três atividades humanas fundamentais descritas, é possível concluir pela inexorável lógica paradoxal da condição humana, uma vez que, como já demonstrado, em virtude da condicionante “obra” o homem é um ser naturalmente compelido a agir de forma criativa, impondo sua marca ao mundo, transformando e dominando o ambiente em que vive, ímpeto este que gera, como consequência, o desejo humano de querer dominar os outros homens (dando razão à concepção hobbesiana, já citada, segundo a qual o homem seria “o lobo” do próprio homem), ao tempo em que o ser humano também se mostra condicionado a conviver, mergulhado na lógica da “ação”, descrita pela referida cientista política. Ao necessitar do seu semelhante e, ao mesmo tempo, tentar dominá-lo e/ou destruí-lo, o homem demonstra, assim, toda a contradição inerente à sua natureza animal, fato que impõe, como ponto de equilíbrio, a irrefutável presença de uma força abstrata que pode ser considerada um pressuposto de toda e qualquer sociedade: o poder político.

É o poder político, na definição de Paulo Bonavides<sup>9</sup>, “aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária”. Conforme lição de Fernando Loureiro Bastos<sup>10</sup>, “o fundamento para a existência e para o exercício do poder político pode ser encontrado na necessidade de encontrar mecanismos destinados à resolução dos conflitos de interesses resultantes do acesso aos bens finitos”.

Como consequência do poder político, a fim de se estabelecer padrões de comportamento, visando ao estabelecimento de um equilíbrio entre os ímpetos humanos de dominação do outro e associação ao outro, surgem as normas éticas de comportamento, regulando “a conduta humana de modo a preservar o valor do justo, priorizando o uso de meios socialmente legítimos para a realização de

9. Paulo Bonavides, *Ciência Política*, 10. ed. p. 106, São Paulo: Malheiros, 2001.

10. Fernando Loureiro Bastos, *Ciência Política: guia de estudo*. p. 23, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2007.

um comportamento que materialize uma dada finalidade”<sup>11</sup>, materializadas nas normas de etiqueta, nas normas morais e nas normas jurídicas. Assim, conforme cristalina lição de Ricardo Maurício Freire Soares<sup>12</sup>:

As normas de etiqueta são pautas comportamentais que disciplinam certos hábitos de polidez ou decoro no tratamento com as pessoas ou as coisas, regulando aspectos éticos de menor relevância para a vida social, visto que a sociedade sobrevive sem essas normas de trato social, como, por exemplo, as normas para uso de talheres no jantar.

O descumprimento de uma norma de etiqueta configura uma descortesia, gerando uma sanção social de índole difusa. Essa punição social é considerada difusa porque todo e qualquer ator social pode aplicá-la através de manifestações concretas de ostracismo (sorriso, olhar, silêncio, gesto), não havendo, portanto, monopólio ou exclusividade institucional na aplicação desse expediente sancionatório. Outra característica da chamada sanção difusa reside na sua natureza espontânea, porque brota do seio das relações humanas sem que seja possível prever, antecipadamente, o seu conteúdo e a sua intensidade como reação social à descortesia.

As normas morais são cânones de comportamento que disciplinam aspectos éticos mais relevantes para o convívio grupal. Os valores regulados pela moral já traduzem uma maior importância no sentido de assegurar o equilíbrio e coesão da sociedade. A falta de cumprimento de uma norma moral configura uma imoralidade, forma mais grave de infração social, oportunizando também a aplicação de uma sanção de natureza difusa, geralmente mais contundente que aquela punição oriunda de uma mera descortesia. É o que sucede quando um grupo de amigos exclui do convívio grupal um indivíduo reconhecido como um mentiroso contumaz, em face de seu comportamento imoral.

As normas jurídicas são normas sociais que correspondem ao chamado “mínimo ético”, visto que, ao disciplinar a interação do comportamento humano em sociedade, estabelecem os padrões de conduta e os valores indispensáveis para a sobrevivência de um dado grupo social. Isso ocorre porque o Direito está situado na última fronteira do controle social, configurando o núcleo duro das instâncias da normatividade ética, atuando a sanção jurídica quando o espírito transgressor ingressa na zona mais restrita do juridicamente proibido, pois, sendo a vida humana expressão de

11. Ricardo Maurício Freire Soares, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, p. 22, Salvador: JusPodivm, 2009.

12. *Idem*, p. 23.

uma liberdade essencial, tudo o que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido.

O Direito, assim, se apresenta como uma consequência direta do poder político, pressuposto das sociedades humanas, representado por normas de comportamento que visam a impor, com elevado grau de coercitividade<sup>13</sup>, padrões de conduta de forma a preservar o chamado “mínimo ético social”, sem o qual a convivência humana se torna impossível<sup>14</sup>. Assim, como bem ressalta Calmon de Passos<sup>15</sup>:

Todo direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele, poder, se institucionalizou.

Tendo em vista, portanto, o caráter eminentemente político do Direito, fenômeno, como bem destacado por Calmon de Passos, “socialmente construído” e “historicamente formulado”, necessário se faz, para a compreensão do fenômeno jurídico e, por conseguinte, dos desafios impostos aos magistrados no momento de proferir uma decisão envolvendo escolhas traumáticas relacionadas a conflitos entre interesses ecológicos e antropológicos, um estudo inicial acerca da atividade hermenêutica e sua aplicação no mundo do Direito. É o que será feito, doravante.

13. Neste sentido, vale citar Marcello Caetano (*Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, 6. ed., p. 09-10, Coimbra, Portugal: Almedina, 2009), para quem “as normas jurídicas valem pela sua intenção de Justiça e de Segurança social. Mas a obrigatoriedade delas torna-se efectiva por provirem de um Poder que dispõe dos meios eficazes de empregar a coacção para punir os desobedientes. Mesmo quando um preceito ou conjunto de preceitos não indique especial e concretamente a sanção aplicável aos desobedientes, o facto de provir do Poder coercitivo desde logo lhe imprime a vocação para a coercitividade”.
14. Sobre as proximidades e os distanciamentos entre o direito e a moral, interessante se faz citar a seguinte lição de Jean Piaget (*As relações entre a moral e o direito*. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (organizadores). *Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de Sociologia Jurídica*, 2. ed., p. 147, São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005): “a sociedade sendo pouco densa a os membros do clã formando uma grande família onde todos se conhecem individualmente, as relações transpessoais serão muito menos dissociadas, psicologicamente, das relações pessoais do que no caso das sociedades ao mesmo tempo populosas e diferenciadas. Segue que a regra do direito será tanto menos distinta da regra moral e que o “reconhecimento” da ordem jurídica não se dissociará jamais completamente do “respeito” de ordem pessoal dos ancestrais, dos antigos ou dos chefes que são seus agentes. É porque moral, direito e religião formam de princípio uma totalidade complexa da qual somente nuances asseguram a diferenciação. Ao contrário, com o crescimento de volume e de densidade das sociedades, e com a divisão econômica do trabalho e a diferenciação psicológica dos indivíduos, que são suas consequências necessárias, a oposição das relações pessoais e das relações transpessoais se torna cada vez maior. É nesta medida, precisamente, que o reconhecimento jurídico ou respeito tornado transpessoal se dissocia do respeito moral, logo que o direito se dissocia da moral e que ambos se dissociam de seu tronco comum, a religião, que é a generalização, no plano sobrenatural, das relações pessoais fundamentais”.
15. J.J. Calmon de Passos, *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*. p. 52, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

## 10. O CARÁTER CULTURAL E POLÍTICO DO DIREITO E A NECESSIDADE DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Como é possível concluir, diante dos argumentos ressaltados no tópico anterior, o Direito é um fenômeno cultural e político, que reflete interesses e escolhas no estabelecimento de padrões de comportamento axiologicamente valorados como essenciais ao convívio em sociedade. Assim sendo, a compreensão do fenômeno jurídico, e o conseqüente processo de interpretação das suas normas, é um processo complexo, que não se resolve pelo mero silogismo matemático, sendo fundamental, assim, ao aplicador do Direito, conhecer, razoavelmente, pelo menos, os paradigmas da hermenêutica, a fim de almejar uma interpretação jurídica dos fatos sociais o mais justa possível.

### 10.1. A atividade hermenêutica e as suas etapas fundamentais

Conforme lição de Richard Palmer<sup>16</sup>, a hermenêutica vem a ser “o estudo da compreensão”, alcançando a sua dimensão mais autêntica e fiel no momento em que “deixa de ser um conjunto de artifícios e de técnicas de explicação de texto e tenta ver o problema hermenêutico dentro do horizonte de uma avaliação geral da própria interpretação”. Como bem ressalta Christine Peter<sup>17</sup>:

As raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por interpretar, cujo substantivo seria *hermeneia*, que significa interpretação. Hermenêutica, do grego, significa desvelar, revelar, expressar, trazer à luz algo oculto. (...)

A hermenêutica apresenta-se como expressão da gnosiologia, ou seja, é a teoria do conhecimento em busca de verdades para a interpretação, podendo ser analisada a partir de duas direções: a lógica e a filosófica. Na sua dimensão lógica (no sentido de método ideal), a hermenêutica significa nada mais do que uma elucidação e pronúncia do sentido de fazer compreender. Já sob o ponto de vista filosófico, a hermenêutica é o estudo do próprio homem, na condição de ser que interpreta, ou seja, a posição que assume diante da realidade que lhe é apresentada a compreender.

É possível se afirmar que a atividade hermenêutica compreende, principalmente, duas etapas fundamentais: dizer ou expressar e interpretar ou explicar. O “dizer” como dimensão expressiva de um enunciado, como recitação, constitui-se em etapa importante do processo hermenêutico, que, entretanto,

16. Richard E. Palmer, *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira, p. 19, Lisboa: Edições 70, 1969 *apud* Christine Peter, *Hermenêutica de Direitos Fundamentais*, p. 149, Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

17. Christine Peter, *Hermenêutica de Direitos Fundamentais*, p. 149, Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

é prejudicada na linguagem escrita, em virtude da perda de parte do seu poder expressivo. Na linguagem oral, a ênfase dada às palavras pelo comunicar constitui-se em fator determinante para a compreensão da sua vontade. Na linguagem escrita, tal ênfase é prejudicada, dificultando a interpretação e valorizando a etapa seguinte do processo hermenêutico.

Esta segunda etapa, por sua vez, denominada “etapa da explicação”, enfatiza, ao contrário da primeira, o aspecto discursivo da interpretação, almejando, assim, uma perspectiva muito mais explicativa do que expressiva (destacada na primeira etapa citada) das palavras, que, desta forma, não se limitam apenas a expressar algo, mas também a clarificar e racionalizar. Na etapa da explicação, ganha relevância a contextualização do fenômeno a ser interpretado, bem como as concepções de pré-compreensão, entendida como “um horizonte de significados e intenções já aceitas”<sup>18</sup>, e de compreensão. Neste sentido vale destacar, a partir da lição de Ricardo Maurício Freire Soares<sup>19</sup>, a diferença entre a explicação, esforço lógico relacionado ao conhecimento das ciências naturais, e a compreensão, processo destacado na revelação dos objetos culturais e pautado em uma dimensão valorativa. Segundo o referido professor da Universidade Federal da Bahia:

quando explicamos algo, descrevemos ontologicamente o objeto da análise, ao passo que, na atividade de compreender, torna-se imprescindível a existência de uma contribuição positiva do sujeito, o qual realizará as conexões necessárias, executando uma tarefa eminentemente valorativa e finalística.

Na hermenêutica das chamadas “ciências do espírito”, dentre as quais se encontra o Direito, portanto, a segunda etapa da tarefa hermenêutica se revela muito mais prospectiva e subjetiva, o que já denota os desafios impostos ao julgador na análise de conflitos envolvendo interesses ecológicos e antropológicos em um Estado dualista do bem-estar social e do desenvolvimento, tal qual o é o Brasil.

É de se ressaltar, contudo, que, historicamente, consagrou-se, na interpretação do Direito, o paradigma chamado de positivista, baseado, preponderantemente, no método lógico silogístico como fator de legitimação. Assim, neste contexto, destaca-se, de forma decisiva, a busca de uma interpretação objetiva do texto da lei, lógica esta pautada no brocardo “*in claris cessat interpretatio*”<sup>20</sup>,

18. Christine Peter, op. cit., p. 151.

19. Ricardo Maurício Freire Soares, *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*, p. 16-17, São Paulo: Saraiva, 2010.

20. Sobre o destacado brocardo jurídico, valiosa é a lição de Glauco Barreira Magalhães Filho (*Hermenêutica Jurídica Clássica*, 3. ed., p.22-25, São José - SC: Conceito Editorial, 2009), segundo a qual: “os chamados



segundo o qual na clareza, na evidência do texto, não há necessidade de interpretação. Destaca Norberto Bobbio, em clássica obra sobre o tema<sup>21</sup>, que são sete as características fundamentais do positivismo jurídico: a) o positivismo jurídico encara o direito como fato e não como um valor, devendo o jurista, portanto, ser neutro axiologicamente ao estudar o Direito. Como afirma o mestre italiano, no positivismo jurídico, “o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor”; b) o juspositivismo define o direito em função do elemento coação, sendo fundamental, portanto, a consideração do direito como um conjunto de normas que são feitas valer por meio da força; c) a legislação é considerada a fonte principal do direito; d) a norma jurídica é considerada um comando; e) o positivismo jurídico sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico, afastando-se, assim, a possibilidade de coexistência de normas antinômicas em um mesmo ordenamento, não devendo existir, também, lacunas no direito; f) no positivismo

---

brocardos jurídicos são regras doutrinárias de hermenêutica em forma de máximas que foram coletadas no século XI por Burcardo, bispo de Worms, formando o *Decretum Burchardi*. Inicialmente, reconheceu-se nos brocardos a condição de cânones universais de valor absoluto. Atualmente, muitos rejeitam por completo a utilização dos brocardos, afirmando que foram separados de seu contexto histórico e reunidos de modo não sistemático, formando uma coletânea lacunosa e, muitas vezes, contraditória, pois, em certos casos, a regra contida em um brocardo exclui a incidência de diretriz interpretativa esposada por outro. A melhor posição em relação aos brocardos é a daqueles que reconhecem a sua utilidade, mas lhe atribuem valor relativo. Alguns deles, todavia, são totalmente acientíficos. Um exemplo disso é aquele que diz “uma testemunha não faz prova” (*testis unus, testis nullus*). (...) Um outro brocardo considerado científico é o que diz “na clareza cessa a interpretação” (*in claris cessat interpretatio*). Segundo esse brocardo, haveria normas dotadas de tal clareza ou obviedade de sentido que se dispensaria delas a interpretação, restando apenas a necessidade de aplicação da norma ao caso concreto sob a forma de uma subsunção lógica. (...) O brocardo da clareza pressupõe que pode haver textos cujas palavras são todas unívocas (dotadas de um único sentido). No entanto, a não ser numa linguagem lógica estritamente científica, dificilmente encontraremos termos unívocos. A linguagem jurídica é normalmente a do uso comum e se sujeita aos *jogos de linguagem* (Wittgenstein) e as variações de sentido. Assim, os termos são normalmente plurívocos (portadores de mais de um sentido), podendo ser equívocos ou análogos. Os termos equívocos são aqueles que tem mais de um sentido, nada tendo a ver um com o outro. O termo “manga”, por exemplo, pode se referir a uma fruta, a uma parte da camisa ou a uma conjugação do verbo mangar. O termo sanção pode significar uma reprovação (consequência imputada ao ilícito pela norma) ou uma aprovação (fase do processo legislativo pela qual o chefe do poder executivo concorda com o projeto de lei, declara a existência da lei e ordena o seu cumprimento). (...) Por outro lado, observamos que, em regra, as palavras são indeterminadas em razão da vagueza ou ambiguidade. Uma palavra é vaga quando, em certos casos, não conseguimos dizer se ela se aplica ou não ao objeto. É uma indeterminação na extensão, um problema de denotação. São exemplos de palavras vagas: jovem, maduro, calvo etc. A ambiguidade é uma indeterminação na intensão, um problema de conotação. A ambiguidade ocorre quando uma palavra tem vários significados diferentes (denotações distintas). São exemplos: rádio, manga, carteira etc. O brocardo da clareza é objetado também em razão de a própria clareza ser um conceito vago. A afirmação de que uma norma é clara, portanto, já seria um resultado tanto da interpretação da norma como do que seja a clareza. O fato de que alguns termos são utilizados ora em sentido usual ora em sentido técnicos na ordem jurídica positiva evidencia a necessidade de interpretação.

21. Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. P. 131-133. São Paulo: Ícone, 1995.

jurídico prevalece, quanto ao problema da interpretação, o elemento declarativo sobre o criativo, firmando-se, assim, a teoria da interpretação mecanicista; g) a grande premissa do direito, sob a ótica positivista, é a da obediência absoluta da lei, enquanto tal.

O predomínio de uma concepção positivista do Direito, dissociada, na sua essência, das questões sociológicas ou filosóficas, tendo, como pressuposto, o estudo da norma, impõe-se, historicamente, como importante ideologia propugnada pela burguesia após a Revolução Francesa, quando a nova classe dominante sente necessidade de legitimar o seu poder, não mais consagrado por meio de uma ação divina, como ocorria na época do absolutismo monárquico. Assim, um novo Deus, que venha a substituir o antigo poder divino exercido pelos ora depostos monarcas, a favor da nova classe dominante, faz-se necessário, materializando-se, dessa forma, no discurso da lei igual para todos, objetiva e positivada, instrumento de dominação, tendo em vista o seu caráter cultural e político, a favor dos novos donos do poder.

Como maior expoente da doutrina purista do Direito destaca-se o genial jurista austríaco Hans Kelsen, autor, dentre outras obras, do livro “Teoria Pura do Direito”. Como bem avalia Machado Neto<sup>22</sup>, comentando sobre a metodologia purista de Hans Kelsen:

Rebelando-se contra o alienante ecletismo metodológico de que faziam praça os juristas, Kelsen vai ressuscitar a antiga dignidade da jurisprudência e de sua peculiar maneira de enfrentar o seu objeto. Trata-se, pois, de uma empresa de purificação da ciência jurídica, libertando-a seja dos ingredientes de ordem sociológica, seja dos de ordem valorativa e, portanto, de progênie desenganadamente filosófica.

Retirado ao direito o elemento fático (histórico-sociológico) e o valorativo, ético ou ideal (filosófico ou político), o que sobra dessa cuidadosa decantação é, no entender de Kelsen, o aspecto normativo do direito. A norma é, pois, para o purismo kelseniano, o essencialmente jurídico, o que sobra da essência do direito se dela desprendemos os elementos extra ou metajurídicos em combinação com os quais ele ocorre na vida social. Esta preocupação purista é o miolo mesmo da metodologia kelseniana. Graças a ela foi possível desprender a teoria jurídica das explicações psicológicas, sociologistas e eticistas que inquinavam a meditação dos teóricos do direito encharcados do sociologismo e de jusnaturalismo.

Afora essa preocupação dominante, a metodologia kelseniana se reduz a um trabalho de ordem intelectual com esses objetos

22. A.L. Machado Neto, *Teoria da Ciência Jurídica*, p. 174-175, São Paulo: Saraiva, 1975.

ideais – as normas – em que o direito consiste, tendo em vista ordená-los de maneira coerente para que estejam uns em face dos outros em rigorosa hierarquia de fundamentações e derivações, no que se resume a teoria da estrutura piramidal do ordenamento jurídico.

O que muitos críticos da metodologia jurídica adotada por Kelsen não observam, entretanto, é o fato de que o célebre jurista, em sua “Teoria Pura do Direito”, termina por admitir que o ato de interpretar o direito consiste em uma escolha política<sup>23</sup>. É o que lembra, com propriedade, Christiano José de Andrade<sup>24</sup>:

Do ponto de vista kelseniano, dentro de uma lei cabem múltiplas soluções, todas igualmente legítimas enquanto conclusões silogisticamente contidas nela; porém se unicamente uma delas chega a ser direito positivo na sentença, isto se deve à ação criadora do juiz.

De conseguinte, na ótica kelseniana, a vontade criadora do juiz é um ingrediente necessário da ordem jurídica em geral, isto é, da noção de Direito; a vontade do juiz é uma das formas de vinculação. Se a decisão judicial requer conhecer a norma geral dentro da qual o juiz julga, é somente para estruturar sua decisão.

A comprovação da lição extraída da obra acima referida pode ser afirmada da seguinte passagem de “Teoria Pura do Direito”<sup>25</sup>, *in verbis*:

O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição

23. Neste sentido, destacando que Kelsen amplia os horizontes hermenêuticos em relação à teoria tradicional da interpretação, Fábio Ulhôa Coelho (Hermenêutica Kelseniana, In: GIORGI, Beatriz di; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (org.). *Direito, Cidadania e Justiça*: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. p. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005) lembra que: “Na teoria tradicional de interpretação, os métodos exegéticos partem dos limites fixados pelo gramatical, e selecionam entre os diversos sentidos ali contidos o mais correto. O exegeta tradicional desenvolve, portanto, um trabalho de depuração dos significados, fazendo uso dos métodos de interpretação prestigiados pela corrente hermenêutica a que se filia. Já um kelseniano realizaria um trabalho exatamente inverso. Se na doutrina tradicional, recomendam-se outros métodos interpretativos, além do gramatical, é porque não se conseguiu por este alcançar-se o significado verdadeiro da norma interpretanda. A hermenêutica kelseniana, ao contrário, recomendaria o uso de outros métodos não para restringir as significações obtidas com a interpretação gramatical, mas sim para ampliá-las”.

24. Christiano José de Andrade, *O problema dos métodos da interpretação jurídica*, p. 54, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

25. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 7. ed., p. 390-391, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (...)

Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.

Verifica-se, assim, cabalmente, a relevância da hermenêutica para a compreensão e aplicação do direito, sendo importante, dessa forma, para o deslinde dos objetivos deste trabalho, a realização de um breve estudo acerca da evolução da concepção de hermenêutica e suas conseqüências para a compreensão do direito, o qual se iniciará, doravante.

## 10.2. A evolução da concepção de hermenêutica

A necessidade de uma interpretação objetiva e correta dos textos bíblicos pode ser considerada, na Idade Média, um fator determinante para a evolução dos estudos relativos à hermenêutica. Neste sentido, relevante papel foi desenvolvido por Santo Agostinho, dedicado estudioso em busca de um método de interpretação segura das Sagradas Escrituras, cujo empenho se voltou ao resgate da verdade do conhecimento, pautada na análise da vontade expressada pelos autores dos textos através dos signos lingüísticos, isenta, portanto, do espírito subjetivo do intérprete. Pautava-se, assim, a metodologia de Agostinho, em uma relação de conhecimento entre sujeito e objeto, almejando-se

a objetividade, marca maior dos estudos hermenêuticos desenvolvidos desde então até a ocorrência da chamada “grande virada hermenêutica”, proporcionada pelos estudos desenvolvidos pelo filósofo alemão Martin Heidegger, já no século XX. Na concepção hermenêutica de Agostinho, entretanto, grande valor era dado aos chamados “juízos prévios”, relacionados aos dogmas impostos pela ideologia Católica dominante na Era Medieval.

Como consequência do advento do Iluminismo e das críticas cada vez mais incisivas ao domínio político e cultural da Igreja Católica, o século XVIII se torna o palco de uma primeira “virada hermenêutica”, constituída a partir do desenvolvimento do racionalismo e da filologia clássica, fazendo com que os intérpretes se vejam instados a superar os referidos “juízos prévios”, distanciando-se dos métodos místicos e dogmáticos. Como bem destaca Christine Peter<sup>26</sup>, “a concepção de uma hermenêutica estritamente bíblica se transformou gradualmente na de uma hermenêutica considerada como conjunto de regras gerais de exegese filológica, sendo a Bíblia um objeto entre outros de aplicação de tais regras”.

Decisivo, neste sentido, para o advento de uma mudança nos paradigmas da hermenêutica, foi o contributo trazido por Scheleiermacher, a quem se atribui o mérito da afirmação da hermenêutica como uma ciência da compreensão lingüística. Para Scheleiermacher, a hermenêutica deve servir à compreensão de qualquer diálogo, de forma sistematicamente coerente, senso, assim, base para a compreensão de qualquer texto, devendo ser superado o ponto de vista estritamente filológico. Valoriza Scheleiermacher, na sua teoria, a constatação de que a possibilidade do mal-entendido é uma regra universal do diálogo, devendo, assim, a compreensão ser observada como um acordo entre os interlocutores.

Para Scheleiermacher, a reconstrução histórica da obra seria uma etapa fundamental da hermenêutica, fazendo com que a interpretação seja pautada em dois momentos decisivos, a partir dos quais se constitui o chamado “círculo hermenêutico”: o momento gramatical e o momento psicológico. Muito mais importante no processo hermenêutico, na visão de Scheleiermacher, do que a busca da compreensão da literalidade das palavras seria a compreensão da vontade do interlocutor. Daí a relevância do segundo momento do processo de interpretação, o momento psicológico<sup>27</sup>.

26. Christine Peter, op. cit., p. 156

27. Sobre a importância da doutrina de Scheleiermacher destaca Christine Peter (op. cit., p. 164): “O pensamento de Scheleiermacher representou um passo importante no trânsito de uma hermenêutica normativa, posta a serviço de um afazer científico específico, para uma hermenêutica universal, que servia a

Na esteira da evolução da filosofia hermenêutica, destaca-se também, na seqüência da teoria de Scheleiermacher, a contribuição de Dilthey, para quem a compreensão de um fenômeno cultural perpassa pelas experiências pretéritas dos indivíduos, constituindo-se, portanto, em um processo histórico contínuo, cabendo, assim, ao intérprete, “revivenciar” fatos históricos. Exemplificando o processo de “revivência” e demonstrando a sua relevância como meio de alargamento dos horizontes hermenêuticos, assim se manifesta o importante filósofo e historiador<sup>28</sup>:

A possibilidade de vivenciar convulsões religiosas na minha existência é muito limitada, para mim como para a maior parte dos homens de hoje. Mas ao percorrer as cartas e escritos de Lutero, os relatórios de seus contemporâneos, as atas dos colóquios e concílios religiosos e os próprios atos públicos dele, eu assisto a um processo religioso de força eruptiva tal, de tal vigor – em que se encontram em jogo a vida e a morte – que está para além da possibilidade de vivência de qualquer homem do nosso tempo. Mas eu posso revivenciá-lo. Posso transpor-me para as circunstâncias, nas quais tudo conduz a uma evolução extraordinária da sensibilidade religiosa. Vejo, nos conventos, uma técnica de comunicação com o mundo invisível, que orienta continuamente a alma monástica na direção das coisas do além: as controvérsias religiosas assumem o caráter de problemas de existência interior. Vejo com algo que assim toma forma nos conventos se propaga no mundo laico através de inúmeros canais: púlpitos, confessionários, cátedras, escritos. E descubro então de que maneira concílios e movimentos religiosos difundiram por toda a parte da doutrina da igreja invisível e do ministério universal, de que forma ela está relacionada com a libertação da personalidade na vida laica e como aquilo que despertou na solidão da cela e na violência das lutas por nós descritas vingou, apesar da oposição da igreja. O cristianismo como força capaz de modelar a própria vida familiar e profissional e as relações políticas – eis um novo poder que vai contra o espírito do tempo, nas cidades e em todos os que realizam obras superiores: em Hans Sachs como em Dürer. Quando Lutero se coloca à frente deste movimento, revivenciamos a sua evolução, graças à conexão que une o universalmente humano com a esfera religiosa e esta, através dos seus condicionalismos históricos, com a individualidade de Lutero. E assim este processo abre-nos um mundo religioso, nele e nos seus contemporâneos

---

todo o conhecimento que se revelasse histórico, sendo ele o primeiro autor que substituiu a hermenêutica teológica e dogmática pela hermenêutica racional, a qual buscava a compreensão de um texto distante de seu tempo e das coordenadas culturais”.

28. Wilhelm Dilthey, *A Compreensão dos outros e das suas manifestações de vida*. In: GARDINER, Patrick. *Teorias da História* 5. ed., p. 269-270, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

dos primeiros tempos da reforma, que alarga o nosso horizonte de possibilidades de vida humana, as quais só assim se nos tornam acessíveis. Assim pode o homem, de terminado a partir de dentro, vivenciar em imaginação muitas outras existências. Diante dele, limitado pelas circunstâncias, abrem-se belezas desconhecidas e zonas da vida que nunca poderá alcançar. Para pôr a questão duma maneira geral: o homem, determinado e manietado pela realidade da vida, é posto em liberdade, não só pela arte – o que tem sido dito mais frequentemente – mas também pela compreensão da história. E esta ação da história, que os seus detratores mais modernos não viram, alarga-se e aprofunda-se à medida que a consciência histórica atinge graus mais evoluídos.

Vale destacar, entretanto, que Dilthey, com sua concepção metodológica da hermenêutica, não abandona o binômio relacional sujeito-objeto, uma vez que considerava essencial a existência de uma lógica metodológica no processo de compreensão. Somente com Heidegger a concepção de uma compreensão existencial do homem passa a se firmar como o real sentido da hermenêutica, promovendo uma mudança de paradigmas, a partir da superação do referido binômio relacional sujeito-objeto por um outro, que parte da análise da relação entre a compreensão e a pré-compreensão.

Heidegger vislumbra a existência de um novo círculo hermenêutico, firmado entre a interpretação e a pré-compreensão, superando o pensamento metafísico e objetivista, fundado na relação sujeito-objeto, dominante até então. Como bem ressalta Lênio Luiz Streck<sup>29</sup>:

para Heidegger, compreender não é um modo de conhecer, mas é um modo de ser, isto porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão (o homem já sempre compreende o ser). A verdade não é uma questão de método. Será, sim, uma questão relativa à manifestação do ser, para um ser cuja existência consiste na compreensão do ser. (...) Na ontologia da compreensão, a vida é história, onde o próprio ser se desvela no horizonte da temporalidade. O próprio ser é tempo.

Comentando também sobre a obra de Heidegger, destaca Margarida Lacombe Camargo<sup>30</sup>:

Heidegger se ocupa da estrutura prévia do compreender; daquilo que está por trás das proposições ou de qualquer enunciado. O ser para ele é um existencial e o compreender, por conseqüência,

29. Lênio Luiz Streck, *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 8. ed, p. 205, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

30. Margarida Lacombe Camargo, *A Nova Hermenêutica*. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, p. 358, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

uma determinação categorial básica do nosso ser-no-mundo. Dessa forma, a interpretação não é mais vista como um meio instrumental para a compreensão, como ocorria anteriormente. Quando não entendíamos algo acreditávamos poder recorrer à interpretação feita por alguém sobre a coisa com o propósito de nos ajudar a compreendê-la e emitir algum juízo sobre ela. Mas conforme Heidegger demonstra, a compreensão é um existencial prévio a qualquer interpretação. Antes de interpretar, nos entendemos com as coisas cotidianamente de forma nem sempre expressada. Existe uma compreensão prévia que nos habilita a lidar com as coisas antes mesmo de expressarmos nossa compreensão sobre a coisa.

Na obra de Heidegger, ser e tempo são conceitos umbilicalmente relacionados e a chamada “verdade”, portanto, torna-se temporal e finita. A essência da interpretação dos objetos funda-se na autocompreensão do homem como ser temporal e no círculo hermenêutico construído entre as pré-compreensões e antecipações conceituais acerca do objeto a ser interpretado e o referido objeto<sup>31</sup>. Esta nova concepção metodológica da hermenêutica será de grande relevância, como observar-se-á, para uma nova compreensão do fenômeno jurídico, pautada na superação dos preceitos estritamente positivistas, imperantes, a partir do domínio do discurso liberal burguês.

31. Ainda analisando a contribuição de Heidegger para a hermenêutica, válida também é citar a seguinte passagem da doutrina de Ernildo Stein (In: Rossano Pecoraro (org.), Os filósofos: clássicos da filosofia, v. II: de Kant a Popper, p. 289, Petrópolis-RJ: Vozes; Rio de Janeiro: PUC - Rio, 2008): “Desde que somos já estamos vinculados a um modo de compreender em que antecipamos o ser dos entes sobre os quais fazemos nossas enunciações. É este o modo como Heidegger vê a fenomenologia e é por isso que ela é denominada hermenêutica. Mas ela somente é hermenêutica porque, no mesmo movimento de compreensão do ser, o ser humano se compreende em seu ter-que-ser. Portanto, ao compreender o ser, o ser humano compreende o seu modo de ser e assume a si mesmo como inelutavelmente jogado na existência. Dessa maneira, a hermenêutica é uma forma em que se revela o modo de ser do ser humano na compreensão que o relaciona com o ser e, ao mesmo tempo, consigo mesmo. É por isso que Heidegger denomina o ser humano de ser-aí (dasein), que representa o lugar de manifestação do ser já sempre sendo de modo prático no mundo, quando realiza enunciados sobre o ente. Não é difícil de ver como, desse modo, a posição de Heidegger com relação à questão do ser se afasta da metafísica e como então o ser se liga com o modo finito de o homem ser. Depois que a fenomenologia se mostrou necessariamente hermenêutica, ela passa a ser o caminho próprio para o pensamento em Heidegger. Então a analítica existencial se impõe como tarefa da fenomenologia que deve descrever as estruturas daquele ente que conhece, pelo ser, os entes, o ser-aí. E, na medida em que a analítica existencial revela a temporalidade como sentido do ser do ser-aí que é o cuidado, o ser é vinculado com o tempo. Com esta posição que Heidegger introduz se produziu uma radical transformação de compreender a filosofia. O modo de ser-em, de ser-no-mundo, o ser-aí é o lugar em que o ser emerge pela compreensão do ser. A finitude torna-se o lugar do ser enquanto *ens qua transcendens*, como diz Heidegger. A transcendência do ser lhe vem da finitude da transcendência do ser-aí que o compreende. A questão do sentido do ser vem a se concentrar pelo modo de compreender o ser-aí, no horizonte do tempo”.



### 10.3. Evolução da hermenêutica jurídica

Delinear a evolução histórica do Direito é uma tarefa das mais árduas. Vários fatos históricos, desde os tempos mais remotos, somaram-se na construção do fenômeno jurídico, produto, como já afirmado do poder político, este um pressuposto da sociedade humana, ante a lógica paradoxal da condição de vida do homem. Assim, não é o objetivo deste tópico traçar, de forma detalhada e aprofundada, como se procedeu a formação do direito ao longo dos tempos, mas, tão somente, destacar alguns importantes fatos que contribuíram para mudanças de perspectivas de análise acerca do fenômeno jurídico, com repercussões na chamada “hermenêutica jurídica”, a fim de consubstanciar, argumentativamente, a relevância do estudo da técnica de ponderação de interesses em face das escolhas traumáticas que se apresentam nos conflitos entre os valores ecológicos e os antropológicos em um Estado dualista do bem-estar social e do desenvolvimento, como o Estado brasileiro. Vale destacar, neste diapasão, que no capítulo I desta obra já foi realizada uma breve tentativa de síntese da evolução histórica do Estado e da democracia, no intuito de demonstrar as razões da formação do chamado “estado dualista do bem-estar social e do desenvolvimento” diante da crise do Estado liberal. Aquelas análises e comentários deverão ser resgatados, pelo leitor, como paradigma para a compreensão da evolução da hermenêutica jurídica, objeto de estudo deste tópico.

Comecemos, então, esta breve análise da evolução da hermenêutica jurídica pela Alta Idade Média, período que se sucedeu à queda do Império Romano Ocidental, no ano 476 d.C., ao qual sucede, por sua vez, como já destacado no tópico anterior, um maior incremento dos estudos relacionados à hermenêutica em geral, a partir dos estudos de Santo Agostinho. Como já destacado no capítulo I desta obra, as invasões dos chamados “povos bárbaros” a Roma, fato marcante para o fim do período histórico conhecido como “Idade Antiga” e para o início da “Idade Média”, marcam também uma nova fase na história da organização política das sociedades, tendo em vista que a noção ideal de Estado como uma forma de organização política composta dos elementos povo, território e poder soberano praticamente desaparecem. As ordens política e jurídica vigentes na Europa ocidental, assim, sofrem importantes abalos, que não trazem, entretanto, como consequência, o desaparecimento das normas e ordenamentos jurídicos, imprescindíveis, como já destacado, à convivência humana<sup>32</sup>. Neste sentido,

32. Neste diapasão, afirma Nelson de Sousa Sampaio (*Prólogo à Teoria do Estado: Ideologia e Ciência Política*, 2. ed., p. 240, Rio de Janeiro: Forense, 1960) que “não há sociedade que não possua normas de conduta, uma vez que o homem não é um ser angélico e os divergentes interesses individuais não se harmonizam espontaneamente. Aliás, mesmo no Éden havia tais normas ou, pelo menos, uma proibição: a de não comer o fruto da árvore da ciência do bem e do mal”.

destaca Olivier Nay<sup>33</sup>, acerca do direito na Alta Idade Média, período histórico demarcado entre a queda de Roma e o renascimento comercial verificado entre os séculos X e XII depois de Cristo:

Seria errado imaginar que durante épocas anteriores ao século XI a idéia de direito desapareceu totalmente. A Alta Idade Média não está desprovida de regras, como atesta a existência de “leis bárbaras” (*leges barbarorum*), de capitulares carolíngias e de alguns legados jurídicos romanos. No entanto, diferente do direito romano, cuja maior parte desapareceu com os restos do Império, o direito dos séculos V-X permanece limitado tanto no seu alcance como em sua aplicação. Primeiramente, ele não tem mais nenhuma validade universal. Confunde-se essencialmente com os costumes dos povos germânicos. Tem um caráter regional. Em segundo lugar, o direito bárbaro não tem a sua fonte no trabalho de juristas profissionais, mas nas decisões dos reis, de príncipes, dos *missi* e de clérigos versados no conhecimento jurisprudencial. Em terceiro lugar, esse direito não é aplicado por juízes especializados e formados para essa prática, mas por particulares que fazem o ofício de homens da lei. Finalmente, grandes partes da vida econômica e social não são mais reguladas por leis escritas. O direito cessa de apoiar-se no texto. É reproduzido essencialmente por transmissão oral.

John Gilissen<sup>34</sup>, esboçando um quadro histórico e geográfico do Direito europeu nos primórdios da Idade Média, assim leciona, por sua vez:

No século IV, no fim da antiguidade, o Império Romano divide-se em dois impérios: o Império do Ocidente (Roma) e o do Oriente (Constantinopla = Bizâncio = Istambul). Ele ocupa uma larga metade da Europa, desde a Inglaterra (até os confins da Escócia), a Gália, a Ibéria, a Itália, a parte meridional da Germânia até a Península Balcânica ao sul do Danúbio; por outro lado, fora da Europa, o Norte da África e uma parte da Ásia ocidental. Na Europa continental, o Reno e o Danúbio constituem mais ou menos o limite setentrional.

A Norte e a Leste destes rios encontram-se povos germânicos e eslavos, ainda mais ou menos nómadas. Sob a pressão dos povos vindos da Ásia central, aqueles povos germânicos deslocam-se para Ocidente; os Germanos penetram na órbita do Império Romano a partir do século III; no século V, invadem o Império do Ocidente que desaparece; estabelecem-se aí reinos germânicos.

33. Olivier Nay, *História das Idéias Políticas*, 1. ed. p. 111-112, Petrópolis: Vozes, 2007

34. John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 3. ed., p. 127, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

Os povos eslavos deslocam-se igualmente para o Oeste e o Sul, atingem a região do Óder e do Elba no Norte e passam o Danúbio ao sul.

No extremo ocidental da Europa, mantêm-se ainda alguns povos célticos.

O Império do Oriente – ou Império Bizantino – resiste no entanto a estas pressões; o direito romano sobrevive aí, enquanto direito bizantino.

No Império Romano, uma religião nova, pregada por Cristo e pelos seus discípulos no século I, impôs-se no século IV; o Império torna-se cristão. Um sistema jurídico próprio da comunidade dos cristãos, o direito canônico, desenvolve-se à margem do direito romano, sem o absorver; instala-se um sistema dualista – direito laico e direito religioso – que vai se manter até o século XX.

Assim, na aurora da Idade Média, encontram-se na Europa os sistemas jurídicos seguintes:

- o direito romano que sobrevive no Sudeste como direito bizantino;
- o direito canônico;
- os direitos germânicos;
- os direitos eslavos;
- o direito celta.

Observa-se, assim, diante do citado, a forte presença de um pluralismo jurídico na Europa durante o período medieval, a partir da chamada “Alta Idade Média”<sup>35</sup>. Com o advento da Baixa Idade Média, por sua vez, começa a se

35. Acerca do referido pluralismo jurídico medieval, vale destacar, ainda, mais uma passagem da doutrina de John Gilissen (*idem*, p. 130): “A partir do século XII e sobretudo do século XIII, os reis e certos grandes senhores territoriais conseguem reforçar o seu poder: rei de França, rei de Inglaterra, rei de Aragão etc., conde da Flandres, duque de Brabante, conde de Hainaut, príncipe-bispo de Liège, etc. nos territórios belgas. A este reforço do poder tendente para a soberania, corresponde um enfraquecimento do feudalismo; ao mesmo tempo, em cada reino e grande senhorio, um sistema jurídico próprio deste território desenvolve-se na base dos costumes locais, da legislação real ou senhorial, das decisões das jurisdições reais ou senhoriais. Assim se formam progressivamente os direitos dos Estados modernos: direito francês, direito inglês, direito espanhol, direito dinamarquês, direito sueco, etc. Considerando um quadro territorial mais restrito: direito flamengo, brabanção, de Hainaut, de Liège, de Namur, etc. Uma evolução similar, um pouco mais tardia e contudo mais lenta, produz-se no Leste da Europa onde, no seio dos povos eslavos (e outros) se formaram reinos e principados, que dão origem a direitos estatais: direito polaco, direito lituano, direito checo, direito húngaro, direito russo, etc. No centro da Europa, manteve-se, como sobrevivência do Império Carolíngio, o Sacro Império, chamado finalmente Sacro Império Romano-Germânico; o poder dos imperadores enfraqueceu no entanto, sobretudo a partir do século XIII, a favor dos senhorios territoriais e das cidades; desapareceu mesmo inteiramente em Itália, tornando um conjunto complexo de principados e de cidades autônomas, para além dos Estados pontifícios, e

desenvolver uma concepção mais erudita do direito, com o surgimento das universidades, em especial a Escola de Bolonha, na Itália. A partir dos estudos desenvolvidos pela Escola de Bolonha, no século XII, o estudo do Direito Romano, quase que abandonado durante a “primeira idade feudal”, é retomado, como paradigma de um direito dissociado do poder da Igreja, ao gosto da nova classe burguesa, que já começava a rivalizar, em poder, com os senhores feudais e, por conseguinte, com o clero<sup>36</sup>. Destaca-se, neste sentido, o papel exercido pelos chamados “glosadores”, primeira geração de estudiosos do direito romano surgidos nas universidades medievais, bem como dos seus sucessores, os pós-glosadores, do século XIV. Vale destacar, quanto ao tema, a seguinte passagem da doutrina de René David<sup>37-38</sup>:

---

na Suíça, que se transformou numa confederação de cantões autônomos. Estes sistemas jurídicos muito numerosos não evoluíram todas da mesma maneira durante a Baixa Idade Média e a Época Moderna; os fatores políticos, econômicos e sociais desempenharam um papel considerável, favorecendo tanto a unificação do direito, como o particularismo local, como ainda o aparecimento de instituições novas sob a pressão do desenvolvimento econômico”.

36. Sobre o tema, destaca-se a presente passagem da doutrina de Mário G. Losano (*Os grandes sistemas jurídicos*, p. 50, São Paulo: Martins Fontes, 2007): “o direito romano oferecia a uma sociedade mercantil instrumentos jurídicos mais adequados que o dos direitos romano-bárbaros de alta Idade Média. Ao Império Romano-Germânico, por sua vez, ele fornecia não apenas um direito unitário e comum, mas também um direito apresentado unicamente como manifestação da vontade de Justiniano, sem interferências por parte da Igreja. Essa natureza voluntarista atribuída ao direito permitia afastar as pretensões da Igreja, desejosa de consolidar seu poder temporal após a separação do império, ocorrida em 1075. Estavam, assim, presentes as condições para uma vigorosa retomada do estudo do direito romano. Em Bolonha, surgiu uma escola de juristas que se dedicou à reconstrução analítica da obra de Justiniano e à exegese dos textos assim recuperados. O símbolo dessa atividade é o estudo integral do *Digesto* por parte de Irnério, que viveu em Bolonha no século XII. Com ele, o direito deixa de ser uma matéria esparsa entre as disciplinas do trívio e torna-se uma ciência autônoma”.
37. René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 4.ed. p. 44-45, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
38. Ainda sobre o tema, válida é a citação do pensamento de Norbert Horn (*Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica*, tradução da 2ª edição alemã. Trad. Elisete Antoniuk, p. 261-261, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005), segundo a qual “por volta de 1110, o jurista Irnerius dá início, em Bolonha, a uma aula de Direito permanente, e, a partir disso, desenvolve-se a primeira universidade para estudo do Direito Romano, à qual outras logo se seguiram. O objeto é por muito tempo conhecido apenas em fragmentos, e, por conseguinte, pouco considerado, o texto da grande compilação do direito romano efetuada pelo imperador Justiniano, no século VI, o *Corpus Juris Civilis*, em especial sua primeira parte, os *Digestos* (*Digestae*, grego: *Pandektai*), com excertos sistematicamente organizados das obras dos juristas romanos clássicos, e o segundo livro, o *Codex*, com uma reunião igualmente sistematizada da legislação imperial. O trabalho literário dos juristas eruditos ganha expressão nos comentários desse texto (*glossae*). O modo de trabalho dos glosadores corresponde, de modo genérico, àquele da ciência escolástica. Com o florescimento do direito romano ensinado, o qual equivale a um desenvolvimento paralelo do direito eclesiástico (canônico), e com o surgimento de outras universidades por toda a Europa, difunde-se gradativamente o conhecimento do Direito romano; este é reconhecido como fonte subsidiária de Direito. Os trabalhos dos glosadores estão reunidos na grande obra de Accursius, a *glossa ordinaria*. Essa grande obra se tornou obra-padrão pura e simplesmente (a glosa), e, em si, objeto científico nos séculos seguintes, através da escola dos comentadores, também denominados pós-glosadores. Sua principal forma literária é o comentário do *Corpus Juris*, desenvolvido com o exercício da preleção (*lectura*), tomando

O ensino do direito romano, ministrado nas universidades, sofreu uma evolução; várias escolas se sucederam, tendo cada uma as suas preocupações e os seus métodos próprios. Uma primeira escola, a dos glosadores, procurou reencontrar e explicar o sentido originário das leis romanas. A partir desta época são abandonados alguns textos das compilações de Justiniano porque se referem a instituições da Antiguidade desaparecidas (escravatura) ou porque se relacionam com matérias que presentemente são reguladas pelo direito canônico da Igreja (casamento, testamento). A obra dos glosadores é coroada, em meados do século XIII, pela Grande Glosa de Acúrio, que retoma o essencial do trabalho dos seus predecessores numa obra que comporta cerca de 96.000 glosas. Com a escola dos pós-glosadores, no século XIV, uma nova tendência se manifesta e um trabalho muito diferente é realizado: o direito romano é devidamente expurgado, submetido a distorções; presta-se a desenvolvimentos inteiramente novos (direito comercial, direito internacional privado), ao mesmo tempo que é sistematizado na sua apresentação, de uma forma que contrasta vivamente com o caos do *Digesto* o espírito casuístico e empírico dos jurisconsultos de Roma. Os juristas já não procuram encontrar soluções romanas, mas se preocupam sobretudo em utilizar os textos do direito romano para introduzir e justificar regras adaptadas à sociedade do seu tempo. Nos séculos XIV e XV, ensina-se, sob o nome de *usus modernus Pandectarum*, um direito romano profundamente deformado, especialmente sob a influência das concepções do direito canônico; segundo o método escolástico, apresentam-se, sobre as diferentes questões, as opiniões de Bartolo, de Balde, de Azo e de outros diversos pós-glosadores e procura-se encontrar assim a solução justa do problema, tomando em consideração a *communis opinio doctorum*.

Ao mesmo tempo em que o estudo do direito romano é retomado, e, posteriormente, distorcido na Europa, desenvolve-se, também em Bolonha, o estudo do Direito Canônico, produto das ambições temporais do papa. Tendo como fontes a Bíblia, as decisões dos Concílios, e os decretais, assim chamados os escritos dos papas, além, dos costumes e dos próprios princípios herdados do Direito Romano, o Direito Canônico teve grande repercussão na Europa, não só em virtude do grande domínio político e econômico da Igreja Católica como também pelo fato de ser escrito. Como bem destaca Flávia Lages de Castro<sup>39</sup>, “o caráter universal da Igreja e o domínio, quase absoluto, no campo religioso, que esta conseguiu entre os séculos VIII e XV, deram a este direito um caráter

---

em consideração o pensamento da glosa, bem como pareceres jurídicos de casos práticos (*consilia*). Em paralelo, tanto dentre os glosadores como entre outros comentadores, eram freqüentes outras formas literárias da ciência escolástica”.

39. Flávia Lages de Castro, *História do Direito Geral e Brasil*, 6. ed. p. 132, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

unitário que nenhuma instituição poderia oferecer neste período”. Foi o Direito Canônico o responsável exclusivo, durante muitos séculos (inclusive no Brasil colonial e imperial), por várias temáticas do direito privado, a exemplo da solução de casamentos e divórcios. Em conjunto, os estudos jurídicos que passam a ser desenvolvidos nas universidades medievais, contribuem para “a redefinição do poder numa perspectiva mais descritiva e racional”<sup>40</sup>.

Ainda durante a Baixa Idade Média, destaca-se a influência, para a evolução da doutrina jurídica e para a interpretação do Direito, do pensamento de São Tomás de Aquino, contribuição fundamental para a laboração científica medieval, denominada, tradicionalmente, como “Escolástica”. O pensamento tomista buscou enfatizar a responsabilidade individual e a independência das pessoas no uso da experiência e da razão, a partir da idéia de finalidade, segundo a qual “cada ser vivo possui seu próprio objetivo e, do mesmo modo, cada pessoa. Este objetivo é o desenvolvimento moral voltado a Deus”<sup>41</sup>. Além disso, Tomás de Aquino valoriza a concepção do direito natural, adotando a idéia da existência de uma eterna lei universal pautada na sabedoria divina e nos desígnios de Deus, bem como desenvolve a “doutrina da virtude”, diferenciando a lei da justiça. A lei injusta não pertenceria ao Direito. Na visão tomista do Direito, segundo lição de Norbert Horn<sup>42</sup>:

Lei é uma determinada ordem racional para o bem comum, a qual é dada a conhecer pelo administrador da comunidade. Na aplicação da lei o juiz deve observar que, no caso isolado, o resultado seja justo; se necessário, ele deve corrigir a aplicação da lei por pontos-de-vista da justiça do caso específico (...).

Tomás ocupa-se profundamente com o problema da lei injusta. Nem toda Lex positiva corresponde ao ius naturale. A lei pode contrariar o interesse público, intervindo em assuntos que não sejam da competência do legislador, ou distribuir ônus injustamente. Tais leis não são então mais “atos de violência”. Elas não são coercitivas sob o ponto de vista do direito natural. Contudo, a resistência às leis só é permitida se ela puder ser realizada sem perturbação da paz pública e da ordem pública e se puder ocorrer sem que ocasione grande desgraça para a coletividade. Estritamente inadmissível, com certeza, é a observância de uma lei que infrinja diretamente a eterna lei moral (*lex aeterna*). Tomás, no entanto, rejeitou a possibilidade de afastar um tirano através de assassinato.

40. Olivier Nay, *op.cit.*, p. 111.

41. Norbert Horn, *op. cit.*, p. 262.

42. *Idem*, p. 270.

Fábio Konder Comparato, em importante estudo sobre o tema, destaca algumas características essenciais do pensamento de Tomás de Aquino, a exemplo da defesa da supremacia da teologia sobre as outras ciências; o respeito pela tradição, com a valorização das Sagradas Escrituras; e a defesa da razão. Segundo Comparato<sup>43</sup>:

A originalidade de São Tomás, no quadro intelectual da Idade Média, reside na aliança entre tradicionalismo e espírito renovador.

Para ele, como para todos os doutrinadores de sua época, o horizonte especulativo era inteiramente dominado pela teologia. A utilidade da ciência, assim como da filosofia, consistia em auxiliar a especulação teológica: elas eram simples servas da teologia (*ancillae theologiae*), como então se dizia. Logo na abertura de sua monumental *Summa Theologiae*, São Tomás afirma não só que a teologia é uma ciência, mas a mais digna de todas as ciências. (...)

O pensamento ético-religioso de São Tomás, todo impregnado de aristotelismo, é francamente racionalista. O primeiro e inabalável postulado do sistema é o de que o homem foi dotado pelo Criador da capacidade de separar a verdade do erro, mediante o uso da razão.

Com a formação dos Estados Nacionais Modernos, produto da convergência de interesses entre nobres e burgueses na luta conjunta contra o feudalismo, conforme já destacado no capítulo I desta obra, inicia-se a Idade Moderna, marcada inicialmente, no campo do direito, pelo refortalecimento do monismo jurídico, tendo em vista a consolidação do absolutismo monárquico e da conseqüente necessidade de imposição política do discurso do rei, fundamentado na supremacia da lei. Esta tendência de supremacia da lei e imposição de interpretações unívocas das normas jurídicas, como será observado, marcará, também, o discurso da modernidade jurídica, consagrada a partir da ascensão política da burguesia, consubstanciada esta nas revoluções burguesas, em especial a Revolução Gloriosa, na Inglaterra, no século XVII, e a Revolução Francesa, no século seguinte.

Como conseqüência desta tendência, verificada principalmente a partir das citadas revoluções, passa a prevalecer a concepção da supremacia do poder legislativo sobre o poder judiciário, não cabendo, assim, ao juiz, criar o direito por meio da interpretação, mas tão somente aplicá-lo, pautado em uma concepção de neutralidade axiológica. O juiz, assim, é observado como mera

43. Fábio Konder Comparato. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 1. ed. p. 139-143, São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

“boca-da-lei”, desprovido de vontade no ato de julgar. Neste sentido, destacam-se o surgimento do Código Civil francês, de 1804, e do Código de Frederico, o Grande, da Prússia, que, em comum, pregavam a lógica da interpretação autêntica como a única espécie de interpretação possível, negando-se, assim, qualquer espécie de função interpretativa do Poder Judiciário. A respeito deste último código, destacam John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo<sup>44</sup>:

Sob Frederico, a Prússia adotou um código contendo mais de 17.000 artigos (em comparação, o Código Napoleão contém 2.281 artigos). O código prussiano foi uma tentativa de prover solução detalhada e específica para situações detalhadas e específicas. O objetivo a ser alcançado era o de que tal código fosse um catálogo completo de soluções, disponível aos juízes para que estes pudessem enfrentar qualquer caso que aparecesse diante deles. Ao mesmo tempo, os juízes eram proibidos de interpretar o código. Em caso de dúvida, eles deveriam reportar a questão a uma comissão especial sobre normas legais criada para este propósito. Se fossem flagrados em atividade interpretativa, cairiam em desgraça diante de Frederico e seriam severamente punidos. Os historiadores do direito alemão informam que a comissão especial sobre normas legais jamais desempenhou o papel que Frederico lhe concebera; que o código, detalhado como era, não prescrevia respostas óbvias para todos os casos; e que os juízes viam-se obrigados a interpretar suas disposições em seu trabalho diário. O código de Frederico, sua comissão, e a proibição de interpretação judicial são todos considerados um fracasso.

Como já destacado no item 11.1 desta obra, a necessidade de legitimação política da burguesia fundamenta a lógica da modernidade jurídica, pautada na supremacia absoluta da lei, a qual não precisa ser interpretada, quando “clara e evidente” no seu conteúdo (*in claris cessat interpretatio*), ou mesmo na busca de uma verdade única, legitimadora do *status quo*<sup>45</sup>. Paradoxalmente, no entanto,

44. John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, trad. Cássio Casagrande, p. 69-70, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

45. Neste sentido, vale destacar as seguintes passagens da doutrina de Ricardo Maurício Freire Soares (*Tendências do Pensamento Jurídico Contemporâneo*, 1.ed. p. 14-20, Salvador: JusPodivm, 2007): “O programa moderno estava embasado no desenvolvimento implacável das ciências objetivas, das bases universalistas da ética e de uma arte autônoma. Seriam, então, libertadas as forças cognitivas acumuladas, tendo em vista a organização racional das condições de vida em sociedade. Os proponentes da modernidade cultivavam ainda a expectativa de que as artes e as ciências não somente aperfeiçoariam o controle das forças da natureza, como também a compreensão do ser e do mundo, o progresso moral, a justiça nas instituições sociais e até mesmo a felicidade humana. (...)O cerne do programa moderno residia, indubitavelmente, na confiança na capacidade racional do ser humano. Os modernos atribuíam à razão papel central no processo cognitivo. A razão moderna compreende mais do que simplesmente uma faculdade humana. O conceito moderno de razão remetia à assertiva de que uma ordem e uma estrutura



a partir do domínio do racionalismo jurídico, não só com o fortalecimento do positivismo jurídico como também do jusnaturalismo racionalista<sup>46</sup>, cresce o

fundamentais são inerentes ao conjunto da realidade. O programa moderno se alicerçava na premissa de que a correspondência entre a tessitura da realidade e a estrutura da mente habilitaria esta última a discernir a ordem imanente do mundo exterior. A idéia de uma modernidade denotava, assim, o triunfo de uma razão redentora, que se projetaria nos diversos setores da atividade humana. Esta razão deflagraria a secularização do conhecimento, conforme os arquétipos da física, geometria e matemática. Viabilizaria a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência, concebida como a única forma válida de saber. Potencializaria, através do desenvolvimento científico, o controle das forças adversas da natureza, retirando o ser humano do reino das necessidades. Permitiria ao homem construir o seu destino, livre do jugo da tradição, da tirania, da autoridade e da sanção religiosa. (...) O programa moderno abria margem para a emergência do paradigma liberal-burguês na esfera jurídica. (...) as normas legais afiguram-se como instrumentos de uma razão planificante, capaz de engendrar a codificação do ordenamento jurídico e a regulamentação pormenorizada dos problemas sociais. A Constituição, produto de uma razão imanente e universal que organiza o mundo, cristaliza, em última análise, o pacto fundador de toda a sociedade civil. O fenômeno da positivação é, pois, expressão palmar da modernidade jurídica, permitindo a compreensão do Direito como um conjunto de normas postas. Ocorrido, em larga medida, a partir do século XIX, corresponde à legitimidade legal-burocrática preconizada por Max Weber, porquanto fundada em ritos e mecanismos de natureza formal. A positivação desponta como um conjunto de procedimentos capazes de moldar valores e padrões de conduta”.

46. Como bem ressalta Paulo Nader (Introdução ao Estudo do Direito, 16. ed., p. 436, Rio de Janeiro: Forense, 1998), “chama-se jusnaturalismo a corrente de pensamento que reúne todas as idéias que surgiram, no correr da história, em torno do Direito Natural, sob diferentes orientações. (...) A corrente jusnaturalista não se tem apresentado, no curso da história, com uniformidade de pensamento. Há diversos matizes, que implicam a existência de correntes distintas, mas que guardam entre si um denominador comum de pensamento: a convicção de que, além do Direito escrito, há uma outra ordem, superior àquela e que é a expressão do Direito justo. É a idéia do Direito perfeito e por isso deve servir de modelo para o legislador. É o Direito ideal, mas ideal não no sentido utópico, mas um ideal alcançável. A divergência maior na conceituação do Direito Natural está centralizada na origem e fundamentação desse Direito. Para o estoicismo helênico, localizava-se na natureza cósmica. No pensamento teológico medieval, o Direito Natural seria a expressão da vontade divina. Para outros, se fundamenta apenas na razão”. Ricardo Maurício Freire Soares (Tendências do Pensamento Jurídico Contemporâneo, p. 37-38, Salvador: JusPodivm, 2007), por sua vez, lembra que “Inicialmente, o jusnaturalismo confunde os planos do ser e do dever-ser. Isto porque para a grande maioria dos jusnaturalistas, o direito injusto seria descaracterizado como fenômeno jurídico. Para que um fenômeno ético merecesse a nomenclatura direito deveria estar em consonância com a justiça, sob pena de configurar a imposição, o arbítrio ou a força por um poder constituído. Ademais, os jusnaturalistas não visualizam a bipolaridade axiológica: todo valor é correlato a um desvalor. Os valores humanos estão estruturados em binômios, tais como: justo x injusto, útil x inútil, sagrado x profano ou belo x feio. Isto, portanto, não autoriza a assertiva de que o direito injusto não é direito, pois os juízos de fato e de valor se situam em planos distintos de apreensão cognitiva”. Estudando o jusnaturalismo racionalista, faceta do Direito Natural desenvolvida a partir, principalmente, do domínio iluminista burguês, não podemos olvidar da contribuição de Kant e o seu postulado da razão prática. Como bem destaca Miguel Calmon Dantas (*Constitucionalismo Dirigente e Pós-modernidade*, 1. ed. p. 68, São Paulo: Saraiva, 2009), Kant, “depois de caracterizar o direito natural e o direito positivo, estabelece a necessidade de que seja buscado o fundamento das prescrições jurídicas apenas na razão, aferindo a justiça das mesmas e indicando uma possível legislação positiva”. O direito para Kant, assim, como ressalta Calmon Dantas, teria como razão existencial o estabelecimento e a viabilização de condições para o exercício da liberdade e, por conseguinte, da igualdade, direitos concebidos como individuais e inatos. Neste sentido, conclui Dantas (op. Cit, p. 69) que “no plano político, o racionalismo fundado na subjetividade e na autonomia do homem sustenta a possibilidade de rechaçar qualquer ordem que lhe seja exterior e que não lhe tenha sido submetida à avaliação e à adesão, adesão essa que só pode provir da

interesse pelo estudo da interpretação do direito, como destaca Lídia Reis de Almeida Prado<sup>47</sup>:

O interesse pela interpretação jurídica, no Direito Continental moderno, apenas surgiu em fins do século XVIII, com a lei francesa 16/24, de agosto de 1790, que impunha, ao juiz, o dever de motivar a sentença.

Até então, e durante todo o Antigo Regime, era vedado, ao magistrado, apresentar os fundamentos do julgado.

Essa proibição apresentava razões políticas: o período histórico anterior à Revolução Francesa caracterizava-se pelo arbítrio do Poder, exercido pela nobreza e clero, classes dominantes. As decisões judiciais, fruto deste arbítrio, aumentavam a insegurança nas relações jurídicas.

Depois da Revolução Francesa, com a vitória da burguesia, nova tendência marcou o pensamento jurídico: o da preservação dos direitos individuais, limitados apenas pela norma, expressão dos ideais coletivos. Da referida tendência decorreram, de um lado, um extremo apego ao texto legal, na interpretação e aplicação do Direito, e, de outro, a proibição, imposta ao Judiciário, de participar da criação jurídica, atividade exclusiva do Legislativo, órgão representante da vontade popular.

Esses foram os cânones da Escola de Exegese, que se desenvolveu na França e compreendeu grande parte dos mais ilustres mestres e tratadistas do Direito, durante muitos decênios. Bem representativa da mentalidade da época é a famosa afirmação do professor Burnet: “não conheço o Direito Civil: ensino apenas o Código de Napoleão”. Um dos mais ilustres representantes da Escola de Exegese, Demolombe, dizia: “os textos antes de tudo. Interpretar é descobrir o sentido exato e verdadeiro da lei. Não é modificar, inovar, mas declarar, reconhecer”.

---

força coercitiva e necessária da razão. Assim, o racionalismo, fundado na subjetividade e na autonomia do homem, na sua capacidade de, sendo referencial de todas as coisas, autodeterminar-se e determinar o seu mundo, objetiva promover (ou dar a convicção de que é possível) a libertação do homem das constrações que lhe são externas, de foro religioso, da tradição e da natureza das coisas, capacitando-o a governar a si próprio e, no âmbito da filosofia política, a se autodeterminar politicamente, aceitando qualquer ordem de poder apenas enquanto resulte da sua própria vontade. O racionalismo passa a ser a fundamentação do jusnaturalismo na modernidade próxima às revoluções, já tendo conhecido outros modelos de fundamentação do sentido do justo, e disso se depreende uma das dificuldades da compreensão do sentido e da significação do jusnaturalismo”.

47. Lídia Reis de Almeida Prado, Alguns aspectos sobre a lógica do razoável na interpretação do direito segundo a visão de Luís Recaséns Siches, In: GIORGI, Beatriz di; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (org.). *Direito, Cidadania e Justiça*: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. p. 61-62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Corolária dessa idéia surgiu a concepção mecânica da função jurisdicional, também característica da Escola de Exegese. De acordo com essa concepção, a sentença seria considerada um ato mecânico, simples exercício da lógica dedutiva, destituído de qualquer elemento valorativo e alheio à realidade dos fatos. A formulação da sentença assemelhar-se-ia à construção de um mero silogismo, em que a premissa maior seria a lei; a menor, o caso; e a conclusão, o “decisum”.

O interesse burguês na racionalização do Direito como instrumento ideológico legitimador do seu poder político, em uma nova sociedade que não mais se fundamenta no domínio da religião, mas sim da razão humana, assim, permite o desenvolvimento, cada vez mais revelado, do interesse pelos estudos relativos à teoria do direito e, conseqüentemente, à hermenêutica jurídica. O advento de um novo jusnaturalismo pautado na razão, concebido a partir dos estudos kantianos, bem como de um positivismo jurídico defensor de uma objetividade na aplicação do Direito, como já destacado no item 11.1 desta obra, marcam o período histórico chamado de “modernidade”, no âmbito jurídico<sup>48</sup>.

O chamado “projeto de modernidade”, erigido pela ideologia liberal-burguesa após, principalmente, a Revolução Francesa, entretanto, como já destacado no capítulo I desta obra, pouco a pouco entrou em colapso. O excesso de liberdade, fundamento da chamada “primeira dimensão dos direitos fundamentais”, que tinha como pressupostos o Estado mínimo, o *laissez faire laissez passere*, a “mão invisível” como agente regulador dos mercados, a lógica de que o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*) e o individualismo, ce-deu, pouco a pouco, ante o declínio do Estado Liberal<sup>49</sup>, espaço para uma nova

48. Destaque há de ser dado, no estudo deste período histórico da evolução da hermenêutica jurídica, às chamadas “escolas do estrito legalismo ou dogmatismo”, sendo as mais importantes a Escola de Exegese e a Escola dos Pandectistas. A Escola da Exegese surgiu a partir da edição dos Códigos de Napoleão, na França, no início do século XIX. Pautava-se na concepção de que a legislação era completa, sendo possível encontrar-se respostas para todas as situações jurídicas na generalidade da lei e adotava como critério principal de interpretação o método literal, negando qualquer tipo de valor aos costumes e repudiando a atividade criativa da jurisprudência. Já a Escola dos Pandectistas, surgida na Alemanha, dedicava-se fortemente ao estudo do Direito Romano, em especial às Pandectas, segunda parte do *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano. Apesar do dogmatismo imperante, a Escola dos Pandectistas representou um avanço em relação à Escola de Exegese, uma vez que valoriza os costumes jurídicos formados pela tradição.

49. Paulo Bonavides (Do Estado Liberal ao Estado Social, 9. Ed. p. 60-61, São Paulo: Malheiros, 2009), citando Alfred Vierkandt, leciona, neste sentido, que “se lográssemos, sem cair no exagero da generalização, fazer amplo e categórico asserto, diríamos que a crise do Ocidente é, principalmente, a crise da liberdade na sua conceituação clássica, oriunda do liberalismo, e caduca, perante os novos rumos que tomou a evolução social. No liberalismo, o valor da liberdade, segundo Vierkandt, cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal. Quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse. (...) Leva Vierkandt seu

visão de sociedade, fundamentada em uma maior participação do Estado na vida das pessoas e no reconhecimento da fragilidade das correntes clássicas do racionalismo jurídico (positivismo e jusnaturalismo). Os influxos da chamada “pós-modernidade”<sup>50</sup>, nova era marcada pelas incertezas e desconstruções da verdade<sup>51</sup>, pela “perda da capacidade de regulação do Estado e a apropriação da

---

pensamento às últimas conseqüências ao afirmar que seria correto o conceito de liberdade do liberalismo se os homens fossem dotados de igual capacidade. Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais, - termina “a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome”.

50. Sobre a pós-modernidade, alguns importantes filósofos, no entanto, entendem que não existe, efetivamente, uma “pós-modernidade”, mas, tão somente, mais uma etapa da modernidade é hoje vivenciada. O conceito de “pós-modernidade” seria, assim, um equívoco, por levar o intérprete a pensar em um processo de ruptura que, na verdade, não teria ocorrido. Neste sentido, Agnes Heller e Ferenc Fehér (*A Condição Política Pós-Moderna*, 2. ed. , pp. 11 e 23, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002) afirmam que a pós-modernidade “não é nem um período histórico nem uma tendência cultural ou política de características bem definidas. Pode-se em vez disso entendê-la como o tempo e o espaço mais amplos da modernidade, delineados pelos que têm problemas com ela e interrogações a ela relativas, pelos que querem criticá-la e pelos que fazem um inventário de suas conquistas, assim como de seus dilemas não resolvidos. (...) A pós-modernidade (incluindo a condição política pós-moderna) não é uma nova era. A pós-modernidade é em todos os sentidos “parasítica” da modernidade; vive e alimenta-se de suas conquistas e dilemas”. Marshall Berman (*Tudo que é sólido se desmancha no ar*, 1. ed. p. 24, São Paulo: Companhia das Letras, 2007), neste sentido, caracteriza a modernidade a partir de elementos geralmente relacionados ao conceito de pós-modernidade, afirmando que “existe um tipo de experiência vital – experiência de tempo e espaço, de si mesmo e dos outros, das possibilidades e perigos da vida – que é compartilhada por homens e mulheres em todo o mundo, hoje. Designarei esse conjunto de experiências como “modernidade”. Ser moderno é encontrar-se em um ambiente que promete aventura, poder, alegria, crescimento, autodeterminação e transformação das coisas em redor – mas ao mesmo tempo ameaça destruir tudo o que temos, tudo o que sabemos, tudo o que somos. A experiência ambiental da modernidade anula todas as fronteiras geográficas e raciais, de classe e nacionalidade, de religião e ideologia: nesse sentido, pode-se dizer que a modernidade une a espécie humana. Porém é uma unidade paradoxal, uma unidade de desunidade: ela nos despeja a todos num turbilhão de permanente desintegração e mudança, de luta e contradição, de ambigüidade e angústia. Ser moderno é fazer parte de um universo no qual, como disse Marx, “tudo que é sólido se desmancha no ar”. Aceitar, assim, a existência de uma pós-modernidade seria admitir a morte de um modelo que, na visão destes últimos pensadores citados, ainda sobrevive, o paradigma moderno. Neste diapasão, válido é citar a seguinte passagem do pensamento de Anthony Giddens (*As conseqüências da modernidade*, 1. ed. p. 52, São Paulo: UNESP, 1991), para quem “se estamos nos encaminhando para uma fase de pós-modernidade, isto significa que a trajetória do desenvolvimento social está nos tirando das instituições da modernidade rumo a um novo e diferente tipo de ordem social. O pós-modernismo, se ele existe de forma válida, pode exprimir uma consciência de tal transição mas não mostra que ela existe”.
51. Neste sentido, citamos Amilton Bueno de Carvalho (*Magistratura e Direito Alternativo*, 7. ed. p. 43, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005) que, ao discutir a questão da verdade como princípio definitivo da Justiça, afirma: “Nem mesmo a verdade pode ser princípio definitivo da justiça. Poder-se-ia discutir o que vem a ser verdade. Parece-me que o conceito de verdade é relativo: as de ontem não são necessariamente as verdades de hoje. Devem ser interpretadas diante das circunstâncias e da ideologia de cada um. Inexiste padrão externo definitivo que possa estabelecer o que é ou não verdade: depende sempre da finalidade. É verdade, em princípio, o que favorece o oprimido. Logo, também nela não há neutralidade. Vejamos o seguinte exemplo: na Alemanha Nazista havia muitos religiosos que não mentiam jamais. Eles escondiam

vontade política pelo pode econômico”<sup>52</sup>, pela flexibilização de conceitos tradicionais, a exemplo da lei<sup>53</sup>, assim, gradativamente, começam a revelar novas perspectivas para o direito, com o surgimento de novas tendências do pensamento jurídico, refletidas em uma nova hermenêutica aplicável ao Direito.

Dentre estas novas tendências destacamos, inicialmente, a Escola Histórica, contemporânea, ainda, do racionalismo jusnaturalista, que teve em Savigny seu maior expoente. Como bem destaca Glauco Barreira Magalhães Filho<sup>54</sup>:

Savigny trouxe para o Direito o método hermenêutico utilizado nas ciências históricas, visando a elevar o Direito à categoria de ciência do espírito, daí o nome de sua Escola ser Escola Histórica do Direito.

A Escola Histórica vislumbrava a norma jurídica como uma objetivação do espírito de uma época. A interpretação deveria ser uma reconstrução do sentido. Assim, como o historiador situa um documento histórico no tempo de sua feitura e identifica o seu autor para, em seguida, por comparação de dados, reconstruir o

---

judeus que, se descobertos, seriam mortos em campos de concentração. À polícia nazista, que chegava na casa deles e perguntava se ali havia judeus, eles evidentemente não mentiam e os policiais levavam-nos à morte. Outras pessoas, em igual situação, correndo o risco de serem presas, mentiam dizendo que ali não haviam judeus e estes eram salvos. Uns eram mentirosos, outros não. Pergunta-se: qual foi o justo, o mentiroso ou o que falou a verdade? Evidente que justo foi o mentiroso”.

52. Miguel Calmon Dantas, *Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade*, 1. ed. p. 352, São Paulo: Saraiva, 2009.
53. Neste diapasão, destaca-se a seguinte passagem da doutrina de José Eduardo Faria (*Sociologia Jurídica: Direito e Conjuntura*, p. 74-75, São Paulo: Saraiva, 2008), segundo a qual “A lei não é mais um fato, mas um processo. Ela não é mais um ato, mas um programa de ação; e não cria mais instituições, porém elabora cenários. À medida que abandonam a pretensão de promover uma regulação direta da sociedade, limitando-se a estabelecer premissas para decisões, a fomentar entendimentos e engajamentos recíprocos e a viabilizar soluções adaptáveis para cada situação específica em contextos plurais e cambiantes, essas normas acabam introduzindo no ordenamento jurídico uma flexibilidade desconhecida pelos padrões legais prevaletentes desde o advento do moderno Estado de Direito. Expressando-se sob a forma de princípios, recomendações, códigos de conduta e “diretivas”, esse tipo de norma não estabelece a priori as regras do jogo nem assegura determinadas garantias fundamentais (papel básico da Constituição no âmbito do Estado liberal clássico). E também não impõem a obtenção compulsória de determinados resultados (papel básico do direito social e do direito econômico no Estado intervencionista, *keynesiano* ou “providenciário”). Concebidas basicamente para neutralizar conflitos inter-sistêmicos e litígios resultantes do processo de negociação legislativa com setores profissionais, acadêmicos e sociais acima mencionados, são normas que substituem as tradicionais racionalidades formal e material por uma racionalidade nova, de caráter meramente procedimental, aspirando, apenas e tão-somente, a uma regulação indireta. São normas que renunciam a quase toda pretensão de supremacia e universalidade, reconhecendo a autonomia decisória de sistemas sociais e econômicos diferenciados e auto-regulados e limitando-se a promover uma articulação entre eles, com o objetivo de assegurar seu equilíbrio sem o risco de comprometimento de suas respectivas racionalidades internas”.
54. Glauco Barreira Magalhães Filho, *Hermenêutica Jurídica Clássica*, 3.ed. p. 46-47, Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

sentido do documento, do mesmo modo, o jurista deveria proceder em relação à norma.

Como bem revela Norberto Bobbio, a escola histórica pode, ainda, ser considerada uma predecessora do próprio positivismo jurídico, ao romper com a sacralização do direito natural, predominante no final do século XVIII. Tal fato, entretanto, não retira do historicismo, como leciona, Bobbio, o seu caráter crítico relativo ao próprio juspositivismo, o que faz desta escola, embora nascida ainda no auge do racionalismo, uma escola jurídica “pós-moderna”. Segundo Bobbio<sup>55</sup>:

A Escola histórica do direito (e o historicismo em geral) podem ser considerados precursores do positivismo jurídico somente no sentido de que representam uma crítica radical do direito natural, conforme o concebia o iluminismo, isto é, como um direito universal e imutável deduzido pela razão. (...)

Mas, dito isto, é mister salientar que a escola histórica do direito deve ser considerada precursora não tanto do positivismo jurídico quanto de certas correntes jusfilosóficas (como a escola sociológica e a realista que se desenvolveram principalmente no mundo anglo-saxão), que, no fim do século XIX e no início do século XX, assumiram uma posição crítica frente ao juspositivismo.

O fato histórico que constitui a causa imediata do positivismo jurídico deve, ao contrário, ser investigado nas grandes codificações ocorridas entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, que representaram a realização política do princípio da onipotência do legislador. Frente a este movimento, a escola histórica assume uma posição de clara hostilidade.

Destaque também há de ser dado, conforme ressaltado acima por Bobbio, às escolas sociológicas e realista, consideradas também como tendências pós-modernas do Direito.

Sobre a Escola Realista (nascida no âmbito do Common Law, família jurídica de origem inglesa que tem nos precedentes jurisprudenciais sua principal fonte), de grande influência no Direito Americano e também no Direito Escandinavo, há de se destacar o interesse da mesma pela dimensão humana do fenômeno jurídico, considerado não mais, tão somente, um conjunto de normas abstratas, mas sim um fato social. Conforme lição de Ana Lucia Sabadell<sup>56</sup>:

55. Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. P. 53-54, São Paulo: Ícone, 2005.

56. Ana Lucia Sabadell, *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 4. ed. p. 39-41, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Os adeptos desta corrente entendem que a teoria jurídica deve somente descrever as decisões dos órgãos que são componentes para aplicação do direito. Um realista dirá que as normas escritas não têm muita relevância, porque parte da idéia que não é possível aplicar o direito tal como está previsto na lei.

Quando um realista pergunta o que prevê o direito, não considera importante o conteúdo da norma escrita e os ensinamentos da doutrina, mas sim o modo de aplicação da norma em cada momento histórico. (...)

Com efeito, o realismo rejeita como “mito” e “metafísica” a opinião positivista de que o direito pode ser aplicado com base nas “claras” previsões do legislador ou nos conceitos elaborados pela doutrina. Considera, assim, decisivo estudar quem decide (geralmente os juízes e a administração pública) e como decide (influências psicológicas e sociais que determinam essas decisões).

No que se refere, por sua vez, à escola sociológica, podemos afirmar que, na verdade, tal corrente não se resume a uma única doutrina, mas sim a um conjunto de escolas que têm em comum a preocupação em relacionar direito e realidade, questionando as razões pelas quais e as formas por meio das quais as normas jurídicas são produzidas e aplicadas, abrindo o Direito a uma interpretação mais livre. Dentre as escolas sociológicas do Direito destacamos a Escola de Livre Pesquisa Científica, a Escola de Direito Livre e a Escola Sociológica Americana<sup>57</sup>.

Surgida na França, no final do século XIX, tendo como grande expoente François Géný, a Escola da Livre Pesquisa Científica defendeu que a lei será insuficiente para a interpretação de todos os fatos sociais, sendo contrária, portanto, ao fetichismo, típico do espírito legalista do positivismo jurídico. Fatores outros, além da lei, devem ser observados no momento da aplicação do Direito, a exemplo do clima, do solo, dos fatores econômicos, culturais, históricos, religiosos, raciais, dentre outros. Observa, entretanto, Géný, que a livre investigação só teria cabimento diante da existência de lacunas das fontes formais ou de normas injustas.

A Escola do Direito Livre, por sua vez, surgida na Alemanha, no início do século XX, tendo como grandes expoentes Hermann Kantorowicz, Paul Magnaud, Eugen Erlich e Gustav Radbruch, pregava que o Direito não deveria ser considerado monopólio do Estado, uma vez que este deformaria, em muitas situações, o interesse social. Kantorowicz, considerado por muitos como um

57. Sobre o tema das escolas hermenêuticas, recomenda-se a leitura da obra “Como Aplicar o Direito”, de João Batista Herkenhoff.

radical, entendia que o juiz poderia prescindir da lei quando estivesse diante de situações de injustiça, sendo inevitáveis as decisões *contra legem*.

Já a Escola Sociológica Americana, surgida na primeira metade do século XX, nos Estados Unidos, partia de considerações acerca da mutabilidade do Direito, condicionado seria este às variações da vida social. Assim, caberia ao juiz interpretar as normas a partir de uma ponderação valorativa das realidades sociais. Segundo João Batista Herkenhoff<sup>58</sup>, seriam cinco as idéias básicas da Escola Sociológica Americana: o realce ao sentido da mutabilidade do Direito, a consideração da relatividade do humano, a importância da ponderação das realidades sociais nos julgamentos, a revelação de que a prática do Direito é mais experiência e menos lógica e a constatação da presença de processos subconscientes na tarefa judicial.

A corrente culturalista é uma outra vertente da chamada “pós-modernidade” jurídica que merece citação neste trabalho. Como bem destaca Ricardo Maurício Freire Soares<sup>59</sup>:

Para o culturalismo jurídico, o conhecimento jurídico não seria o produto de procedimentos formais, dedutivos e indutivos, mas seria um conhecimento que constitui uma unidade concreta e real, que repousa sobre valorações. (...) Os culturalistas concebem o direito pós-moderno como um objeto criado pelo homem, dotado de um sentido valorativo.

Sendo assim, o culturalismo jurídico desemboca na investigação axiológica dos valores do direito, sob o influxo de conteúdos ideológicos de diferentes épocas e lugares, examinando, conseqüentemente, o problema da justiça em sua circunstancialidade histórica.

Dentre as correntes culturalistas destacamos o Egologismo de Carlos Cósio (já comentada no item 7.3 desta obra) e a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale. Sobre esta segunda corrente, afirma Reale<sup>60</sup>:

Desde a sua origem, isto é, desde o aparecimento da norma jurídica, - que é síntese integrante dos fatos ordenados segundo distintos valores, - até ao momento final de sua aplicação, o Direito se caracteriza por sua estrutura tridimensional, na qual fatos e valores se dialetizam, isto é, obedecem a um processo dinâmico que aos poucos iremos desvendando. Nós dizemos que esse processo do Direito obedece a uma forma especial de dialética que

58. João Batista Herkenhoff, *Como aplicar o Direito*, 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

59. Ricardo Maurício Freire Soares, *Tendências do pensamento jurídico contemporâneo*, 1. ed. p. 39-40: Salvador, JusPodivm, 2007.

60. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 22. ed. p. 67, São Paulo: Saraiva, 1995.



denominamos “dialética de implicação-polaridade”, que não se confunde com a dialética hegeliana ou marxista dos opostos. Esta é, porém, uma questão que só poderá ser melhor esclarecida no âmbito da Filosofia do Direito. Segundo a dialética da implicação-polaridade, aplicada à experiência jurídica, o fato e o valor nesta se correlacionam de tal modo que cada um deles se mantém irreduzível ao outro (polaridade) mas se exigindo mutuamente (implicação) o que dá origem à estrutura normativa como momento de realização do Direito. Por isso é denominada também “dialética de complementaridade”.

Relevante, neste breve estudo sobre as concepções pós-modernas do direito, também é citar a corrente raciovitalista do Direito, fundamentada na lógica do razoável, concebida como modalidade do raciocínio jurídico pautada na idéia de que o Direito é forma de vida humana objetivada, razão vital, fato histórico. Ao juiz cabe ater-se a critérios objetivos, dentre os quais a observância das idéias de justiça vigentes na sociedade na época concreta em que se vive. Assim, admite a teoria raciovitalista que não há segurança jurídica absoluta, tendo em vista que o direito não é matemática, mas sim uma série de fatores de ordem vital, pautados na história e nos valores, uma vez que a lógica do humano e do razoável seria impositiva a tudo que pertence à existência humana, inclusive ao Direito. Comentando sobre o pensamento de Recaséns Siches e o raciovitalismo, leciona Lídia Reis de Almeida Prado<sup>61</sup>:

Ao juiz e mesmo ao legislador não interessa a realidade pura, mas sim, decidir sobre o que fazer de certos aspectos de determinadas realidades. E, precisamente, os aspectos que dessas realidades interessam acham-se interligados com critérios estimativos. O que ao juiz cabe averiguar é se a valoração, que serviu ao legislador como determinante do preceito incerto na norma, seria aplicável ao novo caso colocado.

Nessa atividade, deverá o magistrado, também, examinar os aspectos sociais vinculados àquela valoração. Para levar a cabo esses tipos de valoração emprega o critério da lógica do razoável, que é método correto de interpretação jurídica, e é, por conseguinte, o método correto para a função jurisdicional.

O legislador – prossegue Siches – opera com valorações sobre situações reais ou hipotéticas, em termos gerais e abstratos. O essencial, em sua obra, não reside, nunca, no texto da lei, mas nos juízos de valor adotados como inspiradores da regra de Direito.

61. Lídia Reis de Almeida Prado. Alguns aspectos sobre a lógica do razoável na interpretação do direito (segundo a visão de Luís Recaséns Siches, In: GIORGI, Beatriz di; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (org.). *Direito, Cidadania e Justiça*: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. p. 66-67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

Já, no processo da produção concreta do Direito exercida pelo juiz ou pelo funcionário administrativo, as estimativas são feitas em termos concretos, a partir de situações particulares. Para tanto, valoram-se a prova e os fatos, que serão objeto de qualificação jurídica, escolhendo-se a norma pertinente. O conjunto de tais operações, ligadas de modo indissolúvel, constitui o projeto da solução mais justa para o caso, dentro da ordem jurídico-positiva.

Assim, salienta o autor, o verdadeiro cerne da função judicial não é o silogismo, mas a eleição das premissas. Uma vez eleitas as premissas, a mecânica silogística funcionará com toda facilidade, mas funcionará com idêntica correção, quaisquer que sejam as premissas que o juiz tenha escolhido.

De forma geral, as escolas pós-modernas do Direito têm em comum a crítica ao racionalismo exacerbado típico das escolas tradicionais, de matriz positivista, principalmente. Neste sentido, a chamada pós-modernidade jurídica é marcada pelo declínio da lei, não mais vista como a base intransponível e racional do Direito, aplicável objetivamente e de forma científica, racional, por juízes e intérpretes neutros axiologicamente. Destaca-se, neste diapasão, a influência dos estudos da linguagem e a chamada “virada hermenêutica” patrocinada por Heidegger e já destacada no tópico anterior. No âmbito da hermenêutica jurídica, seguindo os passos de Heidegger, grande destaque alcança os estudos promovidos por Gadamer, que ressaltam o caráter criativo, e não meramente reprodutivo da interpretação do Direito, bem como a influência das tradições e dos preconceitos (pré-compreensão) no ato de interpretar, prescrevendo um círculo hermenêutico entre o intérprete e o texto interpretando. Sintetizando magistralmente a hermenêutica gadameriana, leciona Lênio Luiz Streck<sup>62</sup>, em doutrina que merece ser transcrita na sua integralidade:

Em Gadamer, o primado da linguagem é o sustentáculo de seu projeto hermenêutico. Esse lugar cimeiro assumido pela linguagem é o sinal para o desencadeamento do giro lingüístico. Em sua principal obra, fala-nos de um acontecer da verdade no qual já sempre estamos embarcados pela tradição. Esse acontecer da verdade ocorre fenomenologicamente. Sua hermenêutica é filosófica, e não metódica. Hermenêutica será, assim, o ex-surgir da compreensão, a qual dependerá da faticidade e da historicidade do intérprete.

Essa faticidade e historicidade é o lócus da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer interpretação. Dizendo de um modo simples: só interpreto se compreendo; só compreendo

62. Lênio Luiz Streck, *Hermenêutica Jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. P. 217-218, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (Vorhabe), visão prévia (Vorsicht) e concepção prévia (Vorgriff), que já une todas as partes (textos) do “sistema”. Como a hermenêutica de matriz gadameriana (que não difere neste sentido da matriz da ontologia fundamental) não é um método, mas, sim, filosofia; é a condição-de-ser-no-mundo do intérprete que vai determinar o sentido. A pergunta pelo sentido do texto é uma pergunta pelo modo como esse sentido se dá, qual seja, através do intérprete, inserido na tradição, que compreende esse sentido. Não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que para o Direito mais interesse, da Constituição).

Assim, a hermenêutica deixa de ser metódica e normativa para ser filosófica. A linguagem deixa de ser instrumento e veículo de conceitos – deixando, assim, de “estar à disposição do intérprete” – para ser a condição de possibilidade de manifestação do sentido. Esse sentido não ex-surge porque o intérprete utiliza este ou aquele método. Tampouco o intérprete interpreta por partes, como a que repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro a *subtilitas intelligendi*, depois, a *subtilitas explicandi*; e, por último, a *subtilitas applicandi*. Claro que não! Gadamer vai deixar isto muito claro, quando diz que esses três momentos ocorrem em um só: a *applicatio*.

É neste ponto que reside o maior contributo de Gadamer à hermenêutica jurídica. O mestre alemão é claro ao dizer que é impossível reproduzir sentidos. O processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nós nunca nos banhamos na mesma água do rio).

Ainda quanto às características da chamada “pós-modernidade jurídica”, vale destacar o novo status alcançado pelos princípios jurídicos, não mais vistos como mera fontes integradoras do direito, desprovidas de verdadeiro conteúdo normativo. Neste sentido, é mister lembrarmos, mais uma vez, da contribuição de Ronald Dworkin para a compreensão do fenômeno jurídico, ao valorizar a importância dos princípios jurídicos compreendidos como espécies de normas jurídicas. Na busca do desvelamento da interpretação jurídica correta, Dworkin compara o papel do intérprete ao de um leitor de um romance, devendo o juiz atentar, no momento de julgar, para todas as implicações decorrentes da sua decisão, bem como aos princípios de justiça vinculados à mesma, abandonando, assim, uma postura clássica passiva e neutra ante a necessidade de julgar. Comparando o papel a ser exercido pelo juiz aos trabalhos desenvolvidos por Hércules, famoso personagem da mitologia grega, assim se manifesta Dworkin, na sua famosa obra “O Império do Direito”<sup>63</sup>:

63. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, 2.ed. p. 287,291, São Paulo: Martins Fontes, 2007

Assim como, num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos; tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro. Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade. Vamos chamá-lo de Hércules. (...)

Assim como um romancista em cadeia deve encontrar, se puder, alguma maneira coerente de ver um personagem e um tema, tal que um autor hipotético com o mesmo ponto de vista pudesse ter escrito pelo menos a parte principal do romance até o momento em que este lhe foi entregue, Hércules deve encontrar, se puder, alguma teoria coerente sobre os direitos legais à indenização por danos morais, tal que um dirigente político com a mesma teoria pudesse ter chegado à maioria dos resultados que os precedentes relatam.

Ele é um juiz criterioso e metódico. Começa por selecionar diversas hipóteses para corresponderem à melhor interpretação dos casos precedentes, mesmo antes de tê-los lido. (...)

Hércules começa a verificar cada hipótese dessa breve lista perguntando-se se uma pessoa poderia ter dado os vereditos dos casos precedentes se estivesse, coerente e conscientemente, aplicando os princípios subjacentes a cada interpretação. (...)

O direito como integridade pede que os juizes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e eqüitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.

A proposta de Dworkin do juiz Hércules, assim, denota a concepção do jurista americano de que seria possível ao intérprete alcançar a solução correta. Para isso, não interessariam os valores pessoais do juiz, mas sim a presença de toda a história jurídica da comunidade. Como bem destaca Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>64</sup>, comentando a proposta de Dworkin:

64. Paulo Gustavo Gonet Branco, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, 1. Ed. p. 152-153, São Paulo: Saraiva, 2009.

Dworkin admite a enormidade da empreitada que propõe ao aplicador do Direito. Convoca o juiz Hércules para cumpri-la. Diz agora, porém, que as respostas do juiz são as que, no momento, parecem ser as melhores. A melhor decisão entre interpretações aceitáveis será a que mais corresponder à “estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas de direito público como um todo”.

Vale destacar, por fim, que Dworkin se afasta da concepção defendida por Robert Alexy de que existiria, sempre, a possibilidade de mais de uma solução correta para um determinado caso concreto, surgindo, daí, a necessidade de ponderação, fundada na busca de uma teoria do discurso racional, voltada ao consenso. A racionalidade da ponderação, assim, para o professor alemão, seria assegurada pela expressão da argumentação jurídica. A concepção de Alexy e o estudo da técnica de ponderação de interesses, bem como sua possibilidade de aplicação em conflitos que envolvem escolhas traumáticas entre valores ecológicos e antropológicos será o objeto do próximo item deste trabalho, a seguir.

## **11. A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES E AS ESCOLHAS TRAUMÁTICAS RELATIVAS AOS CONFLITOS ENTRE OS VALORES ECOLÓGICOS E ANTROPOLÓGICOS**

### **11.1. A técnica da ponderação de interesses: noções gerais**

Como visto alhures, o pluralismo de idéias e interesses na sociedade, bem como a escassez de bens, terminam por gerar conflitos que originam a necessidade de realização de escolhas traumáticas, nas quais dois valores de grande relevância são contrapostos, devendo haver uma contemporização entre ambos.

É nesse momento de tensão, no qual há a necessidade de uma decisão, que surge a necessidade de aplicação da técnica de ponderação de interesses, conceituada por Ana Paula de Barcellos<sup>65</sup> como a “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”<sup>66</sup>. Daniel Sarmiento, comentando acerca da referida técnica, leciona que<sup>67</sup>:

65. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 1. ed., p. 23, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

66. Relembrando a diferença entre regras e princípios, aquelas vistas como espécies de normas que “ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente”, e esses como mandamentos de otimização, cujos conteúdos não espelham deveres definitivos, Robert Alexy destaca que “como mandamentos ideais, princípios exigem mais do que é possível realmente. Eles colidem com outros princípios. A forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva do dever-prima-facie ideal ao dever real e definitivo” (In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck, 2. ed. p. 37, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

67. Daniel Sarmiento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed., São Paulo: Lumen Juris, 2000.

JAIME BARREIROS NETO

Tal método caracteriza-se pela sua preocupação com a análise do caso concreto em que eclodiu o conflito, pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para a atribuição do “peso” específico a cada princípio em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação.

A relevância conferida às dimensões fáticas do problema concreto, porém, não pode jamais implicar na desconsideração do dado normativo, que também se revela absolutamente vital para a resolução das tensões entre princípios constitucionais. Afinal, a Constituição é, antes de tudo, norma jurídica, e desprezar a sua força normativa é desproteger o cidadão da sua garantia jurídica mais fundamental. (...)

Por outro lado, a ponderação de interesses constitucionais não representa uma técnica amorfa e adjetiva, já que está orientada em direção a valores substantivos. Estes valores, que não são criados mas apenas reconhecidos e concretizados pela ordem constitucional (dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, segurança etc.), guiam o processo de ponderação, imprimindo-lhe uma irrecusável dimensão axiológica. (...)

Pode-se então afirmar que a ponderação de interesses, pelo menos na versão ora defendida ostenta uma estrutura tridimensional, pois compreende os três elementos em que se decompõe o fenômeno jurídico: fato, norma e valor.

A difusão global da utilização da técnica da ponderação de interesses coincidiu com a propagação da concepção neoconstitucionalista do direito, firmada principalmente após a II Guerra Mundial com o intuito de consagrar a dignidade da pessoa humana como princípio basilar e norteador das sociedades humanas, contraponto do legalismo positivista exacerbado que, poucos anos antes, tinha contribuído para o drama do Holocausto. Em 1958, firmando uma nova tendência de interpretação constitucional dos direitos fundamentais, irradiadora de efeitos sobre as relações privadas, a Corte Constitucional alemã enfrentou o polêmico “Caso Lüth”, marco histórico do advento da técnica de ponderação como método de solução de conflitos jurídicos de maior complexidade, envolvendo direitos fundamentais. Como destaca Eduardo Cambi<sup>68</sup>:

Erich Lüth, em uma conferência entre produtores e distribuidores de filmes para cinema, convocou o público alemão, os donos de casas de cinema e os produtores de filmes a boicotarem os filmes produzidos, após 1945, por Veit Harlan, pois ele fora o diretor nazista de maior destaque. Lüth se referia,

68. Eduardo Cambi, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, 1. ed. p. 451, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

especialmente, ao filme *Jud Suss*, considerado o líder da propaganda nazista antissemita. O Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu que Lüth deveria deixar de promover qualquer boicote ao novo filme de Harlan, *Amante Imortal (Unsterbliche Geliebte)*. O Tribunal de Hamburgo fundamentou sua decisão no art. 826 do Código Civil alemão, proibindo o incitamento a boicote. Lüth apresentou queixa constitucional contra essa decisão e a Corte Constitucional Federal alemã considerou que a incitação a tais filmes estava protegida *prima facie* pela liberdade de expressão garantida no art. 5º da Lei Fundamental de Bonn. A Corte Constitucional procedeu a um balanceamento entre a liberdade de expressão e o disposto no art. 826 do Código Civil, pelo qual “aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo”. Apesar de considerar que Lüth não poderia evitar o soerguimento de Harlan, como grande diretor de cinema, o qual teria passado por um processo de “desnazificação”, e não havia sido condenado criminalmente por nenhum crime de guerra, entendeu a Corte Constitucional que Lüth tinha razão e que o art. 826 do Código Civil alemão deveria ser interpretado no sentido de dar prioridade ao princípio da liberdade de expressão, em detrimento de considerações constitucionais colidentes.

A partir do julgamento do caso Lüth, a Corte Constitucional da Alemanha desenvolveu as diretrizes do direito alemão para a ponderação de interesses. São elas: a) quanto maior for a intensidade da restrição, mais significativo devem ser os valores comunitários que a justificam; b) quanto maior for o peso e a premência de realização do interesse comunitário que justifica a restrição, mais intensa ela poderá ser; c) quanto mais diretamente forem afetadas manifestações elementares da liberdade individual, mais exigentes devem ser as razões comunitárias que fundamentam a restrição; d) os direitos fundamentais aplicam-se não apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, estendendo-se a todas as áreas do direito, inclusive nas relações privadas; e) a força normativa da Constituição gera um efeito irradiante dos direitos fundamentais sobre todo o sistema jurídico, tornando-os onipresentes; f) o balanceamento entre princípios constitucionais colidentes representa uma forma indispensável do discurso racional, meio necessário para a garantia da proteção dos direitos fundamentais, uma vez que não existem direitos fundamentais absolutos, tampouco hierarquia entre os princípios<sup>69-70</sup>.

69. Cf. Ana Paula de Barcelos (op. cit., p. 85) e Eduardo Cambi (op. cit. p. 452-463).

70. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (*Jurisdição Constitucional Democrática*, 1. ed., p. 154-155, Belo Horizonte: Del Rey, 2004), vislumbra, neste diapasão, o fortalecimento do chamado “Comunitarismo”, movimento nascido na década de 1980, nos Estados Unidos que, segundo o mesmo doutrinador: “rejeita a visão

A implementação do uso da técnica de ponderação de interesses no direito alemão, entretanto, se, por um lado, angariou simpatizantes, que vislumbraram no uso de tal técnica a possibilidade de efetivação de uma maior justiça social, também aguçou os argumentos dos críticos do chamado “ativismo judicial”, atuantes desde a época de instituição, no direito americano, e, posteriormente, no direito europeu, das técnicas de controle judicial da constitucionalidade das leis. Com a consolidação do fenômeno do constitucionalismo, muitos passaram a ser os críticos ao aumento do poder dos juízes como intérpretes e criadores do Direito, prática analisada como ameaçadora do equilíbrio dos poderes e atentatória à própria democracia. O problema da dificuldade contramajoritária no controle de constitucionalidade, e a conseqüente questão da legitimidade dos órgãos judiciais para a realização de tal controle, vivenciada desde o século XIX, ganhou nova versão, a partir do surgimento de um discurso contrário ao chamado “ativismo judicial”, marcado pela presença de uma postura menos legalista e mais principiológica na atuação dos magistrados no deslinde de situações práticas do dia a dia postas às suas respectivas análises.

---

liberal de um pluralismo universalista, calcado em visões particulares sobre “vida digna” e adota uma concepção cultural de uma coletividade em particular. A determinação material desse conteúdo moral de valores comunitários surgiria por meio de um amplo diálogo entre os interessados individualmente e a comunidade. Os comunitaristas rejeitam o Estado liberal, neutro, mínimo, garantidor de liberdades e limitador negativo do arbítrio estatal. Ao contrário, enfocam, prioritariamente, uma noção de “soberania pública” que, ao garantir direitos positivos do Welfare State, ponderariam os direitos individuais em face das responsabilidades sociais. Afastam a visão contratualista da sociedade, numa visão neo-aristotélica de uma associação natural dos homens. Assim, cobram do Estado não apenas a tutela dos direitos individuais, mas especialmente um conjunto de ações afirmativas de todos os poderes estatais, em favor da proteção de valores familiares, econômicos e culturais de uma dada comunidade. Os comunitaristas não apregoam um retorno ao Estado do bem-estar social ao delegar exclusivamente ao Estado a tarefa de uma justiça distributiva. Ao contrário, defendem a interação de uma gama de instâncias sociais, como a família, a Igreja, o empresariado. E, esse diálogo não precisa circunscrever-se a uma só sociedade ou a um Estado somente, mas pode abranger o globo como um todo”. Ainda segundo Souza Cruz (idem, p. 188-189), “Os trabalhos de Canotilho, Jorge Miranda, Marcelo Caetano, José Carlos Vieira de Andrade, em Portugal, e de Pablo Lucas Vardú e Perez Luño, na língua espanhola, influenciaram significativamente o comunitarismo nacional, na perspectiva de ser a Constituição uma ordem concreta de valores. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, tal qual no Tribunal Constitucional alemão, em função de sua abertura e desdobramento ligados ao pluralismo e à tolerância, tem sido entendido como um metavalor ou o elemento agregador da unidade axiológica da Constituição, ou seja, o substrato material do princípio constitucional da unidade. A perspectiva de um núcleo indisponível/absoluto dos direitos fundamentais é consagrada na forma majoritária entre os comunitaristas nacionais. Apesar do prestígio teórico da obra de Alexy (2001), o comunitarismo nacional procura conferir essa proteção especial e de cunho substantivo aos direitos fundamentais, em torno da noção de dignidade da pessoa humana, tal como procedem as Cortes Constitucionais européias. Mas, ao lado desta matriz substantiva, deflui com força o princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores como procedimento metodológico de afirmação dos direitos fundamentais”.



Tão logo a Corte Constitucional alemã proferiu a decisão do polêmico “Caso Lüth”, importantes juristas passaram a fazer forte oposição à técnica de ponderação adotada por aquele tribunal, vista como totalitária e, portanto, contrária aos interesses da democracia. Neste sentido, destacam-se as críticas formuladas pelo notável jurista alemão Ernst Forsthoff, considerado um dos precursores do Direito Administrativo naquele país. Para Forsthoff, os direitos sociais careceriam de conteúdo constante, somente sendo razoáveis sob o marco do oportuno, segundo o caso concreto. Assim, apenas ao legislador caberia definir o momento exato da sua concretização, sendo, dessa forma, inaplicáveis aprioristicamente, as chamadas “normas programáticas”, típicas destes direitos. O ativismo judicial, na realização prática de tais normas sociais, assim, geraria um desequilíbrio ameaçador ao Estado de Direito. Como bem destaca Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>71</sup>:

O equilíbrio se rompe, alerta Forsthoff, quando o juiz deixa de estar abaixo da Constituição e “usurpa” a competência decisória do legislador. Isso ocorre, prossegue, quando o juiz enxerga a Constituição como uma ordem de valores. As interpretações, então, convertem-se em temas de opinião, erodindo toda a segurança jurídica, num processo em que de judicial nada mais há do que a circunstância de ser levado a cabo por juizes. Essa conjuntura ganha realidade como resultado da constitucionalização do Estado Social, que demanda princípios abertos às necessidades e conveniências cambiantes e não prescinde de uma compreensão de direitos fundamentais ajustada a essa função social.

No mesmo sentido, lembra Gonet Branco, Carl Schmitt, em 1959, denunciou o que chamou de “tirania de valores”, fato que levaria à dissolução dos métodos e conceitos jurídicos, gerando insegurança jurídica, expondo os direitos fundamentais à aniquilação, a partir da ditadura dos tribunais superiores.

Também o juiz da Corte Constitucional Alemã, Böckenförde, em julgamento proferido em 1985, fez, em voto vencido, sérias críticas à técnica de ponderação adotada por aquela corte, afirmando que, a partir do uso de tal procedimento, estaria estabelecido o risco do totalitarismo constitucional e da diluição da vinculatividade dos direitos fundamentais. Assim, Böckenförde termina por posicionar-se favoravelmente a uma perspectiva liberal dos direitos fundamentais, vinculada à concepção clássica de Estado de Direito, a partir da qual as normas instituidoras de tais direitos são gerais e abstratas, com fronteiras bem

71. Paulo Gustavo Gonet Branco, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, 1.ed. p. 67, São Paulo: Saraiva, 2009.

definidas pelos limites negativos de atuação do Estado definidos pelo legislador<sup>72</sup>. Como bem leciona, mais uma vez, Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>73</sup>:

Böckenförde não encontra solução ideal para o dilema que a materialização da Constituição, inculcada pelo Estado Social, trouxe para o quadro tradicional de separação de poderes. Tampouco divisa, no âmbito do Estado Social, fórmula para a recuperação da força normativa dos direitos fundamentais. Não entrevê outra alternativa que a restauração da compreensão liberal dos direitos fundamentais típica do Estado de Direito, em que os direitos fundamentais afiguram-se como liberdades subjetivas em face do Estado e, não, princípios objetivos, expansíveis a todos os domínios da vida social.

Ana Paula de Barcellos, em importante trabalho sobre o tema, elenca, de forma sistemática, as principais críticas à ponderação<sup>74</sup>:

- a) A ponderação seria uma técnica inconsistente do ponto de vista metodológico. As noções de balanceamento ou sopesamento são vagas e não veiculam uma idéia clara sobre o conteúdo da técnica. Além disso, não há parâmetros racionais para a ponderação e inexistente um padrão de medida homogêneo e externo aos bens em conflito capaz de pesar de forma consistente a importância de cada um deles. A ausência de parâmetros impede até mesmo que se verifique se uma ponderação levada a cabo é ou não correta.
- b) Por conta da inconsistência metodológica, a ponderação admite um excessivo subjetivismo na interpretação jurídica e, portanto, enseja arbitrariedade e voluntarismo.

72. Rechaçando o entendimento de Böckenförde e defendendo o paradigma da ponderação, assim se manifestou Robert Alexy, em palestra proferida na Alemanha, em 04 de outubro de 2001, durante a “Jornada dos Professores de Direito do Estado” (In: Robert Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck, 2. ed. p. 75-77, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008): “A diagnose de Böckenförde de uma sobreconstitucionalização deixa transferir-se facilmente à relação entre jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Se a constituição realmente já contivesse em si todo o ordenamento jurídico, isso seria, portanto o que Forsthoﬀ sarcasticamente denominou de “ovo do mundo jurídico”, então ela determinaria completamente o lado normativo de cada decisão judicial especializada. O tribunal constitucional então mal poderia escapar do papel de uma instância de super-revisão e precisaria, entre outras coisas, como *Diederichsen* o formula em crítica rude, converter-se em um ‘tribunal civil supremo’. Seria um Moloc devorador de duas vítimas: os outros poderes e o próprio. É exata a diagnose da sobreconstitucionalização? O desenvolvimento dos últimos 50 anos foi um desenvolvimento defeituoso, que carece de correção fundamental? Minha resposta diz: não. A linha-Lüth está, em geral, correta. Naturalmente, erros foram cometidos e espreitam sempre em toda parte perigos. Estes, porém, podem ser combatidos com meios que são imanentes à estrutura dos princípios constitucionais e, com isso, à estrutura da constituição que os abarca”.

73. *Idem*, p. 72.

74. Ana Paula de Barcellos, *op. cit.*, p. 50-52.

- c) A ponderação arruína as conquistas próprias do Estado de Direito, em especial a contenção do arbítrio por meio da legalidade (enunciados gerais e abstratos) e a segurança jurídica daí decorrente, transmudando o Estado de Direito em um “Estado de ponderação”.
- d) A lógica da ponderação transforma a aplicação do direito em um novo processo político, no qual vantagens e desvantagens serão livremente (re) avaliadas por órgãos que não têm legitimidade para exercer esse ofício, em franca violação ao princípio da separação dos poderes.
- e) Quando envolve a Constituição, a ponderação acaba por aniquilar a conquista da normatividade de suas disposições, já que dilui a certeza e a previsibilidade que deveriam caracterizá-las, especialmente quando se trate de cláusulas pétreas. A ponderação submete tais disposições ao jogo próprio da política e à imprevisibilidade, ameaçando sobretudo os direitos fundamentais.
- f) Na maior parte dos casos, o juiz manifestará as convicções comuns à maioria da população acerca dos diferentes temas constitucionais. Historicamente, porém, os direitos fundamentais têm previsão constitucional justamente para estarem a salvo dos humores das maiorias. Se tais direitos puderem ser livremente submetidos à ponderação, na prática eles estarão sendo lançados às maiorias novamente. E nem se tratará de uma maioria política, eleita, que represente os diferentes segmentos da sociedade (em particular quando se adote o sistema eleitoral proporcional), mas apenas da opinião pessoal de um juiz ou de um grupo de juízes sobre o assunto. Ou seja: os dispositivos constitucionais sobre direitos fundamentais acabam por valer menos que um enunciado normativo qualquer.

De forma geral, como se percebe, os críticos à ponderação de valores denunciam o império do subjetivismo do juiz na tarefa de comparação dos interesses que deve ponderar. Não haveria, assim, um critério seguro para definir a decisão correta, o que traria a ameaça do totalitarismo judicial e de um risco de captura dos direitos individuais pelo Poder Judiciário. Mais uma vez, o argumento do déficit democrático dos magistrados é destacado como fator de desequilíbrio, ameaçador à democracia.

No sentido oposto, reagiu Otto Bachof, famoso jurista alemão, ao defender a utilização da técnica e ponderação pela Corte Constitucional alemã, se opondo ao argumento do déficit democrático dos juízes. Como bem destaca Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>75</sup>:

75. Op. Cit. p. 63.

Bachof defende o controle de constitucionalidade contra a crítica de que seria fator do desequilíbrio do sistema de separação de poderes. Sustenta que o propósito de assegurar liberdade, que confere sentido ao princípio da separação de poderes, resta fortalecido com o controle. Repara que a concepção intervencionista do Estado Social engendra uma crescente dependência do homem ao Executivo e ao Legislativo, reclamando mecanismo de contenção de potenciais abusos contra a dignidade da pessoa por esses ramos do Poder Público – tarefa que a jurisdição constitucional se desincumbe.

Bachof enfrenta o argumento do déficit democrático da jurisdição constitucional, dizendo que o juiz não é o único agente político que não recebe delegação imediata do povo, havendo autoridades outras do Executivo na mesma situação. Importante para Bachof não é a definição do tipo de mandato que o juiz exerce, mas, antes, ter em conta que ele administra a justiça em nome do povo, em função que se desenrola em constante e contínuo diálogo com as partes litigantes, com os colegas do tribunal, com os inumeráveis outros tribunais, com o mundo técnico-jurídico e com a opinião pública.

Bachof não recusa que o juiz constitucional envolve as suas decisões de aplicação do Direito em valorações políticas. Acredita, porém, que o mesmo ininterrupto diálogo que a correta atividade jurisdicional pressupõe garante um nível elevado de objetividade, em torno do “mínimo de acordos de todos os seres pensantes justos e retos, sem o qual todo o intento de criação de uma ordem jurídica estaria fadado, desde o início, ao fracasso”. Completa o argumento, salientando a importância da independência do juiz, apanágio que não existiria se o controle fosse realizado por quem praticou o ato sob fiscalização. (...)

Como se vê, Bachof esquadrinha a oposição constitucionalismo e democracia para negar a existência de uma colisão, porque considera que a democracia depende das limitações impostas pelo constitucionalismo.

Na doutrina brasileira, indo ainda mais além na doutrina de Bachof, defendendo a atuação judicial como instrumento para a realização da justiça social em um Estado de modernidade tardia, como o nosso, destaca-se a seguinte passagem da doutrina de Eduardo Cambi<sup>76</sup>, favorável ao chamado “ativismo judicial”:

Em nenhum regime democrático o poder está nas mãos do povo. Em nenhum lugar a democracia proporciona a igualdade do poder político. A transferência de poder político ao Judiciário,

76. Eduardo Cambi, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, 1. ed. p. 246-248, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

certamente, fará com que a maioria dos cidadãos ganhe mais do que perca. Isto porque a maior parte deles é inteiramente destituída de privilégios. Não gozam do poder econômico dos grandes empresários e, por isto, têm influência menor nas esferas de poder político. Mesmo as minorias organizadas possuem menos poder que determinados indivíduos, mais poderosos. São conhecidas e, aparentemente, irremediáveis as distorções do caráter igualitário da democracia. A pretensão dos excluídos pode não encontrar espaço nos parlamentos, quase sempre sem tempo ou vontade de protegê-los. No entanto, sua demanda pode ser objeto de julgamento específico acerca de seus direitos. (...)

A jurisdição no Estado Contemporâneo não se limita a uma exegese puramente formal dos textos jurídicos. Cabe ao Judiciário justificar e fundamentar o significado da norma jurídica, colocando-a em harmonia com a nova realidade social. É função judicial promover a paz social, pela mediação entre grupos e interesses, entre o direito e a justiça. (...)

Em conclusão, compete ao Judiciário velar pela integridade dos direitos fundamentais, repelir condutas governamentais abusivas, conferir prevalência à dignidade da pessoa humana, fazer cumprir as normas que protegem os grupos mais vulneráveis e neutralizar todo e qualquer ensaio de opressão estatal. A prática da jurisdição, para a efetivação da Constituição, não é interferência indevida do Judiciário na esfera organizada dos demais poderes da República. Não é censurável a protagonismo judiciário quando, diante da inércia e omissão estatais, a sociedade exige posicionamento jurisprudencial criativo e positivo, para que se faça prevalecer a primazia da Constituição.

Vale destacar que, no Brasil, a técnica da ponderação de interesses ainda é relativamente pouco conhecida e aplicada. Para Gustavo Amaral<sup>77</sup>, é uma prática comum na jurisprudência brasileira a tendência a não se enxergar a escassez de recursos, partindo-se para a presunção de uma existência infinita de recursos, o que denota a pouca utilização da técnica de ponderação. Cita, o autor, como exemplo, a expedição de liminares para nomeação de candidato em concursos públicos, cujas vagas terminam sendo supridas pela nomeação de candidatos em pior classificação, fazendo com que alguns percam o direito em decorrência de decisão judicial proferida em processo do qual não fez parte, promovendo-se uma escolha inconsciente que leva a um critério de alocação de um bem escasso (emprego público). Daí a importância de um estudo sobre o tema, com vistas à compreensão do seu procedimento, como o que, de forma propedêutica, será almejado, doravante.

77. Op. Cit., p. 172-176.

## 11.2. A técnica de ponderação de interesses: procedimento

O primeiro passo para a realização da técnica de ponderação de interesses é a identificação de um conflito principiológico. Segundo Daniel Sarmiento<sup>78</sup>:

A ponderação de interesses só se torna necessárias quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.

Nesta tarefa, estará o exegeta dando cumprimento ao princípio da unidade da Constituição, que lhe demanda o esforço de buscar a conciliação entre normas constitucionais aparentemente conflitantes, evitando as antinomias e colisões, Isto porque a Constituição não representa um aglomerado de normas isoladas, mas um sistema orgânico, no qual cada parte tem de ser compreendida à luz das demais.

Identificado o conflito, passa-se à segunda etapa da ponderação: deverá o intérprete comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere a cada um dos valores conflitantes, determinando-se o grau do prejuízo alcançado pela não-realização de cada princípio.

A avaliação do peso genérico de cada princípio, entretanto, não é suficiente. É necessário, também, avaliar-se o peso específico que cada princípio irá assumir na resolução do caso concreto. Segundo ainda Daniel Sarmiento<sup>79</sup>:

Na verdade, o peso genérico é apenas indiciário do peso específico que cada princípio vai assumir na resolução do caso concreto. Este só pode ser aquilatado em face do problema a ser solucionado. Ele dependerá da intensidade com que estiverem afetados, no caso, os interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto.

Assim, o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio protetor do bem jurídico concorrente. O grau de compreensão a ser imposto a cada um dos princípios em jogo na questão dependerá da intensidade com que o mesmo esteja envolvido no caso concreto. A solução do conflito terá de ser casuística, pois estará condicionada pelo modo com que se apresentaram os interesses em disputa, e pelas alternativas pragmáticas viáveis para o equacionamento do problema.

78. Daniel Sarmiento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed., p. 99-100, São Paulo: Lumen Juris, 2000.

79. *Idem*, p. 104.

No deslinde da questão, necessário haverá de ser o emprego do princípio da proporcionalidade. Dessa forma, deverá o intérprete buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, restringindo, o mínimo possível, o interesse sacrificado e garantindo-lhe sobrevivência, tendo em vista que a restrição de um interesse deve ser compensada com os benefícios aferidos pelo interesse contraposto que venha a preponderar. Conforme lição de Karl Larenz<sup>80</sup>:

O requisito de interpretação conforme à Constituição exige dar preferência, nos casos de várias interpretações possíveis segundo o sentido literal e o contexto, àquela interpretação em que a norma, medida pelos princípios constitucionais, possa ter subsistência. Há-de ter-se sempre em conta a combinação dos princípios constitucionais, que se podem completar reciprocamente, mas também reciprocamente limitar.

De acordo com Daniel Sarmiento<sup>81</sup>, além de ter em conta a aplicação do princípio da proporcionalidade, “a ponderação deve sempre se orientar no sentido da proteção do princípio dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente”. Sobre o assunto, vale a reprodução dos seguintes comentários de Rizzato Nunes<sup>82</sup>:

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supra-princípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

Miguel Reale<sup>83</sup>, por sua vez, defende a idéia da pessoa como o valor fonte. Para Reale:

Quando se estuda o problema do valor, devemos partir daquilo que significa o próprio homem. Já dissemos que o homem é o único ser capaz de valores. Poderíamos dizer, também, que o ser do homem é o seu dever ser. O homem não é uma simples entidade psicofísica ou biológica, redutível a um conjunto de fatos explicáveis pela Psicologia, pela Física, pela Anatomia, pela Biologia. No

80. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2. ed., p. 473, Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

81. Idem, p. 105.

82. Rizzato Nunes, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 50-51, São Paulo: Saraiva, 2002.

83. Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 19. ed., p. 211-212, São Paulo: Saraiva, 1999.

homem existe algo que representa uma possibilidade de inovação e superamento. A natureza sempre se repete, segundo a fórmula de todos conhecida, segundo a qual tudo se transforma e nada se cria. Mas o homem representa algo que é um acréscimo à natureza, a sua capacidade de síntese, tanto no ato instaurador de novos objetos do conhecimento, como no ato constitutivo de novas forma de vida. O que denominamos poder nomotético do espírito consiste em sua faculdade de outorgar sentido aos atos e às coisas, faculdade essa de natureza simbolizante, a começar pela instauração radical da linguagem.

No centro de nossa concepção axiológica situa-se, pois, a idéia do homem como ente que, a um só tempo, é e deve ser, tendo consciência dessa dignidade. É dessa autoconsciência que nasce a idéia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência.

Quando apreciamos o problema do homem, toda Ontologia se resolve em Axiologia, abrindo-se as perspectivas da Metafísica. Em verdade, é só do homem que sabemos que é e, ao mesmo tempo, deve ser, mas é admissível que a mesma questão seja proposta com relação à totalidade dos seres, donde a especulação inevitável sobre o sentido do ser enquanto tal. Esta ordem de problemas desenvolve-se, porém, no plano metafísico, podendo apenas ser “pressuposta” ou “conjeturada” no momento da pesquisa puramente gnoseológica.

Repetimos que basta confrontar o que nos cerca, para impor-se a nosso espírito a certeza de que a natureza é transformada pelo homem para satisfação de seus fins. Sobre uma ordem de coisas naturalmente dadas, o homem constitui um segundo mundo, que é o mundo da cultura. Comparando o mundo primitivo com o de nossos dias, imediatamente se verifica que a espécie humana, valendo-se dos conhecimentos obtidos na ordem do ser, dos nexos causais que ligam os fenômenos, pôde subordinar conhecimentos neutros a fins que não estavam nos fenômenos explicados: é que o homem soube compreendê-los e integrá-los em sua existência, como inovador da natureza. Só o homem é um ser que inova, e é por isso que somente ele é capaz de valorar. No fundo chegaremos à conclusão de que o problema do valor reduz-se à própria espiritualidade humana.

A busca da justiça, na ponderação de interesses, é um outro critério que deverá nortear o intérprete. É o que defende Gustavo Amaral<sup>84</sup>, para quem os critérios de alocação de recursos escassos são objeto da justiça distributiva.

84. Op. Cit. p. 151-152.



Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, é Aristóteles quem delinea o princípio da justiça distributiva. Segundo Tercio<sup>85</sup>:

Para Aristóteles, o justo corresponde ao igual. Mas o igual é um meio entre o desigual por excesso e por falta. O justo, pois, é um certo meio. Por outro lado, o igual supõe ao menos dois termos entre os quais se dá a relação de igualdade. Segue-se, necessariamente, que o justo, correspondendo à igualdade, é um meio relativo, isto é, ele é o entre dois sujeitos aos menos.

O justo distributivo é, pois, uma proporção contínua, em que há quatro termos distintos. A justiça distributiva, assim, deve ser entendida como um meio proporcional, os sujeitos estando para as coisas como uma está para outra. Em outras palavras, se os sujeitos são iguais, as partes também o serão; se são desiguais, também as partes, proporcionalmente à sua desigualdade, o serão, o critério da desigualdade não sendo objeto da justiça, mas da política. Em última análise, entre as coisas e as pessoas a igualdade deve ser a mesma, havendo uma só ratio.

John Rawls, filósofo norte-americano falecido em 2002, estabelece, em sua obra “Uma Teoria da Justiça”, considerações de grande relevância acerca da aplicação do princípio da justiça voltada às questões sociais, de suma importância para a aplicação da teoria da ponderação de interesses em um Estado legitimado sob a ótica dualista do bem-estar social e desenvolvimento, tal qual o é o Brasil. Para Rawls<sup>86</sup>: “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”.

Segundo Rawls, o objeto primário da justiça se constitui na estrutura básica da sociedade, sendo, mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes, ou seja, a constituição política e os principais acordos sociais e econômicos, distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Parte Rawls de uma distinção entre o conceito de justiça como um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes e uma concepção de justiça como um conjunto de princípios correlacionados com a identificação das causas principais que determinam esse equilíbrio, caracterizando a justiça como sendo apenas uma parte de um ideal social, para então afirmar que o conceito de justiça se define pela atuação de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da

85. Tercio Sampaio Ferraz Junior, *Direito e Justiça*, p. 186, São Paulo: Atlas, 2002.

86. John Rawls, *Uma teoria de Justiça*, p. 03, Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, p. 3-126. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

divisão apropriada de vantagens sociais, sendo a sua concepção uma interpretação dessa atuação<sup>87</sup>.

Objetiva John Rawls, partindo da idéia principal de justiça como equidade, apresentar uma concepção de justiça que generalize e leve a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social, elegendo como base de seu pensamento a contestação à idéia de que o contrato original seria um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo, mas sim elevando a idéia de que os princípios da justiça, para a estrutura básica da sociedade, são o objeto do consenso original.

Para o filósofo americano, no estado prévio de natureza, que ele denomina posição original, os princípios da justiça são escolhidos sob um véu da ignorância. Assim, “uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste eqüitativo”<sup>88</sup>.

Sintetizando as etapas da ponderação, Alexy<sup>89</sup> leciona:

a ponderação consiste em três passos. Em um primeiro passo deve ser determinado o grau de não-realização ou prejuízo de um princípio. Isto é, quando se trata da dimensão de defesa, a intensidade da intervenção. A esse tem de seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância da realização do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo, finalmente, deve ser comprovado se a importância da realização do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-realização do outro.

Ana Paula de Barcellos<sup>90</sup>, por sua vez, indica que três seriam as etapas sucessivas do procedimento de ponderação: a primeira seria a identificação dos enunciados normativos em tensão; a segunda, a apuração dos aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções possíveis; por fim, a terceira, a decisão.

Para a tomada da decisão, por sua vez, algumas diretrizes gerais hão de ser observadas: o emprego de uma argumentação universal, aceitável de forma geral dentro da sociedade e racionalmente compreensível; e a possibilidade de generalização da interpretação para outras situações semelhantes. Como bem

87. *Idem*, p. 11.

88. *Loc. cit.*, p. 13.

89. Robert Alexy, *Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e jurisdição especializada*. RT, n. 799, ano 91, p. 43, São Paulo: RT, maio de 2002.

90. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, 1.ed., p. 91-146, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

observa a professora da UERJ<sup>91</sup>, “razões exclusivas de grupos sociais e parciais não podem fundamentar decisões que devem justificar-se no espaço público”. No momento de decidir, o intérprete deve escolher a solução que produz o melhor equilíbrio, impondo a menor quantidade de restrição à maior parte de elementos normativos em discussão.

Ana Paula de Barcellos ainda destaca a importância da construção e preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Segundo a doutrinadora<sup>92</sup>, “não se pode admitir que conformações ou restrições possam esvaziar o sentido essencial dos direitos, que, afinal, formam o conjunto normativo de maior fundamentabilidade, nos sistemas jurídicos contemporâneos”. Tal núcleo, construído historicamente, deve funcionar como um limite último de sentido, invulnerável, que sempre há de ser respeitado, podendo ser classificado em duas espécies: o núcleo duro, que, de forma apriorística, não pode sofrer restrições; e o núcleo flexível, cujo conteúdo essencial só pode ser visualizado diante do caso concreto.

Como critérios para a ponderação, defende, ainda, Ana Paula de Barcellos, dois parâmetros gerais, a serem aplicados na solução de conflitos insuperáveis pelos métodos tradicionais: a) normas que atribuem ou promovem diretamente direitos fundamentais dos indivíduos devem ter preferência sobre as que com elas por acaso se choquem e se liguem à realização desses direitos de forma apenas indireta; b) em um conflito aparentemente insuperável entre uma regra, incluído neste conceito o núcleo duro dos princípios a que possa ser atribuída a natureza de regra, e a área não nuclear de um princípio, a regra deverá ter preferência. Neste sentido, leciona a pesquisadora fluminense<sup>93</sup>:

Ao se afastar uma regra sob o fundamento de que ela se oporia a alguma conduta derivada da área não nuclear de um princípio, incorre-se em um conjunto de distorções. Em primeiro lugar, caso se trate de uma regra infraconstitucional, o intérprete estará conferindo à sua concepção pessoal acerca do melhor desenvolvimento do princípio maior importância do que à concepção majoritária, apurada pelos órgãos legitimados para tanto. A situação é ainda mais grave se a regra envolvida consta da Constituição. Nesse caso, o intérprete estará afastando a incidência de uma regra elaborada pelo poder constituinte originário e que, como padrão, veicula consensos básicos do Estado organizado pela Constituição. Por fim, como a solução do caso baseou-se na percepção individual do intérprete, muito freqüentemente ela não se repetirá

91. Idem, p. 128.

92. Ibidem, p. 141.

93. Op. cit. p. 190-193.

em circunstâncias idênticas, ensejando violações do princípio da isonomia.

O que se acaba de expor não significa que a área não nuclear dos princípios não pretenda produzir efeito algum e que nenhuma conduta possa ser exigida para realizar esses efeitos ou, ainda, que o Legislativo e/ou o Executivo estejam livres para formular quaisquer opções sob o pretexto de estarem disciplinando a área não nuclear de um princípio constitucional. Como se sabe, aos princípios, em toda a sua extensão, se reconhecem as modalidades de eficácia interpretativa, negativa e, quando seja o caso, vedativa do retrocesso. Também não está afastado o conhecimento, já consolidado, de que a interpretação das regras (constitucionais e infraconstitucionais) deve ser informada pelos princípios. Lembre-se, porém, que o objeto deste estudo – a técnica da ponderação – só entra em cena quando o conflito normativo não pode ser superado por nenhum desses recursos da teoria constitucional moderna.

Na verdade, retomando a imagem dos princípios como círculos concêntricos, que ocupam grandes áreas, porém de maneira difusa e com pouca densidade (com exceção de seu próprio núcleo), as regras podem ser visualizadas como pontos de alta densidade espalhados por toda essa superfície. Os princípios, para além de seu núcleo, estabelecem as fronteiras de um largo campo de atuação possível, entro de cujos limites as opções políticas podem ser consideradas legítimas. As regras correspondem exatamente a decisões políticas específicas, de efeitos determinados, já tomadas no interior de tais fronteiras.

Em suma: seja porque essa é a consequência natural das diferenças estruturais entre princípios e regras, seja porque, considerando o contexto constitucional, as duas espécies de enunciados desempenham funções diferentes, o primeiro parâmetro que deve orientar a ponderação é o de que as regras devem ter preferência em face dos princípios. Assim, diante de um conflito insuperável entre regra e princípio que demande ponderação dos enunciados em choque, a regra constitucional (aqui incluído, repita-se, o núcleo dos princípios) deve ser preservada e o princípio, comprimido.

Expostas, dessa forma, as premissas para a realização de uma ponderação de interesses, é chegada a hora de adentrar-se à discussão da ponderação dos interesses antropológicos e dos interesses ecológicos no Brasil, Estado fundamentado sob a ótica dualista do bem-estar social e desenvolvimento. É o que se fará a seguir.

### **11.3. Antropocentrismo, ecocentrismo e humanismo ambiental**

Como premissa para a discussão acerca da ponderação dos valores ecológicos e antropológicos em uma sociedade de riscos que tem por base de

legitimidade a consecução do bem-estar social e do desenvolvimento, é necessário se identificar os conceitos de antropocentrismo, ecocentrismo e humanismo ambiental.

O antropocentrismo pode ser vislumbrado como a filosofia que eleva o homem a ser a medida de todas as coisas e centro vital de todas as preocupações. A partir do advento da modernidade, com o renascimento humanístico (fins do século XV), o teocentrismo, preponderante na Idade Média é substituído por uma concepção antropocêntrica do universo, na qual o homem, e não mais Deus, é o centro de todas as coisas. Desde então, a concepção antropocêntrica de mundo tem dominado o pensamento universal, como bem leciona Arthur Kaufmann<sup>94</sup>:

O pensamento antropocêntrico domina a cena. Esta tendência não se limita a considerar o homem como um ser superior aos outros (o que no atual estágio da evolução até parece ser), mas vai mais longe: tudo deve estar ao seu serviço, o mundo pertence-lhe e ele não tem qualquer obrigação de respeito pelo mundo. Deste modo, os animais apenas serão protegidos, caso o venham a ser, se isso corresponder ao interesse do homem. Tomás de Aquino, apoiando-se em Aristóteles, fundamentou a proibição de maltratar os animais no fato de tais ações se poderem facilmente converter em crueldade para com as pessoas; não era a compaixão pelos animais que estava em causa. John Locke argumentou de forma semelhante. Para René Descartes os animais eram apenas “mecanismos sem sentimentos” que ele forçadamente classificava no seu esquema dual de pensamento: por um lado, o homem ser espiritual, por outro, o insignificante mundo da mera matéria. Kant considerava inadmissível maltratar os animais com a justificação de que o dever humano de se abster da crueldade contra os animais seria um dever em face de si próprio, dado que tais atos de brutalidade o tornavam insensível face ao sofrimento dos outros homens.

Neste mesmo sentido, válida também é a citação da seguinte passagem da doutrina de Julio César de Sá da Rocha<sup>95</sup>:

Não há como negar que o antropocentrismo persiste como paradigma dominante na atualidade, agora agrupado em uma série de pensamentos, como o egocentrismo (antropocentrismo radical) e o antropocentrismo conservacionista. Para os primeiros, a relação do ser humano com o mundo natural deve basear-se na contínua exploração dos recursos existentes, na medida em que

94. Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, 3. ed., p. 448-449, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

95. Julio César de Sá da Rocha, *Direito Ambiental do Trabalho*, p. 77-78, São Paulo: LTr, 2002.

o homem deve exercer apropriação e domínio da natureza. O antropocentrismo egocêntrico defende a continuidade da utilização irrestrita dos recursos naturais e o crescimento econômico.

Com efeito, existindo conflito entre atividade econômica e proteção ambiental, o empreendimento humano deve prevalecer, pois representa possibilidade de atuação das forças do mercado na busca do desenvolvimento econômico e prosperidade mundial. (...)

Por outra parte, o antropocentrismo conservacionista aponta esforços de manutenção da natureza. Com efeito, o meio ambiente é um bem que deve ser preservado, porque o ser humano depende de certa forma dos recursos naturais. Cabe entender aqui que não se nega ser o benefício do homem a primeira razão para o respeito ao meio-ambiente.

Tutelam-se, juridicamente, a fauna, a flora, as florestas e os demais recursos naturais em razão do próprio ser humano, por diferenciadas razões e justificativas. Por exemplo, as primeiras legislações estendem utilitariamente a proteção a determinados recursos naturais, como, na proteção específica de determinadas espécies de peixes e pássaros, enquanto se estimula a destruição indiscriminada de outros. Observe-se que são criadas reservas, parques e clubes de caça, para que o homem possa divertir-se, mantendo-se determinadas espécies de interesse.

Como reação ao antropocentrismo predatório, uma corrente de pensamento vem ganhando força e se estabelecendo nas últimas décadas: trata-se do ecocentrismo, pautado na defesa radical dos valores ecológicos. De acordo com os defensores do ecocentrismo, o homem é um animal como qualquer outro, não podendo subsistir qualquer discriminação da espécie humana em relação a outras espécies, uma vez que existe igualdade entre todos os seres. O ecocentrismo está representado hoje, no mundo, pelo *Greenpeace* e outros grupos de defesa e proteção do meio-ambiente que defendem uma mudança de postura do ser humano diante da natureza, partindo de uma negação ao consumismo exacerbado e a defesa de uma reconciliação entre o homem e o meio-ambiente que o circunda.

O humanismo ambiental, por sua vez, segundo Julio César de Sá da Rocha<sup>96</sup>:

sustenta a utilização racional dos bens naturais, garantindo-se a sobrevivência das presentes e futuras gerações, dos ecossistemas e da biodiversidade. Decerto que esta concepção carrega a

96. *Idem*, p. 80.

dimensão de uma atividade harmônica entre ambiente e ser humano, reconhecendo o caráter fundamental do meio-ambiente e a necessidade de uma postura diferenciada e responsável perante o mundo natural

Crê-se, portanto, que os interesses econômicos e ambientais podem não ser contraditórios, na medida em que a atividade econômica necessariamente pode ser adaptada à proteção ambiental, por exemplo empresas podem adotar tecnologias limpas e práticas sustentáveis.

É diante da corrente do humanismo ambiental que se propaga a defesa do chamado “desenvolvimento sustentável”, que não significa nada mais do que a efetivação de um equilíbrio entre o desenvolvimento e a proteção ambiental, consecutor de bem-estar social para as presentes e futuras gerações.

#### **11.4. A questão da ponderação dos valores antropológicos e ecológicos e as escolhas traumáticas em uma sociedade de riscos**

Como já abordado, vivemos em uma sociedade de riscos, na qual, constantemente, somos obrigados a realizar escolhas traumáticas. A questão da ponderação de valores e interesses, dessa forma, se reveste de grande relevância, como forma de se estabelecer o equilíbrio entre dois bens jurídicos fundamentais que estejam em conflito, de modo a que ambos sejam contemplados, na medida do possível.

Nos capítulos anteriores, estudamos que o Estado brasileiro se fundamenta sob a ótica dualista do bem-estar social e do desenvolvimento, ressaltando que só é possível se falar em bem-estar quando há respeito aos valores ecológicos.

Vimos também, nas lições anteriores, que a dignidade da pessoa humana é princípio basilar do nosso Estado de Direito, ao ponto de muitos o elegerem como o princípio maior, conformador de toda a ordem jurídica.

Ocorre que, em uma sociedade de riscos, onde a escassez termina por gerar a necessidade de tomada de decisões trágicas e traumáticas, por todos os cidadãos e mais ainda pelos agentes políticos, muitas vezes os valores ecológicos e os valores antropológicos entram em rota de colisão. É nesse momento em que surgem os defensores do antropocentrismo, egocêntrico e conservacionista; do ecocentrismo; e do humanismo ambiental, com argumentos os mais variados, buscando convencer as pessoas dos seus pontos de vista, fazendo surgir os seguintes questionamentos: com quem está a razão? Qual valor deve prevalecer no choque de interesses antropológicos e ecológicos? Como contemporizar dignidade da pessoa humana e proteção do meio-ambiente?

Em embate travado, no ano de 2004, na coluna “Espaço Aberto” do jornal “O Estado de São Paulo”, entre o jurista Miguel Reale, o secretário do meio-ambiente do estado de São Paulo, José Goldemberg e o procurador de justiça e coordenador do Centro de Apoio Operacional de Urbanismo e Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de São Paulo, Daniel R. Fink, a questão da necessidade de realização de uma ponderação de interesses no conflito entre os valores antropológicos e ecológicos se mostrou patente.

Miguel Reale<sup>97</sup>, em artigo publicado no dia 17 de janeiro de 2004, intitulado “Os direitos da personalidade”, ressalta a elevação do valor ecológico como o mais recente valor fundamental adquirido pela espécie humana, que não pode ser confundido, entretanto, com os direitos da personalidade, os quais todo ser humano possui como razão de sua existência, como, por exemplo, o corpo, o nome e a imagem. Segundo Reale:

Não há, pois, como confundir direitos da personalidade, que todo ser humano possui como razão de ser de sua própria existência, com os atribuídos genérica ou especificamente aos indivíduos, sendo possível a sua aquisição. Assim, o direito de propriedade é constitucionalmente garantido, mas não é dito que todos tenham direito a ela, a não ser mediante as condições e os processos previstos em lei.

Poderíamos dizer, em suma, que são direitos da personalidade os a ela inerentes, como um atributo essencial à sua constituição, como, por exemplo, o direito de ser livre, de ter livre iniciativa, na forma da lei, isto é, de conformidade com o estabelecido para todos os indivíduos que compõem a comunidade.

Como já disse, cada direito da personalidade se vincula a um valor fundamental que se revela através do processo histórico, o qual não se desenvolve de maneira linear, mas de modo diversificado e plural, compondo as várias civilizações, nas quais há vários valores fundantes e valores acessórios, constituindo aqueles o que denomino variantes axiológicas. Estas parecem inatas, mas assinalam os momentos temporais de maior duração, cujo conjunto compõe o horizonte da cada ciclo essencial da vida humana. (...) a cada civilização corresponde um quadro dos direitos da personalidade, enriquecida esta com novas conquistas no plano da sensibilidade e do pensamento, graças ao progresso das ciências naturais e humanas.

O último valor adquirido pela espécie humana é o ecológico, por força do qual estabelece o art. 225 da Lei Maior que “todos têm direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, bem

97. Miguel Reale, Os direitos da personalidade. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 17 de janeiro de 2004.



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 a presente e futuras gerações”. Trata-se já agora de novo direito da personalidade.

No dia 28 de fevereiro, Reale, em artigo intitulado “Primado dos Valores Antropológicos”<sup>98</sup>, passa a polemizar com o Ministério Público, ao afirmar que “ecologia subordina-se à antropologia, o que o Ministério Público não raro esquece”. Para Reale:

Há necessidade de se reconhecer que o ecológico não é um valor absoluto, porquanto a preservação do meio-ambiente é exercida em função da vida humana, ou por outras palavras, da “pessoa humana”, a qual representa o valor-fonte de todos os valores. A Ecologia subordina-se, assim, à Antropologia, o que o Ministério Público não raro esquece, perpetrando erros que bloqueiam iniciativas de maior alcance assistencial e existencial.

(...) Interferência inexplicável do Ministério Público temos também com a sustação da construção da barragem da Paraitinga e Biritiba-Mirim, destinadas a abastecer mais de 4m<sup>3</sup>/s para o Reservatório da Cantareira, ora em gravíssima crise, a pretexto de que seria impedida a passagem de animais...

(...) O Poder Judiciário e o Ministério Público tem dado excessiva proteção a fatos que não representam prejuízo real ao meio-ambiente, lesando interesses sociais relevantes, esquecidos de que se protege a natureza em razão do homem.

Em 13 de março de 2004, em novo artigo, publicado no “Estado de São Paulo” e intitulado “Em defesa dos valores humanísticos”, Miguel Reale volta a atacar o Ministério Público e o Poder Judiciário, criticando o que ele chama de “fundamentalismo ecológico”, defendendo que o homem e a dignidade da pessoa humana são os valores-fonte de todos os valores, individuais e coletivos, justificando um suposto primado dos valores antropológicos sobre os valores ecológicos, baseado no “valor primordial da pessoa humana”. Para Reale, “o homem não pode deixar de se utilizar da natureza para atingir melhor qualidade de vida”. Assim, defende que:

É à luz de um quadro global de valores, tanto da natureza como da vida humana, que deve ser situada a defesa do meio-ambiente pela sociedade e, por conseguinte, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, não tendo sentido que, ao fazê-lo, prevaleçam motivações resultantes do fanatismo ecológico.

98. Miguel Reale, Primado dos valores antropológicos. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 28 de fevereiro de 2004.

Em 23 de março de 2004, alimentado pelas polêmicas suscitadas por Reale, o secretário do meio-ambiente do estado de São Paulo, José Goldemberg<sup>99</sup>, se utiliza do mesmo espaço, no jornal “O Estado de São Paulo” para defender que “proteger o ambiente não significa impedir que o país se desenvolva”. Para Goldemberg:

A Constituição de 1988 não “revoga” a visão antropocêntrica do mundo, arraigada nas raízes bíblicas judaico-cristãs, de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. Ao contrário, o artigo 225 incluiu na extensa declaração de direitos e deveres individuais e coletivos o direito de todos ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Portanto, é o homem, o ser humano, não só como indivíduo, mas como humanidade, o sujeito do direito ao meio-ambiente sadio, o que reafirma o conceito antropocêntrico. (...)

Proteger o meio-ambiente não significa impedir o desenvolvimento, nem se defende um desenvolvimento predatório. O que se faz necessário é promovê-lo em harmonia com o meio-ambiente, que é o que muitos de nós tentam fazer. Daí a idéia de desenvolvimento sustentável (...).

No dia 30 de março de 2004, em resposta aos ataques proferidos por Miguel Reale, Daniel R. Fink, procurador de justiça do Ministério Público de São Paulo, publica o artigo “Antropocentrismo, Ministério Público e sociedade”<sup>100</sup>, no qual defende que “o homem não é senhor absoluto da exploração ambiental”. De acordo com Fink:

(...) o equilíbrio ecológico depende de se considerar o homem como parte integrante do meio-ambiente. Sua relação não é de superioridade, mas de equilíbrio. É evidente que o homem é sujeito privilegiado nessa relação e assim deve ser tratado. Mas não é senhor absoluto da exploração ambiental, sob pena de comprometer a qualidade devida das futuras gerações, tal como as gerações anteriores fizeram com as atuais. (...) em favor de um biocentrismo saudável é que atua o Ministério Público: nunca desconsiderando o homem, mas inserindo-o no meio que não é só seu, mas de todas as formas de vida. (...) os governos, em geral, estão preocupados com a eliminação das desigualdades sociais e a satisfação das necessidades básicas da população. Essa missão, contudo, não pode ser imediatista, pela utilização de mecanismos pseudodemocráticos, disfarçando suas decisões com uma legitimação inexistente. (...) o papel do Ministério Público é lembrar a

99. José Goldemberg, Proteger o homem ou o ambiente? *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 23 de março de 2004.

100. Daniel R. Fink, Antropocentrismo, Ministério Público e sociedade. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 30 de março de 2004.

esses governos que há valores maiores que devem ser considerados na aprovação de empreendimentos. (...) É papel do Ministério Público ouvir a voz da sociedade e saber interpretá-la à luz do ordenamento jurídico. Mas não apenas do Ministério Público, mas do poder público em geral. Pena que alguns não querem ouvir.

Por fim, em 10 de abril de 2004, Miguel Reale<sup>101</sup>, em artigo intitulado “O homem e a natureza”, ressalta, mais uma vez, a necessidade de combate ao “fundamentalismo ecológico”. Assim, segundo Reale:

quando há iniciativas do Poder Público ou de empresas privadas no sentido, por exemplo, de construir barragens para usinas elétricas ou o abastecimento de água potável, ou de abrir estradas para comunicações necessárias, cumpre fazer-se um “*balanceamento de valores*”, com a análise de todos os elementos em jogo, a fim de optar-se pela solução mais consentânea com as exigências essenciais à vida, de que tanto se fala, e ao desenvolvimento do país. (...)

Não se trata, pois, de “antropocentrismo”, nem de ver o homem como “valor absoluto”, que não existe, mas sim de reconhecer que a salvaguarda do meio-ambiente não pode prevalecer sobre o valor da pessoa humana que, ao meu ver, é o valor-fonte de todos os valores, por significar o homem situado na sociedade, um eu em correlação essencial com os demais membros da comunidade. (...) nessa ordem, nenhum dano haverá ao meio-ambiente por exigir-se que ele corresponda a um bem de vida considerado essencial ao ser humano. (...) Não há nada, por conseguinte, que justifique atitudes do Poder Público inspiradas no “fundamentalismo ecológico”, que consiste em conversão do meio-ambiente num valor absoluto, após afirmar-se que este não existe...

A polêmica retratada nas páginas dos jornais, acima exposta, denota a necessidade de realização de uma ponderação de interesses quando conflitados valores antropológicos e valores ecológicos. Não se pode conceber o meio-ambiente como um valor absoluto, sustentando-se um discurso pautado no ecocentrismo, mas também não é possível, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, buscar-se o desenvolvimento sem limites e a qualquer custo.

### **11.5. O Poder Judiciário brasileiro e a ponderação entre os interesses ecológicos e antropológicos**

No encerramento deste trabalho, uma breve análise da atuação do Poder Judiciário brasileiro na busca da ponderação de interesses ecológicos e antropológicos reveste-se de substancial relevância. Afinal, conforme exposto nos

101. Miguel Reale, O homem e a natureza. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 10 de abril de 2004.

capítulos anteriores, vivemos em um país cuja base de legitimidade reside na concretização de um Estado dualista do bem-estar social e do desenvolvimento. Entretanto, este mesmo país se configura como um imenso mar de contradições, segundo as quais alguns poucos vivem com muito e muitos sobrevivem com pouco.

Tal realidade termina por gerar um estado permanente de tensão, no qual o risco está sempre presente, atingindo a todos, de forma indistinta, mesmo os mais abastados e aparentemente alheios às conseqüências drásticas de uma desigualdade acachapante, opressora de sonhos e esperanças. Neste panorama de tensão, o Poder Judiciário exerce papel decisivo na busca pela concretização do bem estar e do desenvolvimento. Afinal, é através da ponderação de interesses e valores em permanente conflito, realizada pelos magistrados, que a sociedade se pacifica (ou melhor, tenta se pacificar, uma vez que a sociedade de riscos e tensões é uma realidade inexorável da sociedade pós-moderna, como bem leciona Ulrich Beck).

O Poder Judiciário, desta forma, deve ter consciência das suas responsabilidades, tomando decisões fundamentadas em ponderações de valores, observando que, a proteção cega de um bem jurídico pode gerar a destruição de outra bem, de igual valor e importância. O Estado dualista do bem-estar social e do desenvolvimento tem neste um elemento indissociável daquele, não sendo aceitável o desenvolvimento que se pautar na não realização do bem-estar geral ou, melhor dizendo, que não se pautar na realização do bem-estar de todos. Em uma sociedade de riscos, em que há uma escassez de bens que gera a necessidade de sacrifícios, a ponderação de interesses é essencial, na busca do equilíbrio entre valores em conflito.

#### **11.5.1. Proteção do meio-ambiente versus direito de propriedade**

Uma das maiores polêmicas envolvendo a ponderação de interesses ecológicos e antropológicos envolve o conflito entre a proteção do meio-ambiente e o direito de propriedade, consagrado como fundamental pela Constituição Federal de 1988. Neste sentido, é válida a análise de três importantes julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, o primeiro, datado de 1997, na análise de uma medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n.º. 1516, o segundo, proferido no Mandado de Segurança n.º. 23800, publicado no Diário da Justiça de 07 de fevereiro de 2003 e, o terceiro, decorrente da análise do Recurso Extraordinário n.º. 134.297/SP. Vejamos:

- a) ADI 1516 MC / UF - UNIÃO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator (a): Min. SYDNEY

SANCHES Julgamento: 06/03/1997. Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
Publicação: DJ DATA-13-08-99 PP-00004 EMENT VOL-01958-01  
PP-00032:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. MEIO-AMBIENTE: FLORESTA AMAZÔNICA. CÓDIGO FLORESTAL. ÁREAS FLORESTAIS. ÁREAS AGRÍCOLAS. DIREITO DE PROPRIEDADE. MEDIDA PROVISÓRIA: URGÊNCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA N 1.511, DE 22.08.1996, E DE SUAS SUCESSIVAS REEDIÇÕES, QUE DERAM NOVA REDAÇÃO AO ART. 44 DA LEI N 4.771/1965 (CÓDIGO FLORESTAL) E DISPUSERAM SOBRE A PROIBIÇÃO DO INCREMENTO DA CONVERSÃO DE ÁREAS FLORESTAIS EM ÁREAS AGRÍCOLAS NA REGIÃO NORTE E NA PARTE NORTE DA REGIÃO CENTRO-OESTE. MEDIDA CAUTELAR. 1. A jurisprudência do S.T.F. tem considerado da competência da Presidência da República e do Congresso Nacional a avaliação subjetiva da urgência da Medida Provisória. 2. É de se excetuar, apenas, a hipótese em que a falta de urgência possa ser constatada objetivamente. E, no caso, não há evidência objetiva da falta de urgência, sendo a relevância da Medida Provisória incontestável. 3. Embora válido o argumento de que M.P. não pode tratar de matéria submetida pela Constituição Federal a Lei Complementar, é de se considerar que, no caso, a Constituição Federal não exige Lei Complementar para alterações no Código Florestal, ao menos as concernentes à Floresta Amazônica. 4. Dispõe, com efeito, o § 4 do art. 225 da C.F.: "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." 5. A lei, a que se refere o parágrafo, é a ordinária, já que não exige Lei Complementar. E matéria de Lei ordinária pode ser tratada em Medida Provisória, em face do que estabelece o art. 52 da C.F. 6. Embora não desprezíveis as alegações da inicial, concernentes a possível violação do direito de propriedade, sem prévia e justa indenização, é de se objetar, por outro lado, que a Constituição deu tratamento especial à Floresta Amazônica, ao integrá-la no patrimônio nacional, aduzindo que sua utilização se fará, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. 7. Assim, a um primeiro exame, o texto da MP impugnada não parece afrontoso a esse § 4º do art. 225 da C.F., que regula, especificamente, a utilização da terra na Floresta Amazônica. 8. Os fundamentos jurídicos da ação estão, portanto, seriamente abalados ("fumus boni iuris"). 9. Ausente, por outro lado, o requisito do "periculum in mora". É que as informações da Presidência da República evidenciaram a necessidade e a urgência da M.P. Ademais, perigo maior estaria no deferimento da cautelar,

pois poderia tornar irreparáveis os danos ao Meio-Ambiente e à Floresta Amazônica, que a M.P. visou a evitar. 10. Medida cautelar indeferida. Plenário: decisão por maioria de votos.

**Comentário:** Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade que teve como requerente a Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, e como requerido o Presidente da República, versando sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 1511, de 22.08.1996, e suas respectivas reedições, que deram nova redação ao artigo 44 da lei nº 4771/65 (Código Florestal), dispondo acerca da proibição do incremento das áreas florestais em áreas agrícolas na região norte e em parte da região centro-oeste do país.

Alegou a requerente a inconstitucionalidade de tal MP, e suas respectivas reedições, solicitando, por medida cautelar, a sustação da vigência da mesma.

Decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em decisão por maioria, pelo indeferimento da medida cautelar, sendo vencedora a tese de que, embora haja a possibilidade de procedência dos argumentos exarados acerca de uma provável violação do direito de propriedade, sem prévia e justa indenização, é cabível ao presidente de República a adoção de medidas que visem à preservação do meio-ambiente, em especial à Floresta Amazônica, conforme o disposto no artigo 225 e respectivos parágrafos da Constituição Federal.

Observa-se, assim, a implementação da técnica de ponderação de interesses por parte da Corte Maior do Poder Judiciário brasileiro, diante do conflito verificado entre os valores propriedade e preservação ambiental.

O direito de propriedade, segundo a Constituição Federal, está adstrito à concretização de sua função social, e a realização dos princípios fundamentais do chamado Estado dualista do bem-estar social e desenvolvimento, tal qual o é o Estado brasileiro, indubitavelmente, conforme exposto nesta obra, perpassam pela preservação do meio-ambiente.

Diante do exposto, necessário é que seja realizada a ponderação de valores, por parte do órgão julgador, de forma a contemporizar o valor fundamental da propriedade, vinculada ao exercício de uma função social, e os valores ecológicos, também fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

No julgado supracitado, o valor propriedade, embora flexibilizado, não foi afastado. Prevaleceram, entretanto, os valores ecológicos, de cuja elevação e garantia depende a própria existência humana.

- b) MS 23800 / MS - MATO GROSSO DO SUL. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 14/11/2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ DATA-07-02-2003 PP-00022 EMENT VOL-02097-03 PP-00522:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CRIAÇÃO DO PARQUE NACIONAL DA SERRA DA BODOQUENA. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA DE IMÓVEIS LOCALIZADOS NA ÁREA DO PARQUE. EXIGÊNCIA LEGAL DE ESTUDOS TÉCNICOS E DE CONSULTA PÚBLICA SOBRE A VIABILIDADE DO PROJETO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 22, § 2º, DA LEI 9985, DE 18/07/2000: IMPROCEDÊNCIA. 1. Comprovada nos autos a realização de audiências públicas na Assembléia Legislativa do Estado com vistas a atender a exigência do § 2º do artigo 22 da Lei 9985/00. 2. Criação do Parque. Manifestação favorável de centenas de integrantes das comunidades interessadas, do Conselho Nacional da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica e da Associação Brasileira de Entidades de Meio Ambiente - ABEMA. 3. Parecer técnico, do Ministério do Meio Ambiente, que concluiu pela viabilidade e conveniência da destinação ambiental da área, dada a necessidade de se proteger o ecossistema local, revestido de significativa mata atlântica. Zona de confluência entre o Pantanal, o Cerrado e o Chaco, onde se encontram espécies vegetais raras, ameaçadas de extinção. Segurança denegada.

Comentário: Versa o presente julgado sobre Mandado de Segurança impetrado por Adelaide Acácia Leite Vieira e outros, figurando no pólo passivo, como autoridade coatora, o Presidente da República, referente à criação do Parque Nacional da Serra da Bodoquena e à consequente declaração de utilidade pública dos imóveis localizados no parque.

Alegam, os impetrantes, ofensa ao artigo 22, § 2º da Lei nº 9985/00, que dispõe acerca da exigência legal de estudos técnicos e de consulta pública sobre a viabilidade do projeto. Mais uma vez se contrapõem interesses pautados no direito de propriedade e interesses difusos referentes à preservação ambiental.

Por votação unânime, o pleito dos requerentes foi indeferido, prevalecendo a manifestação favorável de centenas de integrantes das comunidades interessadas na preservação ambiental, do Conselho Nacional da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica e da Associação Brasileira de Entidades de Meio Ambiente – ABEMA.

A ponderação de interesses, praticada pelo STF, terminou por fazer prevalecer o interesse difuso da proteção da biosfera e do ecossistema local, revestido de reservas da mata Atlântica, onde se encontram espécies vegetais e animais ameaçadas de extinção.

- c) RE 134.297 / SP – SÃO PAULO. Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.06.1995, DJ 22.09.1995, Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 158, p. 205-217:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ESTAÇÃO ECOLÓGICA – RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR – PATRIMÔNIO NACIONAL (CF, ART. 225, § 4º) – LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE – DIREITO DO PROPRIETÁRIO À INDENIZAÇÃO – DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR – RE NÃO CONHECIDO. 1. Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública. 2. A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o *dominus* venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nela existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. Precedentes. 3. A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, por si só – considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade –, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário. 4. A norma inscrita no art. 225, § 4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em *todas* as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal. 5. A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5º, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor o *dominus*, da *garantia da compensação financeira*, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, § 4º da Constituição. 6. *Direito ao Meio ambiente ecologicamente equilibrado*: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, caput).



O presente julgado, datado de 1995, revela o exercício do raciocínio ponderativo por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal, a partir do momento em que, diante da colisão entre dois interesses fundamentais, a propriedade privada e o interesse difuso na preservação de ecossistemas de flora e fauna, decidiu a mais alta corte do país pela constitucionalidade da Lei estadual do estado de São Paulo n.º. 5.649/87, que criou a Estação Ecológica Juréia-Itatins, determinando, contudo, ao mesmo tempo, a obrigação do Estado de indenizar proprietários de imóveis afetados em sua potencialidade econômica pelas limitações impostas pela lei referida. Comentando a citada decisão, destacamos a doutrina de Vladimir Passos de Freitas<sup>102</sup>, com quem concordamos, na análise da presente situação:

Em última análise, a conclusão é a de que os prejuízos decorrentes da criação de uma unidade de conservação devem ser repartidos por toda a sociedade que dela se beneficia. No acórdão também ficou registrado que esta indenização corresponde aos prejuízos decorrentes do esvaziamento econômico e que a exploração fica condicionada aos limites autorizados pelo Código Florestal. Parece-me que assim alcançou um equilíbrio entre o dever de indenizar e os limites à própria indenização, que são fixados pelos próprios parâmetros estabelecidos na lei florestal.

### **11.5.2. Proteção dos animais versus tradição cultural**

O conflito entre tradições culturais e a proteção de animais é um dos mais complexos verificados no âmbito da colisão dos direitos fundamentais. Afinal, como bem destaca Miguel Reale<sup>103</sup>:

O homem realiza cultura, tanto quando lança uma semente à terra, como quando cria por si mesmo uma expressão de beleza. Tudo aquilo que o homem realiza na História, no objetividade de fins especificamente humanos, nós denominamos cultura. (...)

A cultura encontra no espírito sua fonte primordial, revelando-se através da História em múltiplas manifestações. Diremos, recorrendo a símile imperfeito, que a cultura está para o espírito como as águas de um rio estão para as fontes de que promanam. Não se pode compreender um curso fluvial em suas nascentes, embora ele não se confunda com seus mananciais, e estes condicionem, em jacto perene, a perenidade do mesmo rio. Diríamos, igualmente, que o espírito humano, na sua universalidade,

102. Vladimir Passos Freitas, *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*, 3.ed. p. 163, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

103. Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 19. ed., p. 217-218, São Paulo: Saraiva, 1999.

revelada pelos indivíduos que compõem a espécie, possibilita uma série de realizações e de atos exteriores, em virtude dos quais podemos penetrar naquilo que há de essencial no homem. Podemos e devemos examinar o homem, não só em sua individualidade biopsíquica e em sua estrutura moral, mas também naquilo em que ele se reflete, ou seja, em suas produções e em suas obras.

- a) ADI 1856 MC / RJ - RIO DE JANEIRO. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 03/09/1998. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ DATA-22-09-2000 PP-00069 EMENT VOL-02005-01 PP-00035 RTJ VOL-00175-03 PP-00864:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MEIO-AMBIENTE. ANIMAIS: PROTEÇÃO: CRUELDADE. "BRIGA DE GALOS". I. - A Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre "galos combatentes", autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento cruel, o que a Constituição Federal não permite: C.F., art. 225, § 1º, VII. II. - Cautelar deferida, suspendendo-se a eficácia da Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro.

**Comentários:** O presente julgado se refere a pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade impetrada para suspender a eficácia da Lei nº 2.895, de 20.03.1998, do Estado do Rio de Janeiro, referente à autorização e disciplina de competições de “briga de galos”, muito populares entre os fluminenses.

Em decisão unânime, o pleno do Supremo Tribunal Federal acatou o pedido cautelar, suspendendo a eficácia da lei, pautando a sua decisão no art. 225, § 1º, VIII da Constituição Federal de 1988, protegendo, assim, os valores ecológicos na suas relações com os valores culturais da sociedade.

Realizou, o STF, mais uma vez, a técnica de ponderação de interesses, fazendo prevalecer a proteção ambiental como valor a ser preservado, dando vazão à concretização dos preceitos fundamentais do Estado dualista do Bem-estar social e desenvolvimento, que, conforme já ressaltado, perpassam pela preservação da fauna e da flora, do biótopo e da biocenose.

Neste mesmo sentido, em julgamento proferido em 2007, nos autos da ADIN 3.776, manifestou-se, mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal:

Lei nº. 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. 'Rinhas' ou 'brigas de galo'. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional

a lei estadual que autorize e regule, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raça ditas combatentes, as chamadas 'rinhas' ou 'brigas de galo'. (ADI 3.776, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-6-07, DJ de 29-6-07).

- b) RE 153531 / SC - SANTA CATARINA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK .Rel. Acórdão Min. MARCO AURELIO. Julgamento: 03/06/1997. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ DATA-13-03-98 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388:

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi".

Comentários: O presente acórdão denota um conflito de interesses identificado entre a preservação de tradições culturais e a proteção aos animais. Teve, o STF, que realizar uma ponderação de valores de grande complexidade. Afinal, a Farra do Boi é um evento tradicionalíssimo no estado de Santa Catarina, que angaria muitos adeptos e gera divisas ao Estado, decorrente do fortalecimento do turismo.

No julgamento do recurso, foi dado provimento por maioria dos votos, vencido o Ministro Maurício Corrêa, ao pleito da APANDE – Associação Amigos de Petrópolis Patrimônio Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e outros, no sentido de proibir-se a “Farra do Boi”, evento cultural de grande tradição em terras catarinenses que, entretanto, fere o artigo 225, inciso VII da Constituição Federal de 1988, por submeter animais a práticas cruéis.

Após a leitura do relatório por parte do Ministro Francisco Rezek, declarou este o seu voto, afirmando, entre outras coisas que “com a negligência que no que se refere à sensibilidade de animais anda-se meio caminho até a indiferença a quanto se faça a seres humanos”, para enfim posicionar-se no sentido do provimento do recurso extraordinário, “nos exatos termos em que proposta na origem”.

O Ministro Maurício Corrêa, por sua vez, após pedir vista dos autos, votou em sentido contrário, invocando o art. 216 da Constituição Federal, que garante proteção às manifestações de cultura populares. Para o ministro, “como

costume cultural, não há como coibir a denominada Farra do Boi, por ser uma legítima manifestação popular, oriunda dos povos formadores daquela comunidade catarinense. Os excessos, estes sim, devem ser reprimidos, para que não se submetam os animais a tratamento cruel”.

Já o Ministro Marco Aurélio, ao expor, em seguida, o seu voto, afirmou o seu entendimento acerca da impossibilidade de um meio termo, tal qual proposto pelo Ministro Maurício Corrêa. Assim, seguiu o ministro, no seu voto, o relator, Ministro Francisco Rezek.

Por fim, o Ministro Néri da Silveira expôs o seu voto afirmando, em uma de suas passagens que:

os princípios e valores da Constituição em vigor, que informam essas normas maiores, apontam no sentido de fazer com que se reconheça a necessidade de se impedirem as práticas, não só de danificação do meio-ambiente, de prejuízo à fauna e à flora, mas, também, que provoquem a extinção de espécies ou outras que submetam os animais a crueldade. A Constituição, pela vez primeira, tornou isso preceito constitucional, e, assim, não parece que se possam conciliar determinados procedimentos, certas formas de comportamento social, tal como a denunciada nos autos, com esses princípios, visto que elas estão em evidente conflito, em inequívoco atentado a tais postulados maiores.

Assim, dando provimento ao recurso, o ministro ressalta a importância dada pela Constituição de 1988 à proteção ambiental, fazendo uma ponderação de valores e chegando a conclusão de que o sacrifício maior deveria ser do valor antropológico-cultural, dando-se, dessa forma, eficácia aos valores ecológicos acolhidos pela Carta constitucional.

Pode-se concluir que a decisão do STF fez prevalecer o valor ecológico sobre o valor cultural, em respeito aos preceitos fundamentais do Estado brasileiro, pautado no bem-estar social e desenvolvimento, que não podem persistir sem a efetivação da defesa do meio-ambiente.

### **11.5.3. Preservação ambiental versus necessidade de realização de treinamentos militares**

Vladimir Passos de Freitas, em sua obra “A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais”<sup>104</sup>, relata um curioso e extremamente importante julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 1996,

104. 3 ed. p. 195-197, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

que envolve a questão da ponderação de interesses ecológicos e antropológicos. Trata-se de acórdão da 7ª Câmara de Direito Público daquela corte, cujo relator foi o Desembargador Albano Nogueira, publicado no Diário da Justiça de 02.09.1996, no qual se discutiu a possibilidade de realização de treinamentos militares, por parte da Polícia Militar do Estado de São Paulo, em área de preservação ambiental, pertencente ao Parque Estadual da Serra do Mar. Eis a ementa do julgado:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROIBIÇÃO DE SE REALIZAR EXERCÍCIOS DE TREINAMENTO POLICIAL MILITAR NAS ÁREAS INTEGRANTES DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. PLEITEIA A REFORMA DA R. SENTENÇA PARA INVERSÃO DO RESULTADO. ADMISSIBILIDADE. A necessidade do treinamento dos policiais é patente, mas a questão é que deverá ser encontrado um modo que viesse a se desenvolver sem risco para o meio ambiente e de forma autorizada. Recurso provido.

Na situação em tela, dois importantes interesses estão em jogo: a proteção do meio ambiente, interesse difuso consagrado como fundamental pela Constituição de 1988, e a segurança pública, dever inerente ao Estado, classificado, por Jelinek, como um dos fins essenciais deste. A necessidade de realização de uma ponderação de interesses, assim, mostrou-se patente, tendo o TJ-SP decidido, corretamente, pela não permissão da realização de treinamentos da polícia militar em locais que representassem real ameaça ambiental. Ponderando-se os interesses envolvidos, percebe-se que a restrição aos treinamentos militares em área de proteção ambiental não representa, efetivamente, um risco à segurança pública, tendo em vista existirem outras áreas onde tais atividades podem ser desenvolvidas. O contrário, por outro lado, poderia gerar danos irreversíveis à Natureza, prejudicando interesses de toda a humanidade.

Comentando tal decisão, afirma Vladimir Passos de Freitas<sup>105</sup>:

A decisão colegiada foi importante, pois decidiu de modo a prevenir que o dano viesse a ocorrer em futuros treinamentos. E não foi só. Ao exigir que o Estado, através da Polícia Militar, obtivesse licença da autorização ambiental para promover o treinamento de seus agentes, deixou claro o Judiciário que todos estão sujeitos ao controle administrativo da autoridade competente. Isso é muito importante, pois existe no Brasil certa confusão sobre o alcance do poder exercido em razão de um cargo. Pensam alguns – e nisso não se excluem membros de qualquer um dos três poderes do Estado – que, por deterem alguma parcela da poder, não estão sujeitos ao controle de autoridades administrativas. Na

105. Idem, p. 196.

verdade, o poder se exerce no limite das atribuições de cada um, e não de forma extensiva e limitada.

Finalmente, o acórdão assume especial relevo quando, devendo decidir por um conflito de interesses públicos, opta pela prevalência da preservação ambiental. Corretamente, já que, ninguém o nega, os exercícios são necessários para os que exerçam a espinhosa função de policiamento ostensivo. A necessidade de que os membros da Polícia Militar sejam bem adestrados é pública, geral e de todos. Contudo, diante do conflito de interesses e não sendo demais supor que a realização do treinamento poderá ser feita sem ferir o meio-ambiente, adotou o Judiciário posição de vanguarda ao vedar a prática no Parque Estadual da Serra do Mar.

#### **11.5.4. O dano moral ambiental e o exercício da atividade profissional de pescador**

É sabido que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XIII estabelece que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Neste diapasão, umas das mais antigas atividades profissionais, a de pescador, exercida, por exemplo, por um dos mais importantes apóstolos de Cristo, São Pedro, considerado “o primeiro papa”, constitui-se em importante fator de desenvolvimento econômico do país, sendo de livre acesso a trabalhadores que tenham habilidade para o uso de instrumentos de pesca, capacidade de concentração e observação, flexibilidade e agilidade e gosto pela vida marinha. Embora não seja fácil ser um pescador, a referida profissão é de livre formação, não exigindo, portanto, uma formação mínima necessária. A atividade pesqueira, no entanto, embora seja lícita, necessária e de livre acesso àqueles que contemplem as habilidades exigidas para tal mister, também sofre limitações constitucionais, a exemplo de qualquer outra atividade econômica exercida no Estado dualista do bem-estar social e do desenvolvimento contemplado na Constituição Federal de 1988. Assim, por exemplo, como preceito da ordem econômica, de observância obrigatória para o exercício de qualquer profissão, há de ser levada em conta a necessidade de proteção à biosfera, patrimônio de toda humanidade, titular do direito subjetivo público de natureza difusa de preservação de um meio-ambiente equilibrado.

Relatando uma situação paradigmática relacionada à ponderação de interesses envolvendo o exercício de atividade profissional (pesca) e a proteção ao direito difuso de um meio-ambiente equilibrado, José Rubens Morato Leite e Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira, em obra coletiva de grande relevância para o estudo da evolução do direito ambiental no país, coordenada por Vladimir Passos de Freitas e intitulada “Julgamentos Histórico do Direito

Ambiental”<sup>106</sup>, analisam a transação celebrada, nos autos da Ação Civil Pública nº. 023.07.141098-9, entre o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e um pescador que, exercendo sua profissão, matou um tubarão martelo, com requintes de crueldade, no feriado de 12 de outubro de 2007, em uma praia catarinense, na frente, inclusive de crianças, turistas e policiais militares, chocando as testemunhas. O peixe, uma fêmea prenha, foi capturado com uma rede, sendo esfaqueado ainda vivo para a retirada das suas víceras e cabeça. Flagrante da TV RBS, afiliada da Rede Globo de Televisão, mostrou o momento em que o pescador chutou os sete filhotes do animal, nascidos a partir da “cesária” forçada, foram impiedosamente chutados pelo profissional, que vendeu o grande peixe pelo valor de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais)<sup>107</sup>.

Diante das cenas repugnantes, o Ministério Público de Santa Catarina, através do promotor de justiça Rui Arno Richter, propôs a Ação Civil Pública nº. 023.07.141098-0 em face do pescador, requerendo ao Poder Judiciário a condenação do réu ao pagamento de multa no valor de R\$ 17.500,00 (dezesete mil e quinhentos reais), a título de danos morais ao meio-ambiente, a ser revertida em favor do Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados do Estado (FRBL). Como destacam José Rubens Morato Leite e Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira<sup>108</sup>:

O tubarão-martelo é classificado pelo Instituto Brasileiro do meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) como espécie sobre explorada, ou seja, necessita de proteção e não pode ser pescada de forma indiscriminada, mas somente de acordo com regras definidas pelo próprio IBAMA.

A ação foi proposta também com base na forma cruel com que o animal foi morto, na frente de dezenas de pessoas, muitas delas crianças. O promotor de justiça explicou que requereu a indenização por danos morais porque o episódio pode ter afetado a consciência ambiental dos presentes, principalmente das crianças, gerando um dano coletivo ao meio ambiente.

Uma vez designada a audiência conciliatória, foi firmado um acordo entre o acusado e o Ministério Público através do qual o réu se comprometeu, dada a sua condição econômica, a pagar a importância de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), em sete parcelas, ao FRBL de Santa Catarina, além de prestar serviços no Projeto Tamar, pelo prazo de noventa dias, oitos dias em cada semana. Como bem afirmam José Rubens Morato Leite e Maria Leonor Paes

106. 1 ed., Campinas - SP: Millennium Editora, 2010.

107. Vladimir Passos de Freitas (coord.), *Julgamentos Históricos do Direito Ambiental*, p. 286.

108. Op. cit., p. 297.

Cavalcanti Ferreira, o acordo firmado tomou como base a tese do antropocentrismo alargado no sistema jurídico brasileiro, consagrado na Constituição de 1988. Conforme lecionam os citados doutrinadores<sup>109</sup>:

A visão antropocêntrica alargada, ao proteger o meio ambiente independentemente da possibilidade de aproveitamento pelo homem, substitui a visão antropocêntrica tradicional, de cunho eminentemente econômico, e representa uma evolução no que concerne à relação do homem com o meio ambiente. (...)

Essa ampliação do enfoque representa uma evolução do antropocentrismo clássico, uma vez que procurou tutelar o bem ambiental independentemente de sua utilidade para o homem. (...) Nesse sentido, não somente as presentes gerações têm o direito de desfrutar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também as futuras gerações, tratando-se, então, de um direito intergeracional.

Embora o caso em tela não tenha sido encerrado com uma sentença ou acórdão, mas sim por um ajuste entre as partes, o resultado final do mesmo revela um raciocínio ponderativo entre dois interesses fundamentais da sociedade: a livre iniciativa econômica e o exercício livre de atividades profissionais *versus* a proteção ambiental. Revelou, o acordo, fundamentado no pedido formulado pelo Ministério Público, a necessidade de preservação ambiental, mesmo diante do direito ao livre exercício das profissões, em um esforço de ponderação de interesses ecológicos e antropológicos num Estado dualista do desenvolvimento e do bem-estar social.

#### **11.5.5. Proteção ambiental versus exercício de atividade econômica**

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” é um dos princípios gerais da atividade econômica estampados no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, de forma condizente ao perfil dualista do bem-estar social e do desenvolvimento abraçado pela ordem jurídica nacional, conforme já destacado nos capítulos anteriores. Neste sentido, no julgamento da ADIN nº. 3.540-MC, proferido em 1º de setembro de 2005 e publicado no Diário da Justiça de 03 de fevereiro de 2006<sup>110</sup>, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

109. Estado de Direito Ambiental e Dano Moral: Comentários à Transação Celebrada na Ação Civil Pública nº. 023.07.141098-0, da Unidade da Fazenda Pública de Florianópolis, SC. In: Vladimir Passos de Freitas (coord.), *Julgamentos Históricos do Direito Ambiental*, p. 291-292.

110. In: *A Constituição e o Supremo*. 3. ed. p. 1132, Brasília-DF: Supremo Tribunal Federal, 2009.



A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção do 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, os que provocaria inaceitável comprometimento de 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. (ADI 3.450-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-05, DJ de 3-2-06).

Observa-se, diante do presente julgado, a defesa da ponderação necessária entre a proteção ambiental e a atividade econômica. Embora vivamos num Estado capitalista, como já abordado alhures, não é mais o Brasil, no que se refere à sua ordem econômica, adepto da concepção desenvolvimentista, prevalecente durante o período do Regime Militar. Hoje, de acordo com a ordem econômica vislumbrada na Constituição Federal de 1988, o desenvolvimento econômico e, por conseguinte, o livre exercício de atividade econômica (livre iniciativa), deve se vincular, em todas as suas etapas, à realização do bem-estar social, fundado não só na proteção dos chamados direitos sociais de segunda dimensão (direitos da igualdade, sociais, culturais e econômicos), mas também na efetivação dos chamados "direitos fundamentais de terceira dimensão" (direitos da fraternidade, difusos e coletivos), a exemplo do direito subjetivo a um meio ambiente equilibrado.



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Direito ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição especializada*. RT, 91. ano, vol. 799, maio de 2002.
- \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ALMEIDA, Humberto Mariano. *Mineração e Meio-ambiente na Constituição Federal*, São Paulo: LTr, 1999.
- AMARAL Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDRADE, Christiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*, 11. ed. revista, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed., atualizado por Rosolea Miranda Polgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência Política*. 13. ed., São Paulo: Globo, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Estado*. 40. ed., São Paulo: Globo, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, 1. ed., p. 23, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARREIROS NETO, Jaime. *Fidelidade Partidária*. 1.ed. Salvador: JusPodivm, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- BASTOS, Fernando Loureiro. **Ciência Política: guia de estudo**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade Direito de Lisboa, 2007.
- BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgos: hacia una nueva modernidad**. Buenos Aires, Argentina: Paidós, 1998.
- BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido se desmancha no ar**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

- BERTOLDI, Márcia Rodrigues. O direito humano a um meio ambiente equilibrado. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1685>>. Acesso em: 17 set. 2004.
- BETTI, Emilio. **La Interpretación de las leyes y acto jurídicos**. Madrid, Espanha: ERDP, S/D.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed., Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: UnB, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. 1. ed., 6. tiragem, organizado por Michelangelo Bovero; tradução: Daniela Baccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campos, 2000.
- \_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. P. 131-133. São Paulo: Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12. ed., Coordenação de tradução: João Ferreira, Brasília: UNB; LGE, 2004. 2 v.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- \_\_\_\_\_. **Reflexões Política e Direito**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Ciência Política**. 10. ed., São Paulo – SP: Malheiros, 2003.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**, 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico** (desenvolvimento econômico. Bem-estar social). São Paulo: Saraiva, 1982.
- \_\_\_\_\_. **Limites da Revisão Constitucional**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- BUGLIONE, Samantha. As flores não resistem a canhões. O desafio de tutelar o meio ambiente. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 37, dez. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1686>>. Acesso em: 17 set. 2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**, Tomo I, 6. ed., Coimbra, Portugal: Almedina, 2009.
- CAMARGO, Margarida Lacombe. A Nova Hermenêutica. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

## REFERÊNCIAS

- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário, 1. ed. p. 451, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed., Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1995.
- \_\_\_\_\_. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed., Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2001.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. Magistratura e Direito Alternativo. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 8. ed., São Paulo: Ática, 1997.
- COELHO, Fábio Ulhôa. Hermenêutica Kelseniana, In: GIORGI, Beatriz di; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (org.). Direito, Cidadania e Justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. p. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- COVRE, Maria de Lourdes Manzini. O que é cidadania. Coleção Primeiros Passos, 11. reimpressão da 3. ed. São Paulo – SP: Brasiliense, 2003
- CHIMENTI, Ricardo Cunha, et. al. Curso de Direito Constitucional. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DAHL, Robert. Sobre a Democracia. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1985.
- \_\_\_\_\_. O que é participação política. Coleção Primeiros Passos, 15. reimpressão, São Paulo: Brasiliense, 2001.
- DANTAS, Miguel Calmon. Constitucionalismo Dirigente e Pós-modernidade, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DILTHEY, Wilhelm. A Compreensão dos outros e das suas manifestações de vida. In: GARDINER, Patrick. **Teorias da História**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FACIN, Andréia Minussi. Meio ambiente e direitos humanos . Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3463>>. Acesso em: 17 set. 2004.
- FARIA, José Eduardo. Sociologia Jurídica: Direito e Conjuntura. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. (organizador). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação. 3. ed., São Paulo, Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. Legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.
- \_\_\_\_\_. Direito e Justiça. São Paulo: Atlas, 2002.
- \_\_\_\_\_. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FINK, Daniel R. Antropocentrismo, Ministério Público e sociedade. O Estado de São Paulo. São Paulo, 30 de março de 2004.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de Direito Constitucional Brasileiro. Vol. 1 (teoria geral). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- FREITAS, Vladimir Passos. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- \_\_\_\_\_. (coordenador). Julgamentos Históricos do Direito Ambiental. 1 ed., Campinas - SP: Millennium Editora, 2010.
- FRIEDE, Reis – Curso de Teoria Geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

## REFERÊNCIAS

- FUND, Rockefeller Brothers. O poder da idéia democrática. Tradução: Luiz Fernandes. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1963.
- GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**, 1. ed. São Paulo: UNESP, 1991.
- GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GIORGI, Beatriz di; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Direito, cidadania e justiça**: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GOLDEMBERG, José. Proteger o homem ou o ambiente? **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 23 de março de 2004.
- GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento**. Salvador: Publicações Universidade da Bahia, 1961.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 3, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- HERKENHOFF, João Batista. Como Aplicar o Direito. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- HISTÓRIA EM REVISTA. São Paulo: Abril Livros, 1992, 25v.
- HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. Direito Constitucional. 27. ed., São Paulo: Manole, 2005.
- HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. A Condição Política Pós-Moderna 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição (Die normative Kvaft der Verfassung). Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- HOLLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário Aurélio Eletrônico**: Século XXI. Versão 3.0, São Paulo: Nova Fronteira; Lexikon Informática Ltda, 1999.
- HORN, Norbert. Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica: tradução da 2ª edição alemã. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005
- HOUAISS, Antonio. Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa. São Paulo: Objetiva, 2001.
- HÜBNER, Maria Martha. Guia para a elaboração de projetos de dissertação de mestrado e doutorado. 2ª reimpr. Da 1. ed. de 1998. São Paulo: Pioneira Thomson Learning Mackenzie, 2001.

- JESUS JÚNIOR, Guilhardes de. Direito ambiental: espaço de construção da cidadania . Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4378>>. Acesso em: 17 set. 2004.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 7. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006.
- KEYNES, John Maynard. Teoria geral do emprego, do juro e do dinheiro, inflação e deflação. Coleção “Os Economistas”, São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed., Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 5. ed., prefácio de Aurélio Wander Bastos, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ministério Público: Doutrina, Jurisprudência e Prática. 2. ed., São Paulo: LTR, outubro de 2002.
- LIMA, George Marmelstein. A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2625>>. Acesso em: 17 set. 2004.
- LOSANO, Mário G. Os grandes sistemas jurídicos. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da Ciência Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1975.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica Jurídica Clássica, 3. ed., São José - SC: Conceito Editorial, 2009
- MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio-ambiente. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARCONDES, Ayrton César; LAMMOGLIA, Domingos Ângelo. Biologia ciência da vida: genética, evolução e ecologia. São Paulo: Atlas, 1994.
- MARINHO, Josaphat. **Direito, Sociedade e Estado**. 1. ed., Salvador: Memorial das Letras, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Publica, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação



## REFERÊNCIAS

- Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**, trad. Cássio Casagrande, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.
- MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MICHELIN, Fábio. Derecho ambiental, medio ambiente y sustentabilidad. Un análisis del ordenamiento jurídico ambiental de Brasil y Chile. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 396, 7 ago. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5500>>. Acesso em: 17 set. 2004.
- MIRANDA, Jorge. **A democracia representativa: princípios e problemas gerais**. *Revista de Estudos Eleitorais*, Brasília – DF, v. 2, n. 1, p. 20, jan./abr. 1998.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. *Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões*. 14. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NAY, Olivier. **História das Idéias Políticas**, 1. ed. Petrópolis: Vozes, 2007
- NETO, Casimiro. *A Construção da Democracia*, Brasília – DF: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003.
- NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Charles Soares de. *A representação política ao longo da história*. Brasília: Gráfica Positiva, 2000.
- PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PAZZINATO, Alceu Luiz e SENISE, Maria Helena Valente. **História Moderna e Contemporânea**. 7. ed., São Paulo: Ática, 1994.

- PECORARO, Rossano (org.). **Os filósofos**: clássicos da filosofia, v. II: de Kant a Popper, p. 289, Petrópolis-RJ: Vozes; Rio de Janeiro: PUC - Rio, 2008
- PETER, Christine. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- PIAGET, Jean. As relações entre a moral e o direito. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (organizadores). **Sociologia e Direito**: textos básicos para a disciplina de Sociologia Jurídica, 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 11. ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- PINTO, Bilac. Finanças e Direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, junho de 1940.
- PIOVESAN, Flávia. A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1988. In: GIORGI, Beatriz di; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Direito, cidadania e justiça**: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. P. 114-115, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- PISIER, Evelyne. **História das Idéias Políticas**. Barueri-SP: Manole, 2004.
- PORTO, Walter Costa. O Voto no Brasil, da Colônia à 6ª República. 2. ed. p Rio de Janeiro: Topbooks, 2002.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. Alguns aspectos sobre a lógica do razoável na interpretação do direito segundo a visão de Luís Recaséns Siches. In: GIORGI, Beatriz di; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (org.). **Direito, Cidadania e Justiça**: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. p. 61-62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RAWLS, John. **Uma teoria de Justiça**, p. 03, Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Lições Preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. Os direitos da personalidade. O Estado de São Paulo, São Paulo, 17 de janeiro de 2004.
- \_\_\_\_\_. Primado dos valores antropológicos. O Estado de São Paulo, São Paulo, 28 de fevereiro de 2004.
- \_\_\_\_\_. Em defesa dos valores humanísticos. O Estado de São Paulo, São Paulo, 13 de março de 2004.
- \_\_\_\_\_. O homem e a natureza. O Estado de São Paulo, São Paulo, 10 de abril de 2004.
- RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Pressupostos constitucionais do Direito Eleitoral**: no caminho da sociedade participativa. p. 26, Porto Alegre – RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

## REFERÊNCIAS

- ROCHA, Julio César de Sá da. **Direito Ambiental do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2002.
- ROTHERBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Lei n. 8078, de 11.9.90. 4. ed., São Paulo: LTr, 1999.
- SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. **Prólogo à Teoria do Estado**: Ideologia e Ciência Política, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed., São Paulo: Lumen Juris, 2000.
- SARTORI, Giovanni. Teoria Democrática. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.
- SAY, Jean-Baptiste. Tratado de Economia Política. Coleção “Os Economistas”, São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- SCHUMPETER, Joseph. A teoria do desenvolvimento econômico. Coleção “Os Economistas”, São Paulo: Abril Cultural, 1982.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**: Qu’est-ce que le Tiers État? 4. ed., organização e introdução: Aurélio Wander Bastos, tradução: Norma Azevedo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed., São Paulo: Melhoramentos, 1998.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo – SP: Ltr, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Curso Básico de Direito Constitucional**. Tomo II, Rio de Janeiro – RJ: Lumen Juris, 2005
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**, Salvador: JusPodivm, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Tendências do Pensamento Jurídico Contemporâneo**, 1.ed. Salvador: JusPodivm, 2007.
- SOUTO, Cláudio. **Tempo do Direito Alternativo**: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 1997.

JAIME BARREIROS NETO

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O Papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito**. São Paulo: Rt, 1993.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 1. ed., São Paulo – SP: Método, 2003.

VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de Economia**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

ZIMMERMANN, Augusto. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.