UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DOUTORADO EM DIREITO

NEY DE BARROS BELLO FILHO

PRESSUPOSTOS SOCIOLÓGICOS E DOGMÁTICOS DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO AO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Florianópolis
2006

NEY DE BARROS BELLO FILHO

PRESSUPOSTOS SOCIOLÓGICOS E DOGMÁTICOS DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO AO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rogério Portanova.

Florianópolis
2006

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Essa Tese foi julgada apta para a obtenção do titulo de Doutor em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos seguintes Professores Doutores:

_____
Prof. Dr. Rogério Portanova (Orientador)
Universidade Federal de Santa Catarina
Presidente

_____
Prof. Dr. José Rubens Morato Leite
Universidade Federal de Santa Catarina

_____
Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer
Universidade Federal de Santa Catarina

_____
Prof. Dr. Vladmir Passos de Freitas
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

_____
Prof. Dr. Alexandre Da Maia
Universidade Federal de Pernambuco

_____
Prof. Dr. Sérgio Cademartori
Universidade Federal de Santa Catarina

_____
Prof. Dr. Ricardo Stanzioli Vieira

Florianópolis/SC, _____ de _____ de 2006.

A minha terra cheia de palmeiras, repleta de sabiás e plena de belezas.

As suas areias, às suas florestas, aos seus bichos e às suas águas.

Acima de tudo, às suas gentes. Ao povo do Maranhão.

A meu sangue índio, negro e português.

Aos sorrisos nos festejos e às lágrimas nas sentinelas.

A esperança que brota do Parnaíba ao Gurupi.

A alegria que se sente do Atlântico ao Tocantins.

O dedicar é, acima de tudo, uma declaração de amor.

Ao Maranhão.

AGRADECIMENTOS

A Gabriela, Guilherme e Ludmila, por terem deixado em suspensão seus próprios sonhos para viverem comigo sonhos que eram meus.

A Ney de Barros Bello. Não há agradecimento possível. Disse Nauro Machado certa vez, referindo-se a Frederico: ‘Tenho tudo. Tenho um filho’. Socorro-me da genial amplitude da simplicidade: ‘Tenho tudo. Tenho meu pai,’ A ele.

A Maria Helena Martins de Barros Bello. Não saberia agradecer os nossos sorrisos, as nossas lágrimas, os nossos sonhos vividos e queridos juntos. A Minha mãe é uma eterna poesia. De Homero a Lorca tenho por ela um eterno e infinito amor. A ela.

A minha Avó Lúcia Parada Martins: Aos 94 anos esperou por 366 dias e 21 horas - com amor e orgulho - o retorno do neto e afilhado do outro lado do Atlântico. Com 96 anos me dá a felicidade de sorrir e me beijar, e fazer-me pensar como o amor pode ser para sempre.

A Dani e Luca: Somos profundamente diferentes e irretorquivelmente iguais. Exasperadamente divergentes e eternamente um só!

A Raimundo, Geo e Socorro. Tem gente que reclama da sogra. Eu não! Tem gente que tem trabalho com a cunhada, eu não! Tem gente que briga com o sogro, eu não! Já não são mais, de há muito, segunda família. Eles fazem parte da minha alma e do meu coração, e são parte da minha existência! Eu os amo muito. A eles.

Ao que de Bello nos une: A certeza de que estaremos sempre juntos, em todos os mares, quaisquer que sejam as marés.

A Newton de Barros Bello Filho: Ele sabe o porquê!

A Rogério Silva Portanova: A genialidade pode ser simples. A amizade pode ser complexa. Devo muito a ele.

A José Rubens Morato Leite, Antônio Hermann Vasconcelos e Benjamim, Eládio Lecey, Silvia Capelli, Vanêsca Prestes, Vladimir Passos de Freitas, Andreas Krell, Paulo Affonso Leme Machado e Édis Milaré: tudo gente “do bem”. Amigos, professores e ambientalistas que sempre fortaleceram em mim a idéia de um discurso jurídico ambiental.

A João Maurício Leitão Adeodato: A pessoa mais próxima de Aristóteles que eu conheço... e também dos Stones. Nada como um professor genial, um eterno orientador e um amigo leal.

A Florianópolis, Lisboa e Lecce, cidades que souberam suprir como nenhuma outra a saudade que sempre senti da ilha do amor.

Aos amigos de fortuna, de copo e de cruz: Flores, Isaac, Rodrigo, Cláudio, Guilherme, Cristine, Olson, Heline, Sandro, Danny, André, Débora, Volney e Cláudia.

A Jairo Shäfer: quando eu crescer quero ser como ele! Aos amigos Ladeira, Vavá, Guilherme, Cris, Roberto, Fabi e Tamer. Que ventos alfacinhas nos levem, lado a lado, aos mesmos fados, aos mesmos Tejos e as mesmas moradas! Éramos felizes e sabíamos.

Aos meus irmãos de melodia: Sergei, Lino, Froz e Ivo. É para a vida toda.

A Universidade Federal de Santa Catarina, Universidade de Coimbra e Università Degli Studi di Lecce. Proporcionaram-me mais que um doutorado, realizaram-me um sonho de menino!

A Raffaele De Giorgi e José Joaquim Gomes Canotilho: Ensinaram-me o que é ser jurista, muito embora eu não tenha a certeza de poder voar tanto assim.

A Leila Carione Barbosa. Seu sorriso ainda será visto eternamente por todas as salas do CPGD.

Aos meus alunos da Universidade Federal do Maranhão e da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. Nada renova mais do que as salas de aula.

“*Disparo contra o sol*
Sou forte, sou por acaso
Minha metralhadora cheia de mágoas
Eu sou um cara
Cansado de correr
Na direção contrária
Sem pódio de chegada ou beijo de namorada
Eu sou mais um cara

Mas se você achar
Que eu tô derrotado
Saiba que ainda estão rolando os dados
Porque o tempo, o tempo não pára

Dias sim, dias não
Eu vou sobrevivendo sem um arranhão
Da caridade de quem me detesta

A tua piscina tá cheia de ratos
Tuas idéias não correspondem aos fatos
O tempo não pára

Eu vejo o futuro repetir o passado
Eu vejo um museu de grandes novidades
O tempo não pára
Não pára, não, não pára

Eu não tenho data pra comemorar
Às vezes os meus dias são de par em par
Procurando uma agulha num palheiro

Nas noites de frio é melhor nem nascer
Nas de calor, se escolhe: é matar ou morrer
E assim nos tornamos brasileiros
Te chamam de ladrão, de bicha, maconheiro
Transformam o país inteiro num puteiro
Pois assim se ganha mais dinheiro [...]”.

Cazuza

“Daqui de cima, no pavimento superior, pela janela gradeada da Cadeia onde estou preso, vejo os arredores da nossa indomável Vila sertaneja. O Sol treme na vista, reluzindo nas pedras mais próximas. Da terra agreste, espinhenta e pedregosa, batida pelo Sol esbraseado, parece desprender-se um sopro ardente, que tanto pode ser o arquejo de gerações e gerações de Cangaceiros, de rudes Beatos e Profetas, assassinados durante anos e anos entre essas pedras selvagens, como pode ser a respiração dessa Fera estranha, a Terra – esta Onça-Parda em cujo dorso habita a Raça piolhosa dos homens. Pode ser, também, a respiração fogosa dessa outra Fera, a Divindade, Onça-Malhada que é dona da Parda, e que, há milênios, acicata a nossa Raça, puxando-a para o alto, para o Reino e para o Sol”.

Ariano Suassuna

RESUMO

Sociedade e pós-modernidade. Características da sociedade pós-moderna. O discurso jur[idico possível na pós-modernidade. Dogmática e legitimidade do discurso. A compreensão moderna da dogmática. A dogmática jurídica tridimensional. Direitos fundamentais como categorias dogmáticas. A pluralidade de abordagens acerca dos direitos fundamentais. Teorias de direitos fundamentais. A compreensão semântica de direitos fundamentais. A estrutura dogmática dos direitos fundamentais. Enunciado normativo de direito fundamental. Norma de direito fundamental. O fundamento formal das normas de direito fundamental. O fundamento material das normas de direito fundamental. Direitos fundamentais como garantias contra-majoritárias. O enunciado normativo do artigo 225 da Constituição Federal. Os fundamentos formal e material da norma de direito fundamental ao ambiente. O princípio da preservação ambiental. O princípio da dignidade da pessoa humana. A eficácia objetiva e a eficácia subjetiva da norma de direito fundamental ambiental. Os deveres constitucionais ambientais. Os deveres constitucionais ambientais autônomos. Os deveres constitucionais ambientais fundamentais. A estrutura do direito fundamental ao ambiente. As restrições ao direito fundamental ao ambiente. A eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

ABSTRACT

Society and post-modernity. Characteristics of the post-modern society. The juridical discourse. Dogmatic and legitimacy of the speech. The modern comprehension of dogmatic. The legal tri-dimensional dogmatic. Fundamental rights as dogmatic categories. The plurality of approaches about the fundamental rights. Theories of fundamental rights. The semantic comprehension of the fundamental rights. The dogmatic structure of the fundamental rights. Normative announcement of fundamental law. The material foundation of the fundamental law norms. Fundamental laws as counter-majority guarantees. The normative announcement of article 225 of the Federal Constitution. The formal and material foundations of the environment fundamental law norms. The principle of the environmental preservation. The principle of human being's dignity. The objective and subjective effectiveness of the environmental fundamental law norm. The environmental constitutional rights. The autonomous environmental constitutional rights. The structure of the environmental fundamental right. The restrictions to the environmental fundamental right. The horizontal effectiveness of the fundamental right for the healthy and ecologically balanced environment.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
	CAPÍTULO 1 - A PÓS-MODERNIDADE	73
1.1	O MUNDO PÓS-MODERNO	73
1.2	NEOLIBERALISMO: O GLOBALISMO CAPITALISTA NA PÓS-MODERNIDADE	83
1.2.1	As origens do neoliberalismo	86
1.2.2	A origem iluminista do neoliberalismo	92
1.2.3	A configuração pós-moderna do neoliberalismo	102
1.3	O ESVAZIAMENTO DO ESPAÇO PÚBLICO	116
1.3.1	Exclusão da política: o abandono dos espaços públicos	121
1.3.2	Conseqüências da fuga da política: o mal-estar pós-moderno	132
1.4	UM MUNDO SEM NARRADOR E SEM ENREDO	136
1.5	A VELOCIDADE E A REDUÇÃO DE ESPAÇOS	141
1.6	A EXCLUSÃO SOCIAL	146
1.7	UMA SOCIEDADE DE CONSUMO	152
1.8	RISCO SOCIAL	156
1.9	O DISCURSO JURÍDICO POSSÍVEL	159
	CAPÍTULO 2 - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CATEGORIAS DOGMÁTICAS	165
2.1	A PLURALIDADE DE VISÕES	165
2.1.1	Uma filosofia dos direitos fundamentais e uma sociologia dos direitos fundamentais	170
2.2	AS TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	181
2.2.1	Teoria liberal	186
2.2.2	Teoria valorativa	188
2.2.3	Teoria institucional	190
2.2.4	Teoria social	191
2.2.5	Teoria democrático-funcional	193
2.2.6	Teoria socialista	194
2.2.7	A teoria dogmática enquanto teoria constitucionalmente adequada	196
2.3	APROXIMAÇÃO A UM CONCEITO DE CIÊNCIA JURÍDICA	197
2.4	A DOGMÁTICA TRIDIMENSIONAL COMO CLASSE DE ENUNCIADOS CIENTÍFICOS	207
2.4.1	A função e razão de um discurso dogmático dos direitos fundamentais	218
	CAPÍTULO 3 - O ENUNCIADO NORMATIVO PROTETIVO DO AMBIENTE	226

3.1 ENUNCIADO NORMATIVO E NORMA 228

3.1.1 Enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 233

3.2 O ÂMBITO DE PROGRAMATICIDADE DO ENUNCIADO NORMATIVO DO ARTIGO 225 DA CF/88 235
3.3 A DIRECTIVIDADE DO ENUNCIADO DO ARTIGO 225 DA CF/88 248

3.4 A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL REFERIDA AO ENUNCIADO NORMATIVO DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 254
3.4.1 Norma de Direito Fundamental 256

3.4.1.1 A posição de Robert Alexy: os critérios formais definindo a norma de direitos fundamentais 262
3.4.1.2 A posição de Luigi Ferrajoli: a universalidade como elemento caracterizador da norma de direitos fundamentais 269
3.4.1.2.1 O problema da universalidade 275

3.4.1.3 O posicionamento de Carl Schimtt: a caracterização puramente material 290

3.5 A FUNDAMENTALIDADE DA NORMA EXPRESSA NO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 295
CAPÍTULO 4 - O FUNDAMENTO DA NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL REFERIDA NO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 296
4.1 A FUNDAMENTALIDADE FORMAL 299

4.1.1 Características formais das normas de direitos fundamentais: normas constitucionais vinculantes e cláusulas pétreas 308
4.1.2 Garantias contra majoritárias: fundamento formal das normas de direito fundamental 316
4.1.3 Cláusula de abertura do catálogo de normas de direito fundamental prevista no § 2º do artigo 5º 320
4.1.4 A fundamentalidade formal da norma expressa no enunciado normativo do artigo 225 da CF\88..... 330
4.2 FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DA NORMA EXPRESSA PELO ARTIGO 225 DA CF\88 332
4.2.1 O fundamento material da norma de direito fundamental expressa pelo artigo 225 da CF\88: os princípios constitucionais 334
4.2.2.1 Princípio constitucional da preservação do ambiente 338

4.2.3 O fundamento material da norma de direito fundamental expressa pelo artigo 225 da CF\88: a dignidade da pessoa humana 344
4.3 NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL DO ARTIGO 225 DA CF\88 352

CAPITULO 5 - O PERFIL DOGMÁTICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO 354
5.1 DIMENSÃO SUBJETIVA E OBJETIVA DA NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE 358
5.1.1 Os deveres fundamentais 370

5.2 OS DEVERES CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS 374

5.2.1 Deveres constitucionais-ambientais autônomos e concretos 381

5.2.2 Deveres fundamentais ambientais decorrentes da norma de direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado 388
5.2.3 A eficácia dos deveres constitucionais ambientais 391

5.3 O DIREITO AO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO UM DIREITO SUBJETIVO 395
5.3.1 O direito subjetivo fundamental difuso ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado 402
5.3.2 O interesse das gerações futuras no ambiente sadio e ecologicamente equilibrado 410
5.4 A ESTRUTURA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO 411
5.5 AS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE 413
5.6 A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE 421
5.6.1 As teorias da eficácia horizontal 427
5.6.2 A ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas 428
5.6.3 A eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas 432
5.6. 3.1 Os deveres estatais de proteção 436
5.6.4 A eficácia ampla dos direitos fundamentais nas relações privadas 439
5.6.5 Hipóteses de eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado no modelo dogmático brasileiro 443
5.6.6 A *horizontalwirkung* do direito fundamental ao ambiente: a *schutzpflicht* ecológica e a *drittwirkung* ambiental 446
5.6.7 A ponderação judicial do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado 450
CONCLUSÃO 455
REFERÊNCIAS 462

1 INTRODUÇÃO

Estamos na pós-modernidade! Esta afirmação traz conseqüências diversas para o jurista preocupado com o modo de pensar e exercitar o discurso jurídico. Se a pós-modernidade é uma nova forma de viver em sociedade, uma nova era a qual se está adstrito, obviamente os discursos da sociedade sobre ela mesma e seu discurso jurídico-normativo devem se adaptar a mudanças na base sobre a qual devem operar.

Mudando-se a sociedade, modificando-se a leitura que ela própria faz de si mesma e transformando-se o discurso de direito, nada mais necessário do que se diferenciar o discurso jurídico ambiental, adequando-o aos novos tempos, as novas hipóteses e às novas conformações da sociedade.

Estar-se imerso em algo que se diferencia do moderno, mesmo reconhecendo todas as conquistas que a modernidade trouxe para o homem, representa estar-se diante do novo e do inesperado, que não pode, em absoluto, confundir-se com o discurso da anti-modernidade. Estar-se imerso na pós-modernidade é, antes de tudo, vivenciar diferenciações discursivas e concretas que fazem deste período da história das sociedades algo mais complexo do que qualquer outro período em toda a história do homem.

No mundo habitado pelo homem a realidade de suas vivências já claramente se diferencia de outras vivências demonstráveis e analisáveis no decorrer da história. A forma de existir e de pensar já se vê alterada, se comparada com as características da modernidade mundo.

É impossível dizer se isso é bom, ou se isso é mal. Muito provavelmente não há nem correção e nem acerto nesta forma de viver pós-moderna, mas sim uma

outra maneira de ver o mundo e de existir no mundo, forma esta sensivelmente diferenciada. O que existe é uma diferenciação, o que comporta uma análise dos diversos discursos necessariamente discordantes do pensar moderno.

Há, contudo, que se admitir que o pensar pós-moderno não pode, e nem deve, se apresentar como um discurso legitimador do neoliberalismo, Dizer que a sociedade adentrou na pós-modernidade não implica em negar avanços e conseqüências da modernidade, mas sim a constatação de uma diferenciação estrutural, ou discursiva, entre períodos muito próximos no tempo. A hiper-complexidade da sociedade permitiu mudanças profundas em espaços de tempo reduzidos.

Estas diferenciações dos tempos atuais para com a modernidade podem ser demonstradas a partir de características visíveis nos tempos que correm que os diferenciam de estados temporais pretéritos.

A sociedade contemporânea é neoliberal. É uma sociedade que economiciza suas relações e desfaz parte do mito da unidade e do progresso em conjunto. O neoliberalismo tem a cara do individualismo, e representa um modo de vida e de pensar que privilegia soluções econômicas em detrimento de opções morais ou mesmo éticas. As justificativas financeiras, aliadas a um verdadeiro domínio dos espaços públicos por forças privadas acarretam em uma des-humanização das relações sociais e uma entronização dos critérios econômicos em searas dantes colonizadas por uma moral kantiana ou um discurso dogmático positivo.

Este pensar neoliberal caracteriza-se, também, porque elege como forma de enriquecimento não apenas o enriquecimento material, mas labora

principalmente sobre o valor virtual. A riqueza se desacopla da matéria, e se afasta dos elementos de valorização da modernidade.

São as conexões virtuais que caracterizam a pós-modernidade neoliberal como um estágio diferenciado do capitalismo. O neoliberalismo pode ser assim visto como uma visão pós-moderna do capitalismo.

A sociedade contemporânea está mergulhada em fractais. É um espaço de confrontos entre opostos sem um discurso de unidade que uma leitura moderna de sociedade foi pródiga em construir. As divergências de ser e de se projetar no futuro abandonam as narrativas explicativas e auto-explicativas da sociedade, mergulhando num futuro incerto que tende a desconsiderar quaisquer discursos unitários. É o fim da era das grandes narrativas que explicavam o mundo a partir de um elo entre o passado, o presente e o futuro. A pós-modernidade é o espaço do presente, é a elegia do momento atual que velozmente vai ser superado pelo momento futuro, mas divorciado de qualquer relação de continuidade.

O direito é uma narrativa inserida em outras metas-narrativas. A fragmentação da sociedade pós-moderna desconstrói uma das bases argumentativas do discurso jurídico que é seu senso de unidade. A inexistência de narrativas significa o perdimento da legitimidade e da função unificadora do direito.

Tal constatação vem de par com outra, de dúplice vertente. O mundo ficou menor e mais veloz. Não há mais distâncias insuperáveis, e não existem mais espaços intransponíveis. Tudo pode ser encontrado facilmente, e o mundo pode sempre estar ao alcance de um jato supersônico. Esta velocidade e esta redução de espaços fazem com que culturas e informações estejam sempre próximas, e quase sempre a um clique do controle remoto ou do mouse do computador. A globalidade

e a globalização fazem do globo uma aldeia de fluxos e refluxos, onde o homem está cada vez mais sozinho e cada vez mais próximo.

Mais uma vez as características da pós-modernidade desconstituem o discurso jurídico, alterando-o em forma e em possibilidade de eficácia, por que entronizam a diversidade cultural e a conjugam com o individualismo, tornando todos donos do discurso, mas sem nenhum responsável por ele. O discurso jurídico para uma sociedade em fractais é um discurso que não se legitima por completo, mas que mistura no liquidificador do imaginário, raízes e razões diferentes e diversas entre si. Falta a unidade da leitura social da modernidade, sobram informações e divergências de uma sociedade cada vez mais plural.

Por ser individualista por natureza, a sociedade plural reforça os espaços privados em detrimento dos espaços públicos. A realidade pós-moderna é a realidade da comunicação, das emissoras de tv e das antenas de celulares. É a realidade dos clubes privados e do jardim. A praça e a ágora são substituídas por espaços privados demonstrando uma característica pós-moderna da sociedade que é a hipertrofia dos espaços privados e a atrofia dos espaços públicos.

A realidade contemporânea é uma realidade que privilegia os espaços privados, mas não em sua perspectiva moderna, mas sim na demonstração midiática do que deveria ser privado. Tudo aquilo que não possui vinculação com o Estado, e que pode sustentar-se *a latere* do discurso público passa a ser valorizado em detrimento da ocupação dos espaços pelo Estado.

Contra a apregoada elefantíase do Estado apresenta-se a volatilidade do setor privado. A ideologia sub-reptícia da pós-modernidade nega o papel do espaço público e transmite, através do mito da incompetência do setor público, a ideologia

da infalibilidade do mercado. Na verdade, individualismo e neoliberalismo são as pedras de toque do mundo atual.

O processo histórico de formação da sociedade pós-moderna pode ser analisado desde a constatação de que tudo aquilo que se chama de pós-moderno é, na verdade, conseqüência do que foi construído na modernidade. Assim, esta sociedade a qual estamos adstritos é uma sociedade que se formou desde as bases racionais da modernidade, substituindo a cultura da força e da metafísica pela razão instrumental e operativa da modernidade. O que faz do homem um ser moderno é a razão. Uma das coisas que faz do homem um ser pós-moderno é a impossibilidade de a razão trazer segurança e a felicidade que foram prometidas.

A pós-modernidade é insegura porque o vínculo formado com o futuro é um vínculo que privilegia a incerteza por desconhecimento no tempo presente das infinitas conseqüências que podem atingir a humanidade, em razão de atos praticados pelo Homem.

A sociedade pós-moderna é uma sociedade do risco, na medida em que o discurso que vincula o futuro como conseqüência do presente desenvolve um olhar incerto acerca da relação causa e conseqüência, presente e futuro.

No mais, esta sociedade é um lócus excludente, na medida em que as pessoas que se movem no espaço social - guiadas por um individualismo natural nos tempos que correm - optam por desconhecer os problemas e os modos de viver de uma massa de pessoas que não fazem parte das realidades e das engrenagens deles próprios.

O mundo divide-se entre incluídos e excluídos, e os benefícios da modernidade não os atingem na mesma proporção, assim como as condições pós-

modernas são divergentes se se toma o homem do centro do mundo e aquele condenado à periferia excludente da pós-modernidade.

Neste contexto, avulta a preocupação acerca de que discurso jurídico pode ser levado a efeito.

O direito, ou o discurso jurídico, pode ser compreendido como uma narrativa social. Como uma forma de vincular o homem ao território – levando-se em consideração a sua história e a sua cultura. A dispersão cultural que a globalidade provoca causa profundas conseqüências no discurso jurídico, na medida em que ele deixa de ser um discurso de unidade e passa a ser um discurso periférico, em razão da impossibilidade de se ver reconhecido como narrativa de uma realidade que abarque a todos.

A pós-modernidade é fragmentada. Como garantir um discurso jurídico que não seja fragmentando? E em sendo fragmentado este discurso, esta fragmentação não representa a negação do próprio discurso jurídico?

A fragilidade do pensamento unitário pós-moderno é uma fragilidade herdada da insegurança causada pela perda de controle do modo de viver – que por sua vez se radicaliza em razão de uma estrutura de vida individualista em voga na pós-modernidade.

O resultado é uma dificuldade em se apresentar um direito que seja unificador de desejos e projetos, e conseqüentemente que esteja vinculado a uma estrutura cultural e antropológica.

A dispersão pós-moderna - de par com a privatização dos espaços - fornece um modelo de direito que não cumpre nenhuma das pautas de direito que a modernidade indicou. Não trabalha para a redução das desigualdades, não é fruto

da sociedade amplamente considerada, nem é fruto de um projeto do qual façam parte todos os seguimentos da sociedade.

Dentre as possibilidades discursivas, certamente uma compreensão herdada da modernidade se faz fundamental. A sobreviver à compreensão disjuntiva de discurso social que o olhar pós-moderno impõe, o direito caminhará para a privatização. Ou seja, ao revés de discurso do Estado, preservado as fontes plurais de compreensão do direito, a sociedade estará diante do direito do acordo, do direito do contrato e dos árbitros. O lugar do direito estará usurpado pelo mercado e definitivamente colonizado pela lógica neoliberal. O que fazer?

O discurso jurídico deve retornar ao lugar da força. O discurso jurídico deve ser positivo e estatal, revelado não pela dispersão da comunidade, mas construído, desde a pluralidade, por uma conjugação de forças representadas pelo Estado.

Só haverá direito para enfrentar as forças neoliberais a partir da compreensão de que o direito precisa ser fruto do Estado. Direito só pode ser visto como discurso estatal, como discurso de força preservados os lugares da legitimidade.

Neste mister, o discurso do direito ambiental deverá ser, necessariamente um discurso positivo e dogmático. Um discurso estatal que, preservando o pluralismo jurídico permanece forte na crença da necessidade do Estado.

A pós-modernidade não é um lugar da preservação ambiental. O neoliberalismo, e conseqüentemente o mercado vêem no ambiente um instrumento de realização do lucro. Esta realização de lucros afirma-se para muito além da obrigação de preservação ambiental seja ela ética ou jurídica. O próprio direito é lido através da sua análise econômica. É na contemporaneidade que o mundo se vê

mais ameaçado. É nos tempos que correm que a sociedade é mais poluente e o direito ambiental se torna menos eficaz na preservação da natureza.

A lógica do mercado não permite tratar na natureza como objeto de uma norma ética, mas sim como objeto de equações econômicas que visam o lucro e o acúmulo – mesmo em detrimento do ambiente.

A compreensão moderna de direito como categoria dogmática é necessária para a afirmação do direito ao ambiente e conseqüente salvaguarda do ambiente na pós-modernidade. Sem o fortalecimento do Estado e sem compreensões dogmáticas não será possível proteger o ambiente das agressões oriundas do mercado e de um modo de viver individualista e excludente.

O pensamento dogmático é uma forma de compreender o direito em bases científicas e relativamente certas e seguras, transformando a proteção do ambiente através do direito em algo concreto e possível, tudo pensado desde o fortalecimento do Estado.

Esta forma de pensar o discurso jurídico ambiental como um discurso dogmático torna o direito ao ambiente não o cego retorno ao direito pré-moderno, mas uma utilização pensada de categorias modernas, aproximando-as das necessidades geradas por uma realidade pós-moderna.

O próprio pensar do direito como dogmática pressupõe não a velha dogmática gerada na pré-modernidade, e utilizada juntamente com as compreensões modernas de direito.

A utilidade do direito como dogmática se constata em razão da necessidade de um discurso jurídico que se assuma como protetor de bens que se tornam jurídicos em razão de opções políticas. Ou seja, o direito precisa ser eficaz, e

a eficácia do direito, na pós-modernidade, está garantida pela dogmática e não pela *overdose* de zetética vislumbrada no final da modernidade.

De outro lanço, as mudanças ocorridas na sociedade apontam para uma impossibilidade de compreender o direito dogmático sem que se reconheçam as diferenciações da sociedade impostas pelos tempos que correm. Neste aspecto, a dogmática utilizável para preservar o ambiente deve ser a dogmática que melhor capte estas modificações estruturais da sociedade. Neste sentido, a dogmática evolui para uma tridimensionalidade que importa em uma compreensão do dogmaticamente aceito como algo que remonte ao empírico, ao analítico e ao normativo.

A dogmática aceita uma janela zetética corroborando o pensamento segundo o qual as esferas de proteção dos bens jurídicos através do direito e a construção de um discurso dogmático não devem se ater apenas ao legal, ao jurisprudencial e ao elemento descritivo da sociedade. Trata-se de uma visão dogmática decorrente de uma fusão – ao menos no campo da dogmática normativa – com a zetética.

Dentre as estratégias de preservação ambiental através do direito que são possíveis, uma deles é a assunção à categoria de direito fundamental do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Os direitos fundamentais são garantias contra-majoritárias que se constroem como exercícios de direitos que se revelam possíveis desde a compreensão dogmática. Direitos fundamentais são categorias dogmáticas, e, como tão possuem toda uma estrutura dogmática que os justifique.

Pensar o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como um direito fundamental significa vê-lo como uma categoria dogmática que só é possível a partir de um discurso constitucional vinculado a enunciado normativo e a norma de matriz constitucional.

A proteção ao ambiente ecologicamente equilibrado encontra positivação constitucional a partir do artigo 225 e seus parágrafos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Desde a entrada em vigor do texto constitucional não há mais dúvidas acerca da tutela constitucional do ambiente, e nem dúvidas acerca da realidade positivo-constitucional implicar[1] na especial compreensão do ambiente como um bem constitucionalmente protegido, além de um valor irradiante para as demais dimensões jurídico-positivas.

Não obstante a clareza do texto e o acolhimento da técnica Legislativo-constitucional de positivação das normas atinentes ao ambiente em capítulo próprio, o texto pouco diz acerca da natureza jurídica do postulado, e das conseqüências jurídicas efetivas de tal positivação. As interrogações são muitas, mas poderiam ser sintetizadas desta maneira: trata-se de uma norma meramente programática[2] que apenas impõe condutas aos administradores e aos legisladores, sem gerar

---

[1] Dentre outros, BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília: Imprensa Nacional, n. 45, 1992, p. 47-80; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade do risco***.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, especialmente p. 125-131.

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, São Paulo: RT, n. 57-58, p. 233-256; ATALIBA, Geraldo. Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares. **Revista de Direito Público**, São Paulo: RT, n. 13, p. 35-44; SILVA, Vasco Pereira. Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional. Serviço nacional de saúde. Normas constitucionais programáticas. Imposições constitucionais. Inconstitucionalidade. **O Direito,** 1987, p. 397/433; DINIZ, Maria Helena. **A norma constitucional e seus efeitos.** São Paulo: Saraiva, 1989, especialmente p. 103; SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, especialmente p. 132; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 13. ed, p. 247; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**, São Paulo: Saraiva, 1990, especialmente p. 7. v. I; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, especialmente p. 1162; BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, especialmente p. 61-63; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996; GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, Rio de Janeiro: Forense, n. 4; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**, São Paulo: Max Limonad, 1999; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas:** normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: RT, 2001.

quaisquer direitos individuais ou coletivos? Ou trata-se de uma norma dirigente[3] que obriga – mesmo considerando a separação de poderes – o Legislativo a elaborar leis que tornem efetivo este direito e esta proteção anunciada ao bem jurídico ambiente?

Uma outra linha argumentativa forte – para diferenciar das fracas já mencionadas - está baseada na percepção de tal dispositivo constitucional como um enunciado normativo de direito fundamental[4] que contém uma norma de direito fundamental não atributiva de um direito subjetivo, e, portanto, sem a possibilidade de ser judicializável por parte dos cidadãos ou das entidades legitimadas infraconstitucionalmente por intermédio de leis processuais especiais. Seria o caso de uma norma de direito fundamental a gerar efeitos apenas na dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais.[5] Uma tal teoria justificaria deveres constitucionais[6] (ou fundamentais) ambientais e não direitos fundamentais ambientais decorrentes do enunciado normativo do artigo 225.

Outra hipótese seria perceber de tal enunciado normativo uma atribuição a um titular legitimado de um direito subjetivo fundamental ao ambiente, no todo judicializável sem a necessidade de atribuição infraconstitucional de uma posição

---

[3] O sentido de norma dirigente utilizado no texto não é sinônimo de norma programática, mas sim de norma que, embora possuindo um programa, ou constituindo-se em uma norma tarefa, obriga o Legislativo a concretizar seu conteúdo, possuindo o efeito de dirigir a produção de normas infraconstitucionais para uma determinada direção que se constitui naquela indicada pelo constituinte originário. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Lisboa: Coimbra ed., 2001.

[4] Para a diferenciação entre enunciado normativo de direito funedamental e norma de direito fundamental, Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 50-55.

[5] Sobre a dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.145-215; ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p.138-155; NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 59-95; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, especialmente p. 133 a 173.

[6] Acerca da diferenciação entre direitos e deveres constitucionais, e/ou fundamentais, Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377-537, especialmente p. 377, 527 e 530.

jurídica correspondente a um dever contraposto. Neste caso estar-se-ia diante de um direito fundamental fora do catálogo e não encartável – em seu todo - no conceito de direitos, liberdades e garantias, nem tampouco enquandrável dentre a estrutura de direitos a prestações do Estado Social. Seria algo como um direito fundamental de terceira geração[7] de contornos imprecisos, o que não dispensaria também uma dimensão objetiva que irradiasse deveres fundamentais.

A compreensão do enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 como uma norma de cunho programático – desde que aceito o conceito e a existência de normas desta natureza[8] – impõe uma solução teórica mais simples para o problema da natureza jurídica da positivação do bem jurídico ambiental, mas traz como conseqüência repercussões gravíssimas para a proteção do bem jurídico ambiente. A utilização do texto como mero *standart* jurídico no todo carente de normatividade causa um déficit na realização da proteção ambiental, o que joga em desfavor da aceitação desta concepção se o objetivo é uma solução dogmático-jurídico-constitucional apta a uma preservação mais eficaz do bem jurídico. A opção pela ausência de normatividade do artigo 225 da Constituição Federal reduziria a norma constitucional a mero dispositivo carente de efetividade.

A idéia de uma norma que impõe ao legislador uma determinada conduta – *ipso facto* a de proteger o ambiente – tem se revelado carente de efeitos

---

[7] Reconhecendo tratar-se de direito fundamental de 3ª. geração ou 3ª. dimensão, no Brasil, dentre muito, BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 13. ed, p. 569, e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 54.

[8] Importante deixar claro o que se denomina de norma constitucional programática. O termo é aqui utilizado para fazer referência a um tal tipo de normas que tiveram seu apogeu no constitucionalismo de Weimar. São normas que insculpem um programa e que não trazem vinculatividade e – por isso – melhor é chamá-las de enunciados normativos programáticos. Embora grande parte da doutrina defenda a existência de um tipo de norma programática plena de vinculatividade e força normativa, não é deste conceito que se trata aqui. Sobre a "morte" das normas programáticas no sentido do constitucionalismo de Weimar, Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1162.

concretos. Duas barreiras se demonstram intransponíveis: a ausência de unicidade de sentido para o texto constitucional que permita o direcionamento do Legislativo a um só sentido; e a independência do legislador – arrimado no princípio do Estado democrático de direito a impedir a minoração das suas margens de escolha.[9]

Desta maneira, as compreensões da norma constitucional como meramente programática ou meramente diretiva do legislador infraconstitucional[10] e da administração pública têm obtido como resposta a não serventia da norma em seu desiderato protetivo, e o abandono do sentido de proteção do bem jurídico constitucionalmente protegido em razão da inoperância de tais programas ou direcionamentos constitucionalmente dados e de vinculação rarefeita no plano prático.

Restam então duas compreensões da norma posta pelo enunciado do artigo 225 da CF/88. Ambas tomam-na como um instituto de proteção efetiva a um bem escolhido pelo constituinte originário. A primeira possibilidade é tomar o enunciado normativo como atributivo de um direito subjetivo fundamental[11], e a segunda é tomá-lo como uma norma de direito fundamental não atributiva de um direito subjetivo, mas imersa na dimensão objetiva de uma norma de direito

---

[9] No sentido de reconhecer tais problemas para a concepção da Constituição dirigente, e mais ainda, no sentido de perceber um déficit espistêmico de programaticidade, além de um vício que denomina de má utopia do sujeito projetante, Cf. o prefácio à 2. ed. de CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Lisboa: Coimbra Ed, 2001, p. 5 a 30.

[10] Toda norma tem um âmbito de programaticidade e propõem um conjunto de tarefas. A norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 assim o é. Entretanto, não se trata de uma norma exclusivamente programática, ou exclusivamente dirigente – com capacidade de impor tarefas ao Legislativo. Trata-se de uma norma com dimensão objetiva e subjetiva que ao revés de apresentar um programa – ou impor deveres ao Legislativo, preserva ambas as funções, agregando a estas duas demais efeitos, objetivos e conseqüências da atribuição de um direito subjetivo.

[11] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Lisboa: Coimbra Editora, 2004, p.177-189, especialmente p. 184 e 186.

fundamental[12]. Em outras palavras: resta conceber o enunciado normativo do artigo 225 da CF brasileira como uma norma de direito fundamental, e, em seguida, encontrar respostas para a pergunta se trata, ou não de norma de direito fundamental atributiva de direitos fundamentais.

Ambas as concepções partem de um lugar comum: As normas de direito fundamental têm eficácia objetiva,[13] e impõem obrigações aos poderes públicos e à coletividade. Resta, então a definição se tal norma advinda do enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 traz consigo, ou não, a atribuição de um direito subjetivo fundamental.

A primeira hipótese implica em diversos pressupostos e traz consigo embutidas inúmeras conseqüências. Um pressuposto latente é o de que existem normas de direitos fundamentais que não atribuem direitos fundamentais e que, não obstante possuam eficácia e programas normativos e vinculem os demais poderes públicos e as entidades privadas, não possuem conteúdo judicializável[14] nos mesmos moldes das normas que criam direitos fundamentais.

Este pressuposto apenas se sustenta se acolhidas forem duas compreensões: A primeira é a de que enunciado normativo e norma são dois institutos distintos[15], e a segunda é a de que o direito objetivo não é a contrapartida do direito subjetivo.

---

[12] CANOTILHO, J.J. Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: **Estudos em homenagem a José Afonso da Silva.** São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101-110, especialmente p. 107.

[13] Sobre o sentido desta dimensão objetiva, especialmente ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p.138-155.

[14] Uma norma é judicializável quando é vinculante. Ou seja, quando sua vulneração pode ser estabelecida por um Tribunal. Neste sentido, Cf. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, 37-38.

[15] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 50 e ss.

As conseqüências *a priori* vislumbradas são de duas ordens. A primeira conseqüência é a percepção do artigo 225 da CF/88 como uma norma de eficácia meramente objetiva.

Ao perceber o pré-falado artigo sob esta base, vê-se que tal norma implica em um dever para os Poderes Públicos e para a coletividade. Este dever pode ser exigível judicialmente, muito embora não possa ser objeto de demanda tendo por pressuposto qualquer direito subjetivo.[16] A judicialização de um direito ao ambiente dar-se-ia de forma diferida, como uma cobrança feita pela sociedade em relação às omissões estatais prejudiciais ao ambiente e agressoras do bem jurídico constitucionalmente protegido. Restaria discutir se – no caso brasileiro – a cobrança judicial destas omissões caberia à sociedade ou ao indivíduo, em face do particular ou em face do Estado, e a partir de que instrumento processual. Seria – talvez – mais correto falar neste caso de dever fundamental de preservação ambiental, ao invés de direito fundamental ao ambiente.

A segunda conseqüência desta primeira linha argumentativa é necessidade do enfrentamento de duas questões que se encontram também no caminho da constatação da norma constitucional como atributiva de direitos subjetivos: O comando normativo do artigo 225 submete-se às restrições quando da colisão com outros direitos ou outras normas de dimensão meramente objetiva do texto constitucional que protegem outros bens e valores?[17] E a outra questão: Qual o

---

[16] A questão fulcral repousa em saber se o direito ao ambiente constitucionalmente posto refere-se a uma pauta de direitos, no sentido da busca de sua realização través de ações judiciais, ou se se refere a uma pauta de deveres e obrigações de natureza ampla.

[17] Acerca destas restrições aos Direitos Fundamentais veja-se BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, especialmente p. 65-107; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, especialmente p. 267-331, e, por todos, NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

efeito de irradiação horizontal que tais normas geram para outros ramos do direito?[18] Dito de outro modo, qual o âmbito da eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais não atributivas de direitos subjetivos e qual sua amplitude?[19]

Estas duas últimas questões também hão de fazer parte do glossário léxico-jurídico que surge da segunda alternativa.

Da segunda hipótese, várias conseqüências se impõem: a primeira delas reside no fato de que, para perceber do artigo 225 da CF/88 o caráter de norma atributiva de direito fundamental faz-se mister conceituar tal direito fundamental no intento de saber se os elementos constitutivos de tal conceito permitem ou não tratar o artigo mencionado como atributivo de um tal.

Já surgiu como pressuposto da dualidade argumentativa apresentada a constatação de que há normas de direito fundamental que não atribuem um direito fundamental a um titular. Pois bem. Resta como conseqüência definir do que se fala quando se fala em direito subjetivo e quais os requisitos que fazem deste mesmo direito subjetivo um direito subjetivo fundamental.[20] Quais os elementos caracterizadores formais e matérias que fazem de um direito subjetivo um direito fundamental, e como tais direitos se comportam dentre as possibilidades de um sistema de regras e princípios.

A seguinte conseqüência será estabelecer um teste de fundamentalidade que permita checar a norma do artigo 225 com o conceito formal e material de direito

---

[18] CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. **Direitos fundamentais e direito privado**. Lisboa: Almedina, 2003, p. 19.

[19] CANOTILHO, J. J. Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: **Estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, p. 109.

[20] A clássica concepção de direitos fundamentais os toma como direitos subjetivos públicos, na esteira do pensamento de Jellinek. A discussão acerca da possibilidade de os direitos fundamentais se caracterizarem por algo diferente que os permita serem utilizados por particulares em relações uns contra os outros deve ser buscada desde uma definição do que sejam direitos subjetivos.

fundamental para perceber se é caso ou não de um direito subjetivo de caráter fundamental.

Acaso o teste de fundamentalidade indique a plausibilidade da tese, faz-se mister resolver as mesmas duas questões atinentes à outra linha argumentativa primeiramente explorada. Como se comporta o direito fundamental ao ambiente em razão dos inúmeros confrontos com outros direitos fundamentais e outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos?

E a segunda interrogação: Qual a amplitude do efeito de irradiação horizontal (eficácia horizontal) do direito fundamental ao ambiente? Quais os seus contornos em interface com o direito privado?

Por fim, se a tese de que o artigo 225 da CF/88 estabelece um direito fundamental ao ambiente permitir sustentação teórica dentro de uma estrutura dogmática razoavelmente coerente, outra conseqüência surgirá: A necessária demonstração de quais os instrumentos constitucionais e legais aptos à garantia deste mesmo direito fundamental no âmbito da jurisdição.

Se como uma característica da fundamentalidade do direito ao ambiente surge a sua justiciabilidade[21], natural que uma qualquer teoria que argumente a sua operatividade proponha um rol de possibilidades processuais de defesa do conteúdo deste direito fundamental, e do bem constitucionalmente protegido em juízo.[22]

A conseqüência natural de um tal direito fundamental ao ambiente é que ele possa ser tutelado mediante decisões judiciais as quais se socorrem os particulares e a sociedade civil em busca da preservação de seu direito.

---

[21] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 42.

[22] Cf. MIRRA, Álvaro Luiz Valerry**. L´action civile publique du droit brésilien et la reparation dudommage causé à l´evironnement.** Estrasburgo, França. Dissertação de Mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito de Estrasburgo, 1997; BENJAMIN, Antônio Hermann de V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. In: **Textos, ambiente e consumo.** Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996, v. 1, p. 277-351.

A tese segundo a qual o direito ao ambiente previsto no artigo 225, e seus parágrafos da CF/88 é um direito fundamental não é de cristalina clareza. Tampouco é inútil. Mas a sua comprovação carece de pressupostos e de comprovações no interior da dogmática[23] que são fruto de longo e extenso caminho argumentativo. O sentido deste pequeno escrito é apenas o de levantar problemas, e preparar a marcha rumo a uma solução contemporaneamente adequada.

A constitucionalização do ambiente como bem jurídico e valor irradiante para toda a ordem jurídica brasileira, e também determinante de tarefas para a coletividade e para o Poder Público vem prevista no pré-falado artigo 225 da CF/88 e com a seguinte redação: *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*.

O enunciado normativo do artigo 225 estabelece uma norma jurídica que joga a função dogmática de significado do texto. O enunciado também é um enunciado deôntico, na medida em que estabelece o dever de defender e preservar o meio ambiente à coletividade e ao Poder Público. Dito de outra maneira, o

[23] A dogmática a que se faz referência aqui esta pautada no modelo Ralf Dreier – Robert Alexy, e a toma como estrutura tridimensional composta de três atividades ou dimensões: A dimensão empírica, a dimensão normativa e a dimensão analítica. A dimensão empírica revela-se através dos textos legais, dos fatos e das decisões judiciais. A dimensão analítica demonstra-se a partir dos conceitos da doutrina que dão clareza interpretativa aos fatos, e a dimensão normativa diz com o espaço para o embate argumentativo que dá sentido aos conceitos e aos dados empíricos. Qualquer atividade dogmática apenas pode se revelar a partir destas três dimensões que terminam por compor um conhecimento científico-jurídico. Cf. DREIER, Ralf. **Derecho y justicia**. Santa Fé de Bogotá: Themis, 1994; ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica.** Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998.

enunciado normativo estabelece algo que *deve ser o caso* e, portanto estabelece uma norma jurídica de dever ser.[24]

Em um sentido fraco para o enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 não há norma correspondente ao enunciado normativo, mas mera declaração de intenções. Ao tomar o enunciado normativo como uma norma programática - que estabelece a mera intenção do constituinte de ver o ambiente preservado, refletindo um mero valor em voga ao tempo da redação do Texto constitucional - a normatividade é substituída pela mera exortação dos Poderes Públicos e da coletividade.[25] Neste sentido fraco, o enunciado normativo emitiria mero *standart* jurídico, exortação moral, declarações, promessas ou apelo ao legislador. Mero valor ou programa futuro de força duvidosa e carente de qualquer justiciabilidade. Do texto não adviria uma norma, mas mero planejamento.

É mesmo questionável a existência de um tal tipo de enunciados normativos constitucionais que neguem o próprio conceito de enunciado deôntico[26] e que não estabeleçam uma qualquer norma jurídica, compreendida esta no sentido de uma imposição de um dever ser determinado pela sua força intrínseca. A norma programática (neste sentido melhor seria enunciado normativo programático) substitui o conceito de norma pelo conceito de declaração, estabelece a categoria de indicativos para a normatividade futura, e abandona a força normativa do enunciado normativo constitucional, criando uma categoria de mera declaração. É no todo

---

[24] O que diferencia uma norma ética de uma norma técnica é mesmo a diferença entre a perspectiva descritiva e a prescritiva, portanto, ser uma norma de dever ser é da essência das normas éticas. Não se trata de um *plus,* mas um pressuposto da própria norma.

[25] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 62.

[26] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 63.

incoerente a concepção de enunciados normativos dos quais não advenham quaisquer normas.

A existência de uma norma constitucional programática não sobrevive às tendências contemporâneas da teoria da Constituição, já que a normatividade – com sentido de obrigatoriedade que gera a vinculatividade dos Poderes Públicos e da coletividade - é a característica mais expressiva de um mandamento constitucional.[27] Dito de outro modo, apenas com a previsão de normas constitucionais que possam vincular os Poderes Públicos e a coletividade e que tenham força normativa plena, é possível estabelecer um papel hierarquicamente superior para a Constituição. É o próprio princípio da supremacia da Constituição que entra em cheque com as normas constitucionais programáticas.

Se tal não fosse assim, a compreensão do artigo constitucional preservativo do ambiente ecologicamente equilibrado ficaria restrita a mera exortação da coletividade e dos Poderes Públicos para a preservação dos valores ambientais. Não haveria qualquer vinculação do legislador ou do Estado, mas apenas a constitucionalização de uma declaração exortativa recheada de bons presságios ou de meras intenções benevolentes. Não é assim!

Não é este o sentido (e por isso aqui é dito sentido fraco) do enunciado normativo do artigo 225, uma vez que não se constitui em norma programática, em razão de estar apto a realizar e a exercer sua força vinculante como expressão da sua força normativa intrínseca.

Em um outro sentido, também dito fraco, porém mais forte que o anterior, a força normativa do artigo 225 da CF/88 resumir-se-ia à vinculação do legislador. A

[27] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, p. 1162.

norma teria o sentido de dirigir as atuações legislativas, trabalhando como um programa constitucional no que pertine a atuação do Estado – através do Legislativo - em relação ao bem jurídico ambiente. A norma estaria associada à idéia de programa dirigente, imerso em um conceito de Constituição dirigente.[28]

Na Constituição Federal Brasileira de 1988 não é possível identificar um plano de ação estatal, ou um modelo de Constituição que indique uma direção única e uma linha de atuação a ser seguida pela sociedade e pelos Poderes Públicos.[29] A pluralidade de compreensões do fenômeno constitucional e a hiper-complexidade dos espaços sociais que ela rege impedem qualquer compreensão dos enunciados normativos nela contidos como expressão de um programa único, ou justificáveis com base em uma teoria única acerca do sentido e do objetivo do texto constitucional. [30]

Não é possível conceber a Constituição unicamente sob pré-compreensões liberais, nem sob pré-compreensões sociais ou democráticas. Nem interpretar seu conteúdo desde um pensar institucionalista ou axiológico. Toda uma gama de tensões entre as três concepções político-normativas, com o acréscimo de novos *topoi* fruto da hiper-complexidade do tempo presente, e a tudo somadas algumas tendências socialistas e outras neoliberais fizeram do texto um amálgama de projetos, desejos e concepções que tornam impossível a compreensão de um

---

[28] Sobre o conceito de Constituição dirigente Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Lisboa: Coimbra Ed., 2001. Revendo, ou negando, o conceito e a operatividade da Constituição dirigente, Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,** São Paulo: RT, 1996, n. 15, p 7-17.

[29] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 79.

[30] Acerca das Teorias sobre Direitos Fundamentais, que se constituem em verdadeiras teorias constitucionais, por todos Cf. BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993.

único programa normativo que possa indicar uma única compreensão constitucionalmente adequada.[31]

Não obstante a ausência de um programa normativo-constitucional único, a impossibilidade de fazer valer tal programa, carente de aplicabilidade imediata e de força normativa expressa na judiciabilidade decorrente da vinculatividade, fazem com que a concepção do artigo como programa dirigente revele uma eficácia diminuta.

Neste sentido, a independência dos Poderes, e a justificativa da legitimidade dos desígnios da maioria (princípio democrático) sobre a força meramente declarativa de preceitos de baixa normatividade, jogam contra a eficácia da vinculatividade de uma norma, compreendida apenas como instrumento de direção e de afirmação de um programa.[32]

A não consagração de um dever jurídico, ou de um direito judicializável nas normas constitucionais, fazem delas meras declarações frente a um Legislativo e um executivo sempre dispostos a brandirem a bandeira da sua independência, seja a independência diante do constituinte de outrora, seja diante do Judiciário e do Tribunal Constitucional de hoje.

Esta concepção da natureza do mandamento constitucional que protege o bem jurídico ambiente ecologicamente equilibrado revela um resultado similar ao do

---

[31] Em razão da hiper-complexidade da sociedade na qual vigem os textos constitucionais, e em razão de um dinamismo social que torna as constituições dirigentes um tanto tiranas, talvez o mais correto seja realizar um conceito de contemporaneamente adequado, ao revés de constitucionalmente adequado. Contemporaneamente adequada seria a Constituição que conseguisse reconhecer a hiper-complexidade do tempo presente sem dissolver-se na ausência de juridicidade, e que pudesse significar um aporte na defesa dos hipossuficientes contra o mercado de globalização neoliberal.

[32] Há uma eterna tensão entre democracia e direitos que não pode ser rompida por um jogo de linguagem e nem tampouco por uma intenção revolucionária e popular positivada. A tensão é inerente à sociedade e não se dissolve. Neste sentido, Cf. MOUFFE, Chantal. **La paradoja democrática.** Barcelona: Gedisa, 2003, especialmente p. 40.

sentido fraco anteriormente posto (a compreensão enquanto norma programática). No entanto, diz-se sentido menos fraco por que a não operatividade da sua vinculação aos poderes públicos e à coletividade, como norma-dirigente ou norma-programa, não invalida o conceito, e nem a sua compreensão como enunciado normativo que impõe uma conduta a todos, inclusive ao legislador. A compreensão do enunciado normativo como vetor de um programa normativo-constitucional invalida-se em parte pela dificuldade de se estabelecer qual o programa constitucionalmente posto, dado o pluralismo latente do texto constitucional, mas permite a compreensão de que alguma diretiva consensual desborda deste pluralismo, permitindo a imposição de obrigações aos poderes constituintes, inclusive ao legislador. De outro lanço, a imposição de uma individualidade do Legislativo – que se configura em uma *"desobediência aos direitos autorizada pelo princípio democrático"* não invalida a presunção de conformação dos atos legislativos aos preceitos constitucionais. Esta tal função pode ser resgatada por ambos os sentidos ditos fortes da compreensão possível de tais normas constitucionais.

O dirigismo e o âmbito de programaticidade da norma também vão estar presentes quando o enunciado normativo do artigo 225 é concebido como fonte de uma norma de direito fundamental de dimensões objetivas e/ou subjetivas, e que são os dois sentidos aqui ditos sentidos fortes.[33]

[33] Toda norma jurídica – por maior razão ainda as normas constitucionais – tem um âmbito de programaticidade e de dirigismo que é latente, e que se coaduna com o próprio conceito de norma, enquanto dever ser, pleno de vinculatividade, hierarquia e justiciabilidade. Afastar as interpretações que tomam o enunciado normativo do artigo 225 como de natureza meramente programática ou meramente vinculante para o legislador não retira o âmbito de programaticidade e o seu efeito de norma vinculante para o legislador. Tal apenas demonstra que a norma é algo mais do que simplesmente norma sobre normas.

Ambos os sentidos fortes partem de dois pressupostos comuns: o primeiro pressuposto é de que o enunciado normativo do artigo 225 é um enunciado normativo de direito fundamental que estabelece uma norma de direito fundamental. O segundo pressuposto, que é consectário do primeiro, é que a norma que surge do enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 é auto-aplicável e de eficácia plena, o que significa plena normatividade e vinculatividade absoluta.

Estabelecer uma norma de direito fundamental não é o mesmo que estabelecer um direito fundamental. Todas as vezes que há um direito fundamental existe uma norma de direito fundamental que lhe dá suporte, mas nem toda norma de direito fundamental atribui um direito fundamental.[34] Há uma tríade conceitual que aponta para o vetor enunciado normativo de direito fundamental → norma de direito fundamental → direito fundamental.

O enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 é um enunciado normativo de direito fundamental uma vez que estabelece uma norma de direito fundamental. A constatação aponta para uma pergunta: O que faz com que o enunciado do artigo 225 seja um enunciado de direito fundamental? A afirmação de que tal enunciado é um enunciado de direito fundamental por que expressa uma norma de direito fundamental, leva a uma tautologia, se admitida a tese de que o que faz da norma jurídica ser uma norma de direito fundamental é também ser justa-posta por um enunciado normativo de direito fundamental.

Uma opção teórica para resolver o problema da fundamentalidade das disposições normativas é considerar que apenas as normas que forem decorrentes de enunciados normativos constantes do rol de direitos fundamentais expressos na

[34] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 47.

Constituição são consideradas normas de direito fundamental.[35] Disto decorrem dois problemas:

O primeiro deles diz com a possibilidade de se encontrar enunciados normativos que não expressam normas de direitos fundamentais e que – malgrado este dado – encontram-se catalogados nos róis dos artigos que expressam normas de direito fundamental[36]. No caso da CF/88 os artigos 5º, 6º e 7º.

O segundo problema consiste na possibilidade de existirem enunciados normativos que expressam normas de direito fundamental, atributivas ou não de direitos subjetivos fundamentais dispersas em outras partes do texto constitucional, ou até mesmo fora do texto.[37]

No tocante ao primeiro dos problemas urge perceber que tal concepção desborda para uma compreensão meramente topográfica das normas de direitos fundamentais trazendo consigo toda a carga da ausência de conteúdo material para a constatação da fundamentalidade de uma norma ou de um direito.

A constatação de que são apenas normas de direitos fundamentais aquelas estabelecidas nos róis dos artigos indicativos de direitos retira (ou permite a

---

[35] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 63.

[36] Para MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 162 e ss. v. 4, os direitos fundamentais previstos no catálogo são formalmente fundamentais e materialmente fundamentais. Já para CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, p. 406, o que existe é uma presunção de fundamentalidade, que indica serem os direitos elencados nos róis de normas constitucionais formalmente fundamentais e materialmente fundamentais; Para ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 73, é possível que existam direitos formalmente fundamentais que não sejam materialmente fundamentais.

[37] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 71 e ss; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, p. 404 e ss; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 162 e ss. v. 4; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 86 e ss.

retirada de) todas as cargas cultural, histórica e racional dos direitos fundamentais – atributivas de fundamentalidade material – e deixa as normas de direitos fundamentais conceitualmente presas às opções constituintes.[38]

O só fato de ter havido uma inserção de um enunciado normativo por parte do constituinte não pode ter o condão de dotar um privilégio – ou um direito culturalmente, racionalmente e historicamente não fundamental - de tal natureza.

Quanto ao segundo problema – enunciados normativos que estão fora dos róis mencionados e que são normas de direitos fundamentais – a tese da mera catalogação também não responde a contento às interrogações.

No caso da CF/88 questões sensivelmente essenciais, ou dito de outro modo, normas intuitivamente fundamentais, como o direito à anterioridade tributária, o direito a constituir família, e outros mais (para não citar de logo o direito ao ambiente) ficariam de fora da conceituação de direitos fundamentais, uma vez que os enunciados normativos vetoriais das normas atributivas destes direitos subjetivos estão topograficamente fora dos róis dos artigos 5º, 6º e 7º.[39]

Não fora o bastante este argumento, a cláusula de abertura de materialidade, disposta no artigo 5º, § 2º afirma que *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos*

---

[38] Embora não concordando com a desconsideração da fundamentalidade de normas incluídas nos róis de normas de direitos fundamentais, MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 07-51. v. 4, demonstra que ao tratar-se de direitos fundamentais se está a considerar uma construção histórica que tem sua base na evolução natural da espécie humana.

[39] O STF, em 15/12/93, no julgamento da ADIN 939/DF, relator Min. Sidney Sanches, e posteriormente no julgamento da ADIN 1.497/DF rel. Min. Carlos Velloso, admitiu que o princípio da anterioridade mencionado no artigo 150, III "b" da CF/88 é um direito fundamental, e que, portanto, a norma que o atribui é uma norma de direito fundamental. Como conseqüência ficam estendidos à norma fixadora da anterioridade tributária os efeitos da norma do artigo 60, § 4º que torna cláusula pétrea os direitos e garantias individuais.

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a república federativa do Brasil seja parte.

A cláusula de abertura permite que direitos e garantias sejam encontrados também fora da Constituição, escritos ou não escritos, decorrentes ou implícitos, e também positivados em tratados internacionais. Tal cláusula de abertura, ao permitir a constatação de enunciados normativos fundamentais em outros textos legais – os tratados – e até mesmo não escritos, legitimou, *ipso facto*, a possibilidade de outros enunciados normativos de direitos fundamentais serem encontrados fora dos róis dos mencionados artigos.

Deste modo, a tese de que são apenas enunciados normativos aqueles previstos no rol atributivo de direitos fundamentais dos artigos 5º, 6º, e 7º não tem o alcance que a princípio parece ter.

É preciso trilhar o caminho inverso. O que designa o qualificativo de fundamental é a norma e não o enunciado normativo. Aplicando-se o teste de fundamentalidade segundo o qual a norma que exsurge do enunciado do artigo será uma norma de direito fundamental a partir do reconhecimento de critérios materiais e formais, constata-se a fundamentalidade da norma, e, por via de conseqüência, a fundamentalidade do enunciado normativo que a expressa. Se a norma pode ser justificada a partir de tais critérios materiais e formais ela será uma norma de direito fundamental, e logo o enunciado normativo será também um enunciado de direito fundamental. Dito de outro modo é a norma de direito fundamental que dá natureza ao enunciado normativo, e não o enunciado normativo que caracteriza a norma.[40]

[40] O enunciado normativo é apenas um item empírico que por si só não se constitui em direito fundamental e não é representativo de uma norma de direito fundamental. È preciso mais que a enunciação legal de um postulado para a caracterização de um direito fundamental. Questões

Acaso a norma que surge do enunciado normativo do artigo 225 seja uma norma de direito fundamental, o enunciado terá igual natureza.

A resolução do primeiro pressuposto a fundamentar as duas versões fortes da teoria do papel que joga o enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 intrinca-se com a constatação da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material das normas expressas por este enunciado. Se se tratarem de normas materialmente fundamentais ou normas formalmente fundamentais estas serão normas de direito fundamental.[41]

O teste de formalidade diz com a constatação da inclusão do enunciado normativo no rol de direitos fundamentais, ou de sua decorrência em razão da cláusula de abertura. [42]

A qualidade de norma de direito fundamental vista sob esta perspectiva surge não apenas da sua inserção no catálogo de enunciados normativos que expressam normas de direito fundamental, mas também da decorrência de tais normas dos enunciados normativos dos róis mencionados.

A cláusula de abertura inserida no artigo 5º, § 2º permite a existência de outros direitos que sejam decorrentes dos enunciados normativos dos róis dos artigos 5º, 6º e 7º e também outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela CF/88.

---

normativas não podem ser resolvidas com espeque apenas no enunciado normativo, e demandam uma outra caracterização que trafega no plano da normatividade expressa pelo enunciado.

[41] Note-se que isto não significa dizer que os direitos fundamentais são apenas direitos atribuídos por uma norma de direito fundamental que é expressa por um enunciado normativo fundamental. A própria constatação de que uma norma é de direito fundamental pressupõem todo o acúmulo da cultura e da história e também um embate de racionalidade que a caracteriza. No entanto, para que possa ser constitucionalmente operativa esta concepção de direito tem de se apoiar em uma teoria dogmática que lhe seja apta á consecução de resultados operativos. A materialidade das normas de direitos fundamentais representa o elo que liga toda a hiper-complexidade social ao direito, que, por esta razão, nada mais é do que um sistema aberto de regras e princípios.

[42] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 66.

Isto implica dizer que normas fora do catálogo que forem decorrentes do regime e dos princípios constitucionais serão normas de direitos fundamentais, uma vez que os direitos atribuídos por elas também serão fundamentais.

Neste sentido, o enunciado do artigo 225 da CF/88 é um enunciado normativo de direito fundamental se expressar uma norma que seja de direito fundamental em razão de sua decorrência do regime e dos princípios expressados na Constituição Federal. Se isso se der, o teste de formalidade tem resposta positiva.

O teste de materialidade tem haver com a justificação jusfundamental para a decorrência de tal norma do regime ou dos princípios constitucionais. Se for possível determinar que uma tal norma decorre dos princípios constitucionais ou do regime estabelecido pela Constituição, então o seu conteúdo é fundamental, o enunciado normativo que a expressa tem a mesma natureza e o direito subjetivo que a norma atribui é também um direito fundamental.[43]

A norma jurídica que impõe aos Poderes Públicos e à coletividade o dever de preservar o ambiente ecologicamente equilibrado é decorrente dos princípios constitucionais expressos ou implícitos no texto constitucional.

Não apenas os princípios designados e nominados no artigo 1º da CF/88 – soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político - compõem a categoria dogmática de princípios.

[43] O teste de materialidade diz com a consonância entre o conteúdo de uma norma de direitos fundamentais e os princípios constitucionais, sejam eles implícitos ou explícitos. Tal não implica em dotar o sistema constitucional de um mote fechado, mas de abrir o sistema – por intermédio das normas-princípio – aos embates da racionalidade e da historicidade.

Há diversos deles dissolvidos no texto como os princípios da legalidade, da igualdade, da liberdade, da anterioridade etc., que também devem ser tomados para o efeito de deles decorrerem normas de direitos fundamentais que estabeleçam direitos fundamentais não catalogados nos róis do Título II.[44]

Uma justificação de natureza fundamental será necessária para encartar normas fora do catálogo na categoria de normas de direito fundamental admitindo-se, como ponto de partida, a existência de princípios constitucionais fora do catálogo de princípios do artigo 1º[45], e dos quais podem decorrer normas de direito fundamental.

Por esta razão é possível justificar a natureza fundamental do enunciado normativo do artigo 225 da Constituição Federal admitindo-se que ele expressa uma norma de direito fundamental que assim o é em razão de ser decorrente dos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. O último constante do catálogo de princípios fundamentais da CF/88, e os dois primeiros insertos no texto fora do catálogo, mas que, nem por isso, deixam de ser princípios que fundamentam normas jusfundamentais.

---

[44] É possível constatar a existência de um princípio constitucional da proteção do bem ambiente, que rege o Estado do Bem Estar Ambiental, formatando o Estado Constitucional Ecológico. Um princípio implícito que desborda do artigo 225 da CF/88 e que dá o tom de uma moderna visão constitucional contemporaneamente adequada. Sobre a idéia de Estado Constitucional Ecológico Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: **Estudos em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101-110. Entretanto, como visto neste trabalho, o conceito que melhor se adeqüa ao Estado adjetivado ambientalmente, é o de Estado Democrático de Direitos Ambientais.

[45] Existem princípios implícitos ao catálogo de princípios fundamentais, e que mesmo não fazendo parte de um rol designativo de princípios fundamentais deles decorrem direitos fundamentais. É o caso do princípio da proteção ambiental.

A norma que surge do enunciado normativo do artigo 225, por uma justificação de natureza jusfundamental que a vê apoiada na dignidade da pessoa humana, na liberdade e na igualdade, é norma de direito fundamental.[46]

Tal constatação trabalha no sentido de reconhecer que a única diferenciação entre duas teses nominadas de teses fortes, para explicar o enunciado normativo do artigo 225 da CF/88, diz com a presença, ou ausência, de subjetividade atribuível a um determinado (ou indeterminado?) legitimado. A norma quando atribui um direito fundamental além de norma de direito fundamental com dimensão objetiva passa a ser uma norma de direito fundamental com dimensão subjetiva, e este é o único *plus* diferenciador.

O enfrentamento do segundo pressuposto – de que tais normas têm eficácia plena e aplicabilidade imediata[47] – retoma a questão das conseqüências que a fundamentalidade traz, e que faz com que tais normas abandonem o campo do dirigismo ou da mera programaticidade para irradiarem efeitos por todo o ordenamento jurídico, além de trabalharem como garantias contra-majoritárias.

O que diferencia a compreensão do enunciado normativo que protege o bem jurídico ambiente como um enunciado jusfundamental daquelas outras que o tomam como simples norma programática ou como norma meramente dirigente é

---

[46] A dignidade da pessoa humana é por alguns compreendida como o fundamento único, e último, dos direitos fundamentais, Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 69 e ss. Porém, tal posicionamento somente se justificaria se compreendidos os direitos fundamentais como diretamente e estreitamente vinculados à pessoa humana. O direito ao ambiente não permite direta redução ao princípio da dignidade da pessoa humana, e o seu fundamento material deve residir em outros princípios, como a igualdade e a liberdade, e o próprio princípio da proteção do ambiente.

[47] Ou seja, que sobre elas incida a conseqüência do artigo 5§ 1º da CF/88. Isto pode ser denominado de vinculatividade máxima, que é um *plus* ao conceito de norma de direito fundamental, mas joga o papel de característica dos direitos e garantias individuais e coletivos. Em sentindo contrário, vendo na eficácia plena e aplicabilidade imediata um elemento do conceito de direitos fundamentais, *Cf.* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 80.

também seus efeitos que, no caso em questão, jogam como garantias contra-majoritárias que impedem o exercício abusivo do Legislativo, e se impõe malgrado a inércia deste mesmo Legislativo.[48]

A constatação de que o artigo 225 da CF/88 é um enunciado de direito fundamental surge da constatação de que tal enunciado produz uma norma de direito fundamental que pode, ou não atribuir um direito subjetivo fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, e que tal norma é de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

A norma constitucional protetora do bem jurídico ambiente ecologicamente equilibrado tem uma dimensão objetiva latente, quer seja tomada como norma atributiva de direitos subjetivos, quer seja tomada apenas como norma de efeitos irradiantes de natureza objetiva. Quando não se concebe a dimensão subjetiva de uma norma de direito fundamental quer-se com isso dizer que esta norma não atribui direitos subjetivos, pois não confere posições subjetivas. A dimensão objetiva apenas permite estabelecer regras e princípios destinados a refletir valores e deveres para a coletividade e o Poder Público, sem com isso atribuir uma posição subjetiva que possa ser o fundamento de legitimidade para a satisfação buscada em juízo por um determinado titular.[49]

---

[48] Ser uma garantia contra-majoritária pode se expressar formalmente ou materialmente. Diz-se formalmente quando sobre tais normas espraiam-se o disposto no artigo 60 § 4 º IV da CF/88, e diz-se de uma garanti contra-majoritária em sentido material quando o só fato de serem normas de direitos fundamentais garantem, implicitamente, a sua postura de cláusulas pétreas, ou limites às atuações do constituinte derivado ou revisor.

[49] Esta possibilidade traduz-se na eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: **Estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, p. 109 e ss.

Pela só dimensão objetiva se estabelece um conjunto de deveres e obrigações do Estado e da coletividade sem que com isso se tenha a correspondente atribuição de direitos aos indivíduos.

Ao invés de atribuir direitos fundamentais, a expressão de uma norma de direito fundamental por um enunciado normativo fundamental gera deveres fundamentais, garantias institucionais ou deveres de proteção, como conseqüência de sua eficácia externa horizontal ou do seu efeito de irradiação.

São normas vinculantes, e neste sentido diferenciam-se das normas programáticas que são meros enunciados de intenções. A norma de direito fundamental vincula os sujeitos em termos objetivos, criando um dever objetivo do Estado e também da coletividade. O dado da vinculação é que diferencia a norma programática da norma de direitos fundamentais de dimensão meramente objetiva. Vinculação é a possibilidade de sua vulneração ser estabelecida por um juiz ou Tribunal.[50] As normas programáticas carecem de uma qualquer vinculação.

A Constituição impõe deveres aos Poderes Públicos[51] que se ligam à proteção de bens jurídicos constitucionalmente protegidos determinando vinculativamente que tais atos sejam praticados, sem com isso investir qualquer sujeito de uma titularidade.

Esta irradiação vai para além do âmbito de uma relação jurídica de direito público – Estado/indivíduo – dando azo a toda uma gama de obrigações e deveres

---

[50] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 147.

[51] Esta imposição de deveres não tem como contraposto a atribuição de direitos, razão pela qual é possível falar em dimensão puramente horizontal. Trata-se da dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Lisboa: Coimbra Editora, 2003, e SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumens Iures, 2004, sobre os deveres públicos Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, p. 527-302.

dos particulares e do Estado, direcionados no sentido da preservação e da proteção do bem jurídico constitucionalmente protegido.

A compreensão da norma de direito fundamental como norma de dimensão meramente objetiva, sem atribuição de subjetividade, não implica na sua não justiciabilidade ou judiciabilidade.[52]

Como visto trata-se de norma vinculante para os Poderes Públicos e para a coletividade, o que nisto se difere das normas programáticas e meramente dirigentes. Por não serem normas atributivas de direitos subjetivos, também não podem ser manuseadas dentro de demanda que tenha por base posições jurídicas subjetivas, definidas como direito a algo, uma liberdade ou uma competência.[53]

Este terceiro gênero de normas – com dimensão estritamente objetiva – permite a atuação judicial no sentido de declarar a inconstitucionalidade de uma omissão estatal que ofenda o bem jurídico protegido pela norma jurídico-constitucional e que omita um dever de proteção ou atitude de garantia deste bem determinado pela Constituição. Também é possível em casos de ADIN quando o Legislativo construir uma norma que ofenda ao bem jurídico definido no artigo 225. Ou seja, muito embora a norma de direito fundamental de dimensão meramente objetiva não atribua direito subjetivo, ela pode ter uma judiciabilidade diferida, na medida em que as incompatibilidades legislativas com o seu preceito impliquem em

---

[52] O fato de uma norma não conter direito subjetivo, mas ter eficácia meramente objetiva não significa que ela não possa ser aplicada por um Tribunal ou que não tenha a ofensa a seu conteúdo sancionada. A não possibilidade de um particular veicular em uma demanda direito de natureza subjetiva não dota esta de significado de um enunciado meramente programático.

[53] Sobre as classificações dos direitos fundamentais Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos e fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 173 e ss; e BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 109 e ss.

insconstitucionalidades e na medida em que as omissões estatais signifiquem ofensa ao preceito constitucional.

A vinculabilidade permite a judiciabilidade, mas a ausência de direito subjetivo atribuído pela norma impede a postulação de um qualquer legitimado. São deveres que podem ser cobrados judicialmente, mas não através da afirmação de direitos subjetivos, que, no todo, são aqui inexistentes.

Reconhecer que do enunciado normativo do pré-citado artigo 225 da CF/88 advém uma norma de direito fundamental que não atribui direito fundamental, mas tão somente estabelece deveres tem a seu favor a redação do próprio artigo que, aparentemente, estabelece deveres, por intermédio da locução *impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*. Contribui para este entendimento também a estrutura vernacular do § 1º que é impositivo de uma gama de incumbências dispostas em VII incisos.

A uma primeira leitura do artigo é natural uma inclinação à tese de que a norma que surge deste enunciado tem carga meramente objetiva. Mas esta impressão é apenas aparente, e por três razões básicas, e uma razão de fundo.

A razão tida como pano de fundo diz com o fato de que uma resposta dogmática a questão se a norma advinda do artigo 225 da CF/88 estabelece ou não um direito subjetivo fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado não pode ser encontrada apenas no plano empírico da dogmática.[54]

[54] Questões normativas não podem ser resolvidas com base em dados meramente empíricos. Isto significa dizer que a normatividade do artigo 225 não deflui exclusivamente do enunciado normativo Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 52.

Isto por que a resposta envolve questões conceituais e pressupostos argumentativos que desbordam da dimensão meramente empírica. E tal se revela através das três razões demonstráveis, desde este pressuposto.

A primeira é que o âmbito léxico do enunciado normativo não tem o condão de definir atribuição ou não de um direito subjetivo por parte da norma que surge deste mesmo enunciado. O só fato de a norma fazer expressa alusão à imposição de um dever – e estabelecer em seu parágrafo e incisos vários deveres - não pode implicar no afastamento da possibilidade de se tratar de uma norma atributiva de direito fundamental. A segunda razão é que o próprio texto do enunciado faz referência a que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, e que este bem a que todos tem direito é *bem de uso comum do povo*. Demais disso, a própria redação do § 1º que impõe deveres afirmar que tal o faz para *assegurar a efetividade desse direito.* A terceira razão é que a existência de um direito subjetivo atribuído por uma norma de direito fundamental não descarta a dimensão objetiva que é inerente a toda norma de direito fundamental. Portanto, é natural que uma norma que atribua direitos fundamentais também atribua deveres e obrigações co-relatas ou autônomas, sem que com isso se desqualifique a possibilidade de se tratar de uma norma que atributiva de direitos subjetivos.[55]

Desta forma, de uma simples leitura do artigo 225 não é possível perceber uma qualquer opção da Constituição pelo estabelecimento de uma norma

[55] Existem determinadas obrigações que são o outro lado da moeda do direito, e que se constituem no dever co-relato de um direito. Neste sentido, deveres fundamentais são as conseqüências advindas de um direito fundamental. No entanto, existem obrigações ditas fundamentais que não se constituem em obrigações co-relatas, mas sim em obrigações autônomas, e que se põem por normas jurídicas independetemente de estas normas atribuírem quaisquer direitos. Normas de direitos fundamentais de eficácia meramente objetiva são aquelas que estabelecem deveres fundamentais autônomos, cuja norma não atribui qualquer direito de natureza subjetiva ao cumprimento do dever imposto. Neste sentido, Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, especialmente p. 528-532.

de direito fundamental com ou sem atribuição de direito subjetivo fundamental ao ambiente.

A escolha entre uma dimensão meramente objetiva e objetiva/subjetiva não pode se dar a partir de critérios léxicos, como visto, e nem a partir da demonstração da intenção do constituinte originário, que seria outro critério empírico. Neste último caso, tal não se dá em razão da autonomia que adquire o texto constitucional e da sua independência em relação aos sujeitos redatores, e, mais que isso, em razão da impossibilidade de aquilatar a verdadeira intenção em voga à época da constituinte.[56]

O reconhecimento – *a priori* – da dimensão meramente objetiva da norma traz consigo conseqüências de toda ordem.

Em primeiro lugar não haveria titulares de direitos constitucionais ambientais a opô-los em face do Poder Público ou em face de particulares. A titularidade teria sustentáculo infraconstitucional com base nos direitos de vizinhança, de propriedade ou outros atribuíveis pela legislação. Isto implica na impossibilidade de uma demanda judicial proposta por um indivíduo ou coletividade com base exclusivamente no conteúdo vinculante da norma expressa pelo enunciado do artigo 225.

Em segundo lugar, os deveres de proteção, as atribuições e as garantias materiais apontados na Constituição, somente poderiam ser judicializáveis em virtude da declaração de inconstitucionalidade por omissões do Poder Público ou em decorrência de leis ou atos administrativos inconstitucionais em face da

[56] A Constituição é um texto que dialoga com o tempo e com a pluralidade de sujeitos no universo hiper-complexo da sociedade. Por tal razão, é um texto aberto, onde o sentimento originário pouco conta, e o texto é apenas um dado a ser computado no amálgama de intenções constitutivas do sentido de Constituição. Neste sentido, Cf. BELLO FILHO, Ney. **Sistema constitucional aberto:** teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Constituição. Não seria possível uma ação de qualquer legitimado vez que não haveria direito subjetivo, e conseguintemente não há que falar em legitimados.[57]

As demais decorrências da dimensão objetiva não são decorrências da dimensão exclusivamente objetiva, e, portanto, podem estar presentes se aceito o segundo sentido – dito forte – que reconhece do enunciado normativo do 225 uma atribuição de direito subjetivo[58].

O reconhecimento de um direito fundamental ao ambiente advindo do enunciado normativo constitucional constrói-se sobre todos os pressupostos da dimensão meramente objetiva, uma vez que a dimensão subjetiva assume todas os postulados, acrescendo, demais disto, a subjetividade necessária à configuração do conceito de direito subjetivo.

Na impossibilidade de se estabelecer critério empiricamente firmes para concluir se uma norma de direito fundamental estabelece ou não um direito fundamental, leva à necessidade de se estabelecer uma presunção de subjetividade de toda norma de direito fundamental.

O *roteiro de viagem* de uma norma de direito fundamental é proteger um bem jurídico de valor fundamental fazendo-o da forma mais eficaz possível[59]. A

---

[57] A dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais não retira a sua vinculatividade e nem a sua judiciabilidade. A norma continua a ser vinculante para os poderes públicos, para os particulares e para o julgador, e, mais que isso, continua podendo ver a suas ofensas sancionadas pelo Judiciário. A diferença opera na forma como tais questões podem ser apreciadas pelo Judiciário, uma vez que não carregam qualquer direito subjetivo a uma decisão em seu bojo.

[58] Dentre todas as conseqüências da compreensão da norma em sua eficácia objetiva coloca-se com mais ênfase aquela que caracteriza o Estado Constitucional Ecológico (Canotilho), Estado de Ambiente (Kloepfer), Estado de Direito Ambiental (Morato Leite), que é a atribuição de deveres e obrigações de proteger o ambiente. A dimensão objetiva da norma de direitos fundamentais aponta para uma tábua de deveres e obrigações estatais que implicam na especial compreensão de uma função contemporânea do Estado que não é mais o Estado liberal ou o Estado social, mas sim, um Estado pós-moderno.

[59] Da mesma maneira que a “interpretação mais amiga do ambiente” (Canotilho) pressupõe um ordenamento jurídico onde o princípio da preservação ambiental seja tomado como um dos fundamentos, a dimensão objetiva da norma de direito fundamental ambiental aponta para uma

eficácia da utilização de um direito subjetivo – sem abrir mão da eficácia da dimensão objetiva – configura-se de maior relevo, dentre outras questões por que – no mínimo – se trata de uma operação de adição, e não se subtração.

A resposta à pergunta se uma determinada norma de direito fundamental deve ser concebida somente em sua dimensão objetiva ou em sua dimensão objetiva e subjetiva deve ser encontrada não na busca de atributos indicativos de tal escolha por intermédio da Constituição, mas, inversamente, no encontro de justificativas fortes para que não se tenha, no caso, um direito subjetivo.

A presunção trabalha a favor do reconhecimento da existência de um direito subjetivo a proteger todo bem jurídico fundamental, exceto quando, por alguma justificativa forte, tal subjetividade não puder se demonstrar.

Portanto, o que se faz mister é, partindo-se da presunção de que a norma de direito fundamental atribui um direito subjetivo, tentar encontrar justificativas para a comprovação de que tal não se dá. Não havendo direito subjetivo, tal norma de direito fundamental permanece em sua eficácia contida ao âmbito de sua dimensão objetiva.

Esta presunção admite prova em contrário, mas a resposta não pode ser encontrada no âmbito do texto, ou em qualquer ponto da dimensão empírica da dogmática. Tratando-se de uma questão de natureza analítica e normativa, a resposta será válida para o interior do ordenamento jurídico, e a compreensão de se a norma citada – ou qualquer outra norma constitucional de direito fundamental confere um direito subjetivo somente pode ser alcançada através da utilização de

---

concepção de Estado fundado na obrigação de preservar o ambiente para esta geração, e para as futuras. Não apenas em razão da existência de uma dimensão subjetiva para as normas de direito fundamental cabem obrigações do Estado, mas também em razão da imposição de obrigações autônomas derivadas da própria norma de direito fundamental expressa pelo enunciado normativo do artigo 225.

argumentos racionais e testes de compatibilidade entre os conceitos analíticos e a hipótese testada. Os argumentos empíricos – como a constatação do enunciado normativo, da aplicabilidade histórica de uma tal atribuição e a intenção do legislador – não jogam papeis decisivos em tal questão.

Uma argumentação jusfundamental racional pode definir que determinado enunciado normativo fundamental estabelece um direito fundamental ao ambiente se esta argumentação se legitima no âmbito do discurso jurídico e no interior da dogmática. Uma norma de direito fundamental atribui um direito subjetivo fundamental se tal é o resultado de uma argumentação jurídico-fundamental. É na dimensão normativa da dogmática que esta argumentação racional se afirma.[60]

Vários argumentos podem ser articulados para um embate argumentativo visando desconstituir a presunção de subjetividade de um direito. Dentre eles nomeadamente os que dão conta da amplitude exagerada – ou falta de definição – de um direito de tal natureza, e insaciabilidade de um direito ao ambiente sobre conquistas modernas como a liberdade e a propriedade. Se for possível uma argumentação jus-fundamental que argumente em favor da presunção de subjetividade de um direito ao ambiente, então é o caso.

Desde a dimensão analítica duas questões se põem para a adequação da norma posta pelo artigo 225 da CF/88 dentre o rol das atributivas de direitos subjetivos fundamentais: É possível um direito subjetivo público – exercitado *prima facie* contra o Estado e talvez particulares – que tenha como titular pessoas indeterminadas? E mais ainda: Encarta-se no conceito de direito subjetivo público

[60] Todo o embate histórico e racional. A velha luta de Kant vs. Hegel tem na dimensão normativa da dogmática tridimensional o seu terreno privilegiado. Para que um direito fundamental, ou antes, ainda, uma norma de direito fundamental seja reconhecida como tal, faz-se necessário uma argumentação jurídica que lho afirme. É neste ponto que a dogmática enquanto sistema jurídico abre-se alopoieticamente a outros sistemas sociais para então estabelecer pontes que rompam o seu isolacionismo.

um direito cujo titular seja alguém que, além de indeterminado, ainda não nasceu e nem se quer se sabe se virá a existir?[61]

A resposta positiva a tais questões termina por justificar a existência de um direito subjetivo fundamental ambiental, e mantêm a presunção de que a Constituição expressa em seu texto uma autêntica norma atributiva de direitos fundamentais.

Em uma primeira aproximação do problema não se vislumbra intransponíveis dificuldades no reconhecimento de titularidade de direitos subjetivos para pessoas indeterminadas. A determinabilidade parece ser requisito essencial, e o fundamental é que, em um primeiro momento, seja o direito atribuído a todos universalmente, e, em um segundo momento, no da concretização do comando normativo, atribuído àqueles que possam ser determinados de acordo com as categorias processuais que fazem de tais indivíduos legítimos para o manuseio de um direito subjetivo em ação judicial.

Embora sejam indeterminados os titulares do direito, a ampla cobertura faz de todos titulares, e as regras da legitimação processual permitem a veiculação de tal direito a partir de uma determinação tomada desde a observação da relação causa e efeito. A determinabilidade, compreendida como possibilidade de determinação dos legitimados é que é o ponto exigível.

A subjetividade aqui referida não é diferente daquela referida ao direito infraconstitucional e as normas do sistema jurídico atribuem a este mesmo círculo subjetivo outros direitos cujo reconhecimento pelos Tribunais têm se dado

[61] Sobre a possibilidade de direitos para uma geração futura, nomeadamente no que diz respeito ao direito à identidade genética, Cf. LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. In: **Portugal-Brasil ano 2000**. Lisboa: Coimbra Editora, 2000, p. 263-381, especialmente p. 271-277.

diariamente. Tampouco as questões referentes à legitimidade processual ficaram alijadas de uma solução racional, uma vez que as normas da Ação Civil Pública (ACP) e do Código de Defesa do Consumidor (CDC) vieram para disciplinar exatamente esta difusão de direitos que tem reflexos no plano do processo.

Por outro lado, o fato de as futuras gerações também serem titulares de um direito também não joga contra o reconhecimento da dimensão subjetiva da norma posta pelo enunciado constitucional.

Se é certo que esta indeterminada categoria não pode ser a contento determinável, também é certo que se em relação a ela se estabelecer apenas a dimensão objetiva – por se estar a falar de interesse juridicamente protegido[62] e não de direitos – isto não invalida a subjetividade latente no texto.

Sendo certo que, na melhor das hipóteses, se está a falar de expectativa de direitos – não por que o direito não se configurou ainda, mas por que o sujeito ainda não se configurou – também é certo que em relação aos sujeitos determináveis a atribuição de um direito subjetivo é latente.

A dimensão analítica da dogmática responde afirmativamente apenas uma das duas questões postas: Em se tratando de titulares no momento presente a norma advinda do enunciado normativo constitucional atribui um direito fundamental subjetivo aos titulares indeterminados, carecendo de determinação no momento da judicialização deste direito. E em relação aos sujeitos não nascidos – as futuras gerações – a norma está a tratando apenas de interesses juridicamente protegidos, e, portanto, não de direitos subjetivos.

---

[62] Neste sentido, defendendo a existência de verdadeiros deveres constitucionais, mas não direitos Cf. LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. In: **Portugal-Brasil ano 2000.** Lisboa: Coimbra Editora, 2000, p. 273 e 276.

Resta saber, então, qual o conceito e a estrutura deste direito subjetivo fundamental ao ambiente estabelecido pelo enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 que expressa uma norma de direito fundamental com dimensões objetivas e subjetivas.

Os direitos fundamentais exercem a função de direitos contra-majoritários que se opõem aos desejos da maioria que se expressam por intermédio de decisões do Legislativo[63]. Neste sentido, ter um direito fundamental é possuir um direito que não se dissolve em razão das aspirações majoritárias. Trata-se de um direito que realiza o princípio do Estado de direito contendo o desbordar do princípio democrático. O equilíbrio destas forças constitui-se em um paradoxo que é a base do Estado democrático de direitos.[64]

Para além de serem garantias contra-majoritárias, os direitos fundamentais são direitos subjetivos que se constituem em posições jurídicas subdivididas em direitos a algo, liberdades e competências[65]. Mais que isso, os direitos fundamentais podem manifestar-se sob estas três formas aglutinadamente, constituindo-se em um direito fundamental como um todo.[66]

Os direitos subjetivos fundamentais são direitos formalmente fundamentais e materialmente fundamentais desde que possam passar no teste de

---

[63] Formalmente significa dizer que estão sob o pálio do artigo 60 § 4º IV. Materialmente significa dizer que o direito fundamental ao ambiente é uma regra contra-majoritária implícita, uma vez que uma das causas dá legitimidade a Constituição é a presença de direitos fundamentais. Neste caso, trata-se de garantias contra-majoritárias quer o constituinte as tenham previsto, ou não.

[64] MOUFFE, Chantal. **La paradoja democrática.** Barcelona: Gedisa, 2003, especialmente p. 45.

[65] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 186-240; Em um sentido ligeiramente divergente, percebendo a existência de: a) direitos de defesa, b) direitos de prestação, c) direitos de igualdade, Cf. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, 109-229.

[66] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 429.

fundamentalidade, que, em síntese, é o mesmo utilizado para a aferição de normas de direito fundamental. Desta forma, são direitos fundamentais em sentido formal aqueles que são atribuídos por normas de direito fundamental em sentido formal e são direitos fundamentais em sentido material desde que atribuídos por normas materiais de direitos fundamentais.

Neste sentido, são direitos formalmente fundamentais aqueles atribuídos pelas normas dos catálogos dos artigos 5º, 6º e 7º da CF/88, além de outros decorrentes das hipóteses de abertura do § 2º do artigo 5º. São direitos materialmente fundamentais aqueles cujo conteúdo realiza os princípios constitucionais do rol do artigo 1º da CF/88 além de todos os demais princípios dispersos no texto constitucional e fora dele, conforme a remissão da cláusula de abertura. Esta relação de materialidade, no entanto, ocorre dentro da dogmática tridimensional, e carece de uma argumentação dogmática, que se sustenta – *ultima racio* – no discurso prático geral. Em síntese, são fundamentais os direitos subjetivos atribuídos por uma norma de direito fundamental e que assim o é por uma constatação dogmática que envolve as três dimensões, a empírica, a analítica e a normativa[67].

Surge aqui a delicada questão de saber se é possível um direito que seja materialmente constitucional sem o ser formalmente e vice-versa.

Tratando-se a questão dos direitos fundamentais desde uma perspectiva dogmática, não cabe falar em direito materialmente fundamental ou direito formalmente fundamental, senão em direitos fundamentais que se justifiquem desde uma perspectiva formal e outra material. O âmbito da dogmática tridimensional

[67] DREIER, Ralf. **Derecho y justicia.** Santa Fé de Bogotá: Themis, 1994; ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica.** Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998.

permite o processamento das constatações das dimensões empírica, analítica e normativa com o objetivo de gerar um conceito que seja continente de ambas as dimensões, formal e material.

O teste de fundamentalidade é realizado pela dogmática tridimensional, e corresponde à possibilidade de se checar se um tal direito subjetivo atribuído por uma norma é fundamental ou não fundamental, ou se esta norma atributiva de direitos subjetivos é norma de direito fundamental ou não o é. Este teste formal consiste na constatação de que a norma e o direito a ela atribuído estão em consonância com o sistema constitucional, postos por enunciados normativos incluídos nos róis de direitos fundamentais ou decorrentes de outros enunciados cuja cláusula de abertura dá permissão para gerarem direitos fundamentais.

O teste de materialidade testa se o conteúdo deste tal direito fundamental realiza os princípios fundamentais incluídos no rol constitucional correspondente ou dispersos no próprio texto constitucional ou fora dele.

Se acaso uma posição jurídica subjetiva vier prevista em um texto constitucional sem que a ela corresponda um conteúdo material que realize os princípios estruturantes do Estado e da sociedade mesmo assim esta norma seria uma norma de direito fundamental e fundamental seria o direito por ela atribuído?[68]

Uma presunção de fundamentalidade é necessária, mas esta presunção deve admitir prova em contrário, uma vez que é possível uma tal inserção

[68] A doutrina diverge no sentido de reconhecer, ou não a existência de direitos materialmente fundamentais que não o sejam formalmente fundamentais.

constitucional que negue o sentido dos direitos fundamentais e esteja no todo divorciada da ordem principiológica.[69]

O inverso, porém, não tem como operar. Todo direito materialmente fundamental é também um direito formalmente fundamental. Tal conclusão surge da constatação de que a cláusula de abertura da Constituição brasileira, em seu artigo 5º, § 2º, formaliza todo direito fundamental que seja materialmente fundamental, uma vez que dá formalidade a todos os direitos decorrentes dos princípios constitucionais, do regime, da soberania da dignidade da pessoa humana. As posições jurídicas materiais – cuja fundamentalidade possa ser comprovada pelo acoplamento aos conceitos dogmático-analíticos, e justificados pela argumentação racional em sede de uma dimensão normativa da dogmática, passam necessariamente a ser direitos fundamentais.

Desta forma, o teste de fundamentalidade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado reduz-se à constatação de sua materialidade. Ao ser materialmente fundamental, o direito ao ambiente passa, também, a ser formalmente fundamental.

Como um direito materialmente fundamental, baseado na realização dos princípios da igualdade[70], da liberdade[71] e da dignidade da pessoa humana[72], e com

---

[69] Esta parece ser a posição de CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, especialmente p. 1162.

[70] No sentido da existência de direitos fundamentais que refletem a igualdade, Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 381-419; BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 187-229.

[71] A fundamentação aparentemente coerente diz com a vinculação do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como corolário da liberdade e, mais explicitamente, como corolário do livre desenvolvimento da personalidade, que possui previsão na Constituição Portuguesa no artigo 26º nº 1. Sobre o tema *Cf.* PINTO, Paulo Cardoso Correia Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: **Portugal-Brasil ano 2000.** Lisboa: Coimbra editora, p.149-246.

[72] Sobre a dignidade da pessoa humana como princípio fundante dos direitos fundamentais, Cf. dentre outros, COSTA, José Manoel M. Cardoso. O princípio da dignidade da pessoa humana na

subjetividade possível em razão de serem determináveis os seus titulares, o direito fundamental ao ambiente possui estrutura de um direito de defesa frente a intervenções do Estado e de particulares, apresentando-se também como um direito fundamental de prestação, como um direito fundamental decorrente da igualdade, e como direito fundamental a um procedimento.

Por se tratar de um direito fundamental que não se encarta nas classificações estruturais clássicas, um tal direito fundamental ao ambiente contém um feixe de efeitos que comporta a proibição de que o Estado faça algo que agrida o núcleo essencial deste direito, a obrigação do Estado proteger o bem jurídico frente a agressão de terceiros, a obrigação do Estado praticar atos tendentes a preservar ou melhorar o ambiente, além da obrigação do Estado disponibilizar os instrumentos para a participação dos titulares do direito nos processos de tomada de decisões relevantes para o ambiente. Desta maneira, o direito fundamental ao ambiente se manifesta de diversas formas, gerando os mais diversos efeitos.

Como todo direito fundamental, o direito fundamental ao ambiente é atribuído por uma norma, que no enunciado normativo do artigo 225 *caput* realiza-se como norma-princípio, atribuindo um direito fundamental que tem a função de mandado de otimização[73]. Por outro lado, os enunciados normativos dos §§ 1º a 6º,

---

Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: **Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.** São Paulo: Dialética, 2001; BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: HESSE, Konrad. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; PÉREZ, Jesús González. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986; BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia dos princípios constitucionais:** o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: **Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 151-162.

[73] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 86; ALEXY, Robert. Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales. n. 22, v. 66, 2002, p. 13-64; ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e

que também estabelecem normas que atribuem parcelas do feixe que constitui o direito fundamental ao ambiente obedecem às estruturas das regras, e se submetem a tal estrutura.

Como mandato de otimização a norma atributiva de um direito fundamental ao ambiente determina o cumprimento de um direito que se realiza a partir de diferentes graus e dependente das possibilidades jurídicas e fáticas. O cumprimento de uma obrigação decorrente de um direito fundamental ao ambiente não se realiza desde um padrão fixo segundo o modelo das regras, mas sim a partir de uma ponderação e uma proporcionalização dos direitos, bens e valores em jogo quando do caso concreto.

Esta constatação traz a baila três questões importantes para a caracterização de um direito fundamental ao ambiente: A existência de um conteúdo essencial do direito; a possibilidade de restrição deste direito quando do processo de ponderação e a clarificação do papel que jogam as regras de direito fundamental.

Sobre a terceira das interrogações, a resposta é que a parcela de direito fundamental ao ambiente vetorizada via regras de direitos fundamentais obedece à teoria geral das regras e funciona através de normas que não se submetem a qualquer ponderação, e são aplicadas desde a perspectiva do tudo ou nada.

Obviamente todas as regras atributivas de direito fundamental ambiental guardam seu fundamento tanto nos princípios constitucionais fundamentais como na própria norma-princípio de direito fundamental ambiental. No entanto, o seu não reconhecimento, ou o não cumprimento de seus dispositivos não pode ser medido em graus, mas sim em termos de cumprimento ou não cumprimento, sem que a não

---

realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **RDA,** Rio de Janeiro: Renovar, p. 67-79.

observância seja, em si mesma, uma possibilidade jurídica. Isto se dá por que as regras são naturalmente não restringíveis, e não há falar em ponderação de regras.

A questão é que nem sempre das normas inseridas nos incisos do § 1º e dos demais parágrafos é possível retirar uma obrigação correspondente a um direito, retornando-se à questão da plena eficácia de tais dispositivos.

Mas impende afirmar que a inclusão dos enunciados normativos do artigo 225 no rol material dos enunciados de direitos fundamentais faz com que estes direitos passem a ter os mesmos privilégios jurídicos impostos pelo § 1º do art. 5º que atribui às normas de direitos fundamentais a aplicabilidade imediata e eficácia plena.

Assim, as regras dispostas no artigo 225 têm o mesmo papel das demais regras de direitos fundamentais, e o princípio disposto por uma norma tem a mesma conseqüência que lhe dota a teoria dos princípios, inclusive no que pertine a restrições e à possibilidade de ponderações.

Para efetivar tal ponderação a constatação da existência, ou não, de um conteúdo essencial do direito tem papel decisivo, e por esta razão, as duas questões restantes serão examinadas a partir de agora.

Todo direito fundamental se expressa por intermédio de normas princípio e de normas regra. As normas princípio são mandatos de otimização as quais se impõe a necessidade de sua densificação quando da sua aplicabilidade ao caso dado.

Como mandato de otimização tais normas atribuem direitos apenas *prima facie*, e têm a necessidade de verem fixados seus conteúdos e de se realizarem

concretamente enquanto resultado de uma colisão com outros princípios que ajam em sentido contrário.

Os princípios são restringíveis segundo a teoria externa de restrições a direitos fundamentais[74] que admite a existência de um direito *prima facie* e uma restrição a este mesmo direito, que é fruto da pressão levada a efeito por outros princípios que sustentem posições jurídicas inversas. O resultado da restrição a este direito traduz um direito definitivo e aplicável ao caso concreto.

O que existe é uma colisão de um direito *prima facie*, garantido por uma norma de direito fundamental, e uma restrição a este direito, garantido por outra norma. A colisão vai se dar, então, entre dois objetos normativos. Entre direitos, ou entre direitos e bens coletivos.

Ter um direito *prima facie* não significa a certeza de vê-lo - da forma como se demonstra inicialmente - reconhecido quando da resolução de um caso dado.[75] Há uma diferença entre o âmbito de proteção e o âmbito de garantia efetiva deste direito. O âmbito de proteção corresponde ao direito antes de efetivada a restrição, e o âmbito de garantia corresponde ao resultado da colisão de normas princípio, quando o direito se configura dada a sua restrição. Isto se dá por que o direito que existe no âmbito de proteção – que é fruto de uma constatação dogmático-empírica - não corresponde ao direito definitivo.

---

[74] No sentido da teoria externa Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 267-331; BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 65-77; No sentido da admissão da teoria interna negada por Martin Borowski e Robert Alexy, Cf. HABERLE, Peter. **La garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid; Dykinson-Constitucional, 2003.

[75] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 65.

O direito subjetivo fundamental definitivo é fruto de uma restrição que pode se operar em razão da colisão desta norma princípio com outro princípio, e em razão da restrição operada por uma norma regra.[76]

A restrição a um direito fundamental sempre se opera por intermédio de uma norma. Esta norma pode ser fruto de um enunciado normativo constitucional, fruto de um enunciado normativo infraconstitucional e até mesmo de um ato administrativo[77], ou uma norma sem enunciado normativo. O que justifica esta possibilidade é o fato de quaisquer dos exemplos serem decorrentes de normas de direito fundamental de matriz constitucional. Portanto o fundamento da restrição sempre será uma colisão de normas princípio.[78]

Toda atividade legislativa realiza o princípio do Estado democrático, e estabelece uma norma que restringe um direito fundamental. Este direito fundamental realiza o princípio do Estado de direitos e pode ser restringido por outra norma. Este paradoxo é insuperável, e o conhecimento do direito efetivo para o caso concreto surge como resposta justificada dogmaticamente a este paradoxo, propondo uma resposta que equilibre ambos os princípios e constitua o Estado democrático de direitos. Tal se dá ponderando a norma atributiva de direitos *prima facie* com a norma que estabelece a restrição. A atividade legislativa conforma o direito infraconstitucional, e restringe o direito fundamental que resta atingido pela inserção normativa. Esta atitude longe de implicar uma ruptura do princípio da

---

[76] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 79-80.

[77] NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 289 e ss.

[78] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 80.

supremacia da Constituição implica na relativização do conteúdo do direito fundamental, que se estabelece desde uma atividade de ponderação.

Tal constatação traz a lume a questão acerca de se há ou não um núcleo essencial de direito que não se submete a uma qualquer restrição por parte de direitos ou bens. Há um núcleo que se demonstra indene a qualquer restrição ou a fixação deste núcleo ocorre mesmo no exercício da própria atividade de ponderação?

A resposta que mais é adequada a uma dogmática dos direitos fundamentais é aquela que afirma a relatividade do núcleo essencial. Tal núcleo é fixado na própria atividade de ponderação, que se exercita desde a dimensão normativa da dogmática dos direitos fundamentais.[79]

O núcleo essencial de um direito fundamental não é um núcleo duro que impede todo e qualquer movimento restritivo de normas que se baseiem em outros princípios que colidem por trabalharem em sentidos invertidos.

O núcleo essencial do direito é um núcleo maleável, que se constitui desde a atividade de ponderação, e a partir da realização do princípio da proporcionalidade. Na efetivação desta ponderação, com obediência aos cânones da proporcionalidade, os direitos fundamentais enquanto princípios obedecem a limites, uma vez que o esvaziamento completo de sentido para uma norma princípio seria o mesmo que esvaziar completamente a sua própria normatividade.[80]

---

[79] Admitindo a ponderação como mecanismo de resolução de conflitos de princípios, embora trabalhe com a teoria interna das restrições a direitos fundamentais, *Cf.* HABERLE, Peter. **La garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid; Dykinson-Constitucional, 2003; Acerca da relatividade do núcleo essencial Cf. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 98.

[80] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 97-99.

Quando se está diante de uma norma de direito fundamental que atribui um direito subjetivo de defesa, o limite é a interdição do excesso[81], e quando se trata de uma norma de direito fundamental atributiva de um direito fundamental de prestação, o limite é a proibição da proteção deficiente. Se a restrição ao direito fundamental de defesa é tal que a intervenção é excessiva a ponto de fazer desaparecer qualquer conteúdo jusfundamental, então as normas da proporcionalidade impedem esta tal restrição. Igualmente se a restrição chega no ponto de impedir a realização de uma prestação em mínima intensidade, as regras da proporcionalidade impedem uma restrição deste volume.[82]

Assim, o núcleo essencial de um direito fundamental é fruto da atividade de ponderação, subsumida esta às regras da proporcionalidade que estabelecem marcos para as restrições legítimas nos direitos fundamentais.

No que toca a possibilidade de restrição ao direito fundamental ao ambiente, é de notar que em razão da sua relação próxima com o direito fundamental à propriedade, quase todas as emanações de um direito *prima facie* ao ambiente ecologicamente equilibrado representam restrições ao direito fundamental à propriedade. As regras dispostas nos incisos do § 1º do artigo 225 da CF/88 representam regras constitucionais que impõem restrições ao direito de propriedade, e em alguns casos ao direito de liberdade em suas várias emanações.

De outro lanço, o direito fundamental ao ambiente expresso pela norma princípio do caput do artigo 225 vai ser restringida por inúmeras regras decorrentes dos direitos fundamentais à liberdade, à propriedade dentre outros.

---

[81] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 119 e ss.

[82] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 143 e ss.

Estas inúmeras normas restritivas levadas a efeito pelo ordenamento jurídico infraconstitucional e também pelo texto constitucional conduzem à convicção da relatividade do núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente e da constante e permanente necessidade de se ponderar este direito posto em uma norma princípio com as demais emanações de princípios que jogam em sentido contrário, ainda que dispostas em normas infraconstitucionais.

Ter um direito *prima facie* ao ambiente não representa poder opor este direito a todas as manifestações do direito fundamental à propriedade ou à liberdade de investigação científica e ter a certeza de que o âmbito de proteção do bem jurídico vai corresponder ao âmbito de garantia efetiva. O direito fundamental ao ambiente aplicável ao caso concreto vai nascer da ponderação entre os princípios constitucionais que joguem no sentido de legitimar juridicamente atividades ou de proteger bens que afrontem – de uma maneira ou de outra – o âmbito de proteção da norma jurídica ambiental.

Inúmeras normas jurídicas infraconstitucionais existem para realizar o direito a liberdade e o direito a propriedade, e tais normas restringem este direito *prima facie* e impõem uma ponderação entre o direito a norma atributiva de direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado e as normas atributivas de outros direitos fundamentais.

Por se qualificar como um direito fundamental que se realiza às vezes como direito de defesa e outras como direitos de prestação[83], o direito fundamental ao ambiente admite ser restringido apenas entre limites que garantam a realização

[83] Como lembra ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 429, o direito fundamental ao ambiente é um direito fundamental como um todo, e, portanto, é um direito que se realiza quer como direito a algo, quer como direito de defesa (liberdade), quer como uma competência. Também pode ser dedutível a um direito de igualdade, utilizando-se os ensinamentos de BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

de um mínimo essencial para que a própria normatividade do artigo 225 não seja posta em causa. Tais marcos são a intervenção excessiva, daí a interdição do excesso de intervenção no ambiente ecologicamente equilibrado, e a prestação insuficiente, daí a proibição de uma prestação deficiente que pode ser uma defesa pouca do bem jurídico ou uma atividade de reduzida força protetiva para com o bem jurídico.[84]

Tais limites representam não uma efetiva ponderação, mas uma negação da normatividade do princípio, o que de todo não se permite, muito embora o núcleo essencial do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado seja relativo.[85]

As restrições ao direito fundamental ao ambiente – e conseqüente definição do âmbito de proteção após o resultado da ponderação restritiva - aponta para a seguinte constatação: A definição do conteúdo do direito fundamental ao ambiente é sempre tomada quando da resolução do caso concreto, e é sempre dependente – embora haja marcos limitantes – da dimensão normativa da dogmática, que, em última análise, sustenta-se racionalidade do discurso prático geral.[86]

Somente aproximadamente, ou *prima facie* é possível dizer o que representa em um ordenamento jurídico ter um direito fundamental ao ambiente. Nem a Constituição, nem as leis infraconstitucionais ou os conceitos da dogmática

---

[84] A teoria da proporcionalidade permite a escolha de atuações estatais ambientais que realizem o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado impedindo que dá interpretação da norma, ou da fixação do conteúdo essencial do direito ao ambiente resultem interpretações que fiquem aquém do cuidado devido ou que hajam além da intervenção danosa minimamente suportável. O grau do impacto minimamente suportável intrinca-se diretamente com o conteúdo essencial do direito ao ambiente.

[85] Acerca da ponderação como técnica de encontro do conteúdo essencial do direito conferir, na doutrina brasileira, SARMENTO, Daniel**. A ponderação de interesses na Constituição federal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2002.

[86] ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica**. Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998.

analítica podem dizer o que representa ter um tal direito. Apenas o resultado do confronto de um amálgama de proposições empíricas, normativas e analíticas, tendo por base um caso concreto e exercitadas mediante o vetor da ponderação permitem a configuração de um tal direito.

Questão estimulante é saber se um direito fundamental ao ambiente pode ter eficácia sobre relações jurídicas de direito privado. Ou dito de outra forma, se o comportamento lesivo à esfera jurídica de um indivíduo pode ser apreciado e resolvido tendo por base os pressupostos do direito fundamental ao ambiente.[87]

Questão desta derivada diz com a possibilidade de uma agressão a um bem ambiental efetuada por um indivíduo e que tenha por ofendido um outro indivíduo, poder ser resolvida tendo por base exclusivamente à norma de direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Uma questão que diretamente se articula com esta diz com a possibilidade de uma demanda entre particulares ter como fundamento jurídico – ou causa de pedir remota – apenas o direito fundamental ao ambiente equilibrado. Isto implica em responder a questão se o artigo 225 da CF/88 atribui exclusivamente um direito subjetivo público dos legitimados em face do Estado ou se atribui um direito

[87] A questão é conhecida na doutrina alemã como *Drittwirkung*, e nos EUA a doutrina se refere a esta horizontalização dos efeitos como *State Action.* Sobre a doutrina que trata do assunto Cf. dentre muitos, SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumens Iures, 2004; CANOTILHO, J. J. Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: **Estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, 2001; CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. **Direitos fundamentais e direito privado**. Lisboa: Almedina, 2003; SILVA, Vasco Pereira. A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**. Lisboa: Almedina, n. 29, 1987; ABRANTES, José João Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1990.

subjetivo em face de quem agrida o bem jurídico tutelado pela norma. Os direitos fundamentais são direitos subjetivos exclusivamente públicos ou não?[88]

Tais questões implicam desde já o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais paralelamente a sua dimensão subjetiva por duas razões.

A dimensão objetiva pressupõe deveres e vinculações irradiantes para todo ordenamento jurídico estabelecendo tarefas e deveres por parte do Estado no sentido da proteção do ambiente. A dimensão objetiva estabelece obrigações mesmo que não seja caso de atribuição de direitos, e isto implica uma conexão próxima com a eficácia horizontal.

Por eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode-se entender um problema de imputação, que representa a obrigação do Estado em defender o titular do direito ao ambiente em razão de uma agressão ao ambiente feita por um outro particular, seja ele uma pessoa física ou uma pessoa jurídica. Desta maneira, a eficácia horizontal traduzir-se-ia somente no não cumprimento do dever ou da obrigação do Estado de proteger o ambiente, devendo ser acionado quando um particular o agredir, tendo logrado vencer a barreira de proteção levantada pelo Estado.[89]

Esta compreensão dos efeitos horizontais permite ainda a compreensão do direito fundamental como um direito subjetivo movido contra o Estado, que passa a sofrer a condição de réu em razão da não observância dos deveres impostos, quer pela dimensão objetiva quer pela dimensão subjetiva da norma.

---

[88] Só há sentido em falar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, neste sentido, ou vinculação das entidades e das relações privadas aos direitos fundamentais na medida em que eles são concebidos não como direitos subjetivos públicos. Acaso seja possível a eficácia horizontal, isto implica em dizer que a um legitimado privado é possível a propositura de uma ação tendo por base exclusivamente um direito fundamental constitucionalmente previsto.

[89] Neste sentido, a eficácia horizontal é algo diferente do mero dever de proteção que o Estado possui.

Por outro lado, a possibilidade de um particular vir a acionar outro tendo como pressuposto de fato a agressão ao ambiente perpetrada por este e sustentando como pressuposto de direito a norma do artigo 225, *caput*, permite a compreensão de que o direito subjetivo atribuído pela norma expressa por este enunciado normativo atribui um direito subjetivo aos legitimados que se ponham na situação jurídica de ofendidos por um ato de terceiro, e em face deste terceiro e não apenas em face do Estado. Os direitos fundamentais não seriam, assim, meros direitos subjetivos de natureza pública.[90]

Tal resposta impõe a resolução de dois problemas. O primeiro deles é a necessidade, ou mesmo correção, de tal colonização do direito privado pelo direito constitucional, que aponta para uma inversão de papéis que pode trazer a colonização de uma esfera de liberdade por um institucionalismo[91]. O segundo dos problemas é encontrar um dado caso, no qual litiguem dois particulares, e que a agressão ao ambiente não possa se resolver com espeque em quaisquer normas jurídicas infraconstitucionais atributivas ou não de um direito subjetivo.[92]

---

[90] A questão que desborda do problema formulado, e da sua hipótese de resolução, diz com a utilidade de se fundamentar uma qualquer ação judicial exclusivamente em um direito fundamental, desprezando-se, ou desconsiderando-se o direito infraconstitucional existente. Qual a concreta utilidade do direito fundamental ao ambiente sobre as normas infraconstitucionais que tutelam o bem jurídico? A consideração de que o ambiente torna-se melhor protegido quando a norma constitucional expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 é aplicada diretamente parte do pressuposto de que uma teoria do direito do ambiente fincada em princípios constitucionais e, portanto, em normas de pouca densidade – e à disposição do Judiciário para a colmatação do sentido – é mais promissor enquanto opção teórico-política preservacionista do que uma teoria que advogue a necessária mediação destes princípios por uma legislação infraconstitucional. O pano de fundo desta opção teórica repousa expressamente em uma desconfiança crônica dos operadores do direito com o Legislativo. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais termina por ser um esvaziamento da competência legislativa em proveito de uma maior participação do Judiciário no processo de produção normativa.

[91] A supressão do espaço das liberdades civis não pode ser colonizado por direitos públicos subjetivos, sob pena de os direitos fundamentais romperem completamente com seu perfil histórico e cultural.

[92] A hipertrofia da legislação ambiental brasileira não oferece exemplos ricos de uma seara de vazio Legislativo, onde o direito constitucional fundamental ao ambiente pudesse ser diretamente aplicado sem qualquer direito infraconstitucional a reger a matéria. A normalidade positiva indica sempre um direito infraconstitucional disciplinador de casos que devem ser observados também

Ou seja, tal apenas teria um qualquer sentido no vazio Legislativo, uma vez que na existência de uma norma a tutelar o direito requestado, a norma de direito fundamental do artigo 225 seria apenas a fonte primária de uma outra norma infraconstitucional que realizaria o princípio.

Mas bem posta a questão do vazio Legislativo, o que se teria era a colisão entre o direito fundamental à liberdade (de fazer ou deixar de fazer alguma coisa somente em virtude de lei) e o direito fundamental ao ambiente, pensada a hipótese exemplificativa desde já como uma atuação agressiva ao ambiente não disciplinada por qualquer norma.[93]

A poder-se utilizar o direito constitucional ao ambiente como um fundamento de tais demandas estar-se-ia não apenas rompendo a compreensão de que os direitos fundamentais são direitos subjetivos públicos, mas assumindo que o que os caracteriza enquanto tal é outro dado.[94]

Tal não parece absurdo se considerado que o que caracteriza um direito como fundamental não é mais a possibilidade de ser movimentado como direitos limites das atuações estatais, mas sim o fato de representarem garantias contra-majoritárias, decorrentes de normas constitucionais que tem por conteúdo a

---

com base nos princípios constitucionalmente postos e no direito fundamental ao ambiente atribuído pela norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da CF/88.

[93] Tal conflito principiológico poderia ser pensado e analisado a luz de um direito amplo à liberdade – com espeque na filosofia política liberal – ou com espeque na concepção germânica do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Em ambos os casos, tratar-se-á de um choque de princípios a se resolver sob o pálio da ponderação e do princípio da proporcionalidade. Sobre o livre desenvolvimento da personalidade no direito português, Cf. PINTO, Paulo Cardoso Correia Mota. A proteção da vida privada e a Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito**, 2003, p. 153-204. v. Comemorativo.

[94] A leitura dos direitos fundamentais enquanto regras e princípios atribídos por uma norma de direitos fundamentais - que se fundamentam formal e materialmente na contramajoritariedade formal, na vinculatividade, na previsão constitucional, e nos princípios constitucionais - aponta para a possibilidade de se espraiarem para relações entre entes privados rompendo com a sua clássica compreensão como direitos subjetivos públicos. Desta forma, deixam se caracterizarem por serem dirigidos contra o Estado, ou através do Estado, passando a se caracterizarem por serem direitos constitucionalizados que não se submetem à supremacia da maioria.

realização dos princípios fundamentais de uma ordem constitucional. Nada proíbe que o sujeito obrigado por tal direito subjetivo seja o particular, e não apenas o Estado.

Esta concepção permite ao texto constitucional conter enunciados normativos que se traduzam em normas de mesma eficácia das normas de direitos privados, com o *plus* de obrigarem também ao Estado e de serem hierarquicamente superiores e trabalharem, demais disso, como garantias contra-majoritárias.

A superação de tais problemas pode indicar uma irradiação plena e uma eficácia horizontal e vertical para o direito fundamental ao ambiente, permitindo que o Estado seja acionado, quando da agressão ao bem ambiental efetivada por particulares, em razão da sua omissão no cumprimento do dever de proteção. Esta superação permite, com base exclusivamente no direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado a responsabilização do particular por agressões por ele cometidas tendo por titular do direito subjetivo outro particular.

A existência de um direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, atribuível a um titular determinável não implica necessariamente em uma correspondente ação que imponha este direito frente ao Estado ou a terceiros. A judiciabilidade como característica do direito subjetivo opera apenas como hipótese de busca no Judiciário de uma solução quando da agressão deste direito ou não cumprimento da obrigação que lhe é correlata, ou nos casos em que seja meramente autônoma por ausência de direitos e na presença de meros deveres.

Neste sentido, a todo direito subjetivo corresponde uma obrigação, mas não necessariamente uma ação que lho proteja.[95]

O cumprimento da obrigação decorrente do direito subjetivo – que pode se chamar de garantia primária do direito fundamental - pode ser exigível por intermédio de uma ação que se lhe chama de garantia secundária deste mesmo direito. Existem normas de direito fundamental que não atribuem direitos fundamentais, apenas impõem obrigações e deveres, que são o caso das normas que trafegam exclusivamente na dimensão objetiva. No entanto, todas as normas atributivas de direitos fundamentais estabelecem obrigações, e estas obrigações cumprem o papel de garantias fundamentais primárias decorrentes de normas fundamentais atributivas de direitos subjetivos fundamentais.

Embora correlatas ao direito fundamental que protegem, as garantias secundárias não estão presentes como uma decorrência das normas de direitos fundamentais. A autonomia e a abstração fazem com que tais normas existam, e com elas o direito de ação e o processo, independentemente do direito material que vão proteger.

A ausência destas garantias é caso de lacuna que cumpre ao legislador suprir, e não invalidam a existência do próprio direito[96]. A inexistência de garantias processuais ou de ações que possam proteger o direito nada tem haver com a existência deste mesmo direito. Ele permanece judicializável no aguardo de que um vetor competente surja no mundo jurídico para garantir a apreciação do direito.

---

[95] FERRAJOLI, Luigi. Los derechos fundamentales. In: _____ et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madri: Editorial Trotta, 2001.

[96] FERRAJOLI, Luigi. Los derechos fundamentales. In: _____ et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madri: Editorial Trotta, 2001.

No que tange ao direito fundamental ao ambiente e aos instrumentos processuais existentes no direito brasileiro, aptos a realização judicial do seu conteúdo, as hipóteses são várias.

Primeiramente é possível perceber que a Ação Civil Pública (ACP), a Ação Popular (AP), Ação de Improbidade Administrativa (AIA), Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIN-O), a Ação Inibitória (AI) e os Mandados de Segurança por Ação e por Omissão (MS) permitem a proteção do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Na qualidade de instrumentos processuais, cada uma destas garantias levanta questão acerca da legitimidade ativa, da legitimidade passiva e dos efeitos possíveis de uma tal decisão.

Resta utilizar o manancial disponível para que o âmbito de proteção efetiva de um direito fundamental ao ambiente previsto na CF/88 seja cada vez mais racionalizável, e cada vez mais coincidentes com o equilíbrio necessário entre os direitos e os diversos interesses que constituem o amálgama da democracia.

Este equilíbrio é o objetivo do Estado democrático de direitos que pode se traduzir em um Estado constitucional ecológico, na medida em que o dever de preservar se impõem como uma tarefa do Estado moderno que, por esta mesma razão, tende a se constituir em um Estado democrático de direito do Ambiente[97].

[97] CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: **Estudos em Homenagem a José Afonso da Silva.** São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101-110; LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade do risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, especialmente p. 11-39; SILVA, Vasco Pereira. **Verde cor de direito:** lições de direito do ambiente. Lisboa: Almedina, 2001, p. 24.

CAPÍTULO 1 - A PÓS-MODERNIDADE

1.1 O MUNDO PÓS-MODERNO

As mudanças ocorridas no mundo nas últimas décadas são visíveis! Há algo de diferente nas instituições, no modo de vida das pessoas e na maneira de perceber as possibilidades do futuro.

A humanidade chegou ao século XXI carregando consigo o peso da modernidade. Por modernidade entende-se a entronização da razão e da cientificidade, além de elementos referentes a um "[...] estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que, ulteriormente, se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência."[98] Por peso da modernidade entendam-se as conseqüências geradas pela exacerbação das características da própria modernidade.

Está claro que a modernidade gerou o modo de vida que desconstruiu todas as maneiras tradicionais de compor a sociedade, mas isto não significa que suas conquistas não tenham sido, em determinado momento, distorcidas, e também não significa que não haja conseqüências deletérias ulteriormente sentidas. A modernidade não apenas gerou maus frutos, além dos bons, como teve suas conquistas distorcidas. Pior que isso, as suas boas conquistas não foram acessíveis a todos.

Se por um lado a modernidade caracteriza o período da história, a época em que o homem livrou-se da barbárie, ela própria trouxe a reboque conseqüências que não são de todo harmoniosas.

---

[98] GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991, p. 11.

Tudo aquilo que podia ser representado através da ausência de racionalidade - caracterizando-se como bárbaro - passou a fazer parte do discurso pré-moderno, do discurso construído no silêncio da razão. No entanto, a presença de certos elementos caracterizadores de tal modernidade acarretou, também, más conseqüências que trouxeram ainda desvantagens para a vida das pessoas.

A liberdade e a cientificidade geraram como decorrência situações não pensadas e não queridas durante o processo de conquista e alcance do ser moderno. Embora a modernidade tenha sido uma conquista do mundo ocidental e do homem dirigido pela razão, aqui mesmo no ocidente perceberam-se ilhas de barbárie e irracionalidade, a negar o projeto de modernidade.

Da mesma maneira, embora as suas promessas tenham sido guiadas pelo tom da universalidade, terminaram incumpridas para diversas localidades. A existência de uma vida moderna - com segurança, liberdade e disponibilidades de bem-estar - ficou longe de ser alcançada por todos.

A modernidade se transformou em um projeto fracassado de unidade e de bem-estar universais guiados pela razão. No mais, a individualidade, a liberdade, o livre desenvolvimento dos homens acarretou em uma dispersão de unidades, e a fragmentação do todo moderno em fractais de pós-modernidade.

O mundo mudou! Não é mais o mesmo do pós-guerra e nem aquele dos idos da guerra fria. Não é aquele da consciência moderna pós-iluminista. Há mudanças que justifiquem a alcunha de pós-moderno a todas estas características novidadeiras e que são conseqüências da modernidade? A evolução que a humanidade sofreu é o bastante para que se possa referir ao atual período da humanidade como idade pós-moderna?

A forma de viver atual é diferente daquelas maneiras de vida e convivência que caracterizavam os homens e mulheres há cerca de 20 ou 30 anos. Mesmo sem saber ao certo o que mudou, há certamente uma convicção clara de que houve uma mudança, e que as perguntas e as respostas para os problemas do presente já não são as mesmas de bem pouco tempo atrás.

As modificações não residem apenas na existência da internet ou na velocidade das telecomunicações. O que mudou não foi apenas o encurtamento das distâncias. O modo de viver das pessoas modificou-se, e a vida que se leva no ocidente guarda diferenças com aquela forma de viver no mesmo espaço em tempos passados.

É preciso observar também que a ruptura do modo de vida antecedente aos tempos atuais não se deu de forma instantânea com a queda do muro de Berlim. Alterações e rupturas muito mais profundas ocorreram de forma compassada, e a simbologia do muro despedaçado nada mais representa do que uma modificação na polaridade política composta de países com direcionamento político à esquerda ou à direita – o que era apenas uma das muitas características da geopolítica mundial no século XX.

É caso de dizer que o mundo adentrou na pós-modernidade? E o que caracterizava a modernidade que teria enfim sido ultrapassada, ao menos conceitualmente? E esta sucessão de momentos históricos, assim com sua conseqüente modificação de situações traz consigo um mal ou um benefício? A vida então melhorou ou piorou para as pessoas nas diversas cidades do mundo?

A conceituação da modernidade não é tarefa simples, e o conceito do que seria esta pós-modernidade carrega uma gama de observações de difícil

conciliação. A expressão não gera unanimidades[99] Talvez a pós-modernidade propalada por cientistas sociais não seja mais que a vivência das conseqüências da modernidade[100]. Talvez, por esta razão, Giddens prefira ver os tempos atuais como as conseqüências da modernidade[101].

A modernidade caracterizou-se pelo império da razão, pelo domínio da moral kantiana, por explicações generalistas, pelo senso de unidade e de pertinência, por uma entronização da liberdade como princípio básico e pela crença irrefutável na infalibilidade da ciência. O projeto da modernidade assim construído era um projeto ocidental, eurocêntrico, que se transformou em um modo de ser e de viver em sociedade[102] A liberdade e a razão tornaram-se pilastras e sobre elas um modo de viver foi construído.

As conquistas da ciência prometeram respostas a todos os problemas da humanidade e sobre a sua concepção construíram-se os castelos da civilização moderna. Resolveu-se em todas as partes do mundo ocidental, aonde os benfazejos ventos da modernidade chegaram, questões como a liberdade ou a igualdade. Onde o projeto da modernidade se realizou, a sociedade deixou de sentir necessidade de ir às ruas lutar por mais liberdade para que as pessoas pudessem viver condignamente. Corroborando com Bauman:

> [...] achamos que a questão da liberdade, por exemplo, pelo menos na "nossa parte" do mundo, está concluída e (descontando correções menores aqui e acolá) resolvida da melhor maneira possível; de qualquer forma, não sentimos necessidade (de novo, salvo irritações menores e fortuitas) de

[99] BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 96.
[100] GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991, p. 12.
[101] GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991, p. 13.
[102] GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991, p. 11.

> ir para as ruas protestar e exigir maior liberdade do que já temos ou achamos ter.[103]

Ocorre que este alicerce arrimou um mundo não acessível à grande maioria das pessoas. Nos diversos pontos do globo, o projeto da modernidade não se cumpriu e, assim, a existência de um homem livre, apoiado na sua dignidade e auxiliado pela infalibilidade da ciência não se tornou uma regra geral, mas uma exceção.

O momento atual pode-se caracterizar como o momento da modernidade não cumprida - da não realização de suas promessas - e como o momento da vivência de características que se diferenciam das condições existentes para o alvorecer da modernidade.

A pós-modernidade tornou-se um discurso de constatação de um mundo caótico sob a lógica da realização global da igualdade, e obscuro quanto à segurança da ciência infalível.

Falibilidade, pobreza e desigualdade, além do risco eterno de um modo de viver pernicioso para os homens e o planeta foram alguns dos legados da modernidade.

Os tempos atuais formam o alvorecer da pós-modernidade, em que as características de novos tempos já se tornam perceptíveis, embora ainda não seja possível tecer um quadro seguro dos tempos correntes. Saindo da modernidade, vivendo a segunda, ou alta modernidade, a raça humana adentra em uma época repleta de novos problemas que causam um imenso mal-estar em todos os cantos do planeta.

---

[103] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 9.

Estar na transição para a pós-modernidade talvez signifique viver uma época em que a segurança passa a ser uma preocupação conjunta à igualdade. O homem quer estar seguro, pois se vive a era da incerteza. Este, com o compromisso ético e solidário, quer resgatar a comunidade já que se encontra na era da exclusão individualista.

O mundo pós-moderno pode significar - como significa hoje - o império da exclusão social e do risco, mas pode significar o fim das incertezas e da exclusão social, se for possível estabelecer prioridades político-jurídicas para a construção de uma realidade diferente.

Esta pós-modernidade transitória caracteriza-se por sete pressupostos que diferenciam os tempos atuais do período áureo da modernidade, onde os compromissos do iluminismo racionalista ainda não haviam sido rompidos.

O domínio de uma política econômica neoliberal é a primeira destas características. O neoliberalismo, como sistema político-econômico, cria uma vida baseada nos círculos econômicos, na leveza do capital e na volatilidade dos valores. Representa a supervalorização da virtualidade financeira sobre a materialização do trabalho ou da utilidade dos bens.

É a velocidade dos fluxos de capitais controlados por empresas hipertrofiadas e o domínio que estas mesmas corporações exercem sobre campos da vida social, outrora de responsabilidade do Estado, que dá o tom da vida atual. Paralelamente, uma atrofia do Estado, com o esvaziamento da política, permite às empresas um completo - ou quase completo - domínio da vida em sociedade, esvaziando o público e superdimensionando o espaço privado.

É justamente este esvaziamento da política que corresponde à segunda característica dos tempos pós-modernos. Não há mais domínio dos espaços

públicos. Como afirma Santos, “[...] a política agora é feita no mercado. Só que esse mercado global não existe como ator, mas como ideologia, como símbolo.”[104]

Não é no espaço da política que a vida das pessoas é decidida, mas no espaço do mercado, que agora existe como ente etéreo, simbólico e metafísico. Esvaziadas a ágora e a praça, os homens perderam o seu espaço de participação, de controle e de direção do barco histórico. Viraram fantoches de um poder material fluido, e reitores de uma fragmentação formalizada - o poder político - incapaz de tomar o leme da história.

A terceira característica do mundo pós-moderno é a globalidade, aqui tomada como velocidade e redução de espaços. O tempo real invade as vidas, permitindo uma proximidade física entre as pessoas de forma jamais pensada. De um lado a outro do planeta é possível viajar em poucas horas. De qualquer lugar pode-se saber e até ver e ouvir em tempo real o que ocorre no outro hemisfério. Não há mais distâncias sensíveis para o homem. A tecnologia permitiu o fim da geografia, com a redução de espaços.

A quarta característica do mundo atual é a exclusão social, o desemprego, a ausência de condições mínimas de sobrevivência para a maior parte das pessoas que vivem no globo. O legado da modernidade - com a entronização da liberdade racional - foi um mundo dividido ferozmente entre milionários e miseráveis. As conquistas da globalização, enquanto redutora de espaços e construtora da velocidade, tornaram-se acessíveis apenas a um número ínfimo de pessoas, guetizando os menos favorecidos e criando zonas de exclusão não apenas nas cidades, mas em regiões inteiras do planeta. Segundo Bauman:

---

[104] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização.** São Paulo: Record, 2001, p. 67.

> O mais recente informe da organização das Nações Unidas para o desenvolvimento (segundo reportagem do Le Monde de 10 de setembro de 1998) mostra que o consumo global de bens e serviços foi duas vezes maior em 1997 do que em 1975 e se multiplicou por seis desde 1950, mas que mesmo assim, um bilhão de pessoas 'não podem satisfazer sequer suas necessidades básicas'. Sessenta por cento dos 4,5 bilhões de habitantes dos países em desenvolvimento não têm acesso a infra-estruturas básicas: um terço não tem acesso à água potável, um quarto não tem moradia digna desse nome, um quinto não dispõe de serviços médicos e sanitários. Um quinto das crianças passa menos de cinco anos na escola e uma proporção semelhante vive em permanente subnutrição. Em 70 a 80 dos cerca de 100 países 'em desenvolvimento', a renda média *per capita* é hoje inferior à de dez ou mesmo trinta anos atrás. Cerca de 120 milhões de pessoas vivem com menos de um dólar por dia.[105]

A quinta característica é a descrença na infalibilidade da ciência. Esta infalibilidade é fruto da vertente do iluminismo e da entronização da razão que, de braços dados com a liberdade, acreditou nos avanços e nas possibilidades do empreendimento científico, na sua insofismável capacidade de responder a todas as questões e de levar a humanidade à paz perpétua. A ciência, que se vê questionada mais que tudo nesta transição, é a grande causadora da mitigação dos espaços, da minimalização do tempo e da criação de uma aldeia global.

A sexta característica - conseqüência da quinta - é a existência de um estado de risco permanente, que se caracteriza pela falta de controle das relações de causa e efeito.

Tal estado somente se viabilizou, na forma como o compreendemos hoje, dadas as pré-condições da tecno-ciência. Há uma explosividade social do risco, o fim do Estado de segurança e uma irresponsabilidade organizada, todas estas características apontando um estado de incerteza e de conseqüências não projetáveis para a existência humana.[106] É certo que é risco experimentado é apenas uma forma de percepção de tais vínculos com o futuro, mas isto não desnatura a essência de uma sociedade que, em si, se demonstra arriscada.

---

[105] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 178.

[106] GOLDBALTT, David. **Teoria social e ambiente.** Lisboa: Piaget, 1996, p. 231.

Vive-se a era do risco, na qual a sociedade observa a realização de escolhas, sem a sua participação, que acarretam conseqüências imprevisíveis, aumentando o índice de incerteza e de insegurança sociais nos tempos pós-modernos.

A sétima característica é a ausência de ideologias, o que representa o fim ou suspensão das lutas modificadoras da realidade. Uma certa dormência cumulada com a sensação de inevitabilidade. Tal paradigma deixa de permitir qualquer discurso ou atuação contrária ao inevitável: a pós-modernidade neoliberal, globalizada, excludente, baseada na racionalidade científica e geradora de riscos necessários ao avanço da sociedade. A inevitabilidade que afrouxa o ser questionador e oprime a sociedade no medo e na angústia de um mal-estar pós-moderno[107].

Com este mal-estar vem rebocado o medo, a sensação de perda de controle do mundo e das próprias ações, fruto, evidentemente, da redução de espaços e conseqüente aumento do tamanho do mundo. Esse medo é também originado da sociedade do risco, da tecnologização das vidas humanas, da proximidade da exclusão social, e da sensação de que, na ausência de perspectiva de mudanças, é a única possibilidade de sentimento que resta à alma humana.

A fuga do espaço público e o abandono das esferas de decisão representadas pela política colaboram para a inexistência de uma sensação de segurança, de certeza e de convicção nos resultados de uma ação pública. O mal estar é fruto de uma mudança de paradigma. A certeza moderna dá lugar à incerteza dos tempos que correm.

---

[107] BAUMAN, Zigmunt. **O mal-estar na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

A metáfora de Nicolau Sevcenko – no *loop* da montanha russa – faz crer que a pós-modernidade que se descortina no alvorecer do século XXI causa os mesmos desconfortos de uma investida no brinquedo preferido dos parques do século XX[108].

No momento inicial, no nascer da modernidade, a sociedade experimenta subir cada vez mais alto, examinando e observando com sentimento de quem tem o poder todo do parque - aqui representando o universo. A tranqüilidade promete a segurança e a certeza de um passeio fácil. Não mais que de repente uma queda vertiginosa no vazio, com a sociedade sem controle sobre as conseqüências de seus atos, sem respostas para se permitir brecar o carro ou alterar o rumo dos fatos e dos acontecimentos. A ciência que fez o homem subir ao topo da montanha já não responde mais aos desejos de fazer parar a queda livre no vazio. Nova subida e novos solavancos. Tempo para respirar e para imaginar que toda a queda não passará de uma crise. E depois, novo mergulho e mais uma subida estável, até que ocorra um novo *loop*. A leveza da sociedade, dos homens, das coisas, dos vagões, todos levados pela força motriz dos acontecimentos, experimentando a força de uma tecnologia que se tornou, enfim, sem controle, como a pós-modernidade.

> Ao chegar ao fim, desfigurados, descompostos, estupefatos, já assimilamos a lição da montanha-russa: compreendemos o que significa estar exposto às forças naturais e históricas agenciadas pelas tecnologias modernas. Aprendemos os riscos implicados tanto em se arrogar o controle dessas forças, quanto em deixar-se levar de modo apatetado e conformista por elas. O que não nos impede de suspeitar das intenções de quem inventou essa traquitana diabólica.[109]

---

[108] SEVCENKO, Nicolao. **A corrida para o século XXI:** o loop montanha-russa. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 13.

[109] SEVCENKO, Nicolao. **A corrida para o século XXI:** o loop montanha-russa. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 13.

Esta é a pós-modernidade. Incerta, insegura, rápida e sem controle. Caracterizada por elementos que se constituíram na modernidade, mas que se exacerbam nos tempos atuais. O conceito é fluido e incerto, e carece de decomposição para a melhor compreensão da forma de viver nos dias de hoje.

1.2 NEOLIBERALISMO: O GLOBALISMO CAPITALISTA NA PÓS-MODERNIDADE

O termo neoliberalismo não é fruto de qualquer rigor científico e nem tampouco nasceu na academia, entre historiadores e economistas. Não traz consigo qualquer precisão que não seja contestada e que possa ser utilizada, sem oposição, para definir políticas estatais e a situação do mundo atual, com suas dependências econômicas, suas velocidades ou suas oportunidades.

Embora difundido e utilizado pelos críticos do capitalismo em escala global, e apoiado lingüisticamente na idéia de renovação das políticas liberais clássicas, a expressão pode significar desvios de políticas públicas na direção das aberturas de mercado, ou representar um sinônimo de outro termo ainda mais etéreo: globalização.

No entanto, globalização significa bem mais que neoliberalismo, e nem é fruto das políticas neoliberais. Nem mesmo uma globalização neoliberal é a única de realização possível. Globalização representa uma mudança completa nos paradigmas mundiais, e reflete modificações mais agudas que as processadas no universo econômico das chamadas políticas neoliberais.

Esta equiparação de termos – globalização e neoliberalismo – professa um credo fatalista que tende a indicar a política de dominação exercida pelo

mercado e pelo capitalismo em escala global como inevitável, e contra a qual não é correta ou possível qualquer oposição.

Globalização e neoliberalismo significam coisas bem distintas, uma vez que os fenômenos da globalidade e da globalização indicam uma mudança no viver, no pensar e no ser na pós-modernidade, e ocupam mais espaços da existência social do que o contexto da economia neoliberal.

Reconhecer a distinção implica em defesa contra um credo - quase uma seita professada pelos fundamentalistas de mercado - que impõe a globalização neoliberal ou globalismo como inevitável quando, na verdade, é possível ao homem viver a redução dos espaços, os avanços tecnológicos, a velocidade da informação e os prazeres dos bens de consumo sem ter que suportar a fome e a miséria que o neoliberalismo obriga o mundo a suportar.

No contexto da pós-modernidade, a globalização é responsável pela viabilização do capitalismo, agora em escala mundial. Sem as amarras das fronteiras, e sob a tutela das empresas que excluem da política os países não desenvolvidos, incapazes de se livrar da dependência externa, o capitalismo pode, então, se livrar, sobre os trilhos da redução de espaços, do peso da democracia, e da submissão ao Estado social.[110]

Neste particular, o capitalismo global, com suas empresas transnacionais às quais Karl Marx já se referia em 1848,[111] fortalece-se e inaugura um novo paradigma: o do capitalismo financeiro, da abertura de mercados e do desprezo pelo trabalho que se torna desnecessário, dado o excesso de mão-de-obra.

Este mesmo capitalismo de mercado e de cunho neoliberal apressa o desmantelamento do Estado, quer pelas políticas das condicionalidades impositivas,

---

[110] BECK, Ulrich. **O que é globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 14.

[111] MARX, Karl; ENGELS, Joseph. **Manifesto do partido comunista**. 2002, p. 47.

quer pelo seu novo jeito de dominá-lo a partir dos maiores interesses das grandes corporações.

A globalização favorece o globalismo, pois na expressão de Ulrich Beck, "[...] empresas podem produzir em um país, pagar impostos em outro e exigir investimentos públicos sob a forma de aprimoramento da infra-estrutura em um terceiro."[112]

Este globalismo, sinônimo de globalização neoliberal, responde como causa de uma nunca dantes vista concentração de renda. Nunca houve uma concentração tão grande em poucas mãos e nem houve um período de tantos ganhos e lucros para as empresas que - em última análise - geram riqueza para uma minoria cada vez menor.[113] [114]

Mesmo com tal crescimento, e por conta de tão relevante concentração, nunca houve tanto desemprego, fome e miséria no mundo. Com o desmantelamento do Estado social e a liberalização de quase todos os mercados mundiais após o colapso do socialismo real, os danos à vida das pessoas em escala global passaram a beirar o absurdo.

Não seria correto culpar a globalização por isso. A globalização é muito mais do que o globalismo ou capitalismo de mercado, ou neoliberalismo.

Não há como ser contra - e nem é sensato sê-lo - a redução dos espaços que permitam às pessoas viver melhor. Nem tampouco culpar a velocidade das informações e a revolução tecnológica pela existência da pobreza.

A globalização é uma realidade inevitável. O que é evitável, e precisa sê-lo, é a globalização neoliberal ou globalismo. Os efeitos deletérios da globalização é

---

[112] BECK, Ulrich. **O que é globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 18.
[113] BECK, Ulrich. **O que é globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 19 e 21.
[114] SOROS, George. **Globalização**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 50.

que devem ser atacados para permitir uma distribuição de benefícios para toda a sociedade.

O capitalismo sem emprego[115], com suas contradições que transformam o homem em mero 'detalhe', em razão da ausência de perspectiva moral para o neoliberalismo de mercado[116], deve ser superado para que os bons resultados da globalização não impeçam todos os habitantes do planeta de fruírem minimamente dos ganhos obtidos pela humanidade no alvorecer da pós-modernidade.

1.2.1 As origens do neoliberalismo

Para os europeus, a idéia de neoliberalismo está fincada na compreensão de estado mínimo e de justificativa à direita para políticas de exclusão social . Já o grande público norte-americano - conforme W. McChesney - vê o termo identificado como "políticas de mercado livre", incentivadoras das liberdades e das escolhas do consumidor, e responsável pelo afastamento da incompetência crônica do Estado.[117]

Neoliberalismo e globalização geram o conceito de globalismo, que significa a atuação global de um capitalismo projetado por um planejamento apoiado nas grandes alterações de paradigmas que o mundo passou a viver, principalmente, após a década de 1980.

Para Beck:

> Globalismo designa a concepção de que o mercado mundial bane ou substitui, ele mesmo, a ação política; trata-se, portanto da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo. O procedimento é monocasual, restrito ao aspecto econômico, e reduz pluridimensionalidade da globalização a uma única dimensão - a econômica - que, por sua vez, ainda é pensada de forma linear e deixa todas as outras

---

[115] BECK, Ulrich. **O que é globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 22.
[116] SOROS, George. **Globalização**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 27 e 31.
[117] CHOMSKY, Noam. **Neoliberalismo.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 7.

> dimensões - relativas à ecologia, à cultura, à política, e à sociedade civil - sob o domínio subordinador do mercado mundial.[118]

Esse é o processo de 'economização' da vida em sociedade, a partir da compreensão de que o mercado tudo resolve e de que a abertura para capitais circularem livremente deve ser feita sem a regulamentação do Estado, assim como as privatizações. O afastamento do Estado - ao menos o Estado subdesenvolvido - da esfera de decisão causa exclusão da política do mundo pós-moderno.

Neste sentido, neoliberalismo e globalismo podem significar um amálgama de idéias, mas todas elas no caminho da minimalização do Estado e da liberdade para a fluência de mercadorias e capitais.

Assim, ao se tratar de neoliberalismo não se estará, a rigor, utilizando termo com conotações e sentidos unívocos e que possa relatar um estado de coisas ou uma situação de fato diferenciadora de outras tantas.

Talvez por esta razão, o Presidente cubano Fidel Castro afirme que por hora há a insistência em chamar o Estado de fato do mundo atual de economia de mercado ou de neoliberalismo, quando na verdade o que existe, com todos os sinônimos que possam a isto ser articulados, é capitalismo.

A expressão neoliberalismo parece ter surgido pela primeira vez em documentos oficiais na Conferência de Bretton Woods, em julho de 1944, e a sua função, como política econômica e social do pós-guerra, era adaptar o liberalismo econômico aos novos tempos, em que um Estado regulador e assistencialista se fazia necessário para a reconstrução do mundo após a guerra global.

Como tantos termos que navegam com o tempo, e não raro atravessam o espaço para significar seu oposto, neoliberalismo nasceu como uma adaptação

---

[118] BECK, Ulrich. **O que é globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 22.

keynesiana do pensamento liberal clássico, cuja política significava controle rigoroso de transações internacionais de capital e utilização de instituições criadas no pós-guerra para facilitar o comércio e os investimentos internacionais, direcionadas não para países em desenvolvimento, mas para países destruídos pelo colapso europeu.[119]

A crise econômica que surgiu justificava uma ação global que impedisse a repetição da crise que o mundo suportara anos antes, durante a depressão da década de 1930. Neste sentido, a conferência de Bretton Woods tinha por pressuposto a convicção de que os mercados não funcionavam bem[120], e que, em última análise, tendiam ao desequilíbrio.[121]

Quase sessenta anos após o seu surgimento nos anais da política internacional, o termo neoliberalismo significa basicamente o oposto. As idéias de Joohn Maynard Keynes já significam tudo aquilo que não representa o neoliberalismo, e o keynesianismo, tão criticado - por seu reformismo crônico - pela esquerda internacional passou a ser hoje uma pauta de reivindicação presente, contra os neoliberais que agora defendem o Estado mínimo, um quase não-Estado, e a canonização da liberdade de mercado sem rédeas ou limites.

Em que momento as promessas da política econômica do pós-guerra tornaram-se vazias de conteúdo e de sentido e em que ponto do mar da contemporaneidade o barco da política simplesmente mudou a proa, adernando para a direção de uma certa liberdade iluminista que carrega consigo todas as mazelas e misérias de uma política global excludente?

---

[119] SOROS, George. **Globalização**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 44.

[120] STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios:** a promessa não-cumprida de benefícios globais. Trad. Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002, p. 38.

[121] SOROS, George. **Globalização**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 47.

Em primeiro lugar é preciso perceber que os desafios de Bretton Woods foram vencidos, e que o intento de reconstruir os países desenvolvidos momentaneamente destruídos pela guerra logrou êxito com relativa velocidade. As instituições criadas no pós-guerra - Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional - cujo perfil idealizado por Keynes era o de agentes financiadores globais para a restauração de economias destruídas cumpriram seu papel e se voltaram para outros horizontes: O financiamento de políticas dos países em desenvolvimento.

O Fundo Monetário Internacional (FMI), que hoje melhor encarna a concepção de política neoliberal, desvirtuou-se completamente do seu intento original. O que a princípio era uma instituição pública de financiamento para a reconstrução de economias destruídas pela segunda guerra mundial, transformou-se em agente de financiamento - e melhor dizendo de endividamento - de países emergentes, que se tornaram dependentes e controlados pelas políticas econômicas dos mesmos países que o criaram em Bretton Woods.

Conforme Stinglitz:

> O FMI mudou bastante desde seu início. No começo, baseava-se no conceito de que, em geral, os mercados funcionam mal; agora defende a supremacia do mercado com fervor ideológico. Inicialmente fundamentado na crença de que era preciso pressionar os países para obter políticas econômicas mais expansivas, hoje o FMI concede recursos somente a países para obter políticas econômicas mais expansivas, hoje o FMI concede recursos somente se os países se engajarem em políticas como corte dos gastos, aumento de impostos e elevação das taxas de juros, medidas que levam a uma retração da economia.[122]

Igualmente, o Banco Mundial inverteu seu papel de financiador de economias em reconstrução e passou a ser apenas um impositor de políticas públicas condicionadas ao empréstimo fornecido. As denominadas

[122] STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios:** a promessa não-cumprida de benefícios globais. Trad. Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002, p. 39.

‘condicionalidades’ são a contrapartida para empréstimos necessários à sobrevida das economias emergentes.

Ambas as instituições executam políticas, nos tempos atuais, completamente diferentes dos objetivos para a consecução dos quais foram criadas.

Em segundo lugar, é importante perceber que a completa guinada nas políticas econômicas internacionais e, mais precisamente, nas atuações do FMI e do Banco Mundial foi dada na década de oitenta pelos governos Ronald Reagan e Margareth Thatcher, nos EUA e Reino Unido.[123]

As instituições de Bretton Woods tornaram-se missionárias e passaram a implementar as políticas liberalizantes dos mercados financeiros, exigindo dos países subdesenvolvidos, ávidos por recursos, certas políticas de abertura de mercado e de capitais que apenas comprimem as economias emergentes em rotunda recessão, ao passo que fortalecem os mercados das empresas dos países desenvolvidos.

Desta forma, a política qualificada de neoliberal pelos burocratas da conferência no Estado de New Hampshire tornou-se algo inverso do que a princípio seria.

O que deveria ser uma estratégia para o desenvolvimento em nível global para que países pudessem resolver o problema da demanda agregada e da destruição de sua própria economia passou a ser uma política internacional de liberalização de mercados, fim da intervenção do Estado na economia e de afirmação da necessária volatização do capital, causando efeitos e conseqüências sociais aberrantes mundo afora, além de significar uma completa concentração de renda em poucas mãos.

---

[123] STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios:** a promessa não-cumprida de benefícios globais. Trad. Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002, p. 39.

Sob o pálio do discurso da liberdade para o crescimento, as políticas econômicas neoliberais desenvolvem-se em derredor do completo abandono das pautas sociais, exacerbando as idéias de liberdade do liberalismo europeu.

A liberdade a todo preço e custo é utilizada como discurso para compreender o capitalismo de mercado e livre concorrência como conseqüências da própria característica do Homem, que se faz livre para buscar sua realização.

Desta forma, a inversão das funções do FMI e do Banco Mundial e as políticas econômicas levadas a efeito pelos governos Ronald Reagan e Margareth Thatcher, deram o tom do que seria a partir da década de oitenta, o neoliberalismo como política econômica nos moldes em que é vista hoje.

Um marco na construção destas políticas neoliberais pode ser encontrado no que se convencionou chamar de 'Consenso de Washington', ocorrido em 1990 e que significou a consubstanciação de políticas liberalizantes uniformizadoras e todas elas levadas a efeito em países emergentes, com o patrocínio principal dos Estados Unidos, e realizadas pelo FMI e Banco Mundial.

Como afirmam José Luís Fiori e Maria da Conceição Tavares, este conjunto de medidas passou a ser imposto como condição para a liberação de empréstimos e tornou-se um consenso entre os países controladores do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial. São, portanto, um pacote de medidas que se caracterizam por:

> [...] um conjunto, abrangente, de regras de condicionalidades aplicadas de forma cada vez mais padronizada aos diversos países e regiões do mundo, para obter o apoio político e econômico dos governos centrais e dos organismos internacionais. Trata-se também de políticas macroeconômicas de estabilização acompanhadas de reformas estruturais liberalizantes[124].

[124] TAVARES; Maria da Conceição; FIORI, José Luís. **Desajuste global e modernização conservadora.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 18.

O Consenso de Washington serve como referencial de determinação das políticas iniciadas por Thatcher e Reagan e formaliza a inversão das atuações do FMI e do Banco Mundial, podendo ser utilizado como marco para a consolidação do neoliberalismo.

1.2.2 A origem iluminista do neoliberalismo

Nos moldes em que se caracteriza o neoliberalismo ou globalismo nos tempos difíceis em que se vive - principalmente a partir das políticas liberalizantes de comércio e capitais levadas a efeito nas décadas de oitenta e noventa - e da inversão nos focos de atuação dos organismos internacionais, pode-se dizer que ele representa uma conseqüência nefasta das teses gestadas no iluminismo.

O projeto iluminista dos universalismos de direitos e da liberdade para além da servidão entristecedora gerou um projeto de modernidade asfixiante para todo intelectual que crê na liberdade como princípio, mas que se opõe ao livre solapamento da igualdade.

O ponto de chegada não é o da beleza irretorquível que os iluministas pregaram; o projeto da modernidade corre o risco, na pós-modernidade, de desaguar em um rotundo fracasso.

Concretiza Ulrich Beck este mal-estar:

> A conclusão paira no ar: o projeto da modernidade, ao que parece, fracassou. Os filósofos da pós-modernidade foram os primeiros a apresentar, com um humor altissonante, as pretensões da razão e da racionalidade científicas como se já estivessem mortas. O que se pensava ser o universalismo dos direitos do homem e do iluminismo, diziam eles, nada eram senão a voz dos ‘homens mortos, velhos e brancos’ que suprimiram o direito das minorias étnicas, religiosas e sexuais ao

> estabelecer um valor absoluto para suas ‘metanarrativas’ extremamente parciais.[125]

O culto à liberdade sem amarras e a concepção de que o Estado não deve tolher nem ceifar a liberdade natural do ser humano, que lhe é o bem mais querido, nasceu com a idade da razão.

O racionalismo, as revoluções científicas, o humanismo, e tudo isto convergindo para o iluminismo - que por sua vez gerou o liberalismo e o utilitarismo - estão na gênese do que hoje se denomina neoliberalismo.

O homem, tal qual o concebemos hoje, é fruto de um encadeamento de eventos históricos, dentre os quais é possível pinçar com grau elevado de importância os eventos políticos dos séculos XVII e XVIII. Mais que qualquer outra revolução ou evolução, os eventos que se deram nesta época tiveram resultados definidores e significativos para a Constituição do homem contemporâneo.[126]

O que se convencionou chamar de Revolução Científica[127], ocorrente a partir do século XVI e vibrante no século XVII - permitiu o afastamento das explicações teológicas e metafísicas, e definiu uma tradição no pensar ocidental de busca das explicações a partir de uma constatação empírica ou das forças da razão.

As revelações religiosas deixaram de ser a fonte do conhecimento e a razão considerada a única porta para o saber válido. A autoridade da fé e a imposição aguda das idéias de Aristóteles cederam lugar ao resultado da pesquisa científica. Nas palavras de Bertrand Russel, “Enquanto no passado muitas coisas

---

[125] BECK, Ulrich. **O que é globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 25.

[126] BURNS, Edwar McNall. **História da civilização ocidental:** do homem das cavernas até a bomba atômica. Trad. Lourival Gomes Machado, Ourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1975, p. 546.

[127] OSCAR, Aquino D. et al. **História das sociedades moderna das contemporâneas.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

haviam sido aceitas com base na autoridade de Aristóteles e da Igreja, a moda agora era seguir o trabalho dos cientistas."[128]

Se hoje a sociedade contemporânea não vive sob o pálio de uma tradição religiosa que controla as explicações acerca do mundo, isso se deve, em grande parte, à laicização do conhecimento, fruto das construções de Francis Bacon (1561-1626), René Descartes (1596-1650) e Isaac Newton (1642-1717).

Embora o Renascimento tenha historicamente se afirmado como um retorno à cultura greco-romana, a principal característica dos movimentos europeus que precederam ao iluminismo foi uma revalorização do homem, opondo-se ao teo-centrismo medieval e a toda lógica da construção de poder da igreja. "O iluminismo foi essencialmente uma revalorização da atividade intelectual independente que pretendia, literalmente, difundir a luz onde até então prevaleceram as trevas."[129]

As descobertas científicas e a elaboração de métodos para a obtenção de conhecimento lograram romper com o imobilismo, fruto da compreensão aristotélica e fortemente defendido pela igreja. A razão cartesiana, a experiência baconiana e a explicação newtoniana sobre os corpos permitiram a construção de um pensar científico que estabeleceu no ocidente o jugo da razão sobre a religiosidade e definiu o espaço a ser ocupado pela tradição religiosa e pela tradição científica, então insurgente.

Como afirma Capella[130], "Os cientistas deixam de crer em uma providência responsável de quanto acontece no mundo e crêem, se acaso, que

---

[128] RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental:** a aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 332.

[129] RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental:** a aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 332.

[130] CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido:** uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Trad. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

aquela atua indiretamente, ao haver estabelecido as leis gerais do universo". A razão vem para substituir a fé.

A razão passa, então, a caracterizar o pensamento ocidental e a submeter à sua força a fé metafísica, com sua religiosidade antiquada.

A razão entronizada é a que vai ser utilizada para justificar os cálculos da nova classe que ascende ao cenário mundial: a burguesia. A razão cartesiana é a razão do burguês, é a razão que conduz ao progresso e, portanto, à felicidade.

Os novos tempos, que nascem com a revolução científica, vêm para estilhaçar com a espada da razão toda a lógica do antigo poder que submetia a tantos pelo jugo da fé e da tradição servil.

Segundo Capella:

> Durante algum tempo, o cometa da razão calculista que promete um mundo feliz recorrerá o firmamento das idéias: um mundo crescente próspero e iluminado, um mundo de pregresso (ainda que essa idéia só chegue a se exacerbar na época contemporânea); um mundo que se supõem organizado racionalmente. Ante o altar da razão burguesa, abstrata e calculista; da lógica da produção capitalista – tudo será sacrificado: de uma parte, as crenças do passado os mitos da etapa infantil da humanidade; de outra, tudo o que signifique uma pedra nas botas de sete léguas do capitalismo moderno.[131]

É a lógica racional capitalista que começa a nascer a partir do afastamento da religiosidade enquanto ocupante do espaço político central e que lança, assim, as sementes dos tempos difíceis de neoliberalismo.

Este apego excessivo à razão gerou a crença de que ela tudo pode, e que a todos os problemas existentes se há de aplicar o racionalismo para chegar à

[131] CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido:** uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Trad. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 101.

resolução dos equívocos da humanidade[132]. É o racionalismo romântico que chega a desbordar da humanidade e, de certa forma, substituir uma metafísica por outra.

A entronização da razão permitiu, também, o aparecimento da igualdade como um pressuposto lógico e fortaleceu a liberdade como conseqüência necessária do saber e do pensar.

A servidão, justificada em bases metafísicas, não suporta o embate da razão que, neste projeto, é utilizada politicamente.

A liberdade e a igualdade se prestam a relações de comércio e se justificam na medida em que a nova ordem burguesa não comporta servos. A lógica cartesiana funciona como uma justificativa teórica para a afirmação de uma nova classe econômica que – ao passo que entroniza a razão sob a derrocada da fé – utiliza-se da liberdade e da igualdade como a primeira das bandeiras que possa garantir a sua sobrevivência e afirmação enquanto classe.

A partir da ruptura da metafísica, levada a efeito pela revolução científica, as idéias humanistas puderam migrar para a política e desencadear um extenso movimento no século XVIII capaz de concluir toda a mudança de paradigma que o mundo começou a vivenciar com o declínio da fé e a ascensão da razão. “O iluminismo é, então, uma filosofia militante de crítica da tradição cultural e institucional; seu programa é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos.”[133]

A liberdade comercial passava à categoria de fundamental para toda a sociedade e a justificativa racional sustentava a necessidade de maior liberalidade para as atuações dos homens igualados e libertos pelo uso da razão.

---

[132] RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental:** a aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 334.

[133] BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** 9. ed. Brasília: Editora UNB, 1997, p. 605.

Estado e sociedade civil acumularam tensões naturais, pois apenas a secularização racional já não mais atendia aos anseios econômicos e pessoais frutos da afirmação do comércio.

A razão iluminista causa a entronização da liberdade, e com ela, a canonização do individualismo, ambos fornecendo as bases para as construções liberais e utilitárias que daí se formaram.

A liberdade do homem passa a ser o fundamento insofismável de toda a ordem pública e privada, permitindo, desta forma, que a igualdade seja então relegada a discurso formal em detrimento do livre agir do homem burguês.

Ao ser acorrentado à liberdade, o discurso racional se torna de uma vez por todas o discurso do racionalismo burguês: a liberdade para o consumo e o comércio.

O liberalismo de Adam Smith (1723-1790) leva ao extremo o fundamento da liberdade defendida como bandeira primeira do iluminismo. A conseqüência daí gerada foi o começo da gestação de uma concepção de vida individualista que, grosso modo, representa hoje a justificativa teórica para o neoliberalismo.

Nas palavras de Edward Mcnall Burns:

> Se o iluminismo teve algum mau resultado, foi sem dúvida o desenvolvimento exagerado do individualismo. A libertação da tirania política e religiosa traduzia-se, infelizmente, com demasia facilidade no direito de satisfazerem os fortes a sua cobiça econômica a expensas dos fracos.[134]

Neste sentido, mais de cinqüenta e cinco anos depois da obra do historiador americano (o livro é de 1948), e observando-se as relações políticas e econômicas do mundo atual, parece claro que o individualismo visível nas relações

[134] BURNS, Edwar McNall. **História da civilização ocidental:** do homem das cavernas até a bomba atômica. Trad. Lourival Gomes Machado, Ourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1975, p. 557.

políticas e individuais tenha, possivelmente, as suas origens nos caminhos tomados após a entronização da razão no mundo ocidental.

Esta tendência individualista fruto do iluminismo fica evidente quando se observa que, sobre suas pegadas, ergueu-se na primeira metade do século XIX o utilitarismo, cujo princípio básico era o de que os homens deveriam conseguir para si, embora coletivamente considerados, a melhor felicidade possível.

É a afirmação da teoria segundo a qual "o bem é prazer, o mal, dor. Portanto, o melhor estado que podemos alcançar é aquele em que o saldo do prazer sobre a dor seja o maior possível."[135]

O utilitarismo leva ao extremo o individualismo, embora sob uma roupagem de coletividade, mas ambos, por sua vez, sustentados a partir da máxima da liberdade.

Este utilitarismo, acoplado ao discurso do liberalismo, que por sua vez se sustenta na razão e na liberdade, fornece a justificativa para o *laisser faire* dos economistas liberais. Assumia-se, desta maneira, a caçada livre e sem controle à felicidade, e ao final dela todos os homens da sociedade estariam felizes com o progresso que daí adviria.

Um dos mais vigorosos defensores desta liberdade foi James Mill (1773-1836) para quem devesse se justificar a limitação dos poderes do Estado para intervir na vida dos cidadãos.

Toda esta elevação da liberdade, da busca utilitarista e individualista por felicidade, representou a vitória de uma tendência iluminista que não era a única, dentro do amálgama de pensamentos que foi o iluminismo.

---

[135] RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental:** a aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 379.

O pensamento de Jeremy Bentham (1748-1832) pode ser guerreado através do argumento de que ele desconhece que todos os homens têm desejos, vontades e anseios e, portanto direitos iguais a desfrutar desta felicidade prometida pelo progresso e pelo utilitarismo.

Entretanto, a igualdade, embora lema da Revolução Francesa, viu-se, junto com a solidariedade, superada pela liberdade, que era o lema que mais interessava à classe social que capitaneou os movimentos políticos que se utilizaram dos ideais iluministas para efetivar as transformações de 1789.

A outra vertente do iluminismo, que sustentava idéias que não eram aplicáveis com tanta facilidade às classes mais favorecidas, e que apresentava a igualdade como lema a ser sustentado não apenas pelo discurso formal, porém materialmente, viu-se minoritário na arena política que se firmou desde então.

O marquês de Condorcet (1743-1794) sustentou, juntamente com Rosseau (1712-1778), a necessidade de igualdade e do fim de privilégios, e chegou a reconhecer que isto somente seria possível por meio da redistribuição de riqueza.

Esta linha, por assim dizer, do iluminismo vai fornecer forte apoio às teses do marxismo e se verá espelhada em discursos socialistas no século XIX e metade do século XX.

Mas não foi esta vertente igualitária do iluminismo a que se sustentou majoritariamente na sociedade ocidental, mas sim a que garantia a máxima felicidade, fruto da razão, da liberdade e do utilitarismo liberal.

O culto à razão - juntamente com a liberdade que vinha a reboque do racionalismo iluminista, e apoiado pela crença utilitarista - indicava a certeza da felicidade como fruto do progresso. A ruptura com mundos antigos, carregados de

religiosidade e servidão, e tudo sob o jugo da razão inabalável, indicava a certeza de progresso, e com ele a felicidade.

> Como apontam os melhores especialistas no assunto, o conceito iluminista de progresso – e tudo o que ele implicava em termos de otimismo quanto ao futuro terreno da espécie humana – assinala uma clara ruptura em relação às idéias dominantes no mundo antigo, medieval e renascentista. Na aurora do pensamento moderno, sob o efeito inebriante da 'tripla revolução' (científica, industrial e francesa) a crença no progresso foi aos céus. A equação fundamental do iluminismo europeu pressupunha a existência de uma espécie de harmonia preestabelecida entre o progresso da civilização e o aumento da felicidade.[136]

De fato, a liberdade é um bem que se deseja e que soa como conquista iluminista que não se desdenha e nem dela se quer afastar. Mas a liberdade que a vertente hegemônica logrou apresentar foi a liberdade de uns em detrimento da liberdade de outros e a afirmação dos progressos da ciência, da tecnologia, do prazer utilitarista para uns poucos e um completo descaso para a maioria.

Obviamente que a liberdade não se deve afastar de qualquer pauta moderna, mas o que se põe é a suplantação da pauta da liberdade sobre as pautas da solidariedade e da igualdade, causando um quadro de liberdade meramente formal, à vista da inexistência de igualdade para exercer solidariamente a liberdade.

O avanço científico e tecnológico trouxe comodidade, benefício, saúde e renda para as pessoas, mas de modo algum de maneira uniforme. Até mesmo as vertentes igualitárias do projeto iluminista acreditavam na pulverização da felicidade e do progresso, fato que não ocorreu de maneira equânime[137].

O que o olhar pós-moderno indica é que a ciência, a razão e a liberdade legaram uma época de progresso, paz e felicidade para alguns poucos, e negaram à grande maioria da população estas aspirações. O projeto de um mundo de iguais

---

[136] GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 22.

[137] GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 22, p. 30.

falhou *in totum*, já que a liberdade e o liberalismo foram duas das causas de um mundo desigual.

O projeto iluminista pode ser analisado a partir de suas duas vertentes: a que sufraga a liberdade e a que encontra um eixo entre a liberdade, a solidariedade e a igualdade. O neoliberalismo é fruto da exacerbação do projeto incompleto, da sua dimensão carente de compromissos igualitários.

É a compreensão da falha de continuidade do projeto iluminista, ou a confirmação de que, na essência, o projeto não poderia ser levado a efeito, uma vez que a argumentação do igualitarismo era apenas formal, superado que foi pelo verdadeiro discurso: o da liberdade burguesa apoiada na razão cúmplice.

O neoliberalismo surge do projeto iluminista, mas surge como filho bastardo. Nasce como a negativa de completude do projeto, como a confirmação de que os princípios que sobreviveram do amálgama da Ilustração foram apenas aqueles que diretamente interessavam a quem controlava política e economicamente os novos tempos.

Este individualismo aterrador leva a uma época de transição para a pós-modernidade sem coletividade, sem solidariedade e com exclusão da política como espaço de definição das opções coletivas para o mundo subdesenvolvido.

No dizer de Ulrich Beck, “Com a escalada secular da individualização, prosseguem aqueles filósofos, o tecido social se torna poroso, a sociedade perde sua consciência coletiva e, por conseqüência, sua autoconsciência coletiva.”[138]

Este estado latente na transição para a pós-modernidade gera uma completa ruptura com os paradigmas da modernidade, caracterizando o novo período de globalismo neoliberal.

---

[138] BECK, Ulrich. **O que é globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 25.

1.2.3 A configuração pós-moderna do neoliberalismo

Muito embora possam ser identificadas algumas acepções para a expressão neoliberalismo, é latente que sua conceituação atual foge ao intento inicial da conferência de Bretton Woods.

O que se rotulou como política neoliberal na conferência do pós-guerra em nada se assemelha às intenções atuais que se desenvolveram a partir de Reagan e Thatcher e se aperfeiçoaram no consenso de Washington. Isto se torna claro quando se vê que os mais fortes princípios da política desenvolvida pelos articulistas da globalidade econômica em nada se aproximam do que foi desenvolvido logo após a Segunda Guerra, àquela época sob a inspiração de Keynes.

A propalada abertura de capitais e de mercados apenas foi apresentada ao mundo no início da década de 1990, finalizando uma expansão que começou com a crise do petróleo em 1973.[139]

Também é certo que – para o resto do mundo – a palavra não tem a mesma dimensão da idéia norte-americana, uma vez que aquela sociedade tem conceitos próprios acerca do que seja liberal ou neoliberal.

O controle de mídia positiva, levado a efeito nos EUA e a grande vantagem que o modelo traz para os americanos do norte faz com que o termo lhes seja apresentado como uma imagem de progresso, globalização e futurismo.

Já na Europa, a imagem surge com um ranço de despreocupação com o social e nítido individualismo reacionário.

---

[139] SOROS, George. **Globalização**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 44.

As promessas do iluminismo e do liberalismo, cujas herdeiras hegemônicas são as políticas neoliberais, parecem mais vivas no imaginário norte-americano, que vê a imposição ao mundo do seu modelo como a feição verdadeira do neoliberalismo.

Assim, exceto nos EUA – e na idéia dos fundamentalistas de mercado espalhados mundo à fora - na pós-modernidade a idéia de neoliberalismo atrai a mensagem do 'Consenso de Washington', e vincula-se diretamente com as promessas não cumpridas do iluminismo que exultou a liberdade e o racionalismo sobre a igualdade e a solidariedade. Nega-se conceitualmente toda a mensagem de Bretton Woods, e realiza-se uma política neoliberal favorecida pelo processo da globalização que atribui ao mercado uma primazia nunca dantes vista.

Muito embora tais políticas impostas ao mundo como contrapartida para sua 'inserção na modernidade' sejam capitaneadas por todos os países desenvolvidos, e com certa primazia pela União Européia, são os Estados Unidos da América, nação mais rica do planeta e que desfruta de um poder nunca dantes visto, que mais poderosamente a encarna e que mais competentemente a impõe ao mundo desigual. Não por isso, o 'consenso' de quais políticas deveriam ser praticadas pelos organismos internacionais e por todos os governos desejosos de desenvolvimento no Terceiro Mundo, foi realizado na cidade de Washington, e carrega a chancela do poder norte-americano.

É a partir dele que o mundo passou a ter uma planificação dogmática acerca de como devem agir governos e organismos para a 'liberdade de mercado'. A questão é que esta liberdade demonstrou-se cruel para os países mais pobres.

Nas palavras de Chomsky:

> O consenso [neoliberal] de Washington é um conjunto de princípios orientados para o mercado, traçados pelos governos dos Estados Unidos e pelas instituições financeiras internacionais que ele controla e por eles mesmos implementados de formas diversas – geralmente, nas sociedades mais vulneráveis como rígidos programas de ajuste estrutural. Resumidamente, as suas regras básicas são: liberalização do mercado e do sistema financeiro, fixação dos preços pelo mercado ("ajuste de preços"), fim da inflação ("instabilidade macroeconômica") e privatização.[140]

O neoliberalismo, ou globalização neoliberal ou, ainda, globalismo, é apenas uma faceta da pós-modernidade, ou apenas a sua face econômico-financeira – hoje hegemônica e que "impôs o reino da economia, cuja expansão seria o motor da felicidade humana."[141]

Desta forma, é possível perceber processos de globalização econômica que são frutos de uma política neoliberal e também conhecida como neoliberalismo, globalismo ou globalização neoliberal.

A política neoliberal caracteriza-se, de um lado, por uma política de Estado, em defesa de corporações multinacionais e que impõe os objetivos do mercado financeiro e do mercado de bens de consumo para as populações do mundo, principalmente nos mercados emergentes e nas economias em desenvolvimento. Por outro lado, caracteriza-se por uma política de "[...] desenvolvimento dos mercados financeiros globais, de crescimento das empresas transnacionais e do crescente domínio destas sobre as economias nacionais".[142]

Estas políticas neoliberais trazem como conseqüências imediatas três características do mundo globalizado sob a batuta do neoliberalismo: 1) o aumento extraordinário de fluxos internacionais de bens, serviços e capitais, 2) um

---

[140] CHOMSKY, Noam. **Neoliberalismo.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 22.

[141] SADER apud GONÇALVES, Reinaldo. **O nó econômico.** Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 11. (Os porquês da desordem mundial. Mestres explicam a globalização).

[142] SOROS, George. **Globalização**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 43.

acirramento da concorrência internacional e uma 3) crescente dependência entre países e agentes econômicos internacionais.[143]

Fala-se em política de Estado uma vez que os países que controlam as instituições internacionais e que são sede das empresas multinacionais defendem seus interesses utilizando-se do espaço da política para fazerem coro por medidas e incentivos que aumentem seus lucros decididamente.

Na feição da política neoliberal, os Estados que desapareceram foram os Estados emergentes, que não conseguem mais controlar suas próprias políticas econômicas e nem garantir um retorno lucrativo que possa financiar as suas políticas sociais. O fim da política de Estado é fenômeno apenas existente nos países emergentes e não nos que controlam as políticas neoliberais globais.[144]

Esta exclusão da política é válida para os países dependentes, que são todos eles levados de roldão pelo ralo da economia de mercado, com a impossibilidade de efetividade concreta para as medidas políticas democraticamente escolhidas.

O globalismo é subordinador em dois sentidos: num primeiro, impõe a lógica dos países mais avançados economicamente aos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento; num segundo sentido, subordina as culturas menos complexas às mais complexas.

O neoliberalismo impõe condutas ao mundo que vêm entrelaçadas ao dogma da fatalidade, da inevitabilidade. O feitiço da inevitabilidade é decorrente da confusão entre globalização – esta inevitável – e globalismo ou neoliberalismo.

---

[143] GONÇALVES, Reinaldo. **O nó econômico.** Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 21. (Os porquês da desordem mundial. Mestres explicam a globalização).

[144] GONÇALVES, Reinaldo. **O nó econômico.** Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 14.

A ruptura deste feitiço somente pode se dar com um resgate do espaço da política como local privilegiado para uma recaptura das rédeas mundiais pelas sociedades mundo afora.

Neste aspecto, muito embora esteja claro que a globalização neoliberal é vantajosa para as sociedades do Primeiro Mundo, não deixam de haver reflexos do modelo de concentração de renda e exclusão social também nestas sociedades.

Interessante observar que até mesmo nestes países – onde os Estados se utilizam do seu poderio para defender internacionalmente as bases de interesse de suas empresas – há, também, uma exclusão da política como esfera de decisões: jamais um desaparecimento do Estado, mas um controle deste por quem deseja utilizá-lo em benefício das empresas aos quais seus dirigentes estão vinculados. Trata-se da mitigação da participação popular, com a extinção do método da discussão democrática dos caminhos coletivos.

A afirmação das políticas neoliberais funciona melhor quando a democracia é meramente formal, quando a mídia constrói a opinião pública, e as populações são afastadas dos mecanismos reais de decisão.[145]

Os Estados nos países desenvolvidos já pouco se imiscuem em políticas sociais. Isto só se tornou possível pelo alto grau de desenvolvimento a que estão adstritos, o que fez deslocar as ações estatais para a proteção dos interesses das empresas de grande porte que sustentam a economia. A defesa dos interesses das multinacionais passou a ser a pauta de atuação dos Estados que implementam políticas neoliberais globalizadas e que já não mais exercitam seu poder em questões de natureza social. Isto se dá apenas em razão da desnecessidade destas atuações, dado o estado de desenvolvimento em que se encontram.

---

[145] MCCHESNEY, R. W. In: CHOMSKY, Noam. **Neoliberalismo.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

As políticas neoliberais são aquelas que exigem aberturas de mercados financeiros e liberalização do comércio, com a ruptura de barreiras tributárias e alfandegárias e possibilidade de o capital, agora volátil, trafegar em busca das melhores condições de ganho e remuneração.

Naturalmente, a liberdade de circulação do capital, sem o controle do Estado e sua natural ansiedade para o lucro e o ganho, fê-lo fugir de lugares de alta carga tributária e excessiva regulamentação. Isto torna difícil para as economias emergentes sustentarem-se perante a possibilidade de ganho exatamente naqueles países onde a tributação é menor e o retorno da circulação do dinheiro é também menor para o Estado e a sociedade.

Esta volatilidade mitigou a capacidade de os Estados controlarem a economia, transformando-os, nos países emergentes, em marionetes da política econômica de mercado (capitais e bens) desenhada pelos países que controlam a economia global.

A velocidade com que os capitais, os bens e as empresas podem trafegar nesta globalização neoliberal faz dos Estados periféricos repositórios das conseqüências das políticas implementadas à força, por obra da política de financiamento internacional ligada a condicionalidades.

As empresas que atuam nos mercados de capitais e as multinacionais de comércio utilizam-se desta característica da globalização neoliberal para fazer dos países emergentes meros casulos, impedindo, assim, por parte destes, qualquer atuação política refratária aos malefícios, uma vez aceita a ‘regra do jogo’ do neoliberalismo. Nas palavras de Baumann, o capitalista de mercado controla a vida da economia: “Cabe a eles, portanto, mover a companhia para onde quer que percebam ou prevejam uma chance de dividendos mais elevados, deixando a todos

os demais - presos como são as localidades a tarefa de lamber as feridas, de consertar o dano e se livrar do lixo".[146].

Nota-se, com isto, que não se trata de fim da política, mas talvez de mitigação das possibilidades políticas nos países emergentes, dada a diretriz imposta pela economia globalizada aos países periféricos.

Ávidos por uma sobrevida financeira, estes países – dentre eles o Brasil – tendem a se submeter às políticas impostas pelas instituições financeiras internacionais e cumprir uma cartilha de recomendações necessárias para a liberação dos recursos.

Estas instituições – Banco Mundial e FMI principalmente – impõem uma economia aberta, uma liberalização de mercado de bens e de capitais, um modelo de privatizações, e um passo no escuro, rumo a uma prometida modernização e um ansiado desenvolvimento.

As instituições internacionais foram criadas para equilibrar os equívocos do mercado e hoje advogam, sem qualquer comprovação de que acarretam crescimento econômico, uma abertura que apenas fortalece as empresas multinacionais e fornece sobrevida a países emergentes.[147]

Entretanto, o pensamento das instituições internacionais de financiamento acerca do papel dos mercados e de sua possibilidade de se auto-regular modificaram-se completamente. A tal ponto chegou a inversão de políticas do FMI e do Banco Mundial que, adeptos da política neoliberal, passaram a proferir críticas contra as atuações dos países periféricos que tentam encontrar soluções

---

[146] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 15.

[147] STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios:** a promessa não-cumprida de benefícios globais. Trad. Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002, p. 42.

diferenciadas para seus próprios problemas, além de críticas ao seus próprios funcionamentos.

Diz George Soros:

> Em vez de reconhecer que os mercados financeiros são intrinsecamente instáveis e que quanto maiores os mercados, maior a necessidade de instituições públicas fortes que preservem a estabilidade, os fundamentalistas de mercado chegam a conclusão oposta: Culpam o Fundo Monetário Internacional (FMI) pela instabilidade.[148]

E Joseph E. Stiglitz:

> A orientação de Keynes sobre o FMI, que enfatizava os fracassos do mercado e o papel do governo na criação de empregos, foi substituída pelo mantra do livre mercado da década de 1980, parte de um novo "Consenso de Washigton" – um consenso entre o FMI e o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos em relação às políticas "certas" para países em desenvolvimento -, que demonstrava uma abordagem radicalmente diferente para o desenvolvimento econômico e a estabilização.[149]

Estas políticas de 'ajuste global' são reengenharias das relações políticas e econômicas com a intenção de acoplar as economias mundiais à linha neoliberal; caracterizam-se por desregulamentação e abertura de mercados de capitais e bens de comércio, privatizações e redução do Estado.

Esta política imposta tem favorecido largamente as empresas multinacionais, e fazem parte de um cardápio de imposições aos países periféricos. Demais disso, tais políticas de facilitação dos interesses do mercado têm sido defendidas – lamentavelmente – por governos dos países periféricos.

---

[148] SOROS, George. **Globalização**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 28.

[149] STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios:** a promessa não-cumprida de benefícios globais. Trad. Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002, p. 43.

Medidas como liberalização de mercados e retirada do Estado da regulamentação e do controle de determinadas atividades sociais relevantes têm causado pobreza e miséria em diversas partes do mundo. Anota Stiglitz:

> O resultado, para muitas pessoas tem sido a pobreza, e para muitos países o caos político e social. O FMI tem cometido erros em todas as áreas em que esteve envolvido: desenvolvimento, gestão de crises e em países que fazem a transição do comunismo para o capitalismo. Programas de ajustes estruturais não trouxeram crescimento sustentado mesmo àquelas nações, como a Bolívia, que aderiram a seus ditames; em muitos países, a austeridade excessiva sufocou o crescimento; programas econômicos bem-sucedidos requerem cuidados extremos em questões como seqüênciamento – a ordem na qual reformas ocorrem – e cadenciamento.[150]

Políticas de condicionalidades impostas de cima para baixo aos países emergentes, sem atenção ao fato de a liberação competitiva de mercados somente ser vantajosa para indústrias e mercados sólidos, causam desajustes econômicos, miséria, pobreza e desvantagem para as economias menores, embora causem sucesso e riqueza para as sociedades mais evoluídas.

A periferia, por influência do FMI e do Banco Mundial, vem suportando o ônus econômico do sucesso da globalização neoliberal para os países do Primeiro Mundo. O resultado das imposições liberalizantes e mitigadoras das políticas estatais traz prejuízos demonstráveis e, assim, “pode-se afirmar que o caráter global da modernização neoliberal está dado pelo sentido comum de agravamento das desigualdades e de produção da exclusão”.

A força dos Estados controladores das instituições internacionais forçou-as a empreenderem métodos de abertura de mercados que somente trazem ganho e riqueza para as mesmas empresas, retirando o véu da ‘beneficência internacional’ dos países desenvolvidos, e deixando latente a que tipo de interesse serve estas

---

[150] STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios:** a promessa não-cumprida de benefícios globais. Trad. Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002, p. 45.

políticas de favorecimento do mercado. A própria retirada do Estado da economia, dogma dos 'fundamentalistas de mercado',[151], somente lega às sociedades menos estruturadas financeiramente pobreza e dependência.

Até mesmo os especuladores de grande porte reconhecem que os mercados visam apenas o lucro e confiar no seu poder de auto-regulação é acreditar em efeitos que eles jamais podem trazer. Nas palavras de George Soros, megainvestidor:

> É perigoso, contudo, confiar excessivamente nos mecanismos de mercado. Os mercados servem para facilitar a livre troca de bens e serviços entre os participantes voluntários, mas não são capazes, sozinhos, de cuidar de necessidades coletivas, como lei e ordem, e da própria manutenção dos mecanismos do mercado em si. Tampouco são competentes para garantir a justiça social. Esses 'bens públicos' dependem, por sua própria natureza, de processos políticos.[152]

Parece claro que os mercados não podem substituir a atuação do Estado, pois seus objetivos e suas possibilidades, até mesmo no modelo neoliberal, são o lucro e o ganho que, por conseqüência natural, seriam de logo espraiados para toda a sociedade.

Esta impossibilidade mercadológica de resolver a aquisição de bens públicos é conseqüência, no dizer de George Soros, da amoralidade do mercado.[153]

Mercados não existem para ter preocupações sociais. A pobreza, a tristeza, a fome e a guerra são apenas componentes necessários ou desnecessários de um objetivo maior: o lucro.

O utilitarismo – de origem pós-iluminista e filho da individualidade da ilustração - chega ao ápice no neoliberalismo, quando vê na amoralidade do

---

[151] SOROS, George. **Globalização**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 45.
[152] SOROS, George. **Globalização**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 47.
[153] SOROS, George. **Globalização**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 28.

mercado uma causa de sua ‘eficiência’. A questão é que, na origem, o utilitarismo possuía uma visão coletiva, e aqui, no globalismo, a visão é no todo egoísta.

Diz George Soros:

> A amoralidade dos mercados financeiros é um dos fatores que contribuem para sua eficiência: permite que os participantes sejam obstinados na maximização de seus retornos, sem se importar com os efeitos sociais. (Evidentemente, o conceito de mercados eficientes é apenas uma abstração. Na realidade, muitos participantes de grande porte não são anônimos e suas decisões se impõem a outros). Exatamente porque os mercados são amorais, não podemos deixar que a alocação de recursos corra inteiramente por conta deles[154].

Fica claro que a compreensão de mundo dos neoliberais ‘fundamentalistas de mercado’ – tão proprietários de idéias fundamentalistas que chegam a equipará-lo a um Deus pós-moderno - desconhece e afasta uma diferença entre mercado e sociedade que está na essência da impossibilidade do próprio mercado de resolver os problemas do mundo. O mercado não possui ética, e a sua sobrevivência no universo aonde as pessoas comercializam a cada instante somente pode ser mantida se a ética das e nas relações sobrevier através do Estado, em suas atuações regulatórias e corretivas das atividades da competição mercadológica.

Os mercados não tendem ao equilíbrio e nem tampouco tendem à concorrência. [155] A essência da competição é a hegemonia dos mais fortes e a conseqüência da hegemonia é a quebra de concorrência e afirmação das prioridades e objetivos dos mais poderosos, desprovidos estes comportamentos de qualquer ética ou moral, uma vez que tais valores não podem fazer parte nem estão no amálgama de forças que compõem o mercado.

---

[154] SOROS, George. **Globalização**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 29.
[155] SOROS, George. **Globalização**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 30.

Enquanto política econômica a ser espraiada para o mundo, o neoliberalismo deixa cair o véu de sua imparcial beneficência e o faz de duas maneiras.

Em primeiro lugar, por deixar claro que os países desenvolvidos fazem parte do projeto hegemônico do capital financeiro internacional e das grandes empresas, na medida em que sustentam os seus interesses mundo afora e controlam diretamente as instituições internacionais que efetuam empréstimos à conta de "condicionalidades". Diretores de bancos de investimento e dirigentes de empresas multinacionais dão a direção da política econômica neoliberal global, ocupando provisoriamente cargos à frente dos governos.[156] Toda a política econômica imposta aos países do Terceiro Mundo é feita a partir das instituições internacionais, através das suas diretorias, indicadas e firmadas por governos dos países desenvolvidos e sob a tutela de governos com íntimas ligações – objetivas e subjetivas – com as empresas e bancos multinacionais.

Os países arquitetos do "Consenso de Washington" são defensores das intenções e objetivos das empresas que controlam a economia privada global, e possuem meios e formas de construir um consenso de informação e de garantir os interesses destas empresas sobre os dos países em desenvolvimento[157].

Em segundo lugar, porque já se tornou claro, a partir de uma série de comprovações fáticas, que as idéias do Consenso de Washington, aplicadas hodiernamente, apenas aumentam a dependência dos países periféricos, causam recessão e pobreza, nunca apontam para um desenvolvimento minimamente razoável, e são responsáveis pelo aumento nos lucros dos financiadores e das

---

[156] STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios:** a promessa não-cumprida de benefícios globais. Trad. Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002, p. 46.

[157] CHOMSKY, Noam. **Neoliberalismo.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 22.

empresas multinacionais, além de causar o enriquecimento e aumento sensível na qualidade de vida de uma minoria nos países emergentes financiados.

Nas palavras de Joseph E. Stiglitz, vencedor do prêmio Nobel de Economia, economista chefe e vice-presidente sênior do Banco Mundial e integrante do Conselho de Economistas do Presidente dos EUA Bill Clinton:

> Tornou-se cada vez mais claro, não só para cidadãos comuns, mas também para aqueles que formulam as políticas, não só para os que vivem nos países em desenvolvimento, mas também para as pessoas nos países desenvolvidos, que a globalização, da maneira como tem sido praticada, não satisfez as expectativas conforme seus defensores prometeram que iria satisfazer – nem realizou o que pode e deve realizar. Em alguns casos não resultou nem mesmo em crescimento, mas quando isso aconteceu, não trouxe benefícios para todos; o efeito líquido das políticas estabelecidas pelo consenso de Washington tem sido, com relativa freqüência, beneficiar alguns à custa de muitos, os ricos à custas dos pobres. Em muitos casos, interesses e valores comerciais têm substituído a preocupação com o ambiente, a democracia, os direitos humanos e a justiça social.[158]

Os neoliberais insistem em que os problemas atuais existentes no mundo são apenas uma etapa de crise, e que o mercado tende a acomodar as situações existentes e corrigir as distorções.

Há sempre, entre os neoliberais, exemplos de países destruídos pela Segunda Grande Guerra que chegaram a um índice de desenvolvimento elevado, sem que a estatização das forças de produção fosse um conceito viável. Japão, Alemanha, França e, de certa forma, a Inglaterra não se levantaram do caos econômico utilizando-se da abertura imediata e irrestrita de mercados de capitais, conforme dogma hoje utilizado a partir do Consenso de Washington.

Os controles sobre o comércio sobreviveram por largo espaço de tempo até permitirem uma indústria sólida e as barreiras para a circulação do capital

---

[158] STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios:** a promessa não-cumprida de benefícios globais. Trad. Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002, p. 48.

financeiro somente tornaram-se ausentes no final da década de oitenta, sendo que os movimentos liberalizantes remontam ao início desta mesma década. [159]

As grandes economias nunca utilizaram para si o remédio que aplicam aos países em desenvolvimento, e de certa forma não há indício real e concreto de que o modelo ofertado venha a gerar algo diferente a não ser miséria, dependência, enriquecimento de uma classe minoritária e lucro para bancos e empresas multinacionais.

Japão e EUA construíram suas economias protegendo sábia e seletivamente alguns de seus setores, para que não fossem solapados por empresas externas. O protecionismo seletivo foi a regra no Japão e nos EUA e representou o caminho para o fortalecimento das suas próprias economias. [160]

Com o colapso do protecionismo absoluto – modelo do socialismo real – os fundamentalistas de mercado neoliberais perderam qualquer espécie de paradigma, e o processo passou a caminhar sem qualquer freio, que não fossem os gritos das sociedades dos países miseráveis e a caminho da bancarrota.

Nunca ter provado do próprio remédio demonstra uma das facetas do neoliberalismo globalizado: a política imposta aos países emergentes é completamente diferente da que efetivamente foi e é praticada pelos países que controlam a economia mundial.[161]

---

[159] SOROS, George. **Globalização**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 44.

[160] STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios:** a promessa não-cumprida de benefícios globais. Trad. Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002, p. 43.

[161] CHOMSKY, Noam. **Neoliberalismo.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 39.

1.3 O ESVAZIAMENTO DO ESPAÇO PÚBLICO

A política neoliberal, sem referencial ideológico e apoiada no mito da inevitabilidade das relações criadas em derredor do mercado, articula-se com outra importante característica do mundo contemporâneo: a carência de espaços públicos, com a conseqüente atrofia do universo público e hipertrofia da órbita privada.

Uma exclusão da política tanto dos cenários de interesse das pessoas quanto dos patamares de importância nas tomadas de decisões para a sociedade fizeram com que os espaços de participação verdadeiramente públicos fossem mitigados em prol de congêneres privados e fossem estilhaçados em órbitas de interesses fragmentados em individualidades.

Duas características podem ser observadas desta constatação acerca da exclusão da política: em primeiro lugar, ela representa o enfraquecimento do Estado, que é uma necessidade para a hegemonia da ordem neoliberal. Em segundo lugar, e de forma subjetiva, observa-se a perda da identidade coletiva, causando mais uma vez a fragmentação em diversas unidades individualizadas, embora confusas.

O Estado cede lugar às empresas transnacionais, e os conceitos de cidadania e inclusão a partir das idéias de república e nação cedem à compreensão do homem enquanto ser consumidor. As praças públicas são trocadas pelos *shoppings centers*, e a participação política é relegada à mera formalidade participativa em processos eleitorais esvaziados. Não há desaparecimento da referência à cidadania, mas a densidade deste espaço reduz-se a mera formalidade vazia.

A política deixa de ser uma arena para embates ideológicos e deixa também de ser o fio condutor para decisões coletivas que se espraiam - com suas conseqüências - para o individual.

A individualidade e o exagerado apego à liberdade, dogmas extraídos do modo de ser e de pensar modernos, geram a impotência coletiva e reduzem os elos entre o público e o privado. O apego à liberdade permite às pessoas as suas próprias buscas individuais e as suas conquistas íntimas, sem alteridade e sem relação com o outro, tornando vazio de conteúdo o espaço da política. A dicotomia moderna entre o público e o privado cede a vez para a hiper-valorização do privado e de suas prerrogativas individuais, causando não a negação do espaço público, mas a sua inutilidade e seu desconhecimento enquanto zona de atuação.

Há uma exclusão da política como área de interesse das pessoas e como zona de importância. As decisões não estão mais lá, não se localizam mais entre os governantes, mas sim em qualquer ponto etéreo entre as empresas e a *internet*. Como diz Baumann: “As velhas *ágoras* foram ocupadas por empreiteiras e recicladas como parques temáticos, enquanto forças conspiram com a apatia política para recusar alvarás para a construção de novos espaços”.[162]

O individualismo moderno, elemento intrínseco do liberalismo enquanto característica da modernidade gera a sensação de supremacia do interesse privado sobre o público e causa um interesse tanto maior em uma sociedade que deixa os homens livres para seguirem seus destinos, ainda que este destino implique na exclusão de outros sujeitos, e ainda que represente a perda do sentido de coletividade.

---

[162] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 12.

O individualismo utilitarista traz na bagagem naturalmente a perda de sentido do espaço público, na medida em que este espaço apenas indica a necessidade de participação do homem em grupo. A natural desconsideração e o natural esvaziamento de espaços como a política surge como exclusão do outro como sujeito a quem se deve dirigir parcela de preocupação.

O Estado deixa paulatinamente de ser uma instituição de preocupações coletivas para ser apenas um espaço de salvaguarda das prerrogativas pessoais contra a limitação das liberdades. O solapamento da igualdade vem com a hipertrofia da liberdade. O igual tratamento e respeito surgem não como perspectivas de uma postura solidária e coletiva, mas como uma pré-condição para a realização dos sonhos e anseios individuais.

O espaço da política moderna era o espaço das decisões coletivas e do embate discursivo e optativo pelo poder ou pela forma de exercê-lo. Na pós-modernidade, a objetivação tecnológica das decisões e a natural perda de eficácia do espaço público para interferir com suas decisões no espaço cotidiano fizeram com que se houvesse um câmbio de sentido e objetivo do Estado e da política, tornando-o – o primeiro – mero centro de garantia de liberdades, e a segunda, lugar esvaziado e recluso, donde não surgem medidas ou decisões verdadeiramente importantes para o dia-a-dia das pessoas.

O mercado livre geraria, por si só, um universo de equilíbrio e concorrência. Ele seria inevitável, onipresente, e nada que o Estado ou a política pudessem fazer seria eficaz para alterar os destinos do universo, fruto da faticidade do mercado neoliberal.

Esse mito inconsciente desfaz a sociedade enquanto comunidade política e mergulha a todos em uma sociedade organizacional, que apenas gera a tecnocracia e preserva os direitos individualistas de todos os indivíduos.[163]

A exclusão da política é também a exclusão do projeto de solidariedade, de Estado plural e de uma sociedade que persegue fins coletivos. Representa uma fragmentação da identidade política perdida na conjugação de interesses fluídos e não pertencentes em toda a sua inteireza a espaços previamente fixados. Como lembra Dupas, o conceito de cidadão incluído, pertencente a uma coletividade, é substituído pelo do indivíduo pertencente a uma organização não governamental, a uma associação, a um grupo truncado, fluido e às vezes contraditório em si mesmo, que representa apenas o esfacelamento da ordem pública em mil relações e interesses privados e individualistas[164].

Evidentemente, isto não significou uma perda total de função da política e do Estado. Significou sim uma atrofia tal que as verdadeiras decisões não passam mais pelo Estado, o que gera um coletivo desinteresse político, agregado ao senso individual de fatalidade e de inevitabilidade, deixando o homem 'livre' para perseguir, sozinho e autonomamente todos os seus caminhos.

A perda do sentido de coletividade - com o abandono dos espaços públicos - acarretou um descontrole da vida coletiva e uma hipertrofia das empresas com a conseqüente atrofia do Estado. A força das empresas em um sistema neoliberal deixa no seu rastro a desvalorização do Estado, o desmonte da sua função social e a responsabilização por apenas um mínimo necessário aos

---

[163] DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado.** São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 59.

[164] DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado.** São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 59.

interesses neoliberais. Por outro lado, faz ressaltar um papel fundamental na nova ordem: conter quaisquer desvios de atuação que invoquem a mitigação da liberdade.

Este Estado mínimo, ao passo que é fruto de uma apatia de todos com os espaços públicos, é fruto de um interessado esvaziamento de suas funções corretivas. “O discurso que ouvimos todos os dias, para nos fazer crer que deve haver menos Estado, vale-se dessa mencionada porosidade, mas sua base essencial é o fato de que os condutores da globalização necessitam de um Estado flexível a seus interesses”[165]

A globalidade, também característica dos tempos pós-modernos, indica uma redução de espaço e de tempo, mergulhando a todos em uma sociedade veloz e próxima, ao menos fisicamente. Mas esta sociedade mundializada não implica na existência de um Estado mundial, mas sim em uma exclusão do próprio Estado da cena de poder, permitindo, com a exclusão da própria política, o esvaziamento do universo público. Nas palavras de Ulrich Beck:

> Sociedade mundial não quer dizer sociedade mundial estatal ou sociedade mundial econômica, e sim sociedade não estatal, isto é, um agregado de sociedades para o qual as garantias de ordem territorial do Estado e também as regras da política publicamente legitimada perdem sua obrigatoriedade[166]

A sociedade pós-moderna é a sociedade não estatal. É a sociedade da não participação, da não ocupação dos espaços públicos. Esta omissão propositada caracteriza-se por ser uma verdadeira exclusão do espaço político.

---

[165] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 66.

[166] BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismos. Respostas à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 19.

1.3.1 Exclusão da política: o abandono dos espaços públicos

Conforme analisado, umas das mais marcantes características da pós-modernidade é o abandono da seara política por parte da sociedade, que traz consigo a perda de importância e de efetividade das decisões públicas e políticas. Os homens não mais se interessam pela vida pública ou pelo espaço de embates públicos, o que causa um esvaziamento da praça – tomada como metáfora do espaço público - e dos discursos coletivos. A política deixa de ser atividade influente na vida das pessoas e é relegada ao desinteresse coletivo.

Os espaços modernos de decisão são substituídos por espaços pós-modernos - todos eles privados e fincados no fluxo de informações - e as lógicas de um atuar moderno são superadas por lógicas pós-modernas de pensar. Nas palavras já referidas de Milton Santos, o mercado toma conta da política e estabelece um pensar simbólico sobre o espaço da decisão.[167][168]

O sujeito político deixa de ter poder, uma vez que as suas decisões deixam de ter como conseqüência uma relevante modificação no modo de ser e de existir da maioria das pessoas. No dizer de Bauman:

> [...] podemos dizer que, não conseguindo mais as instituições existentes reduzir a velocidade de movimentos do capital, os políticos perdem poder cada vez mais – circunstância simultaneamente responsável por uma crescente apatia política, um progressivo desinteresse do eleitorado por tudo que tenha caráter político, à exceção dos saborosos escândalos encenados pelas elites à luz dos refletores, e a queda da expectativa numa possível salvação gerada pelo

---

[167] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 67.

[168] O que se denomina espaço público é aquele diretamente vinculado à sociedade politicamente organizada e construído em derredor do conceito de Estado. Espaço privado é aquele regido por forças particulares, sem a direta intervenção do Estado, e que se submetem, no máximo a uma qualquer regulação estatal.

> governo, sejam quais forem seus atuais ou futuros ocupantes.[169]

O político, como entidade construída no espaço público, deixa de atuar com exclusividade na escolha de decisões e estes mesmos espaços públicos - pensados como locais onde coletivamente se pensa o futuro - deixam de existir. Este quadro de coisas, para Ulrich Beck, significa que "a busca por respostas políticas para as grandes questões do futuro não possuem mais local ou sujeito"[170] Não há quem atue politicamente – já que política pressupõe o todo – e já não há espaços para esta atuação.

A idéia de espaço político pressupõe a compreensão de uma unidade que se faz sobre a pluralidade. Unidade no sentido de um Estado como poder único – detentor de um poder conquistado – e receptor de um amálgama de idéias e compreensões diversas que vão se degladiar e se opor mutuamente, com o objetivo de buscar encontrar hegemonia.

A ruptura da compreensão de que o espaço público é o espaço do confronto remete à compreensão de que a pós-modernidade é um tempo sem política exatamente porque tais antagonismos foram esfacelados a partir da queda do mundo comunista.

Interessante perceber que é exatamente este antagonismo que causa a sobrevivência da democracia, uma vez que a dicotomia nós/eles, que é fundamental para a democracia, somente sobrevive em um universo de forças plurais.[171]

Na pós-modernidade, a ausência da dicotomia que caracterizava o espaço público fez nascer uma sensação de unidade que, ao passo de ser fictícia, era

---

[169] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 12.

[170] BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismos. Respostas à globalização.** São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 25.

[171] MOUFFE, Chantal. **O regresso do político.** Lisboa: Gradiva, 1996, p. 12.

deletéria para a sustentação de qualquer realidade democrática. Lembra Chantal Mouffe:

> No dealbar do século XXI, as nossas sociedades estão a sofrer um profundo processo de redefinição das suas identidades coletivas e a experimentar o estabelecimento de novas fronteiras políticas. Isto está ligado ao colapso do comunismo e ao desaparecimento da oposição democracia/totalitarismo, que, desde a Segunda Guerra Mundial, constituía a principal fronteira política, permitindo distinguir entre amigo e inimigo.[172]

O espaço político é sempre um espaço público na medida em que pressupõe um discurso geral e amplo estruturante das linhas de atuação do Estado enquanto nação politicamente organizada. O sentido da expressão público está na idéia de todos, e "[...] a política, por definição é sempre ampla e supõe uma visão de conjunto".[173]

Espaço público, política e Estado são uma tríade conceitual que assumiu seu apogeu como um micro discurso dentro da meta-narrativa da modernidade.

A idéia de modernidade construiu conceitos de espaço público e privado pensados de forma dissociada um do outro. Este estilo de vida ocidental e europeu tinha como um de seus elementos constitutivos a idéia de um espaço destinado às relações privadas e outro espaço destinado às relações públicas.

A própria idéia de Estado-nação, que é endógena à modernidade, é uma faceta desta dicotomia que imprimia uma separação entre o que seria o lugar das liberdades privadas e o que representaria o lugar das compreensões públicas. No caso do espaço público, as intenções privadas deveriam sempre estar submetidas

---

[172] MOUFFE, Chantal. **O regresso do político.** Lisboa: Gradiva, 1996, p. 14.

[173] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 67.

ao ideário da coletividade. Esta compreensão de espaço contida na idéia de Estado-nação vai se modificar radicalmente na pós-modernidade.[174]

O espaço privado é o lugar das conquistas pessoais, é o lócus da religião, da família, da educação e até mesmo da afirmação sexual e da relação afetiva. Já o espaço público era aquele guiado segundo grandes narrativas, conforme grandes explicações de causa e efeito e era nele que se davam os embates entre forças antagônicas que se degladiavam em busca da primazia da concepção que guiaria a todos. Os destinos, coletivamente considerados, eram decididos no espaço político – que fazia parte do público – e toda e qualquer implementação deveria ser sempre levada a efeito pelo Estado. A dimensão natural da luta hegemônica dava-se através da conquista do Estado.

Os espaços públicos construíram-se sobre a idéia de unidade, de democracia e de igualdade e foram pensados como vetores de desenvolvimento de políticas para a afirmação de instituições ou direitos como a liberdade e a igualdade.

Uma das grandes aventuras da modernidade foi a separação entre o público e o privado, fortalecendo a idéia de que a direção da sociedade deveria ser construída a partir do encontro de caminhos coletivos, buscados ao pé de conceitos como democracia, sociedade e Estado.

Tudo o que dizia respeito ao coletivo deveria ser discutido em espaços públicos e construído a partir de encontros com conceitos construídos, tais como o de democracia. No espaço público, as escolhas e as decisões não poderiam ser apropriadas segundo regras de propriedade privada e nem possuíam o *telos* do livre desenvolvimento das personalidades individuais.

---

[174] GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991, p. 22.

Esta separação entre espaço público e espaço privado pode ser encontrada no pensamento iluminista, no bojo das idéias de laicização do Estado e do Direito. A ideologia das luzes construiu a idéia de que religião, comércio, riqueza, satisfação pessoal, família e outros institutos estavam fora das compreensões do Estado e fora das disponibilidades operativas do espaço público.

Essa separação de compreensões gerou uma duplicidade de espaços, jungidos por uma lógica própria. Embora estivessem conectados no espaço-mundo, diziam respeito a lógicas de resolução de questões completamente divorciadas uma da outra. A forma de gerir o espaço público - e a lógica com que decisões eram tomadas neste espaço - deixaram de ser as mesmas do espaço privado.

A separação entre a religião e Direito, Estado e Igreja, dentre outras, é uma demonstração da duplicação de espaços antes únicos e que, após a modernidade, passaram a ser diferenciados. Esta diferenciação pode ser explicada como a geração de um novo sistema social a partir de um sistema anterior.

O principal espaço público construído foi o espaço político que gerenciava regras para a construção de uma direção e um controle para o Estado e, também, para a sociedade. Este controle poderia ser obtido a partir de exercícios democráticos ou desde uma apropriação do espaço por idéias totalizantes. Quer houvesse uma apropriação do Estado, quer houvesse um direcionamento a partir de idéias democráticas, o certo é que o espaço público da política estava sempre ocupado.

O exercício de política dava-se sempre no espaço público e estabelecia referencial público para a relação entre o indivíduo e a coletividade. Todo exercício de ocupação democrática do espaço público significava um exercício de limitação das liberdades individuais e, a um só tempo, o estabelecimento de limites para o

tolhimento desta mesma liberdade.[175] O exercício da política estabelecia direitos e deveres, e tais referenciais eram sempre públicos, quer fossem construídos desde um discurso democrático, quer fossem resultado de uma apropriação totalitária deste mesmo espaço.

O que resta claro como qualidade ou característica da modernidade em todas as partes do ocidente é que os espaços públicos estavam (ou deveriam estar) dissociados dos espaços privados e que, muito embora houvesse exercício de totalitarismos, estes eram desvios de uma conduta normativamente determinada pela política para o exercício de atitudes no seu próprio espaço. As experiências totalitárias estavam mais ligadas à modernidade não cumprida do que exatamente às vivências felizes de uma modernidade conquistada.

Os espaços públicos, principalmente o espaço público da política, são locais de decisões coletivas conforme os interesses coletivos, e se estabelecem com espaços democratizantes das relações que tendem, ou poderiam tender, ao privado.

O sentido do espaço público da política reside na busca de uma relação de segurança. Encontra-se na necessidade de certeza enquanto vínculo com o futuro. O Estado tem a função de garantir esta certeza, vinculando as compreensões de coletividade e democracia às conseqüências futuras. O compartilhamento com as opções de futuro e a divisão das responsabilidades atreladas à unidade comunitária, fazem de cada homem sócio de um projeto comum que se organiza a partir do espaço público. O espaço público moderno é, acima de tudo, um espaço democrático que conduz à segurança.

Ao abandonar-se a política como instrumento de busca de soluções ou de direcionamentos para a coletividade, opta-se pelo particularismo do mercado que

[175] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 12.

mata a política na medida em que se estabelece sobre outros pressupostos que não a ética ou a unidade. O mercado, sem compromissos com a ética, deixa a sociedade sem a defesa que a política e o espaço público levaram a efeito na modernidade.[176]

A visão de um mundo feliz e igual para o qual tanto o socialismo quanto o capitalismo conduziriam a todos se dissolveu em meio a promessas de uma modernidade que não aconteceu. Mesmo não cumprida, a modernidade pôde ser vivida após a Segunda Guerra Mundial como apogeu da democracia e dos espaços públicos.[177] A dissolução desta realidade que compreendia o espaço público como lócus de resolução coletiva de questões é a característica da pós-modernidade, que vê a migração para o espaço privado deste poder de definição de um atuar futuro.

A idéia de dissolução da modernidade é a idéia de fragmentação e de não cumprimento de promessas de unidade. A unidade deveria ocorrer como conseqüência da ocupação do espaço público e do controle deste espaço por quaisquer das forças em disputa, mas sempre com uma concepção abrangente de sujeito, sem restringi-lo ao individualismo pós-moderno.

Interessante notar que, como percebe Chantal Mouffe, esta fragmentação pós-moderna – que leva as pessoas para longe da política – não representa o mesmo pluralismo que sustentou o pensamento moderno. O pluralismo da modernidade era um universo democrático de realização do ser político, cujo objetivo era a livre e equilibrada convivência entre opostos. A dicotomia, a oposição e o antagonismo é que alimentavam a democracia e o modo de conceber o espaço político na modernidade.

---

[176] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 67.

[177] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 64.

Na pós-modernidade, o que se pode observar é uma fragmentação que difere da pluralidade, pois os plurais não eram essencialistas e, por não o serem, articulavam-se de forma contingente e pragmática:

> É por isso que este pluralismo deve igualmente distinguir-se da concepção pós-moderna de fragmentação do social, que se recusa a conceder aos fragmentos qualquer tipo de identidade relacional. A perspectiva que tenho mantido consistentemente rejeita qualquer gênero de essencialismo – quer do todo quer de seus elementos – e afirma que nem o todo nem os fragmentos possuem qualquer tipo de identidade fixa, anterior à sua forma de articulação contingente e pragmática.[178]

O abandono se dá, também, e em grande parte, porque as decisões públicas deixam de ter influência no cotidiano e na vida das pessoas. O que é público deixa de ter relevância na medida em que as sensações de individualidade e as buscas pela satisfação das necessidades de forma paralela ao Estado reforçam a crença de que as disputas e as conquistas do espaço público são menos relevantes que as disputas e as conquistas no espaço privado. Isto implica na perda de poder do espaço público e no aumento de poder do espaço privado. Em última análise, trata-se do desacoplamento entre poder e política.[179]

Este momento de valorização do privado corresponde a um aumento de liberdade individual que caminha par e passo com a impotência dos entes coletivos.

No dizer de Bauman, “Num mundo que se globaliza rapidamente, em que grande parte do poder – a parte mais importante – foi retirada da política, essas instituições não podem fazer muito para fornecer segurança ou garantias”.[180]

---

[178] MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 19.
[179] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 14 e 124.
[180] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 13.

A conseqüência da fuga da ágora – da retirada da sociedade dos espaços públicos – é que o poder de deliberar e de institucionalizar atitudes conduzentes ao futuro distancia-se da política e do espaço público. Não se pode mais falar em políticas públicas conducentes a resultados democráticos, igualitários ou mesmo libertários, mas tão somente em atitudes privadas de satisfação de desejos individuais. Tais desejos individuais podem até ser coletivos, mas o são como somas de suas individualidades, mas não como desejos de uma coletividade considerada em si mesma. O verdadeiro poder, aquele que concretamente interfere e traz conseqüências para a vida das pessoas, desloca-se do espaço público e localiza-se – na pós-modernidade – no espaço privado.

Na expressão de Bauman:

> O verdadeiro poder ficará a distância segura da política e a política permanecerá impotente para fazer o que se espera da política: exigir de toda e qualquer forma de união humana que se justifique em termos de liberdade humana para pensar e agir – e pedir que deixe o palco caso se recuse a ou não conseguir fazê-lo.[181]

É possível dizer também, em apoio a tal compreensão, e desta vez com Eric Hobsbawn, que o atual momento representa uma inversão da seqüência secular da história que atingiu seu apogeu na modernidade. Até então, o processo era o de contínuo fortalecimento do Estado através do controle de suas relações internas. O Estado ocupava um espaço de força e de organização condicionando às suas próprias diretrizes as relações intra-estatais. A política era o espaço público de construção desta linha de atuação estatal, e o Estado era a instituição encarregada deste controle sobre tais situações. Diz o autor: “Creio que estamos diante da

[181] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 14.

inversão de um processo secular, a longa onda histórica de construção e fortalecimento gradual dos Estados territoriais ou Estados nacionais no sentido político do termo."[182]

Esta rotação no eixo das coisas, a que se refere Eric Hobsbawn, representa a migração do poder do Estado para o mercado, ou, mais precisamente, o esvaziamento da política que deixa se ser atividade definidora do direcionamento do Estado e da sociedade. O próprio Estado deixa de ter todo o poder e se vê minado por instituições que compõe o espaço privado.

Uma das conseqüências que podem ser observadas neste fim pós-moderno da política é a desumanização das relações de poder.

O Estado, enquanto núcleo de poder controlado pelo universo político, tem como pressuposto a sua amplitude, uma vez que o espaço político, o espaço público é coletivo por essência. Já o espaço privado, este é fragmentado e individualista por definição. A ausência da visão de conjunto significa a despolitização do poder, tornando-se fragmentário a ponto de preocupar-se com seus pressupostos próprios, negando-se o todo em sua feição coletiva ou social.

O globalismo – como a característica neoliberal do processo de globalização, ou a globalização neoliberal[183] – leva a sociedade para o individualismo de mercado, para a tomada de decisões e práticas de atos que, embora tenham repercussões gerais, não se dão com base nos pressupostos políticos, até por que, frutos de uma postura que prioriza o lucro, o indivíduo e a competitividade.[184]

---

[182] HOBSBAWN, Eric. **O novo século**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 38.

[183] BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismos. Respostas à globalização.** São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 27.

[184] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 67.

O esvaziamento da política pode ser percebido na pós-modernidade, também, como uma conseqüência do fim da bipolaridade esquerda e direita. Após a ruptura de uma grande narrativa que se servia da igualdade redutora das diferenças como estratégia política de alcance da felicidade, a compreensão dos espaços políticos sofreu a crítica de ser um espaço redutor da liberdade. O público como opressor e o privado como libertário reforçaram a crença na priorização deste último, encastelado na concepção contemporânea de mercado, metaforizando o Estado, a política, a democracia, as eleições, os sindicatos e as políticas públicas como anátemas do livre desenvolvimento das individualidades.

Se de um lado o espaço político resta esvaziado por não dar respostas prontas aos desejos de liberdade e segurança, de outro, o esvaziamento se dá em virtude da crença que liga o espaço público ao totalitário mundo das ausências de liberdades. É o discurso dicotômico de elegia aos universos bipolares.

Obviamente, todo espaço de decisões coletivas é espaço de decisões redutoras de liberdades. O espaço público tende a afirmar a existência de universos coletivos que se chocam, em vários momentos, com os objetivos individuais. No entanto, a afirmação mesma desta esfera de direitos e de liberdades individuais carece de um espaço público que lhe dê afirmação, proteção e contornos nítidos.

O espaço privado, ou a apropriação privada dos meios de decisão que caracteriza a pós-modernidade em razão do abandono dos espaços públicos apenas gera mais incerteza, insegurança e indefinições no que toca a afirmação da liberdade.

De outro lanço, a própria compreensão dicotômica – de um lado, espaço privado e liberdade e, de outro, espaço público e opressão - desconsidera a

existência de muitas realidades possíveis entre a burocracia da ditadura estatal e a liberdade massacrante dos mercados.

Nas palavras de Bauman:

> A arte da política se for democrática, é a arte de desmontar os limites à liberdade dos cidadãos, mas é também a arte da autolimitação: a de libertar os indivíduos para capacita-los a traçar, individual e coletivamente, seus próprios limites individuais e coletivos. Esta segunda característica foi praticamente perdida. Todos os limites estão fora dos limites. Qualquer tentativa de autolimitação é considerada o primeiro passo no caminho que leva direto ao gulag, como se não houvesse nada além da opção entre a ditadura do mercado e a do governo sobre as nossas necessidades – como se não houvesse lugar para a cidadania fora do consumismo.[185]

E quais as razões que levaram ao esvaziamento da tríade política/Estado/espaço público? De certa maneira, as conexões da globalização libertaram o poder de seus limites territoriais, permitindo, como visto, um fluxo extra-estatal de valores e conseqüentemente de poder.

Tudo aquilo que pode se conectar à sociedade de informação pôde se estender para além dos limites objetivos e subjetivos do Estado. O poder se midiatizou, se desfronterizou e se tornou fluido. Já a política, esta permaneceu fixada nos limites do Estado e atrelada a espaços públicos que não são mais ocupados ou, quando o são, já não estão mais conectados como fontes de produção de poder. [186]

1.3.2 Conseqüências da fuga da política: o mal-estar pós-moderno

---

[185] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 12.

[186] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 27.

Este esvaziamento do espaço público traz como conseqüência um mal-estar que se caracteriza por medo e frustração que vêm a reboque de uma sensação de angústia e insegurança. Isto se dá porque a sensação de segurança era corolário da idéia de comunidade, da idéia de espaço público construído para definição de objetivos comuns e para a proteção da sociedade frente a perigos conhecidos. A existência do Estado como realidade e ao mesmo tempo ficção encarnava esta compreensão de instrumento de enfrentamento de medos e males. O Estado, enfim, dotava a sociedade de sensação de segurança porque ele controlava ou era o próprio poder.

A inexistência de um espaço público relevante mitiga a sensação de proteção em benefício de uma sensação de leveza e liberdade que é meramente virtual. As apreensões são multiplicadas exatamente por que os avanços das conexões hiper-complexas não mais permitem que possamos compreender e ler a realidade com a mesma linearidade que o mundo nos apresentava antes. Os perigos passam a ser desconhecidos e isto casado à inexistência de espaços públicos para a construção de estratégias coletivas para a superação do desconhecido gera a sensação de medo.[187] O medo surge como conseqüência do abandono da comunidade estatal e o crescimento do credo da força do privado sobre o coletivo.

O processo moderno de construção da civilização ocidental – leia-se: separação do espaço público do espaço privado - significou uma permuta civilizatória[188], onde valores foram abandonados em detrimento de outros. A liberdade do homem sem fronteiras e sem limites foi restringida em prol de uma relação de segurança em que os espaços públicos definiam as características desta

[187] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 22.
[188] GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 22.

limitação, fortalecendo a segurança e a unidade na busca de soluções para todo o grupo. Como diz Bauman:

> [...] a civilização oferece libertação do medo ou, pelo menos, torna os medos menos assustadores e intensos do que de outra forma seriam. Em troca, no entanto, impõe suas restrições à liberdade individual – por vezes severas, em geral opressivas, sempre maçantes.[189]

Na pós-modernidade, o que se pode observar é um abandono desta permuta civilizatória e a construção do credo da mesquinhez da segurança e da altivez da incerteza que proporciona satisfações dignas de um verdadeiro ser humano.

As promessas de segurança deixam de existir e a sensação de comunidade que enfrenta seus próprios desafios e dota de segurança comum é substituída pelo credo da supremacia das individualidades liberais, não coletivas e incertas.

O medo passa a ser uma característica da pós-modernidade que surge como conseqüência do abandono da seara política e do controle dos meios de poder por parte do público, com ocupação de seu espaço próprio em benefício do ser privado exatamente porque as pilastras da permuta básica da construção da civilização ocidental foram rompidas em honra de uma liberdade de conquistas geradora de insegurança.

O que é dignamente humano não é mais a paz, a certeza e a segurança, produtos da esfera pública e conseqüentemente conquistas do espaço político. O que passa a ser verdadeiramente digno de um ser humano é a conquista, a individualidade e a incerteza insegura que vem com a utopia de um espaço privado

---

[189] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 24.

liberal. Nas palavras de Bauman, fazendo referência às idéias e aos conceitos do conhecido livro ‘O mal-estar na civilização’, de Sigmund Freud:

> Em o mal-estar da pós-modernidade (1998), argumento que se Freud estivesse escrevendo seu livro agora, 70 anos depois do que o fez, provavelmente teria que mudar o diagnóstico: os problemas e desgostos humanos mais comuns atualmente são, como antes, produto de trocas, mas agora é a segurança que se sacrifica diariamente no altar da liberdade individual em expansão. No caminho para o que quer que se suponha uma maior liberdade individual de escolha e expressão pessoal perdemos boa parte da segurança fornecida pela civilização moderna e mais ainda da segurança que prometia; pior, praticamente paramos de dar ouvidos a promessas de que a segurança voltará a ser garantida; em vez disso ouvimos cada vez mais que a segurança vai contra a natureza da dignidade humana de que é traiçoeira demais para se desejar e alimenta uma dependência excessiva, viciada e totalmente embaraçosa.[190]

Além do medo, a frustração – no sentido de falta de vínculos afetivos com as realizações dos atos projetados em uma dimensão de futuro - caracteriza a pós-modernidade. É correto falar em frustração porque não é possível controlar o futuro, definir as relações causa e efeito e atuar conforme tais compreensões retilineamente dispostas.

A segurança, a certeza e a garantia de uma vida melhor são elementos que caracterizam o vínculo com o futuro, e o desfazimento de tais elementos geram o mal-estar pós-moderno que produz angústia.

> A ausência ou carência de um desses elementos tem basicamente o mesmo efeito: dissipação da autoconfiança, perda de confiança na própria capacidade de e nas intenções dos outros, uma crescente incapacitação, ansiedade, esperteza e a tendência a buscar defeitos e aponta-los, a arranjar bodes expiatórios e a agredir.[191]

---

[190] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 24.

[191] BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 25.

Por que o mal-estar é conseqüência da fuga do espaço público, da hipertrofia do privado sobre a atrofia do público e do abandono da política?

Porque o controle da vida coletiva migrou das esferas em que todos, democraticamente, poderiam opinar, para o universo do individualismo, o que causa a solidão. O não poder mais decidir, enfrentar e resolver os problemas da existência como uma comunidade, e a obrigação de fazê-lo por sua conta e risco solitariamente, desbordam em uma crise existencial que bate às portas do terceiro milênio como o mal da pós-modernidade.

Ao relegar-se à esfera do público, opta-se pela solidão da liberdade, ao revés da solidária segurança. Os riscos são maiores, ou parecem maiores quando são enfrentados sozinhos.

Ao passo que tais enfrentamentos se dão solitariamente, a sociedade ainda caminha na busca de inimigos privados que se tornam públicos, na tentativa de resgatar intuitivamente um espaço de participação minimamente coletivo que agora está apropriado pela esfera privada.

O mal-estar poderia ser caracterizado, em última análise, como uma conseqüência da arriscada solidão que é fruto do abandono da unidade do público que antes era o instrumento de resolução dos problemas existentes. A hipertrofia do espaço privado reduzindo o espaço público faz da política um instrumento ineficaz e insuficiente para a construção de vínculos com o futuro.

1.4 UM MUNDO SEM NARRADOR E SEM ENREDO

A modernidade científica credenciou-se como a época das grandes explicações sobre o mundo e das construções de estradas por onde caminhava a humanidade. A própria ciência moderna convivia com a idéia de progresso. A humanidade caminhava sempre para melhor, uma vez que a noção de progresso pressupunha a cumulatividade linear que se caracterizava como qualitativamente melhor que o momento anterior.[192]

A modernidade, enquanto apogeu da racionalidade e da compreensão científica do mundo gerou explicações generalizantes sobre a história e a sociedade. Tanto a ciência quanto a razão geraram soluções universais para os problemas humanos e foram responsáveis por compreensões globais acerca de tudo.

As grandes narrativas eram explicações – ou ideologias – prontas a explicar o mundo a partir de idéias gerais que abrangiam todos os espaços e todos os homens, explicando de forma cabal e racional o fluxo da história.

Este fluxo da história era guiado pela noção de progresso, de caminhar para frente, uma vez que idéias como racionalidade, progresso e organização conectavam-se em meio a qualquer grande narrativa moderna. A idéia de progresso – sempre arrimado na racionalidade e na organização – era o oposto da idéia de regressão. O caos era atributo da regressão, e o progresso o objetivo de toda atitude racional que se seguia a uma grande narrativa que explicasse as razões dos passos.

O progresso, o caminhar para frente, era fruto de uma compreensão de sucessividade da história e do conjunto de seus fatos. Tudo se encadeava como

---

[192] MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 95.

peças de uma mesma engrenagem e tudo poderia ser explicado lançando-se mão da razão.

Esta seqüência de atos e fatos históricos poderia ser conhecida e analisada por intermédio de uma observação pensante e estava disponível para o entendimento racional. Tudo fazia parte de um grande enredo.

Ela – a racionalidade – era ao mesmo tempo condutora do processo histórico, que tendia ao progresso e instrumento de conhecimento de seus próprios resultados.

A modernidade fundava a epistemologia na razão e esta era a pedra de toque para o progresso e para o conhecimento da história. O mundo movia-se por passos previsíveis e analisáveis e explicáveis através de grandes enredos, ou grandes narrativas.

O conhecimento possível é uma das pedras de toque do modo de pensar moderno. A vida, a sociedade e o universo passaram a ser objetos de conhecimento, e tudo o que era possível perceber poderia ser objeto de uma explicação racional e de uma análise científica e segura.

A evolução logicamente explicada e racional é uma grande narrativa que explica o sentido do Homem e da sociedade, e transmite segurança quer através da religião, quer através da história. Nas palavras de Giddens:

> Teorias evolucionárias representam, de fato, grandes narrativas,embora não sejam teleologicamente inspiradas. Segundo o evolucionismo, a história pode ser contada em termos de um enredo que impõe uma imagem ordenada sobre a mixórdia de acontecimentos humanos. A história começa com culturas pequenas, isoladas, de caçadores e coletores, se movimenta através do desenvolvimento de comunidades agrícolas e pastoris e daí para a formação de estados agrários,

> culminando na emergência de sociedades modernas do Ocidente.[193]

O momento pós-moderno trás consigo uma crise no processo de conhecer. Uma crise epistemológica. A razão já não pode mais ser tomada como vetor incontestável de conhecimento e tampouco a história pode ser conhecida e analisada a partir de critérios racionais e, portanto, previsíveis. Como afirma Jean-Françoise Lyotard,[194] a pós-modernidade representa um desfazimento da compreensão racional da história.

Isto se dá em parte pela perda da noção linear de progresso. Não é possível perceber, nos tempos atuais, um abrangente estado de coisas que possa justificar um progresso que atinja todos os limites e atinja, também, todos os espaços da vida em sociedade. Como percebe Edgard Morin, “Isto significa que o progresso não representa a dimensão total da sua realidade, sendo um aspecto devir, mas não o único”.[195]

As grandes narrativas, explicações racionais acerca das conexões do mundo dentro de um universo previsível, já não existem mais, ou não são mais perceptíveis com a amplitude que fizeram delas as grandes explicações para o andar da história.

Esta evaporação da grande narrativa[196] se dá exatamente porque não é mais possível ver o mundo em sua unidade, e pensá-lo desde uma visão homogênea captada pela razão.

---

[193] GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991, p. 15.
[194] LYOTARD, Jean-François. **The post-modern condition**. Minneapolis, EUA: University of Minnesota Press, 1985.
[195] MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 97.
[196] GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, p. 12.

A idéia de pós-modernidade sustenta a descontinuidade desta história, rompendo com a noção de evolução linear que também caracteriza uma grande narrativa.[197]

No mesmo sentido, a hiper-complexidade do universo permite perceber que alguns movimentos são construtivos e destrutivos ao mesmo tempo, e que algo pode indicar um progresso e, ao mesmo tempo, um regresso. Nas palavras de Edgard Morin:

> Complexidade significa que a idéia de progresso, aqui empregada, comporta incerteza, comporta sua negação e sua degradação potencial e, ao mesmo tempo, a luta contra essa degradação. Em outras palavras, há que fazer um progresso na idéia de progresso, que deve deixar de ser noção linear, simples, segura e irreversível para tornar-se complexa e problemática. A noção de progresso deve comportar-se autocrítica e reflexivamente.[198]

A ciência já não possui mais lugar privilegiado e já não há lentes uníssonas para observar e analisar o mundo em que vivemos.

O planejamento não é mais possível e a visão de futuro já não é tão cristalina e tão clara a ponto de fundar – racionalmente – uma explicação única de mundo: uma grande narrativa.

A observação que se faz corrente nos tempos atuais é de um espaço de pluralidades de narrativas, e o mundo passa a ser explicado de diversas maneiras, e a história passa a ser resultado de muitas narrativas, de muitas histórias e de muitas idéias.

A segurança de uma grande narrativa – como a narrativa marxista ou cristã – cede lugar à compreensão segundo a qual a visão que o sujeito tem da

---

[197] GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, p. 15.

[198] MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 98.

sociedade não é a que explica os atos e fatos históricos, uma vez que há uma pluralidade de narradores, de sujeitos pensantes que se utilizam, inclusive, de outras racionalidades.

A sensação de insegurança surge exatamente da impossibilidade de explicar o mundo a partir de suas compreensões unitárias, e de poder pensar a história desde o referencial único e incontestável da razão.

A velocidade, a redução de espaços, a falibilidade da ciência trouxe uma descontinuidade das narrativas e que representaram o seu fim como explicações cabais da história e do mundo.

O pensar moderno – que é científico e seguro – se vê abalado pela própria compreensão pós-moderna do conhecimento. Em outras palavras, o paradigma do conhecimento se vê abalado pela realidade que, de certa maneira, o contradiz. A verdade científica deixa de ser a verdade inabalável, e a ciência deixa de representar a infalível explicação de tudo, inclusive do passado, do presente e do futuro. Como diz Edgar Morin, “[...] a teoria que tudo sabe detesta a realidade que a contradiz, e o conhecimento que a contesta”.[199] Este paradoxo faz da relação entre ciência e verdade uma relação diferente daquela proposta na modernidade.

As grandes explicações do mundo já não têm mais lugar. As teorias cientificamente provadas que explicam os objetos já cedem a relativismos que contundentemente demonstram uma pluralidade de realidades, ou uma realidade hiper-complexa.

Esta complexidade característica da atualidade se vê acrescida por um outro fator: as conjugações de realidades disformes e distanciadas entre si, que agora se aproximam, causando uma dificuldade, em razão da própria complexidade

[199] MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 99.

de sua junção, de se explicar completamente o universo por intermédio de uma grande narrativa.

Assim, o fim das grandes narrativas também se conecta muito facilmente com outra característica da pós-modernidade: a redução dos espaços, a aceleração dos acontecimentos, que levam à imediata conclusão de que o mundo é menor hoje do que era há tempos atrás.

1.5 A VELOCIDADE E A REDUÇÃO DE ESPAÇOS

A pós-modernidade é globalizada. Por globalização entende-se uma distensão global das relações sociais que se dá em todo território e em todos os povos do planeta inteiro.[200]

Este processo de redução de espaços e de aproximação dos homens teve início ainda no processo de expansão da cultura e do modo de pensar e viver europeu, na época das grandes navegações e das grandes conquistas. Não que o fato de um povo de terras distantes vir a conquistar e levar sua cultura e seu modo de existir para os povos dominados não seja uma constante na história da humanidade, mas é efetivamente com as grandes navegações e as grandes conquistas, par e passo com a revolução comercial, que este processo de aproximação e de redução da realidade dos espaços começa a tomar corpo. Em seguida, pode-se verificar o próprio processo de crescimento e de conquistas do império britânico, que se construiu em meio ao neocolonialismo ocorrente principalmente na África e a Ásia.

---

[200] ZOLO, Danilo. **Globalizzazione:** um mappa dei problemi. Bari: Laterza, 2004, p. 5.

O germe da globalização pode ser encontrado na intenção colonialista do homem, que aproximou povos distantes. Esta distância tornou-se mais curta, também, em razão das conquistas favorecidas pela ciência, que permitiu ao homem chegar cada vez mais longe de forma mais rápida. O princípio da globalização coincide, como se pode ver, com os processos históricos de construção e afirmação da modernidade, mas é exatamente no período atual, na pós-modernidade, que ele atinge seu apogeu, transformando o mundo em um lugar menor, acessível a quem tem condições para vivenciar experiências de lugares longínquos.

Filha da modernidade, a globalização definiu a independência em relação ao espaço e a virtualidade das relações que se despregam do condicionante físico.

Um pressuposto desta redução de espaços, velocidade dos acontecimentos e abandono da noção física de espaço é a existência de uma ciência que dá suporte a esta aproximação de pensares distantes. O desenvolvimento tecnológico fornece as bases necessárias para que realidades distantes façam de seus sujeitos convivas próximos.

O espaço se contraiu. Hoje é possível estar rapidamente em local muito distante do ponto de origem, fazendo com que as condições sociais existentes em dado lugar do globo possam fazer parte do amálgama de relações de uma outra sociedade. É exatamente esta intensificação das relações sociais entre pessoas que estão muito longe que caracteriza o mundo globalizado, fazendo com que homens venham a sentir as conseqüências sociais de eventos que se realizaram a milhares de quilômetros, em outra sociedade, em outro continente, em outra – até bem pouco tempo – realidade.[201]

[201] GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, p. 71.

É possível chegar distante e velozmente, causando a sensação natural de que o mundo é menor do que parecia ser anos atrás. Esta sensação de amplitude, embora tenha principiado com a modernidade, atinge seu apogeu na pós-modernidade.

A redução dos espaços e modificação dos limites do mundo faz com que não a história, mas a geografia seja posta em xeque. A redução dos espaços e a velocidade das coligações terminam por modificar os limites naturais que separavam os homens uns dos outros. Na pós-modernidade, tais limites são impostos por outras razões, que não as razões físicas e geográficas que justificavam os distanciamentos até a modernidade.

Mas tal velocidade construtora da proximidade tem por pressuposto os resultados do desenvolvimento tecnológico e científico que foram conquistados com a modernidade. Somente é possível falar em interface entre sociedades distantes porque as conquistas da ciência permitiram tal aproximação.

A internet, os meios de transporte e as diversas formas de comunicação que aproximam todos são produtos da ciência e são construídos e justificados por um modo de vida que é fruto da modernidade.

O domínio da natureza pelo homem e as grandes conquistas científicas tornaram possível este modo de vida. A ciência moderna trouxe benefícios, agradabilidades e facilidades que nunca antes puderam ser conhecidas ou aproveitadas pelo homem. A velocidade e a redução de espaços são filhos da ciência moderna. São subprodutos da razão, conseqüências da modernidade. Se na pós-modernidade elas se tornam situações de destaque e assumem papel definidor do conceito de sociedade pós-moderna, isto somente se dá em antítese ao período do apogeu da modernidade, em meados do século XX, mas devem ser pensados

como uma exacerbação ou uma conseqüência deste mesmo período, como de resto é toda a pós-modernidade.

Por ser globalizada, a pós-modernidade modifica o sentido do termo espaço, e o faz principalmente em função da revolução informática que, juntamente com os meios de transporte e de telecomunicações forneceu acesso e à pessoas distantes a fatos e a culturas fisicamente distantes, além de criar um espaço que não deriva do dado físico, que é o espaço virtual. Esta característica do século XXI é completamente diferente daquela do século XIX.[202]

Esta difusão global, este fluxo de informações e de trocas de experiências e vivências com um volume e uma velocidade nunca dantes pensada gerou uma sociedade mundial que pode ser considerada e pensada de forma diferente daquela limitada aos confins do território do Estado-nação.[203]

Esta redução de espaços, criando uma sociedade mundial, globalizada e veloz, serve aos intentos econômicos ou, como quer Ulrich Beck, fornece as condições necessárias ao globalismo – globalização neoliberal - permitindo o que se pode chamar de ‘macdonaldização’ do mundo.

Esta redução de espaços se vê radicalizada de uma forma bastante perceptível no que se pode denominar não apenas de fim da geografia, mas também de virtualização do espaço, ou abandono da concepção de local, no sentido que lhe deu o pensar moderno.

O homem da modernidade é um homem atrelado ao seu lugar, ao espaço físico onde a sua sociedade se desenvolveu. O homem pós-moderno é virtual, é desatrelado de conceitos e de idéias como as de território.

---

[202] ZOLO, Danilo. **Globalizzazione:** um mappa dei problemi. Bari: Laterza, 2004, p. 51.
[203] ZOLO, Danilo. **Globalizzazione:** um mappa dei problemi. Bari: Laterza, 2004, p. 53.

A idéia de localidade passa a ser uma idéia limitadora das potencialidades que são oferecidas pela pós-modernidade. O neoliberalismo assenta-se nesta característica da sociedade: a virtualidade das conexões de poder, ou ausência de interesse no espaço pensado como território. É caso de se dizer que além da redução de espaço, a própria noção de espaço foi alterada, deixando de existir a sua compreensão como lugar físico de realização de algo. O século XX assistiu á independência da sociedade em relação ao espaço.[204]

Esta característica pode ser perceptível quando, *v.g.*, as empresas desprezam o Estado como referencial de fixação dos seus próprios negócios. A idéia moderna do Estado-nação, fixado em um território e com características definidas deixa de ser minimamente relevante porque a virtualidade do mercado faz o espaço reduzir-se e, mais que isso, deixar de existir enquanto limite para qualquer atuação.

De acordo com Bauman,

> Cabe a elesportanto, mover a companhia para onde quer que percebam ou prevejam uma chance de dividendos mais elevados, deixando a todos os demais – presos como são à localidade – a tarefa de lamber as feridas de consertar o dano e se livrar do lixo. A companhia é livre para se mudar, mas as conseqüências da mudança estão fadadas a permanecer. Quem for livre para fugir da localidade é livre para escapar das conseqüências. Esses são os espólios mais importantes da vitoriosa guerra espacial.[205]

O pensamento deixa latente uma questão que dá a tônica desta virtualização do espaço e desconsideração do território: o fato de tal desconsideração não ser acessível a todos, não ser disponível para aqueles que, mesmo querendo, vão estar condenados à suas existências como locais, alijados de

---

[204] BAUMAN, Zigmunt. **Globalização:** as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 15.

[205] BAUMAN, Zigmunt. **Globalização:** as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, 15.

todo progresso da ciência, desconectados da virtualidade reinante e desacoplados da realidade redutora de espaços e veloz no fornecimento de informações sobre as sociedades do mundo.

1.6 A EXCLUSÃO SOCIAL

Este reduzido universo onde o conceito de espaço se transformou, onde as distâncias diminuíram, onde as pessoas se divorciaram da política e seguem carregando consigo todo o peso do mal estar pós-moderno, também gera homens desacoplados dos benefícios que a ciência e a tecnologia produziram.

Hoje é possível perceber milhares de pessoas – a grande maioria localizada na periferia geográfica do mundo e a minoria localizada na periferia social dos países centrais – que não possuem condições mínimas de viverem os benefícios da ciência, as vantagens da globalização e as conseqüências benéficas da modernidade.

Estes excluídos – prioritariamente localizados na América do Sul, na África e na Ásia - vivem em condições pré-modernas e nem sequer têm condições ou possibilidades de ascender às mínimas condições de vida da minoria.

A representação social da modernidade pode ser feita por Marx com a famosa divisão dos homens em proletários e capitalistas, estes últimos derivados dos burgueses, gerados a partir da revolução comercial e do alvorecer da modernidade. Em tal divisão, é importante perceber que os proletários, embora subjugados, estavam incluídos em qualquer equação que explicasse a sociedade. A existência do proletário dependia da existência capitalista e, o mais importante, a

existência do capitalista dependia radicalmente do trabalho e conseqüentemente da existência do proletário.

Na sociedade atual, que pode ser pensada também como uma sociedade de consumo, os excluídos sociais da África não tem nenhuma relação de pertinência com os midiáticos ou com os dirigentes ou acionistas de grandes empresas que dominam o espaço decisório do mercado fluido. As relações de dependência cederam lugar para relações de ignorância, no sentido de que para a existência das grandes corporações e das pessoas que virtualmente as dirigem, os excluídos nada representam (por isso dizer que são 'excluídos da sociedade'), não havendo razão econômica para que continuem a existir.

Tal exclusão se dá porque estas pessoas não são consumidores, não são produtores e não trabalham. Elas são apenas objetos de caridade privada ou de políticas estatais insuficientes, na medida em que um espaço decisório ocupado pelo mercado nada tem a oferecer para quem não está incluído na lógica econômica neoliberal.

A exclusão não se dá, na pós-modernidade, por sexo, raça, cor ou religião, mas por riqueza. Se o mercado está hipertrofiado e ele domina o espaço de decisão, é natural que a sua lógica reine sobre a lógica ideológica, ou ética ou da moral que dominava a construção de políticas públicas do Estado. Não havendo relação de consumo, ou de produção, o excluído torna-se um estorvo para o mercado, e o Estado deixa de ter força para minimizar as condições desumanas – no forte sentido ético da palavra – a que estão legadas.

A exclusão pode ser fruto da imensa explosão demográfica que assola o globo terrestre, mas é filha da lógica neoliberal pós-moderna, construindo-se sobre as ruínas do Estado, e sobre o desenvolver do individualismo contemporâneo.

O Estado, que poderia proteger o Homem do mercado, apenas exerce funções paliativas, quando não protege o mercado da isolada reação de uma sociedade de excluídos.

A atrofia estatal permite que decisões humanitárias, ou mesmo éticas, sejam impossíveis de ser tomadas pelos líderes governamentais, porque o bastão do poder na sociedade já migrou para as mãos do mercado e das grandes empresas. A exclusão social termina sendo uma conseqüência, também, da falência do Estado na pós-modernidade.

A exclusão social pode ser vista como a mais clara demonstração da falência do projeto da modernidade, ou, como querem alguns, de uma distorção que não nega o projeto da modernidade, e deve ser suprimida, resgatando o sentido original.[206]

A economia cada vez mais virtual e a utilização cada vez maior de tecnologia para a produção de bens fizeram de uma massa muito grande de homens pessoas completamente dissociadas da equação econômica.

De outra banda, a falência do Estado social, ou do Estado providência e sua substituição por um Estado mínimo desconstruiu toda a estrutura vigente que permitia ao poder público minorar as conseqüências sociais que o neoliberalismo trazia a reboque.

A economia neoliberal, com toda a leveza de sua virtualidade, criou um universo de pessoas que se dissociaram de todos os benefícios da modernidade e convivem com os avanços da ciência observando-os desde o seu lugar, um lócus que não tem acesso aos lugares comuns do progresso e da felicidade.

---

[206] GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991, p. 51 e ss.

Uma das características mais marcantes dos tempos pós-modernos é a exclusão social. Além de uma característica, ela é a conseqüência tanto da desmaterialização do espaço, quanto da virtualização da economia e do abandono da agora.

Se de um lado a globalização pode significar 'comer salsichas no Havaí', ou 'assistir a um filme ainda não lançado nos cinemas estando no Kênia'[207], por outro lado a globalização também significa, estar atrelada consigo a localização de pessoas confinadas à vivência da barbárie em tempos de pós-modernidade.[208]

A globalização não foi capaz de homogeneizar a condição humana. Não é possível viver nas mesmas condições em todo o globo. Esta redução de espaços, esta velocidade nas comunicações acarreta uma emancipação de uma parcela de seres humanos, que se tornam livres das restrições locais podendo tomar contato com culturas e vivenciar realidades fisicamente distantes. Entretanto, é apenas uma parcela dos viventes que se encontra em condições de ascender a estes benefícios.

A perda de significação palpável para a localidade gera duas sortes de pessoas: os incluídos e os excluídos. Uns possuem liberdade para aproveitar a virtualidade dos espaços e estão libertos para quantas experiências desejarem e para compreender o que há de qualitativo para o bem estar produzido pelo progresso e pela ciência.

Já outros, os excluídos, não conseguem dominar ou compreender as forças que interagem no seu espaço físico, e estão confinados a eles segundo a própria sorte de sua condição de excluído.

---

[207] BECK, Ulrich. **O que é globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

[208] BAUMAN, Zigmunt. **Globalização:** as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 7.

O espaço deixa de ter qualquer significado e isto acarreta a liberdade de uns e a prisão de outros. A esta prisão se dá o nome de exclusão social.

Bauman anota com clarividência que este processo de exclusão significa a liberdade de uns se sobrepondo – segundo complexas conexões á ausência de livre opção de tantos outros. Uns se tornam globais, os outros locais.

> Com 'as distâncias não significando mais nada', as localidades, separadas por distâncias, também perdem seu significado. Isso, no entanto, augura para alguns a liberdade face à criação de significado, mas para outros pressagia a falta de significado. Alguns podem agora se mover para fora da localidade – qualquer localidade – quando quiserem. Outros observam, impotentes, a única localidade que habitam movendo-se sob seus pés.[209]

A exclusão social, embora seja uma conseqüência desta virtualização e redução de espaços, pode ser justificada pela razão de que, para a manutenção de um status de poder, faz-se mister um distanciamento físico, aonde o ser decisor nunca está presente nunca se refere ao lugar ou a espaço físico. Ele é sempre uma divindade virtual.

Assim, a separação entre o Poder e o espaço físico gera uma relação de exclusão até por necessidade de manutenção deste mesmo poder. A condição de não vizinhança, do maniqueísmo nós e eles, é uma forma de manutenção de uma força excludente que se utiliza da globalização, e ao mesmo tempo dela é tributária, para afirmar uma exclusão entre seres humanos que é uma das características desta pós-modernidade.

Em rica passagem Bauman assim se manifesta:

---

[209] BAUMAN, Zigmunt. **Globalização:** as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 25.

> Com o poder de baixar vereditos investido na segurança do ciberespaço, os corpos dos poderosos não precisam ser corpos poderosos nem precisam se armar de pesadas armas materiais; mais do que isso, ao contrário de Anteu, não precisam de nenhuma ligação com seu ambiente terrestre para afirmar, fundar ou manifestar o seu poder. O que eles precisam é isolar-se da localidade, agora despojada de significado social, transplantada para o ciberespaço, e assim reduzida a terreno meramente 'físico'. Precisam também da segurança deste isolamento – uma condição de 'não vizinhança', de imunidade face a interferências locais, um isolamento garantido, invulnerável, traduzido como 'segurança' das pessoas, de seus lares e *playgrounds*. A desterritorialização do poder anda de mãos dadas, portanto, com a estruturação cada vez mais estrita do território.[210]

Para completar o raciocínio do autor, faltaria dizer que a desterritorialização do poder e a estruturação cada vez mais estrita do território andam de mãos dadas, ambas, com a divisão da sociedade entre incluídos e excluídos. Aqueles, os incluídos, viventes do espaço virtual; estes, os excluídos, habitantes das localidades cada vez mais confinadas, invadidas e impotentes.

A virtualidade do capital, ou seja, o globalismo, utiliza-se da idéia eufemística de espaço apenas para significar uma unidade virtual onde o homem é menos importante que as conexões que geram valores materiais, contribuindo para relegar o ser vivente ao *status* de insignificante para a existência do capital.

Uma primeira olhada sobre a exclusão social revela a íntima conexão entre a virtualidade do capital e a exclusão social.

As grandes empresas que dominam a economia neoliberal, tornando-se a efetiva fonte de poder no globalismo, não possuem apego aos espaços físicos, não têm existência material. A relação de pertinência entre o trabalho, o trabalhador, a empresa e a produção deixa de ser entre estes e o espaço físico e passa a ser entre

---

[210] BAUMAN, Zigmunt. **Globalização:** as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 27.

estes e o mercado. Os acionistas ou sócios são livres destas conexões e, como institutos de mercado, a companhia lhes pertence e pode, inclusive, modificar as suas relações com o trabalho, com os trabalhadores e com a produção independentemente de qualquer relação com o espaço físico.

Os proprietários dos meios de produção que hoje definem as vidas das pessoas são livres - no sentido mais pós-moderno da palavra – para ir e vir, vender e comprar, demitir e empregar, independentemente das conseqüências que isto possa causar para as sociedades locais.[211]

1.7 UMA SOCIEDADE DE CONSUMO

A sociedade pós-moderna é uma sociedade de consumo. Isto não implica apenas em dizer que na sociedade atual os homens consomem. Significa dizer que o consumo está na base da estrutura social e persiste de forma tão fundamental a ponto de caracterizá-la de forma diferente das sociedades dos antepassados.

Ao fazer um recorte da sociedade atual e exercer uma análise comparativa com a sociedade moderna, é possível perceber que na modernidade a estrutura social baseava-se em homens-produtores e homens-soldados. [212]

Esta observação é conseqüência do fato de que a modernidade operava com o conceito de produção como aquele que definia a riqueza, e o conceito de força militar como aquele que definia poder político.

O homem moderno é produtor na medida em que qualquer atividade dominada pelo capitalista necessitava majoritariamente da força de produção para

---

[211] BAUMAN, Zigmunt. **Globalização:** as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 16.

[212] BAUMAN, Zigmunt. **Globalização:** as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 88.

subsistir, fazendo com que o homem-produtor, ainda que não possuísse poder, estivesse incluído na estrutura de sustentação desta mesma sociedade.

A sociedade vivia desde a necessidade de produzir, e para tal necessitava da força dos indivíduos que eram produtores por excelência.

Por outro lado, o soldado era o incluído na outra ponta de bifrontismo social, por quer o poder político ainda estava atrelado ao espaço e havia necessidade de utilização da força física, empregada através de homens-soldados para controle do espaço territorial.

Na pós-modernidade, estas prioridades vão se esvaziar, pois o poder militar deixa de ter a utilidade de antanho, na medida em que a conquista do espaço físico sede terreno em importância para a conquista do espaço virtual. Os grandes exércitos que ocupam papel primordial na obtenção de poder na modernidade deixam de ter a mesma importância na pós-modernidade.

De igual modo, existem mais pessoas no globo do que o necessário para produzir. As revoluções científicas, principalmente as que minimizaram a participação da mão de obra humana na produção tiveram por conseqüência a redução da importância do homem-trabalhador - do homem-produtor – na acumulação de riqueza. As máquinas passaram a exercer este papel na produção, criando a categoria do excedente de “mão de obra”.

Na pós-modernidade, os produtores e os militares são substituídos pelos consumidores, pois o espaço agora é virtual e a produção é robotizada, fazendo com que a estrutura de poder e riqueza migre para outro lócus social.

Obviamente, isto não significa a absoluta ausência de importância dos exércitos e dos produtores. Significa apenas que não fazem mais parte da base

sobre a qual as estruturas da sociedade se constroem. A sociedade pós-moderna é diferente da sociedade da modernidade.

Em passagem, Bauman afirma que:

> As diferenças são tão profundas e multiformes que justificam plenamente falar da nossa sociedade como sendo de um tipo distinto e separado – uma sociedade de consumo. O consumidor em uma sociedade de consumo é uma criatura acentuadamente diferente dos consumidores de quaisquer outras sociedades até aqui.[213]

Basta uma breve olhada na sociedade ocidental para se perceber que ela se instrumentaliza como um espaço – real e virtual – de consumo, onde o dilema deixa de ser sobreviver ou não sobreviver, trabalhar ou não trabalhar, e passa a ser "[...] se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir."[214]

O consumo deixa de ser um elemento da vida das pessoas e passa a ser a razão de seu próprio dia a dia. A velocidade, a virtualidade, a redução das distâncias e o aumento das possibilidades de comunicação fazem do ato de consumir um ato cada vez mais fácil e dependente apenas das potencialidades do indivíduo enquanto consumidor.

Evidentemente que há um condicionante subjetivo que é criado pela mídia e que já representa uma forma de viver da pós-modernidade. Isto aponta para conjecturas como a que diz que "para bons consumidores não é a satisfação das

---

[213] BAUMAN, Zigmunt. **Globalização:** as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 88.

[214] BAUMAN, Zigmunt. **Globalização:** as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 89.

necessidades que atormenta a pessoa, mas os tormentos dos desejos ainda não percebidos nem suspeitados que fazem a promessa ser tão tentadora.[215]

Há uma necessidade de consumir, uma obrigação de fazer parte de um mundo inserindo-se nele não como trabalhador ou soldado, mas como consumidor. Aquele que pode comprar está incluído, e aquele que nada pode comprar está excluído do modelo social pós-moderno.

Esta sensação de necessidade de consumir gera inquietude, gera mal-estar, gera depressão e condiciona a estrutura de valores do próprio indivíduo. A cartografia da sociedade indica que quanto mais consumidor, mais importante, mais incluído e mais admirado. O anseio por consumir pode levar a uma série de conseqüências, desde a insônia à compulsão e ao nervosismo. Poder consumir significa poder existir, poder estar incluído, poder ser valorizado.

Esta característica do mundo atual conecta-se com as demais características e delas é tributária, na medida em que a redução dos espaços favorece o consumo, que se torna mais efusivo e potente graças à virtualidade das relações desta natureza.

De igual modo, é através do consumo de bens e serviços que o neoliberalismo se fortalece. Só é possível pensar uma economia de mercado, uma economia neoliberal com o enorme fluxo de objetos de consumo que se sustenta na redução de distâncias e no abandono do espaço físico como referência do comércio.

Necessário perceber também que, se a produção de tudo o que é consumido, utiliza-se uma parcela muito menor dos homens que existem no globo; e se parte destes homens não podem consumir, tais pessoas estão radicalmente fadadas a estarem de fora da estrutura social, e, portanto, completamente excluídos.

---

[215] BAUMAN, Zigmunt. **Globalização:** as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 90.

Não podem consumir e o mundo não precisa mais delas para produzir. Mais ainda: o Estado que as protegeria deixa de ser tutor do excluídos e passa a ser apenas um regulador de questões de mercado, nada podendo fazer.

Não é possível a todos consumir tudo. Embora o desejo de consumir – o elemento subjetivo - possa estar presente em todos, nem todos podem consumir.

Todo mundo pode ser lançado na moda do consumo; todo mundo pode desejar ser um consumidor e aproveitar as oportunidades que esse modo de vida oferece. Mas nem todo mundo pode ser um consumidor.[216]

Consumir passa a ser uma característica da sociedade pós-moderna porque é mais do que algo que ocorre nos tempos atuais. Viver consumindo passou a ser, na pós-modernidade, um modo de vida ocidental.

1.8 RISCO SOCIAL

É comum a diversos pensadores caracterizar a sociedade pós-moderna como uma sociedade de risco. Entretanto, não há consenso nem mesmo entre os sociólogos acerca do que se quer dizer quando se denomina a sociedade atual de sociedade de risco. Do mesmo modo, torna-se difícil encontrar um único eixo para a configuração do que venha a ser o próprio risco. Trata-se de uma característica que sempre acompanhou as escolhas dos homens através da história? De uma característica inerente à própria pós-modernidade? Há, de fato, uma escolha arriscada ou trata-se apenas de um discurso que se insere sobre uma das escolhas possíveis? Tais questões não possuem respostas uníssonas nem tampouco apontam para qualquer consenso.

---

[216] BAUMAN, Zigmunt. **Globalização:** as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 17.

A pluralidade de concepções pode ser percebida desde o pensar o risco como uma questão de discurso, de forma de compreender a realidade e estabelecer optativamente seus próprios vínculos com o futuro, passando por uma compreensão do risco como um cálculo de probabilidades matemáticas, chegando no conceito de risco como um produto dos avanços tecnológicos e científicos, e terminando nas concepções do risco como uma probabilidade de resultados cujo mote é o acúmulo de riquezas.

Em todas as maneiras de se conceber a questão do risco pode-se perceber uma única unanimidade: nenhuma delas descura da convicção de que risco é algo comum no discurso pós-moderno ou do sistema social, tal como se coloca hoje. Isto implica na certeza de que no modo de viver atual e em seu discurso explicativo, ou em sua representação atual, as opções que podem ser tratadas como 'de risco' são conexões entre causas e efeitos presentes, ainda que esta presença se dê apenas na lógica do discurso.

Interessante notar que nas grandes culturas antigas a questão já estava posta, uma vez que o risco, em essência, pode ser concebido como incerteza em relação ao futuro.[217] Esta incerteza não é privilégio da pós-modernidade, uma vez que sempre, através da história, o Homem teve frente ao futuro uma relação de receio e de medo.

Embora os riscos e as decisões, arriscadas tenham acompanhado a evolução das sociedades, o discurso hoje reinante – onde se põe a questão do risco como caracterizador da sociedade atual – remonta ao período de transição entre a idade média e o início da modernidade, como anota Niklas Luhmann.[218]

---

[217] LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Cidade do México: Triana Editores, 1998, p. 50.
[218] LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Cidade do México: Triana Editores, 1998, p. 52.

As incertezas mencionadas por teorias do risco que caracterizam a sociedade pós-moderna como uma ‘sociedade do risco’ são apenas sensações dos tempos atuais. Em épocas onde a própria complexidade da sociedade era diminuta e onde o pouco domínio do Homem sobre a natureza justifica inseguranças e incertezas as possibilidades de risco eram muito mais relevantes do que as atuais.

Mesmo havendo a compreensão para alguns de que a incerteza e a insegurança – e o risco como um todo – são criações dos tempos atuais em razão do avanço da ciência e das revoluções tecnológicas,[219] existem outras teorias que preferem ver no risco apenas uma questão de postura discursiva, ou de forma de ver uma conexão com o futuro que é inerente à sociedade.[220] Em todas elas, entretanto, há a convicção de que o risco é uma característica dos tempos correntes.

Para Ulrich Beck, é a modernidade que trás como conseqüência o risco. “Na modernidade avançada, a produção social de riqueza vai acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos.”[221]

Conforme este pensamento, muito embora a modernidade tenha gerado explicações racionais para tudo, a ciência como fonte de justificação para todos os fenômenos e como guia para uma escolha racional e segura não foi capaz de gerar a prometida sensação de segurança.

---

[219] BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998, p. 25.

[220] LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Cidade do México: Triana Editores, 1998, p. 43 e ss.

[221] BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998, p. 25.

1.9 O DISCURSO JURÍDICO POSSÍVEL

Diversas formas de compreender o papel do direito são possíveis na pós-modernidade. Da mesma maneira, existem diversas lentes através das quais é possível pensar a estrutura do direito em tempos onde as características da sociedade apontam para a ruptura da unidade e a crença em um universo de fractais.

Conforme a descrição levada a efeito, a pós-modernidade assiste ao fim das grandes narrativas e à morte das compreensões unívocas acerca de justiça e sociedade. A conseqüência é a realização de um discurso jurídico ineficaz que se situa em um período de transição entre um Estado forte e um Estado mínimo.

O mercado possui as suas próprias regras, e nenhuma delas é uma regra do fortalecimento do espaço público e conseqüentemente do Estado. Natural resultado é a fragilidade do discurso jurídico estatal.

O espírito da modernidade era todo ele um espírito vincado na ideologia da lei forte, "aliada à unidade do Estado moderno centralizador".[222] As compreensões modernas de direito vincavam-se no positivismo patrocinado por um Estado hegemônico, e as doutrinas demonstravam, à saciedade, a vinculação entre modernidade e positivismo.[223]

Na pós-modernidade, a hipertrofia do mercado procura dissolver esta hegemonia do Estado e do seu direito, buscando alternativas de imposição de regras de conduta que não são jurídicas. Se os séculos XIX e XX puderam ser os

---

[222] BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 181.

[223] BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 190.

séculos dos juristas, talvez se esteja no alvorecer do século a ser conhecido como a idade dos economistas.

A ineficácia dos sistemas jurídicos em tempos de privatização dos espaços e de fenecimento das grandes narrativas (o direito é uma narrativa) é a grande conclusão a que se chega quando da observação das mudanças que assolam a sociedade em tempos de transição.

No dizer de Bittar[224],

> O sistema jurídico, como um todo, sofre diretamente os impactos e abalos da pós-modernidade em sua configuração, eis a necessária constatação. Sabendo-se tratar de um sistema que não vive automaticamente, com relação aos demais sistemas (social, cultural, político, econômico, científico, ético...), é de se dizer que o sistema jurídico recebe diretamente o impactodas modificações sofridas nas últimas décadas, que acabaram por produzir profunda desestruturação nos modos tradicionais e modernos de concepção do mundo.

Estas profundas modificações fazem com que o direito seja atingido por um déficit de normatividade, escondendo-se sob o manto de um discurso ineficaz.

O direito já não pode mais ser aplicado a todos. A sua utilização como instrumento de igualdade e a constatação prévia de que direito é discurso de universalidade passa a ser contrastado com a realidade, onde as esferas de desigualdades são tamanhas que a mera formalidade não pode esconder o descrédito.

O direito não é o mesmo para incluídos e excluídos. Ainda que a formalidade do direito insista, a universalidade do discurso não demonstrável. Isto é conseqüência da própria ausência de determinação do Estado, que ao encolher causou uma completa fragilização do discurso jurídico.

---

[224] BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** São Paulo: Forense Universitária, 2005. 207

A crítica teórica ao positivismo descortinou outras fontes legítimas de direito, mas os processos de demonstração do pluralismo jurídico não trabalhavam com a compreensão de um Estado mínimo, de um Estado que secundarizasse o discurso jurídico.

As amarras neoliberais da sociedade pós-moderno mitigaram o Estado e reduziram os espaços públicos de geração de direito a espaços privados de construção de normas contratuais sustentadas e justificadas por equações econômicas.

O direito da modernidade – embora positivo e estatal – reconhecia as fontes plurais de produção do direito e sustentava-se sobre uma base ética. Os contratos do mercado justificam-se pelo individualismo e pelo isolacionismo pós-moderno, e legitimam-se como instrumento de aquisição de valores mercadologicamente positivos.

Como narrativa coletiva que caminhava para a construção da igualdade, e como sistema social de controle, o direito foi substituído por um conjunto de disposições de objetivos mercadológicos.

Com o Estado fragilizado, a pretensa igualdade é substituída pela desigualdade natural dos universos sem um poder mitigador da força privada. Na ausência do Estado vale a lei do mais forte, valem as condições impostas pelo mercado.

A alternativa viável é a construção de um discurso jurídico emprestado da modernidade. Respostas ao fim da narrativa jurídica devem advir de um movimento de contraposição ao fogo cruzado pós-moderno que procura por fim ao Estado, e ao

seu direito. Este processo de contra-fogo[225] somente é possível se não se abdicar das conquistas e das experiências da modernidade.

O Estado moderno foi deixado para traz, mas isto não significa que se esteja diante da inevitabilidade de um Estado mínimo. Não significa um réquem para o direito estatal.

O direito dogmático, construído sobre as pilastras da modernidade, com todos os aportes que o pós-positivismo pode lhe conferir, representa uma fuga do imobilismo pós-moderno e do mercantilismo neoliberal.

Como afirma Derridá, as conquistas do direito0 como espaço se força, desnaturado de qualquer potência estatal perdeu-se como promessas não cumpridas da modernidade.

É impossível pensar direito sem Estado, e é impossível compreender discurso jurídico sem força que o legitime. O direito é filho de Thomas Hobbes.

Isto implica em dizer que o discurso jurídico necessário para os embates da pós-modernidade excludente e neoliberal não é o do fim do Estado, ou do Estado mínimo, mas aquele que se apóia no fortalecimento do Estado como fonte de poder jurídico.

É através do Estado que poderá ser possível uma contraposição ao mercado, e uma construção de um discurso mais igualitário. Isto implica no reconhecimento da dogmática como veio condutor para um discurso jurídico com normatividade. A fragmentação das idéias de direito, aliada à crença na inimizade do Estado, aponta para o domínio do mercado a-ético, excludente e neoliberal.

Esta dogmática pós-moderna deverá ser necessariamente uma visão pós-positivista de fortalecimento do direito estatal para o enfretamento das questões pós-

[225] BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos:** táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

modernas, tais como hegemonia do mercado, fim dos espaços públicos, invidualismo, exclusão social e ineficácia do direito.

Trata-se de utilizar da construção da modernidade para construir na pós-modernidade um espaço social que sustente os ganhos da modernidade, mas conviva abertamente com as modificações inevitáveis dos tempos atuais.

Dentre esta revitalização do discurso jurídico pós-moderno duas questões são de extrema importância: Um resgate dos direitos fundamentais como categorias dogmáticas. E uma preocupação com objetos contemporâneos do direito, dentre eles o ambiente.

Os direitos fundamentais nasceram como categorias zetéticas, foram cristalizados como categorias dogmáticas e sempre foram manuseados contra o estado, haja vista nascerem como direitos subjetivos públicos.

Na pós-modernidade, os direitos fundamentais devem ser manuseados não mais contra o Estado, mas devem jogar a função dogmática de garantias contra-majoritárias e garantias contra-poderes, o que implica na necessidade teórica de justificá-los como vetor de redução das opressões.

Na sociedade em que o Estado está atrofiado, o poder se deslocou para o mercado, o que implica em uma redefinição do papel dos direitos fundamentais, que sociologicamente se justificam não mais como direitos subjetivos públicos, mas como direitos que possam ser utilizados pela defesa do hipossuficiente contra o espaço privado.

Igualmente, o objeto precípuo de atuação de um discurso jurídico não pode ser mais aquele que estava em voga na modernidade. Há questões não pensadas e sobre as quais não houve teorização na modernidade que carecem de

tratamento condigno no alvorecer do século XXI. Dentre tantas, uma delas é a questão ambiental.

O direito pode preservar o ambiente. O ambiente é um dos objetos de maior agressão levada a efeito pelo mercado. Há de se construir um discurso dogmático de direito que proteja os hipossuficientes dos movimentos globais de afirmação dos mercados que agridem o *habitat*.

Uma destas estratégias jurídico-dogmáticas de proteção do ambiente é exatamente a utilização dos direitos fundamentais. Como garantias contra-majoritárias os direitos fundamentais são o braço do direito do Estado na defesa do ambiente de quem não possui participação no espaço público e nem inserção na engrenagem econômica para fazer valer seus desejos de viver em um mundo ambientalmente melhor.

Dentre as opções disponíveis para o jurista pós-moderno, a compreensão da dogmática dos direitos fundamentais, e a sua utilização para a preservação do ambiente remonta como uma estratégia que se justifica sociologicamente e faz coro dentre outras viáveis para assegurar a qualidade de vida.

O mercado tem mecanismos econômicos de preservação ambiental. Entretanto, estes mecanismos econômicos se movem através da mesma lógica deletéria que invade as empresas: a percepção do lucro.

Assim, utilizar-se de um direito fundamental ambiental como vetor de afirmação de qualidade de vida passa pelo reconhecimento da utilidade da dogmática moderna no enfrentamento das questões ambientais na pós-modernidade.

CAPÍTULO 2 - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CATEGORIAS DOGMÁTICAS

2.1 A PLURALIDADE DE VISÕES

Direitos Fundamentais são categorias dogmáticas.[451] São proposições jurídicas de natureza científica que tem um sentido prático e uma função no ordenamento social. Possuem conteúdos variáveis historicamente, e de cultura a cultura, mas se submetem a pressões da historicidade e da racionalidade para a sua configuração.

Tais pressões da racionalidade e da historicidade são exercitáveis dentro do campo da dogmática, a partir da atuação de suas três dimensões. Como categorias dogmáticas exercem funções na sociedade e buscam apoio – em última análise – no discurso prático racional[452], embora sejam também frutos da tradição e das pré-compreensões.[453]

Embora sejam categorias dogmáticas podem ser analisados a partir de outras lentes. Analisar os direitos fundamentais não significa pensá-los sempre sobre a ótica da dogmática jurídica, uma vez que, embora sejam categorias desta natureza, são institutos complexos que possuem uma dimensão filosófica[454] e sociológica – além de política - que permitem esboços teóricos distintos e abordagem a partir de linguagens não necessariamente dogmáticas, e nem mesmo jurídicas.

---

[451] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1239.

[452] ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica**. Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998, p. 200.

[453] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, p. 579 e ss.

[454] Lembrando a impossibilidade de abandonar um viés filosófico para o tratamento dos direitos fundamentais. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 40. v. 4.

Quando se fala de direitos fundamentais – exercendo juízos de valor sobre quais direitos deveriam ser fundamentais, ou analisando se determinado direito é ou não fundamental, ou ainda procedendo à mera descrição de um estatuto jurídico – pode-se estar exercitando um discurso baseado em diversos planos ou diversas perspectivas. A pluralidade de lentes focadas sobre um mesmo objeto é algo comum nas ciências sociais, e não traz consigo qualquer novidade para o terreno jurídico e mais precisamente para o campo do direito constitucional. É possível perceber Constituição e direitos fundamentais a partir de diversos enfoques.[455] A multiplicidade de formas de abordagem e de utilização de conceitos causa a necessidade de unificação do plano do discurso, para que o objeto possa ser analisado de forma que as dúvidas, porventura residentes, não sejam insolúveis. Falar sob um mesmo enfoque permite a divergência com unicidade teórica, e a divergência a partir de enfoques distintos só causa confusão[456] e a dogmatização a-científica dos conceitos manuseados[457]. A incomensurabilidade das diversas visões apenas impossibilita o diálogo e retira-lhe um mínimo de utilidade.

Para que se possa chegar a conclusões com um mínimo de utilidade, faz-se mister que primeiro seja definido que tipo de abordagem se está fazendo quando se analisa o tema dos direitos fundamentais, e que tipo de corte epistemológico está sendo efetuado. Direitos fundamentais – tomados como categorias dogmáticas – são objetos de uma ciência[458] e é necessário tomá-los de forma isolada – tanto quanto

---

[455] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 27; BELLO FILHO, Ney de Barros. Sistema constitucional aberto. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 167.

[456] Neste sentido, buscando uma definição que seja coerente com os pressupostos e tentando limitar o âmbito da divergência à perspectiva utilizada para a abordagem ver FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: _____ et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Editorail Trotta, 2001, p. 287.

[457] KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Perspectivas, 1970, p. 23.

[458] Posto que se trata de uma análise dos direitos fundamentais sob uma perspectiva dogmática e, mais atentamente, a análise da possibilidade do direito ao ambiente ser tomado através de uma perspectiva jus-

possível e sem purismos metodológicos exagerados – dos demais tipos de conhecimentos para que eles possam estar minimamente aptos ao cumprimento de sua função social, ao revés de diluírem-se no plano do discurso sem efetividade.

Os direitos fundamentais podem ser concebidos a partir de enfoques zetéticos (sociológicos ou filosóficos) e também sob a compreensão do seu sentido e da sua função enquanto institutos de uma constituição concebida através de uma teoria específica. Tais discursos não são dogmáticos, muito embora possam ter suas bases argumentativas inseridas na atividade dogmática a partir da sua dimensão normativa.

Sob o lume das concepções de sentido e função da Constituição é possível compreendê-los a partir de sistemas que se constituem em grupos de concepções que vêem – cada uma delas de modo diferente – todo o contexto dos direitos fundamentais e sempre a partir de um determinado fio condutor.

Podem ser de pronto enumeradas – conforme dá conta a doutrina com algumas variações – as teorias: a) liberal que tende a reconhecer nos direitos fundamentais um espaço de defesa dos indivíduos, b) institucional, tendente a pensá-los a partir das instituições que compõem a sociedade, c) valorativa, que os identifica com princípios e valores éticos existentes na sociedade, d) democrático-funcional que percebe os direitos fundamentais como direitos de participação na vida coletiva, e) social, que vê o sentido dos direitos fundamentais na afirmação das condições de vida do homem em sociedade, f) socialista (marxista), que concebe os direitos fundamentais a partir de uma necessidade de existência desde a igualdade econômica.[459]

---

fundamental dentro do referencial positivo da Constituição Brasileira de 1988, não haverá – neste ponto – qualquer problematização acerca do sentido ou do conceito de uma ciência jurídica.

459 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1380-1386; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora,

Tais concepções explicam os direitos fundamentais a partir de sua justificativa política, enquanto formas ou modelos de concepções do instituto em sua interpolação com a ciência política.[460] Tais teorias encontram explicações distintas para a existência e para a justificação dos direitos fundamentais, podendo ser aptas ou não para explicar e fundamentar determinados direitos fundamentais a partir do momento político no qual estejam inseridas. São, em verdade, teorias da constituição e não teorias dos direitos fundamentais.

Tais abordagens – zetética e política – embora possam ser abordagens jurídicas não são científico-jurídicas porque não são dogmáticas, e podem colonizar parte da atividade dogmática, mas com ela não se confundem.

As abordagens zetéticas não respondem a questionamentos vincados na efetivação e na aplicabilidade prática dos direitos fundamentais, e as abordagens teórico-políticas apenas estabelecem formas de conceber os direitos fundamentais no processo interpretativo, mas nada dizem acerca da sua estrutura interna.

Todas estas formas de conceber os direitos fundamentais têm utilidade no processo de justificação e fundamentação do aspecto material dos direitos fundamentais, podendo inserir-se, desta forma, na atividade dogmática a partir de elos estabelecidos.

A abordagem útil à aplicabilidade dos direitos fundamentais é a abordagem dogmática, uma vez que permite a realização dos direitos fundamentais e o alcance do seu objetivo maior que é o de proteger a todos contra o solapamento dos direitos elementares à plena realização da vida humana com dignidade.

2000, p. 49-50; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, p. 608 e ss; BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 44-71; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales,** Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 35-38. Em uma abordagem um tanto diferente, ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 48 e ss.

460 Para uma leitura acerca das teorias dos direitos fundamentais, por todos BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993.

O conhecimento científico-jurídico que surge com a dogmática permite a realização de laços com as filosofias, as sociologias e a ciência política, estabelecendo, assim, um elo condutor entre o conhecimento dogmático e o zetético, [461] localizando o discurso dos direitos fundamentais no âmbito próprio da sua cientificidade jurídica, resguardando a sua problematicidade e seu veio questionador, mas ao mesmo tempo permitindo a sua eficácia.

Os aportes da ciência política, necessários que são, mas não a ponto de condicionarem a análise dos institutos que constituem o plano dogmático dos direitos fundamentais, adentraram nas proposições científico-dogmáticas de tais direitos, juntamente com as proposições filosóficas e sociológicas a partir da dimensão normativa da dogmática tridimensional, estabelecendo uma ponte entre a dogmática e a zetética.[462]

Desta maneira, quando se diz que os direitos fundamentais são categorias dogmáticas quer-se dizer que eles são elementos da quadratura dogmática que possuem efetividade como norma, mas que possuem dimensões que os aproximam de uma compreensão aberta de seu próprio conteúdo.

Direitos fundamentais são categorias dogmáticas e isto quer dizer que não são dogmas absolutos, mas pontos de equilíbrio entre compreensões empíricas, analíticas e normativas.

---

[461]FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Forense, 1978, p. 91.
[462]FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Forense, 1978, p. 92.

2.1.1 Uma filosofia dos direitos fundamentais e uma sociologia dos direitos fundamentais

Uma forma de observar os direitos fundamentais é sob as lentes da sociologia dos direitos fundamentais ou da filosofia dos direitos fundamentais.[463]

Mesmo valendo-se de aportes da filosofia e da sociologia, construindo pontes com a sociologia do direito e com a filosofia jurídica, a ciência-tecnologia do direito tem suas características que as diferenciam das demais formas de perceber o direito. De outra banda, é preciso não esquecer a visão do senso comum, que também pode dar a conhecer o direito de uma forma científica, mesmo que se esteja a falar de uma cientificidade pós-moderna.[464]

Do que falam os filósofos do direito quando falam de direitos fundamentais? Do que falam os sociólogos do direito quando mencionam o termo? O que expressam os juristas – juízes e integrantes da comunidade jurídica – em suas decisões ou proposições quando articulam a idéia de direitos fundamentais? O que querem dizer os homens e mulheres da sociedade civil quando atribuem a si próprios, ou a outros a existência de um direito que não é 'comum', mas é 'fundamental'? Alguns deles exaram um discurso que possa ser chamado de científico?

A dificuldade de comparar análises e até mesmo de unificar linguagens surge da utilização da terminologia como sinônimo de coisas muito diferentes, algumas das vezes diametralmente opostas, e até conflitantes entre si. Diversos enfoques, ou diversas maneiras de planear o problema trazem a divergência para o campo do irresolúvel, vez que os atores do discurso não estão falando a mesma

---

[463]ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 27.

[464]Para um conceito novo de ciência Cf. a obra de SANTOS, Boaventura de Sousa. A **crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. Portugal: Edições Afrontamento, 2000.

língua. Existem muitas respostas para a pergunta '*o que são os direitos fundamentais*?'[465], e, portanto saber agrupar as diferentes respostas, e, a seguir novamente agrupá-las a partir de suas utilidades teórica e prática, permite um enfrentamento razoável do problema posto.

Faz-se mister separar o discurso da ciência do direito do discurso da sociologia ou da filosofia jurídicas, o que não implica no manuseio de conceitos estanques e completamente divorciados uns dos outros. A linguajem jurídica, estrito senso, faz uso de conceitos da ciência política, e utiliza-se de bases da sociologia e da filosofia, gerando categorias que são úteis e comunicantes. Entretanto, importa fazer um corte epistemológico sob pena de inutilizar a ciência do direito para os fins a que se destina.

Analisar os direitos fundamentais a partir de uma perspectiva científica e jurídica, compreendendo-se como tal a forma de observação que os toma como um objeto da ciência do direito, e compreendendo-se ciência jurídica como tecnologia e dogmática, torna o conhecimento útil e manuseável. Uma ciência do direito é aquela que conhece cientificamente o seu objeto aqui considerado como um amálgama de institutos, um feixe de elementos donde a consideração de que a norma, o fato social, os conceitos dogmáticos, os valores e as considerações filosóficas são apenas itens deste feixe jurígeno. Tal feixe é plasmado em enunciados dogmáticos que tem como objetivo a resolução de problemas concretos e abstratos e – por se tratarem de uma enunciação do dever-ser – não se submetem a critérios de verificabilidade no sentido verdadeiro e falso.

O objeto jurídico – que é o direito possível de ser conhecido cientificamente – não se confunde com o objeto 'fato social' das correntes

---

[465] FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In:_____ et. al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Editorail Trotta, 2001, p. 287.

sociológicas mais radicais[466], ou com a 'lei positivada', que é o objeto das correntes que lhe dão especial relevo, tomando-a como a pura expressão da ciência do direito.[467]

Em ambas as visões, a conduta humana e a lei positivada são partícipes do processo de realização do direito, mas não tem o dom de excluírem-se reciprocamente do objeto da ciência jurídica. Para a compreensão da norma como objeto único da ciência jurídica - a conduta humana somente é objeto quando se constituir em conteúdo de uma norma jurídica.[468] Para o sociologismo, o reconhecimento da conduta humana por uma norma jurídica, e o estabelecimento de sanções por intermédio da lei não são características exclusivas do direito, e nem fazem da norma o objeto de tal ciência, na medida em que a expressão normativa, seja ela estritamente legal ou não, é apenas um detalhe, e não o núcleo do objeto.[469]

Pensar o direito sociologicamente é tomá-lo a partir do enfoque do fato social, e, a seguir percebê-lo como um dever-ser ou como um mero fato, com repercussões para a sociedade. O direito é parte integrante do universo social[470] e só há sentido na expressão dentro de um universo de homens e mulheres, vivendo sob um mínimo de unidade e consenso de linguagens. Direito é objeto da sociologia e não há razoabilidade em qualquer discurso jurídico que não seja arrimado em bases sociológicas. Pensar sociologicamente o direito significa compreendê-lo como instituto integrante da vida em sociedade, desprezando-se a ordem positiva ou os

---

[466]EHRLICH, Eugen. **Fundamental, principles of the sociology of law.** New York: Arno Press, 1975, p. 83 e ss.
[467]KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 109.
[468]KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 110.
[469]EHRLICH, Eugen. **Fundamental, principles of the sociology of law.** New York: Arno Press, 1975, p. 62.
[470]MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador.** Coimbra: Almedina, 1990, p. 11.

conceitos abstratos das teorias analíticas. A fórmula legal jamais é vista como algo isolado e perfeito, mas ou é desconsiderada inteiramente, em prol de um sociologismo puro mais radical, ou é tomado – ai sim corretamente - como um dado no amálgama de institutos construtores do conceito e da idéia de direito. O sentido do direito é sempre o obtido a partir do confronto com a realidade social.[471] As teorias sociológicas do direito, quando tratam de direitos fundamentais, geralmente fornecem as bases para uma teoria material destes mesmos direitos.

A sociologia jurídica pressupõe que a única forma possível de se fazer ciência do direito é através da tomada do fato social como objeto, uma vez que a dogmática apenas se caracteriza como uma forma de torná-la, a ciência do direito, útil às particularidades necessárias da vida.[472] A praticidade da jurisprudência desviaria este afazer dogmático de qualquer veio científico.

As posições do sociologismo jurídico põem o fato social no cerne da ciência recusando-se a compreender a dogmática como expressão de mesmo significado. Algo que se subsume à compreensão dos significados das normas jurídicas, dos negócios e das ações não é ciência.[473] A ciência do direito repousa, sob esta análise, nos braços do domínio fático, e a observação dos fatos e o conjunto da experiência é que tornam o direito científico.

Os direitos fundamentais não resultam apenas dos conceitos jurídicos e nem tampouco das leis, vez que aqueles e estas são apenas resultados de decisões de questões concretas ou fórmulas que correspondem a mecanismos de decisão abstratamente postos para decisões de natureza concreta.

---

[471] ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito - introdução e teoria geral*:*** uma perspectiva luso-brasileira. 11. ed. Coimbra: Almedina, p. 101.

[472] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1983, p. 76.

[473] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1983, p. 77.

A compreensão da sociologia dos direitos fundamentais como única forma de tornar o conhecimento de tais direitos científicos faz com que a ciência jurídica possível – tendo por objeto os direitos fundamentais – desborde para a compreensão do fenômeno jurídico como um dado social igual a qualquer outro, reduzindo-se a ciência do direito a mero capítulo da sociologia.

Não parece que as categorias dogmáticas, dentre elas os conceitos fruto da racionalidade e da produção legislativa, além dos dados positivados nas normas e as argumentações tendentes à construção (ou re-construção) do direito estejam fora da compreensão científico-jurídica. Na verdade, direito precisa de bases fáticas – ou de análises sociológicas, mas o sociologismo radical enfraquece o momento da lei como elo da cadeia de construção do direito, permitindo uma visão parcial do fenômeno jurídico. Para que seja possível compreender os direitos fundamentais sob a ótica científico-jurídica, faz-se mister vê-los a partir de um referencial social, e será obrigatório tomar o fato social como integrante do amálgama de feixes que constroem os direitos, mas nunca reduzir o conhecimento jurídico a mero conhecimento sociológico. E, demais disso, vê-los sistematicamente como categorias dogmáticas que dêem unidade a este amálgama de proposições.

Observar o tema dos direitos fundamentais a partir de uma lente científica e jurídica implica em considerar o dado sociológico, mas nunca em reduzir o fenômeno jurígeno ao fato social.

Igualmente, a observação dos direitos sob a ótica da filosofia jurídica não se confunde com a observação científico-tecnológica.

O pensar um objeto jurídico sob as lentes da filosofia significa deitar um olhar problematizante sem os intentos de resolução de qualquer questão prática, seja em razão do ordenamento jurídico codificado, seja em razão de conceitos

analíticos demonstráveis, alguns obtidos através da razão. O discurso filosófico não é um discurso científico porque não se preocupa com a resposta ao problema posto, priorizando a problematização, a pergunta sobre o dado e seus pressupostos.

O discurso filosófico privilegia a pergunta sobre o sentido e a razão de determinado instituto como são os direitos fundamentais. Não é a resposta – a solução de um problema – que vem de ser valorizada, mas sim a problematização dos postulados. Há no olhar filosófico um questionamento que faz as respostas provisórias permanecerem sempre no campo da tentativa, construindo um campo denominado de zetética - na linguajem de Theodor Viehweg - que guarda intrincadas relações com a dogmática.[474]

A dimensão zetética do discurso jurídico problematiza a pergunta, questiona os pressupostos e não possui imediata obrigação de construção de uma resposta definitiva para um problema posto. Não há verdades primeiras nas quais o conhecimento zetético apóie-se absolutamente. Há sempre uma abertura crítica ampla que não permite a unicidade de respostas, nem sequer a preocupação com a resolução de um problema que caracteriza a dogmática.

A abordagem zetética dos direitos fundamentais conduz a um alargamento das questões inerentes a tais direitos sem a preocupação de qualquer referencial legal ou conceitual que possa ser utilizado como ponto de partida.

Diferentemente de uma visão científico-dogmática, que privilegia a resposta a problemas dados, a zetética fortalece o questionamento filosófico, e deixa de ofertar respostas seguras a questões pragmáticas.

De qualquer forma, ambos os campos do conhecimento jurídico – zetética e dogmática – não estão isolados, uma vez que todo conhecimento zetético

---

[474] FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Forense, 1978, p. 92.

necessita de um mínimo de referencial em que se apoiar, e todo conhecimento dogmático revela-se carente de uma atitude zetética para preservar-se de um anacronismo que negue a sua própria função social.

Embora não haja qualquer consenso no sentido de definir campo próprio da filosofia do direito, nem mesmo uma razoável unicidade quanto à existência de uma linha divisória entre a sociologia e a filosofia, ou entre a ciência do direito e as duas primeiras, o pensamento de Theodor Viehweg representa uma clarificação, um corte epistemológico tendente a conceituá-las diferenciadamente sem perda de elos necessários.

Esta abordagem serve para demonstrar que a mirada sobre os direitos fundamentais é feita através das lentes da dogmática, e a partir do conceito de ciência do direito, e não a partir de uma discussão acerca da fundamentação, da legitimidade ou da valoração de condutas ou de normas tidas em determinado espaço e tempo como fundamentais.

Em qualquer discurso jurídico-científico, e, portanto dogmático, não é dado relevância a quais direitos eventualmente deveriam ser fundamentais. Tais considerações são frutíferas no campo da zetética dos direitos fundamentais.

O objeto de uma ciência jurídica é composto de dados sociológicos e das categorias filosóficas (zetéticas) postas para analisar as condutas humanas a partir da fusão entre o texto e realidade, donde a consideração de que o momento da norma e o espaço social ao qual ela se destina integram o espaço jurídico possível de ser objeto de uma ciência e conhecido a partir de métodos científicos. A utilização desta pluralidade metodológica, e esta concepção do objeto do direito como algo plural, não desnatura a sua característica de ciência como tecnologia, e tampouco se confunde com a visão estritamente sociológica. É através da dimensão normativa da

dogmática que os postulados da filosofia penetram e condicionam – de certa forma – os postulados da ciência do direito.

Demais disso, a abordagem filosófica há de ser utilizada, em par com a metodologia científica utilizada, mas relevando-se sempre as características que fazem do direito uma ciência diferenciada das demais. Isto implica em dizer que para compreender os direitos fundamentais cientificamente se faz mister analisá-los sob a dogmática, mas reconhecendo que não há uma separação radical, e que, ao revés, elas se condicionam mutuamente, embora em certos momentos possam até mesmo se opor.

A filosofia do direito tende a perceber o objeto na tentativa de justificar, ou fundamentar, a existência da ordem jurídica, tratando das questões que antecedem qualquer preocupação pragmática. O fundamento da ordem jurídica tende a ser a razão maior do discurso filosófico-jurídico[475], como também o estudo crítico e sistemático das proposições lógicas, axiológicas e históricos da experiência jurídica.[476]

O campo de atuação da filosofia do direito pode ser definido em uma tripartição de campos devidamente conceituados. A ontognoseologia jurídica, com a tarefa de estudar criticamente a realidade e justificar a existência dos conceitos jurídicos. A epistemologia jurídica, com a função de tratar da definição do objeto e da metodologia de conhecimento do objeto jurídico. A deontologia jurídica que tem a função de encontrar – ou problematizar ao menos – o sentido do justo e do correto no direito, e a fundamentação de uma legitimidade para o direito. A culturologia que por objetivo deve ter a descrição dos pensamentos acerca dos problemas jurídicos

---

475 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral:** uma perspectiva luso-brasileira. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 160.

476 REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

desenvolvidos através dos tempos.[477] Muito embora o uso dos conceitos que definem a abrangência de tais disciplinas seja preciso, o mesmo não se dá quando confrontada a teoria com questões e problemas, não sendo lineares as conclusões acerca das atividades levadas a efeito fazem parte do estudo da filosofia, da sociologia ou de uma pretensa ciência do direito.

Há diferenças entre examinar os direitos, e conseqüentemente os direitos fundamentais, sob a ótica sociológica e sob a lente filosófica, mas esta diferença tende a se mascarar quando se aprofunda o nível de análise, uma vez que a legitimidade, a justificativa e a eficácia do direito terminam por interpolarem-se enquanto objetos de análise de uma sociologia do direito e de uma filosofia do direito.

Em razão desta pouca definição de espaços próprios, e mais ainda em função das múltiplas facetas do objeto, não é possível expurgar – e não somente é impossível como desnecessário – o dado sociológico e o dado filosófico do objeto da ciência do direito criando-se um certo purismo, que se ramifica para o purismo metodológico, e que isola o fenômeno jurídico tornando-o acéptico de qualquer contaminação de outras ciências sociais. Estas pontes podem ser facilmente percebidas na dogmática tridimensional, na medida em que ela guarde uma dimensão que permita a problematização de natureza zetética.

Isto não quer dizer, obviamente, que seja impossível ter um ponto de vista estritamente científico-jurídico para abordar os direito fundamentais, mas quer dizer que é de rarefeita plausibilidade um ‘pensar’ exclusivamente jurídico, limpo de quaisquer interferências de naturezas sociológica ou filosófica, o que indica a desnecessidade de uma concepção de direito como algo estritamente puro, e a

---

[477] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

necessária construção do objeto da ciência do direito a partir de amálgama de feixes que permita visualizá-lo desde um ponto jurídico, e que estabeleça pontes de comunicação com a filosofia e com a sociologia. A intensidade do tratamento jurídico molda-se a partir de sua preocupação com o dado prático, com a sua tomada de postura como técnica de resolução de problemas, e de dever-ser, arrimada na compreensão sociológica e na dimensão filosófica acopladas ao pensar do direito.

O próprio sentido de existir uma 'ciência do direito' repousa na idéia de que se trata de algo prático.[478] O trabalho dos filósofos e dos sociólogos tem uma razão de ser para o direito na medida em que auxiliam a realização de soluções para os casos aonde questões sobre a aplicabilidade de uma solução distinta da moral ou de outros sistemas metafísicos se faz mister. O direito moderno é voltado para a solução de problemas relacionais entre as pessoas em dada sociedade e para a resposta a pergunta '*o que é devido*?'[479]

A característica pragmática da ciência do direito tomada como técnica de resolução de problemas[480] – como tecnologia[481] - tem repercussões na essência da idéia de direito. O ser pragmático da ciência-tecnologia jurídica não se refere ao pensamento de que direito existe apenas em função do conflito. Isto porque o direito também sobrevive em situações de ausência de conflitos, e o objeto jurídico pode ser tomado tendo-se por pressuposto a ausência de coercitibilidade estatal para o

---

478 ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1964, p. 7.

479 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales,** Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 33.

480 FERRAZ, Tércio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2001.

481 Cf. KIRCHMANN, Julius H. **La jurisprudência no es ciência.** Madrid: Instituto de Estúdios Políticos, 1949. Interessante a respeito deste tema também consultar a réplica de BOBBIO, Norberto. **Teoria della scienza giuridica.** Torino: Giapichelli, 1950, p. 203 e ss, e os posicionamentos diversos no sentido de admitir a existência de uma ciência do direito cujo objeto é algo em torno do sistema normativo. Cf.CASALMIGLIA, A. **Introducción a la ciência jurídica**. Barcelona: Ariel, 1990. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1974; ROSS, A. **Sobre el derecho y la justicia.** Buenos Aires: Eudeba, 1974, p. 20 e ss; Na visão levada a efeito aqui, Cf. FERRAZ, Tércio, **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão e dominação, São Paulo: Atlas, 2001; ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1964.

cumprimento do juridicamente correto. O direito – pensado a partir desta concepção científica – também pode ser pensado como conjunto de enunciados impositores (ou afirmadores) das condutas realizáveis por vontade própria, estando ausente a expressão de coerção do comando normativo, patrocinada pelo Estado. A característica principal é o problema posto, ainda que tal não signifique a sua realização enquanto problema no mundo dos fatos.

O estudo do direito sob premissas da legitimidade da imposição do 'dever-ser'[482], está mais próximo de ser objeto de uma filosofia do direito do que de uma ciência do direito. O dever-ser pensado a partir da resolução de problemas no todo concretos, representa a abordagem científico-jurídica, com todos os aportes que a filosofia do direito e a sociologia jurídica são capazes de dar, e, sob esta perspectiva, inclui-se no estudo da ciência do direito.

Isto corresponde a uma negação de todo purismo metodológico tendente a reduzir o fenômeno jurígeno ao fato social, à análise de legitimidade, aos simples conceitos abstratos ou à letra fria e expressa da lei. As ciências humanas são interconexas, e as sociedades são hiper-complexas, e o tempo presente não permite mais – sob pena de carência de resultados – a pureza de raciocínio metodológico.[483] Significa que é necessária uma especificação do ângulo de observação – reconhecendo-se a complexidade do objeto – para poder estabelecer minimamente uma diferença entre o pensar filosófico, o pensar sociológico e o pensar científico-jurídico. As perspectivas podem ser em alguns pontos conectadas, mas há que prevalecer uma certa dimensão pragmática que caracteriza a análise jurídica.

---

[482] ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral:** uma perspectiva luso-brasileira. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 209; FERRAZ, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

[483] MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

Em síntese, pode-se dizer que uma mirada dos direitos fundamentais através da filosofia percebe-os desde sua validez moral, problematizando-os no exercício da zetética, enquanto a abordagem desde a sociologia descreve a eficácia dos direitos fundamentais de forma positiva ou questiona-os em exercício da zetética igualmente, mas sempre tomando os direitos a partir de sua eficácia social.[484]

2.2 AS TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Perceber os direitos fundamentais sob a ótica de uma teoria política como a teoria liberal ou a marxista (socialista) ou a institucionalista, ou qualquer outra pode ser útil ao objetivo do jurista quando a sua única intenção é esclarecer a função dos direitos fundamentais e justificá-los ou interpretá-los a partir de uma teoria política, mas traz consigo um solapamento da diversidade de concepções que caracterizam a sociedade contemporânea, e, ainda, reduz drasticamente qualquer veio de cientificidade, esvaziando a dogmática[485] que é necessária para a efetivação dos direitos fundamentais. São teorias que terminam por mergulhar no universo da filosofia e da ciência política, abandonando a cientificidade do discurso dogmático.[486]

Não existe uma só concepção de sociedade e de Constituição vigente no espaço constitucional, e tampouco é possível mensurar qual delas é majoritária dentro do contexto analisável. Vige no espaço político-constitucional uma gama de concepções que pode ser variável de intérprete a intérprete fazendo com que

---

[484]DREIER, Ralf. **Derecho y justicia**. Santa Fé de Bogotá: Themis, 1994, p. 91.

[485]CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, p. 1380-1379.

[486]PEREZ LUÑO, Atônio-Henrique. **Los derechos fundamentales.** Madrid: Tecnos, 1995, p. 25.

qualquer teoria unipontual[487] dos direitos fundamentais peque por uma ausência de respaldo social, além do claro déficit de dogmaticidade que qualquer delas possui.

Considerando o pluralismo teórico e prático gerador das modernas constituições do mundo ocidental, não parece razoável perceber refletido em qualquer texto constitucional uma semelhante unicidade teórica a ponto de ser plausível justificar determinado direito fundamental desde uma teoria política base que os conceba, a todos, de uma forma ou de outra, e a partir de pressupostos ideológicos.

Tampouco seria justificável a aplicação de qualquer teoria unipontual desde a afirmação de que se trata da concepção guia do constituinte originário, e que, portanto, toda a conceituação ou interpretação dos direitos fundamentais teria de ser levada a efeito a partir do ponto de observação – seja ele liberal, social, integrativo, valorativo ou socialista – do constituinte originário.

A abertura do espaço constitucional aponta para a constatação de que o momento constituinte é tão somente o de elaboração de um ponto de partida para o processo de interpretação e afirmação dos direitos fundamentais, não subsistindo a qualquer controle das intenções dos constituintes originários sobre as formas ou maneiras de interpretar o instituto por intermédio dos aplicadores do direito.

Isto seria no todo impossível por duas razões. Primeiro por não haver qualquer mecanismo apto à percepção da ‘verdadeira’ teoria dos direitos fundamentais esboçada pelo constituinte, se é que seria de existência possível, e em segundo lugar em razão de – acaso existente tal teoria – ela não ser por si só geradora dos direitos fundamentais e nem limitadora das ulteriores aplicações. A

---

487 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 37.

teoria do constituinte não tem poder de limitação do espaço de interpretação do aplicador da norma.

A possibilidade de construção de uma teoria dogmática vem exatamente para – preservando a necessidade de uma teoria dos direitos fundamentais ser mantida dentro do universo da juridicidade – criar um espaço para o jurídico que não desborde para a relativização política.

Nenhuma teoria dos direitos fundamentais que parta de apenas um referencial de Estado e Constituição pode ser constitucionalmente adequada desde a perspectiva da dogmática.[488] O que existem são concepções acerca do sentido da Constituição e da melhor forma de interpretar seus dispositivos desde uma concepção – ou uma pré-compreensão – do próprio fenômeno constitucional. O todo dos direitos fundamentais não é captado por qualquer das teorias apresentadas. [489]

Assim, as teorias dos direitos fundamentais são apenas pré-compreensões acerca dos direitos fundamentais[490] que são utilizadas na atividade de fixação dos postulados da dogmática. Tais teorias são utilizadas na atividade dogmática como *topoi* – ou pontos de vista – nas atividades da dogmática.[491] São apenas teorias pré-compreendidas que iluminam uma compreensão dogmática dos direitos fundamentais.[492]

Sob o ponto de vista da dogmática a validade de determinada teoria dos direitos fundamentais para a fixação do sentido de uma norma ou direito fundamental utilizável na realização de uma solução para o caso concreto vai se

---

[488] BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 68-69.

[489] Reconhecendo que os direitos fundamentais compõem uma ordem pluralista e aberta e que não há aceitação de uma qualquer teoria dos direitos fundamentais Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 93 e ss.

[490] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2000, p. 49. v. 4.

[491] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 608.

[492] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1387.

demonstrar no seio da atividade dogmática e vai penetrar na atividade de resolução do problema posto pelas portas da dimensão normativa da dogmática tridimensional.

Na fixação de quais direitos fundamentais existem em um dado caso a teoria que venha para o embate argumentativo desde a dimensão normativa poderá prevalecer frente à outra desde que surja como o argumento mais razoável, desde as contra-argumentações da razão, da historicidade e do senso comum.

Nenhuma destas teorias se impõe aos sistemas constitucionais complexos do mundo contemporâneo – de forma que não traria resultados satisfatórios concebê-los – os direitos fundamentais – sobre a ótica de determinada linha teórico-política.[493] Tampouco os direitos fundamentais limitam-se a uma única função ou restringem-se à dimensão objetiva ou subjetiva. A multifuncionalidade[494] dos direitos fundamentais, e a possibilidade de irradiarem efeitos objetivos e subjetivos indicam que nenhuma das teorias unipontuais é capaz de oferecer uma resposta contemporaneamente adequada para os direitos fundamentais.

Em sentido próximo, Böckenförd afirma que a Constituição é um edifício formal que permite a entrada de todas as concepções teórico-políticas acerca dos direitos fundamentais, razão pela qual não é possível conceber apenas uma teoria constitucionalmente adequada.[495]

Uma solução aparentemente sólida seria considerar válida uma teoria combinada de direitos fundamentais que permitisse a utilização de pressupostos e variantes de todas, ou quase todas as teorias dos direitos fundamentais.

---

[493]Neste sentido, MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2000, p. 50. v. 4.

[494]CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1386.

[495]BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 68.

Como observa Robert Alexy, uma teoria desta natureza significa teoria alguma e não diz nada acerca de qualquer concepção, realizando-se apenas como conjunto de *topoi* utilizáveis para a interpretação dos direitos fundamentais.[496]

A utilização de diversos pressupostos de várias teorias dos direitos fundamentais implica na desconfiguração de qualquer teoria, e conseqüentemente na sua utilização apenas como itens de pré-compreensão para a configuração do sentido dos direitos fundamentais.

Desta forma, as teorias dos direitos fundamentais apenas oferece material útil para a dogmática dos direitos fundamentais construir um conceito e uma expressão de direitos fundamentais que vai ser apto à resolução de problemas concretos, desde a garantia de sua cientificidade. A utilidade para tais teorias dos direitos fundamentais, e que se constituem em teorias da justiça, é que sejam elas utilizadas dentro do universo de uma teoria do direito praxeologicamente orientada. Elas podem, assim, enriquecerem uma teoria dogmática dos direitos fundamentais.[497]

Da mesma forma que as problematizações da zetética vão estar ligadas à dogmática, pelas portas da dimensão normativa, as teorias dos direitos fundamentais terão um importante papel na fixação dos direitos fundamentais – e no trabalho de efetivação de todos eles através da atividade jurídica – uma vez que uma teoria dos direitos fundamentais desde a dogmática mantém ligações com tais pré-compreensões que são úteis para a fixação do fundamento, do sentido e do âmbito dos direitos fundamentais.

---

[496] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 38.

[497] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1388.

2.2.1 Teoria liberal

Esta concepção de Estado e Constituição, e conseqüentemente de direitos fundamentais absorve todos os *topoi* que legitimaram o Estado Liberal dos séculos XVIII ao XX. É fruto da compreensão de que o homem é o centro dos movimentos políticos e não o Estado ou a sociedade, buscando assim preservar a natural esfera de liberdade humana.[498] É impregnada de um subjetivismo que desconhece sentidos objetivos para a limitação ou condicionamento dos direitos fundamentais.

As pré-compreensões à teoria dogmática que constituem o universo da teoria liberal dos direitos fundamentais vêem a todos como direitos de autonomia do cidadão frente ao Estado[499], ou direitos de liberdade do indivíduo frente ao Estado[500]. Por assim dizer, são normas de distribuição de competências entre os indivíduos e o poder politicamente organizado, [501] e apenas são supostas a partir de uma diferenciação entre a esfera do indivíduo e a esfera do Estado.[502]

Os direitos fundamentais são tomados como entidades pré-estatais, e fruto de uma construção social e racional, e definem uma esfera de liberdade individual que se opõe à participação do Estado, funcionando como limitador do exercício de poder. A liberdade enquanto direito fundamental possui delineamentos

---

498 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 613.

499 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1380.

500 BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 48.

501 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1379.

502 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra ed., 2000, p. 8. v. 4.

que não são criados ou estabelecidos pelo Estado, mas que são apenas reconhecidos por ele, eis que o precedem.[503]

Os direitos fundamentais, principalmente a liberdade que é o direito fundamental por excelência para as teorias liberais, não possui qualquer razão institucional para tanto existir. Não se trata de justificar um direito fundamental por uma razão estabelecida, ou vinculado a um objetivo ou pressuposto, mas justificá-lo enquanto direito fundamental sem qualquer objetivo ou finalidade[504], pela só razão de fazer parte de uma esfera pré-estatal de observância necessária pelo próprio Estado. A individualidade conduz a liberdade[505] para que esta venha a ser tomada como a liberdade pura, sem qualquer finalidade intrínseca a sua realização.[506]

Como observa Böckenförd, a concepção – a partir das pré-compreensões liberais – permite tomar o indivíduo como um ente quase dissociado de qualquer sentido social, algo como uma expressão autônoma e autárquica que possui um universo a ser protegido independentemente das razões e no todo distanciado dos objetivos sociais. É o sentido da liberdade e da autonomia burguesa que dissocia o homem da sua função social.[507]

Sob este enfoque, qualquer direito fundamental caracteriza-se como limitação do Estado frente a esfera de autonomia própria do indivíduo tomado em sua singularidade.

---

503 BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 48.

504 BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 48.

505 ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 49.

506 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1380.

507 BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 52.

2.2.2 Teoria valorativa

Direitos fundamentais são valores de caráter objetivo e não pretensões subjetivas vinculadas à esfera de liberdade individual do ser humano. São uma ordem dotada de unidade material e que tem existência demonstrável. Ao contrário do pensamento liberal, o sistema de pretensões subjetivas decorre desta ordem de valores objetivos[508], e não de um *status* de liberdade per si. Este é o ponto de partida para a pré-compreensão dos direitos fundamentais como ordem de valores, e que a aproxima de outra teoria dos direitos fundamentais, a teoria institucional.

Para Canotilho esta teoria dos direitos fundamentais aponta para seis decorrências: a) o indivíduo não mais é tomado como medida dos seus próprios direitos uma vez que os direitos fundamentais são expostos como princípios objetivos e tais princípios são o caminho para a realização da eficácia dos direitos fundamentais; b) o conteúdo essencial dos direitos fundamentais compreende a tutela de bens e valores jurídicos de maior importância; c) através da ordem de valores que se estabelecem nos direitos fundamentais demonstra-se a totalidade dos valores constitucionalizados; d) os direitos fundamentais realizam-se enquanto valores aceites por determinada comunidade; e) os direitos fundamentais são correspondentes à ordem de valores socialmente existentes e submetem-se ao controle desta mesma correspondência; f) a realização dos valores enquanto tarefa dos direitos fundamentais justifica a intervenção dos entes públicos para a concretização destes mesmos valores.[509]

---

[508] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1381.

[509] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1381.

Desde esta concepção, os direitos fundamentais existem a partir de sua função de realizar uma ordem de valores objetiva e a liberdade fundamental está vinculada à realização e ao cumprimento do valor que está contido na norma de direito fundamental.[510]

A percepção dos direitos fundamentais a partir de uma teoria dos valores impõe ao jurista e ao intérprete a obrigação de descobrir quais os valores decorrentes da estrutura da sociedade e da constituição, bem como a obrigação de reconhecer a existência ou não de determinado direito fundamental desde a aplicação desta tábua de valores que se encontram na sociedade e na Constituição.

Böckenförd chama a atenção para este ponto, demonstrando que esta descoberta de valores pode acarretar em um decisionismo judicial de grande monta, uma vez que não é possível tão claramente assim perceber este rol de valores, e mais ainda captar esta hierarquia de valores que devem ser utilizados para a interpretação e demonstração de direitos fundamentais.[511] Entretanto, a busca de valores e de conceitos e concepções dos institutos no universo social não parece ter como resultado necessário um decisionismo judicial que tenha como consequencia uma eventual ditadura dos juízes.[512]

2.2.3 Teoria institucional

---

[510] BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 59.

[511] BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 60.

[512] A busca dos valores e dos sentidos de uma norma no espaço social pode fornecer a possibilidade de uma visão aberta do fenômeno jurígeno desde a democratização dos espaços de interpretação e em paralelo com uma abertura do momento interpretativo tanto objetivamente quanto subjetivamente. A constituição tomada como ordem aberta indica um espaço de conflituosidade e de debate onde é necessário perceber quais os valores e sentidos correspondentes a cada uma das normas aplicadas. Não necessariamente a busca de uma idéia de constituição a partir da sociedade implica em uma tirania do Judiciário, máxime se houver uma democratização dos processos de aplicação do direito. Neste sentido, BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Uma outra linha de topo para a compreensão/interpretação dos direitos fundamentais reside na sua compreensão como princípios objetivos de ordenação para os âmbitos vitais por ele protegidos[513].

Igualmente à teoria dos valores, a pré-compreensão institucional não vislubra nos direitos fundamentais a sua característica de dimensão exclusivamente subjetiva – característica de uma pré-compreensão liberal – nem tampouco toma a ordem de direitos fundamentais como um dado objetivo espiritualmente captável ou de origem jusnaturalística. A teoria institucional concebe os direitos fundamentais como integrantes de um quadro institucional que define e ordena o sentido, o conteúdo e as condições de tais direitos.[514]

A percepção dos direitos fundamentais a partir desta linha de pré-compreensões traz consigo conseqüências para a percepção de tais direitos: a) são dimensões funcionais; b) submetem-se a uma ponderação de bens; c) são objetos de conformação; d) possuem caráter individual e institucional.[515]

A teoria institucional dos direitos fundamentais, assim como a teoria dos valores permite a sustentação de dimensões objetivas dos direitos fundamentais rompendo a compreensão de que tais direitos são vistos apenas sob a sua dimensão subjetiva, ou como instrumentos de natureza meramente individual.

A partir desta linha de pré-compreensões os direitos fundamentais deixam de ser limitações à atuação do Estado, e passam a ser institutos que se constituem

---

513 BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 53.

514 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1382.

515 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1382.

através do Estado, que passa a ser um instrumento de realização desta mesma liberdade.

Desde a teoria institucional dos direitos fundamentais o Estado deixa de ser o algoz dos direitos fundamentais e passa a ser o seu realizador. Tal teoria pressupõe a possibilidade de uma conformação, incluso legislativa, que dá o tom dos direitos fundamentais que podem ser conformados e, portanto, realizados desde uma ótica estatal.

Diferentemente da pré-compreensão liberal, a liberdade não é independente de qualquer objetivo ou valor, mas um direito fundamental orientado a determinados interesses e a realização do sentido objetivo-institucional de garantia da liberdade.[516] O direito fundamental não é um dado pré-estatal, mas um dado intra-estatal e é conformado a partir da construção que se dá através do Estado.

2.2.4 Teoria social

A pré-compreensão que se constitui em uma teoria institucionalista dos direitos fundamentais abre caminho para a construção histórica de outra teoria, que vê os direitos fundamentais com um conjunto de competências de caráter individual, conjunto de instituições construídas através do Estado e conjunto de garantias de natureza processual. São as três dimensões admitidas pela teoria social que os vê a partir de uma tríplice qualidade.[517]

---

[516] BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 54.

[517] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1383.

[517] BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 63.

Se a teoria liberal via na abstinência do Estado a atitude de preservação dos direitos fundamentais, a teoria social vê na necessidade de interferência do Estado para a afirmação dos direitos a única possibilidade de sua realização plena.

Há um conjunto de posições jurídicas dos cidadãos em relação ao Estado que podem ser defendidas processualmente e que representam o exato sentido dos direitos fundamentais, em paralelo com uma dimensão subjetiva e outra institucional.

As bases desta pré-compreensão residem na percepção das funções e obrigações do Estado para com a sociedade, incluso como um limite do extrapolamento dos frutos da liberdade individual. Dito de outra maneira, os direitos fundamentais desde uma teoria social não são apenas os direitos de liberdade, mas acima de tudo os direitos a prestações do Estado para diminuir as desigualdades oriundas dos exercícios – arbitrários ou não – do próprio direito à liberdade. Como anota Böckenförd o ponto de partida desta teoria reside nas conseqüências derivadas da teoria liberal dos direitos fundamentais.[518]

O autor aponta as características da utilização de uma tal teoria: a) a concreta garantia de direitos fundamentais depende dos meios financeiros estatais disponíveis; b) as decisões sobre prioridades estatais deixam de ser uma questão de discricionariedade política e se tornam questões de efetivação dos direitos fundamentais; c) em razão da sua impossibilidade de resolução através da aplicação judicial do direito tornam-se normas objetivas de vinculação do legislador e do executivo.[519]

Cada uma destas conseqüências anotadas tem toda uma gama de desdobramentos constituindo-se em matizes diversos e distintos dentro da teoria

---

[519] BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 65-66.

social dos direitos fundamentais. De outra feita, o que a teorização desnuda é a possibilidade de existirem normas de direitos fundamentais que não sejam – eventualmente – judicializáveis – e que mantenham apenas uma eficácia distinta de outras normas de direitos fundamentais.

A utilização dos *topoi* da teoria social do direito vai ser de auxílio a uma dogmática dos direitos fundamentais.

2.2.5 Teoria democrático-funcional

Uma teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais vê-os desde a sua percepção como institutos de função pública e política. São instrumentos de democratização da sociedade e devem ser lidos e interpretados segundo a sua funcionalidade.[520] Dito de outra forma, eles – os direitos fundamentais – são concebidos desde a sua função e o seu objetivo no processo político e democrático.[521]

Daí outras conseqüências podem ser observadas: a) os direitos são concedidos aos indivíduos na qualidade de cidadãos – imersos em uma comunidade – e a partir do interesse público; b) a liberdade é funcionalizada e tomada como meio de obtenção da democracia; c) o direito é simultaneamente um dever para com a comunidade, e a partir de suas funções; d) o Estado possui função conformadora para fazer observar a função dos direitos fundamentais.[522]

---

[520] BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 61.

[521] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1384.

[522] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1384.

Tanto quanto as pré-compreensões axiológicas e institucionalistas, a pré-compreensão democrático-funcional dos direitos fundamentais não é uma liberdade sem condicionamentos, mas uma liberdade com um objetivo, que, neste caso, é a realização da democracia. A liberdade ou a realização de direitos fundamentais, não são um fim em si mesmos, mas instrumentos de realização do ideal democrático.

Também o decisionismo ou a possibilidade de hierarquização de direitos, estão dentre as possíveis conseqüências da observância desta teoria, na medida em que a ligação entre o exercício de um direito e os seus objetivos dão azo à determinação um tanto subjetiva acerca da realização da função ou da fixação mesma de tais objetivos.

2.2.6 Teoria socialista

A compreensão do Estado sob as lentes do marxismo vê o homem de uma forma diferenciada da concepção liberal-burguesa, permitindo uma compreensão de direitos fundamentais em seu conjunto bastante diferenciada da admitida pela teoria liberal. A pré-compreensão antropológica marxista o vê não como ser livre isolado, como uma abstração de seu espaço e tempo, mas imerso na sua realidade enquanto conjunto de relações sociais.[523] Daí porque impossível conceber os direitos fundamentais como uma divisão de competências onde o homem e o Estado excluem-se em suas atuações legítimas. Os direitos humanos passam a ser vistos como direitos do homem egoísta e são no todo opostos aos direitos do homem-cidadão. Os direitos vinculados á cidadania são construídos a

[523] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1385.

partir de sua essência social que indica a impossibilidade do homem construir-se a si próprio sem a noção de conjunto de uma nova sociedade.[524]

Em Marx,[525] a visão dos direitos do homem como esfera de individualidade que permita a alguns uma nota de independência em relação ao Estado e a sociedade é criticada, e a seguir demonstrada a tese segundo a qual o sentido dos direitos fundamentais reside na funcionalização desta liberdade compreendida desde o sentido de progresso e de felicidade da mesma sociedade.

Por tudo, a compreensão marxista é uma pré-compreensão aos direitos fundamentais oposta ao pensamento liberal.

A partir destes *topoi* é possível diagnosticar algumas conseqüências interpretativas: a) os interesses individuais identificam-se com os de toda a sociedade; b) o direito fundamental cimeiro é o direito de participação; c) os direitos fundamentais pressupõem as condições materiais de realização; d) pressupõe o binômio direitos/deveres; e) a realização dos direitos fundamentais pressupõe a apropriação coletiva dos meios de produção.[526]

Tais pressupostos da teoria socialista dos direitos fundamentais possuem diversos pontos propensos a críticas severas, mas têm o mérito de descalvar discussões importantes para a seara da efetivação dos direitos fundamentais. A demonstração das fraquezas da teoria burguesa (liberal) dos direitos fundamentais, e a vinculação das condições econômicas como necessárias à realização dos direitos fundamentais ficaram para a teoria como aportes importantes e pontos de partida para ulterior fixação do âmbito dos direitos fundamentais.

---

524 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1385.

525 MARX, Karl. **Questão judaica**. Rio de Janeiro: Jorge Zarah, 1996, p. 32.

526 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1385, 1386.

2.2.7 A teoria dogmática enquanto teoria constitucionalmente adequada

A necessidade de um referencial de segurança jurídica e de certeza, além de um instrumental maior para a resolução de questões atinentes às funções objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais[527], e também a necessidade de resoluções referentes à sua interpolação com o campo dos direitos privados, faz necessária a utilização das teorias dos direitos fundamentais apenas como pré-compreensões[528] úteis ao processo de fixação dos resultados dogmáticos dos direitos fundamentais.

Para que a resolução do principal problema contemporâneo dos direitos fundamentais – que é a sua efetivação – possa realizar-se,[529] faz-se mister a utilização de uma teoria dogmática, uma vez que a ausência de instrumentos mais operacionais pode distanciar a abordagem dos direitos do plano da realização concreta. Para tal, a construção de uma metódica geral dos direitos positivamente constitucionalizados faz-se obrigatória.[530]

As teorias dos direitos fundamentais não oferecem respostas razoáveis aos problemas de aplicabilidade, pois terminam por constituírem-se em teorias da justiça ou teorias da idealidade dos direitos fundamentais, causando um déficit de

---

527 MARX, Karl. **Questão judaica**. Rio de Janeiro: Jorge Zarah, 1996, p. 32.

527 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1379.

528 MARX, Karl. **Questão judaica**. Rio de Janeiro: Jorge Zarah, 1996, p. 32.

528 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1387; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3. ed. Coimbra: Coimbra ed., 2000, p. 49. v. 4.

529 Para Norberto Bobbio o problema da realização e efetivação dos direitos fundamentais não é um problema que possa ser resolvido por qualquer teoria jurídica, mas tão somente a partir de atitudes políticas. A dogmática e o positivismo não têm qualquer força contra o relativismo histórico e cultural, razão pela qual a filosofia também não pode dar soluções concretas à não observância dos direitos fundamentais. Cf BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** São Paulo: Atlas, 1991. Citando a mesma passagem na primeira versão impressa em italiano cf MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 43. v. 4.

530 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1380-1379.

dogmaticidade, além de não captarem a pluralidade teórica de uma sociedade hiper-complexa.

Uma teoria dogmática não implica, obviamente, na aceitação de qualquer teoria positivista do direito em sua completude. Uma teoria dogmática implica uma teoria constitucionalmente referenciada, utilizadora das pré-compreensões das teorias dos direitos fundamentais, e que seja apta a garantir a efetivação destes mesmos direitos.[531]

Para tanto, é preciso fixar que uma teoria desta natureza será a possibilidade de cientificidade para o discurso dos direitos fundamentais.

2.3 APROXIMAÇÃO A UM CONCEITO DE CIÊNCIA JURÍDICA

Não há um critério único para definir o que é ciência, nem uma única maneira de resolver a questão posta acerca de poder ser ou não o direito tratado cientificamente. A idéia mesma do que venha a ser ciência já comporta em si diversas possibilidades e embora o caminho do relativismo científico não seja razoável, é forçoso reconhecer uma certa impossibilidade de caracterização uníssona do que venha a ser um conhecimento científico ou não.

A utilização do conceito de ciência tornou-se um instrumento necessário para a separação entre um conhecimento movimentado na direção da obtenção da verdade, e que preso a um método indene aos vícios da metafísica, pudesse fornecer um referencial seguro sobre algo dado, [532] e o conhecimento leigo sem a certeza – ainda que provisória – do acerto de suas proposições. O conhecimento é

---

531 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 39.

532 BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico:** contribuição para uma psicanálise do conhecimento. 3. reimp. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

dito científico exatamente para ser divorciado do conhecimento leigo, tomado, este último, como exemplo de conhecimento viciado, impuro e incorreto. O sentido da correção e da veracidade – ainda que provisória – é que caracteriza o conhecimento científico. Toda a tentativa historicamente dada de definir um conceito de ciência baseou-se na sua caracterização com instrumento de obtenção de um enunciado verificável e seguro.

O termo ciência, tomado na acepção das ciências naturais e exatas – portadoras de normas técnicas e, portanto, descritivas – engloba um conjunto de enunciados que são basicamente constatações levadas a efeito por enunciados que visam a transmitir algo sobre o que existiu, existe ou existirá.[533] As ciências utilizam-se do conceito de verdade, ou veracidade, tomadas a partir de um método científico[534] adequado, e este constituído de regras de obtenção de conhecimento, apto a expurgar elementos que podem falsear o conhecimento a ser obtido, tornando-o assim científico, e não leigo. O demonstrar verdadeiramente o que é algo – sem falseamentos – e demonstrar racionalmente a partir de pressupostos verdadeiros que algo será, representam a razão de ser das ciências.

As ciências naturais são eminentemente descritivas, e tais enunciados apenas demonstram o ser, o que apresenta problemas para o reconhecimento, neste sentido, do direito como tal. A ciência do direito, constituída de regras de 'dever-ser', não pode atender a tais critérios identificadores, máxime à pretensão de veracidade de suas afirmações. A dimensão normativa do direito impede a sua compreensão em mesmo patamar da física, da química e da matemática, e das

---

533 FERRAZ, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 9.

534 Sobre método científico, Cf: MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001; BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico:** contribuição para uma psicanálise do conhecimento. 3. reimp. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996; KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Perspectivas, 1970; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. Entre outros.

demais ciências ditas naturais[535], retirando-a do espaço ocupado por ciências descritivas.

Mesmo inserto dentre as ciências tidas como 'ciências do espírito', o conhecimento jurídico não é de mesma característica do conhecimento sociológico ou psicológico. O conhecimento jurídico é normativo e o completo trabalho do jurista não se resume à mera descrição de quais normas existem no espaço e tempo. Assim, a ciência do direito não pode se resumir ao simples conhecimento da norma e nem à mera descrição dos conceitos universalmente aceitos. Qualquer pretensão de tomá-lo, o direito, de modo científico terá que admitir a normatividade, o dever-ser, como característica de um discurso científico.

Em par com a questão da normatividade como característica imanente do direito a impedir sua configuração como ciência nos moldes das ciências naturais, resta a sua vinculação estreita não apenas com a explicação ou demonstração do seu próprio objeto, mas com a utilização dos seus pressupostos para a resolução de problemas de natureza prática.

Enquanto as ciências meramente descritivas contentam-se com a demonstração de algo, o direito só tem razão de ser como prescrição de algo e instrumento de resolução de um problema posto.

Ciência do direito apenas se torna um conceito razoável se a ciência for tomada como técnica, ou seja, como tecnologia para o encontro de respostas para um problema posto. Como técnica de resolução de um problema prático, ou como forma de encontrar a decisão para o caso dado, é que o direito se caracteriza.[536]

---

[535] FERRAZ, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 15.

[536] FERRAZ, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 44; ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1964, p. 5 e ss.

Esta impossibilidade de incluir o direito, ou pretensa ciência jurídica, em mesmo patamar que as ciências descritivas – em parte pela normatividade do direito enquanto dever-ser, e em outra parte pela sua insuficiência descritiva, e ainda em razão de sua praticidade – traz a baila a questão acerca da desnecessidade, além da impossibilidade, de utilização do conceito de ciência agregado ao direito.

A ciência do direito não pode – em todos os seus aspectos – emitir enunciados que representem algo verdadeiro ou falso no sentido da descrição de algo dado. Apenas quando se trata de corte parcial no seu objeto isso é possível, como as descrições de quais normas jurídicas estão previstas em dado ordenamento em determinado espaço e tempo. Entretanto, no que pertine à certificação de que algo é ou não um direito, ou acerca de que dada situação jurídica operar-se-á ou não no tempo em dado espaço, ou ainda se tal solução para um problema jurídico será esta ou aquela, o critério de verdadeiro ou falso, de erro ou de acerto já não se aplica.

A construção de um sentido para a discussão do tratar cientificamente ou não um objeto sempre se moveu através do referencial de verdade – ainda que provisória – e de segurança do conhecimento. A própria barreira entre o conhecimento científico e o não científico pressupõe um método e a segurança do resultado, fruto da sua correção.

Ao tomar-se o direito como algo não somente descritivo, voltado para o dever-ser e não exclusivamente para a descrição do dado, impossível se torna tomá-lo cientificamente nos moldes das ciências naturais, e de pouca valia passa a ter a discussão do ‘ser científico’ ou não do direito se o resultado ‘descrição de como algo verdadeiramente é’ não representa a expressão do conhecimento jurídico como um todo.

A utilização do cognome científico atrelado ao conhecimento jurídico somente tem razão de ser como representativo de uma série de enunciados utilizáveis como elementos para a solução de um caso dado. A praticidade do conhecimento jurídico como tecnologia para a aplicação no espaço social – a partir de um problema posto ou abstratamente criado – faz com que a ciência do direito seja tecnologia disposta a tal.

O termo ciência – que se utiliza no todo de forma diferente do sentido que se lhe dá às ciências naturais a teoria do conhecimento – pode ser útil ao direito como conjunto de enunciados aptos à resolução de um problema. Para tanto, a mesma noção de ciência teria que ser modificada para conter elementos normativos e não descritivos e também uma série de variantes próprias da argumentação justificadora e da interpretação dos enunciados construídos.

Isto não parece de todo disparatado, na medida em que se compreenda que a própria inserção de algum conhecimento nos padrões da cientificidade sofre uma ingerência de um conjunto de idéias aceitas como tal por um determinado grupo de pessoas denominado de comunidade científica.

O que lega referência a um conhecimento a ponto de considerá-lo científico não são apenas os dados internos, como a utilização de um método, mas são os dados externos que se caracterizam por um aceite geral – quase consensual – de quem monopoliza a idéia e o conceito de ciência. É a construção de uma idéia sob um paradigma universalmente aceito que faz com que tal discurso seja científico.[537]

O paradigma construído pelo consenso dominante em derredor do tema ciência a toma intimamente ligada ao referencial de verdade, correção, descrição

[537] KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Perspectivas, 1970.

etc. Sob esta ótica seria incorreto afirmar que o direito pode se dar a conhecer cientificamente.

Entretanto, forçoso é reconhecer que os juristas pensam os problemas do direito a partir da imagem que tem da tarefa que executam e concebem este sistema de conceitos, leis e argumentos como o todo de um conhecimento que pode ser tido como científico, mesmo pensado para fora do paradigma universal, mas espelhado na auto-imagem dos juristas.[538]

A justificativa externa para a cientificidade do direito pode ser encontrada na opinião da comunidade jurídica científica de que o estabelecer pressupostos para atuação em sociedade, conhecendo as normas postas, e articulando com um certo grau de racionalidade uma argumentação que possa responder a questões pragmáticas representa um trabalho científico.[539]

A caracterização interna do direito enquanto ciência dá-se pelo reconhecimento de um – ou de uma pluralidade – de métodos jurídicos para as atividades científicas realizadas pelos juristas. Entretanto, não é a existência de um método estritamente jurídico que por si só garante a cientificidade do conhecimento jurídico.

A existência de um método é uma forma de caracterizar a ciência do direito, conceituando-a com individualidade sobre outras ciências sociais. É dizer que ela se caracteriza pela utilização do método jurídico para análise do objeto, [540] o que não implica em provar, desde aí, a sua cientificidade.

---

538 ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Dogmática Jurídica:** escorço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p.18.

539 POZO, José Hurtado. **El princípio de legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad:** reflexiones sobre la dogmática penal. Bogotá: Nuevo Foro Penal, 1988, p. 11.

540 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral.** uma perspectiva luso-brasileira. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 209.

Evidentemente que toda ciência carece de um método que lhe seja apto a sua tarefa e função de obter, sistematizar e demonstrar o conhecimento. Entretanto, a cientificidade ou não do conhecimento jurídico – ou a possibilidade do direito ser tratado cientificamente – não se reduzem às questões metodológicas. A eventual demonstração de um método eminentemente jurídico, por si só, não é responsável pela atribuição de cientificidade ao conhecimento do direito. Há inúmeras complicações em razão da sua normatividade, da ausência de constituição meramente descritiva que apontam pela impossibilidade de cientifização – nos moldes das ciências descritivas – independentemente da possibilidade de se isolar um método como eminentemente jurídico-científico.

Na verdade, isto apenas desvia o problema do ponto em que se acha e o desloca para outro plano. A epistemologia jurídica procura encontrar respostas para qual seja o método apto a conhecer o direito, e isto significa dizer que a dúvida aparente sobre a principal característica do direito apenas se desloca para a característica do método jurídico demonstrável como único para o direito. Não parece ser o método a melhor forma de caracterizar uma ciência[541], nem tampouco existem métodos que conduzam a uma verdade científica de forma inquestionável. A autonomia metodológica não é caminho seguro para a correção de qualquer discurso científico[542]. A pluralidade metodológica parece ser uma maneira segura de garantir um conhecimento jurídico apto a uma época de hiper-complexidade, mas para isso faz-se mister abandonar qualquer pretensão de cientificidade, nos moldes das ciências naturais ou exatas.

---

[541] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

[542] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Ciência do direito:** conceito, objeto e método. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Ainda que fosse possível a descoberta de um método jurídico indene a qualquer vício, isto não dotaria o direito de um referencial de verdade seguro e inquestionável e nem resolveria o problema da sua normatividade e da sua precípua função de pragmaticidade não ser exatamente a razão de ser de um discurso científico.

Assim posto, e abandonando desde já qualquer pretensão de cientificidade para o conhecimento jurídico nos moldes das ciências naturais ou do paradigma dominante – ou seja, tomando a ciência do direito no sentido de conjunto de enunciados verificáveis e aptos à descrição de um dado verdadeiro –, uma perspectiva científico-jurídica da questão dos direitos fundamentais teria de se ater à resolução de questões tais como *'em que circunstância alguém possui um direito fundamental articulável como solução de um dado caso?*' e desde um abandono do referencial científico das ciências exatas ou naturais.

Assim, tomando ciência no sentido de conjunto de enunciados aptos à solução de um problema, será possível perceber cientificamente o direito.

Tratar de forma científico-jurídica um objeto não significa tratá-lo exclusivamente sob a ótica da norma jurídica, seja ela tomada como sinônimo de lei positivamente posta e válida seja ela tratada como comando normativo com sentido de dever-ser. Tratar o direito sob a ótica de uma ciência jurídica é pensá-lo intensamente sob uma perspectiva pragmática. A discussão acerca da justificação filosófica ou moral do direito, e acerca da forma através da qual o conhecimento jurídico pode ser objeto de um discurso científico, ou ainda a demonstração das repercussões sociais de determinada prática jurídica, ou a função social do direito, também fazem parte do discurso jurídico, mas o que o caracteriza enquanto ciência-tecnologia é a preocupação do objeto como técnica de resolução de conflitos no

espaço social. As discussões sociológicas como eixo central do problema jurídico dizem respeito à sociologia do direito, e as questões acerca da legitimidade e do fundamento ético do direito fazem o objeto da filosofia jurídica.

A ciência jurídica não se caracteriza pela descrição da verdade, mas pela normatividade e, conseqüentemente, por sua decidibilidade.[543] Enunciados científico-jurídicos são enunciados que não admitem verificabilidade na medida em que não descrevem algo do mundo dos fatos ou das atitudes humanas, mas decidem algo de forma prática. Parcialmente podem descrever algo dado, mas apenas quando dizem respeito a uma das dimensões da ciência jurídica que é aquela que se encarrega de constatar a existência de determinados fatos e normas no sistema positivo.

Uma ciência do direito está sempre às voltas com soluções e resoluções de problemas postos, e, neste sentido, o conhecimento científico é sempre o conhecimento tecnológico e pragmático.

Dentro do plano jurídico, para uma observação e uma resposta dentro dos limites da ciência do direito, esta mesma questão pode ser posta por inúmeros ângulos, mas pode ser posta de uma maneira a unificar tais observações angulares, definindo um discurso que lhe seja científico. Tal unificação se dá através da dogmática tomada como ciência jurídica em três dimensões. Apenas o discurso dogmático tridimensional poderá dar resposta científica a esta questão: questões tais como *'em que circunstância alguém possui um direito fundamental articulável como solução de um dado caso?*'

---

[543] FERRAZ, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 44.

Tomar os direitos cientificamente significa percebê-los a partir da visão do direito como 'técnica de decisão', e, portanto, de resolução de problemas de natureza prática, sejam eles reais ou abstratamente criados.

É a visão da dogmática tridimensional que permite ao direito ser tratado cientificamente, deixando abertas as portas da zetética, portas estas que são importantes para a dinâmica do direito em uma sociedade mutante e aberta.

A perspectiva que toma a dogmática jurídica como uma classe de enunciados a partir da jurisprudência, da lei, dos fatos e dos conceitos – com espaços reservados à argumentação – mas não reduzidos a qualquer destas, preservando a sua dimensão normativa e o âmbito de reconstrução da norma, não deve ser tomado como exclusivamente institucional e nem deve ser pensada estritamente sob a ótica do juiz.[544]

O fato de a principal característica do direito enquanto ciência residir no fato de ser ele pensado a partir da necessidade de oferecer respostas – e por isso o único discurso jurídico de possível cientificidade ser o dogmático – não significa dar a ciência do direito a característica de se tornar um discurso institucional ou estatal.

Esta perspectiva não significa uma observância do problema do ponto de vista do juiz[545], mas a perspectiva de toda a sociedade a partir do ponto de observação de quem vivencia o problema posto. A característica de ciência prática, voltada para a decisão do dado problema, é exatamente a sua expressão dogmática. É esta praticidade que lhe dá cientificidade, mas não se realiza apenas com, ou através, da atividade de quem julga. O que se revela nuclear na análise é a

---

[544] Algo diferente, ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica.** Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998, p. 202.

[545] Diferentemente, ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 33, para quem "significa que la perspectiva do juiz es la que caracteriza primariamente la ciência del derecho y que los enunciados y teorias expostas em ella desde esta perspectiva, por más abstratos que puedan ser, están siempre referidos a lá solució de casos, es decir, a la fundamentación de juicios jurídicos concretos de deber ser."

utilização do ponto de vista de quem decide um problema dado, não a sua função institucional.

A dogmática não é uma classe de enunciados institucionalizáveis ou de uso exclusivamente institucional por intermédio do juiz, mas sim um conjunto de enunciados científicos utilizáveis para a solução do problema posto por toda a comunidade que vivencia o direito de forma científica. O direito tem uma dimensão aberta, e a observação não pode se dar sob a ótica de quem – através do Estado – diz o direito com a força compulsiva da instituição.[546]

Todo sistema jurídico é um sistema aberto e esta abertura traduz-se em duas dimensões: objetiva e subjetiva. A abertura objetiva permite uma contínua modificação das normas em razão das alterações complexas da sociedade, revelando uma estrutura dialógica que caracteriza o direito[547]. A dimensão subjetiva, corolário natural da dimensão objetiva, permite que o ponto de vista do observador que diz o direito não seja restringido ao foco do juiz. Todos os integrantes do espaço social tem legitimidade para dizer o que é o direito[548], mas esta dicção apenas se torna científica se for feita a partir de um discurso dogmático, e portanto científico.

---

546 BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 279 e ss.

547 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1145 e ss.

548 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, p. 11 e ss.

2.4 A DOGMÁTICA TRIDIMENSIONAL COMO CLASSE DE ENUNCIADOS CIENTÍFICOS

A dogmática jurídica é a ciência do direito efetivamente exercitada.[549] A abordagem científico-jurídica – tomada ciência como tecnologia – apenas se torna possível através do conjunto de enunciados que compõe a dogmática jurídica pluridimensional.

A característica de uma ciência do direito é a sua vinculação com o ponto de vista de quem decide, considerando a resolução de problemas como atividade e o feixe de proposições e dados como objeto (também sociológicos e filosóficos) que levam a uma decisão. A dogmática é este conjunto de enunciados aptos a garantir este ponto de vista decisório.

A dogmática é herdeira das concepções positivistas, mas com elas não se confunde. O ordenamento jurídico é apenas um dos pontos de partida para a resolução dos problemas de direito, e embora a idéia de dogmatismo ou dogmática se confunda com a de positivismo, isto não é necessariamente assim.

Como aponta Ralf Dreier, o que caracteriza as teorias positivistas do direito é a inexistência de relação necessária entre o direito e a moral, e a conseqüência desta separação reside no fato de que qualquer conteúdo pode se tornar direito positivo inclusive aquele que agride os princípios da Justiça: há que ser diferenciado o direito como ele é do direito como deveria ser.[550] As correntes positivistas são eminentemente descritivas.

A caracterização do direito, então, fica submetido a dois elementos: vigência e eficácia. As teorias que se baseiam na constatação da eficácia do direito são as teorias sociológicas do direito, que descrevem o âmbito de aplicação do

---

[549] ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica.** Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998, p. 198.
[550] DREIER, Ralf. **Derecho y justicia.** Santa Fé de Bogotá: Themis, 1994, p. 73.

direito e buscam demonstrar a intrincada relação entre a norma e a sua eficácia. Já as teorias que buscam a pedra de toque do direito na vigência são as teorias analíticas do direito, que dão especial enfoque a imposição da norma por força de autoridade.[551]

Esta percepção através das lentes do positivismo do fenômeno jurídico faz antever dois argumentos contrários a sua afirmação enquanto teoria explicativa dos direitos: em primeiro lugar a existência de uma arbitrariedade latente na medida em que qualquer conteúdo pode vir a ser direito. A segunda na constatação de que existem princípios que emanam do ordenamento jurídico sem que a sua extensão e alcance possam estar descritivamente postos em normas.

A postura dogmática reconhece a existência de princípios que também funcionam como dados de entrada na construção da resposta para o problema e que não são desconhecidos ou negados. Igualmente, embora o ordenamento seja um dos pontos de entrada, a sua problematização por intermédio de outras atividades da dogmática, que não a empírica e descritiva, permitem uma não aceitação das normas incompatíveis com a dogmática com um todo sistêmico.

Uma teoria dogmática tem o ordenamento jurídico como um dado de partida que não pode ser negado, embora possa ser minimamente problematizado uma vez que os laços com a zetética não são dissociados. O que ocorre é que a dogmática não o toma como uma última razão para a solução de casos práticos, mas sim como um dos vários pontos de partida. Não ocorre exatamente a recepção do repertório de teorias juspositivistas pela dogmática,[552] mas apenas que a dogmática depende do ordenamento como ponto de partida. Ou seja, não é possível

---

551 DREIER, Ralf. **Derecho y justicia.** Santa Fé de Bogotá: Themis, 1994, p. 75.

552 Em sentido contrário, WARAT, Luís Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei.** Porto Alegre: Síntese, 1982, p. 45; ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Dogmática jurídica:** escorço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 67.

fazer dogmática sem reconhecimento do direito positivo, mas tal não implica no reconhecimento deste como ponto de chegada da resolução dos problemas jurídicos.[553] A dogmática representa um ponto de vista interno e não externo. Não se trata de explicar o direito ou de dizer – desde fora do espaço jurígeno – do que se trata, mas de dizer o direito a partir do problema posto e tomando-se o ponto de vista do participante, e não do observador. Analisar dogmaticamente implica em utilizar dogmas – pontos de partida – para a solução do problema. A não negação de tais pontos não significa a sua entronização como resultado necessário.

A dogmática tem uma função prescritiva e normativa e não apenas descritiva razão pela qual não se limita ao momento da norma positivada. Não é sua exclusiva função repetir e sistematizar as leis existentes como assim também não aos conceitos da doutrina, mas, acima de tudo, fornecer respostas seguras a um problema posto, após várias atividades que compõem as suas dimensões.[554]

Abordar os direitos de maneira científica significa abordá-los sob a égide de uma dogmática que mantêm os laços com a sociologia do direito e com a filosofia jurídica e que é constituída de três dimensões.

Conforme o modelo de dogmática de Ralf Dreier e Robert Alexy[555], a atividade dogmática realiza-se desde a perspectiva do juiz, e a partir do conjunto de três atividades. O que se busca com a dogmática é o direito que os juizes devem aplicar na resolução de casos. A certeza e a segurança destas respostas tende-se a alcançar através da dogmática. É composta de: descrição do direito vigente, e dos fatos que a ele se conectam; reconstrução do universo sistemático-conceitual e a

---

553 Neste sentido, FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Forense, 1978, p. 96.

554 ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Dogmática jurídica:** escorço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 81.

555 ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica.** Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997; DREIER, Ralf. **Derecho y justicia.** Santa Fé de Bogotá: Themis, 1994.

elaboração de uma proposta de solução de um dado problema.[556] As atividades são comunicáveis e não sucessivas e nem há hierarquia de importância ou privilégio dentro da estrutura da dogmática. Trata-se de três dimensões: a dimensão dogmático-lógico-analítica, a dimensão dogmático-empírico-descritiva e a dimensão dogmático-prático-normativa.[557] Estas dimensões são chamadas de dimensões empírica, analítica e normativa.

A dimensão empírico-descritiva da dogmática de direitos preocupa-se com a pergunta '*quais os direitos consagrados nas normas jurídicas?'* e '*quais os fatos jurídicos que tem relevância para a decisão?.* Este empirismo não reduz o discurso jurídico ao positivismo legalista, nem tampouco retorna a um sociologismo descritivo ou zetético, com apego exclusivo aos fatos, mas pode se revelar absorvente de todas as outras dimensões possíveis para os normativistas-positivistas mais radicais[558], e para os sociólogos do direito. Esta dimensão da dogmática é a dimensão onde se opera a atividade descritiva, posto que a constatação da legislação existente, e a descrição dos fatos jurídicos, dão se como atividades aí insertas.

A compreensão da dimensão empírica da dogmática apenas como uma das dimensões da dogmática jurídica demonstra que a ciência do direito possui vários pontos de origem, várias fontes que convergem para um todo utilizável enquanto postulados científicos para a solução de um caso. Entretanto, a compreensão de que a dimensão empírica é a única existente implica uma confusão entre dogmática e positivismo.

---

556 ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica**. Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998, p. 198.

557 ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica**. Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998, p. 199.

558 Uma visão no todo, mergulhada em um positivismo estrito tenderia a perceber os direitos fundamentais a partir exclusivamente da categoria empírico-dogmática, concebendo-os existentes somente em razão da sua positivação na ordem jurídica.

A hipertrofia – ou conceituação desta como a verdadeira dogmática – permite apenas o retorno à compreensão do direito sob a lógica do império da lei positivada, de modelo kelseniano[559], ou do sociologismo puramente descritivo. É a descrição empírica do objeto levada a extremos.

A crítica à dogmática construída em razão de sua imutabilidade é feita dada a compreensão desta como atividade empírico-descritiva, somente.[560]

A existência das normas jurídicas e dos fatos é o objeto desta dimensão da dogmática, e através dela pode-se distinguir qual a legislação vigente e quais os fatos tomados como base para a aplicação do direito.

A atividade dogmático-empírico-positiva - constante da dimensão empírica da dogmática – vai ser uma atividade necessária ao conhecimento do direito. Toma-se dogmático-empírico-positivo como a atividade da dogmática que se destina à constatação da existência de normas no espaço de utilização do direito.

Esta é atividade dogmática que aborda os direitos a partir de uma dimensão espaço-tempo, tomando como suporte o direito vigente em determinando espaço físico e em época certa.[561] É o ponto de vista interno que vai prevalecer, construindo-se uma realidade jurídica concreta, nunca abstrata.

Ainda dentro da dimensão empírica da dogmática vislumbra-se outra atividade também descritiva que é a da utilização de premissas empíricas na argumentação.[562] Tais premissas empíricas dizem respeito tanto aos fatos quanto a decisões judiciais acerca de fatos similares ou idênticos.

---

[559] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 109 e ss.

[560] WARAT, Luís Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1982, p. 45; ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Dogmática jurídica:** escorço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 67.

[561] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 13 e 18.

[562] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 30.

A dimensão dogmático-lógico-analítica ocupa-se dos conceitos jurídicos e das relações entre os diversos princípios e as normas jurídicas. Esta dimensão responde a indagações acerca de '*quais os conceitos chaves para a interpretação/aplicação dos direitos para a resolução do problema posto?'* Esta dimensão, herdeira da jurisprudência dos conceitos,[563] representa o exato sentido da dogmática, para os que a vêem como um conjunto de conteúdos, conceitos e constatações construídos através dos tempos e aceitos como válidos pela comunidade jurídica. Um discurso no plano da dogmática analítica estabelece-se como uma observação genérica não referenciada positivamente.[564] Mas isto não significa que este universo de conceitos não faça parte da dogmática. Ele é a expressão analítica de sua existência enquanto expressão de ciência. A utilização apenas de um enfoque conceitual incorre no modo de pensar característico da jurisprudência dos conceitos, limitando o âmbito de abrangência da compreensão do que venha a ser dogmática.

Estabelecendo-se uma gama de características que possam ser comuns a todos os direitos, ou a determinadas categorias de direitos, e reaplicando-os à realidade, buscando, com isso, definir conceitualmente o que são direitos ou certas categorias destes é o caminho da dogmática analítica que constrói uma teoria do direito. Este caminho importa em conceituar este ou aquele direito – ou categorias destes – como integrante de qualquer universo ou patrimônio jurídico

---

[563]Para uma síntese do pensamento da 'Jurisprudência dos Conceitos', da qual Robert Alexy considera-se legítimo herdeiro, Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 5. ed. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1983, p. 515 e ss.

[564] ATIENZA, Manuel. **Introducion al derecho.** Barcelona: Barcanova, 1991. p. 275.

independentemente de qualquer referencial normativo contemporâneo ou passado, e sem qualquer preocupação com o conteúdo do direito assim adjetivado.[565]

Trata-se de uma dimensão que permite – quando tomada isoladamente – o apoio à perspectiva formal, na medida em que nenhuma matéria ou conteúdo do direito é levado em consideração para o efeito de caracterizar tal direito como integrante desta ou daquela categoria. A partir do preenchimento de determinadas categorias formais será possível reconhecê-lo enquanto tal. Isto porque uma abordagem formal diz apenas com a forma dos direitos e a sua estrutura lógica. Obviamente, a adequação entre os conceitos e a práxis constitucional termina por dar respostas satisfatórias acerca de *quais direitos fazem parte desta ou daquela categoria*. Esta conexão é que se impõe como tarefa da dogmática. O uso exclusivo da atividade analítica e conceitual da dogmática não diz quais são e nem quais deveriam ser os direitos em dado ordenamento jurídico, o que somente pode ser alcançado por uma atividade descritiva exercitável na dimensão dogmático-empírico-positiva, ou por uma perspectiva de filosofia do direito constitucional[566] manuseável no universo da zetética.[567]

A dogmática também é composta de uma dimensão dogmático-prático-normativa que se preocupa com a melhor aplicabilidade das normas de existência constatada pela dimensão empírica. '*Qual a correta interpretação/aplicação das normas de direito nos casos concretos*?', é a preocupação chave desta dimensão jurídico-dogmática-normativa.

---

565 Em sentido muito próximo da dimensão analítica da dogmática Cf. FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____ et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madri: Editorail Trotta, 2001, p. 19 e ss.

566 FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____ et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madri: Editorail Trotta, 2001, p. 143.

567 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Forense, 1978, p. 92.

A dimensão normativa permite a compreensão de que a argumentação jurídica e a justificação das decisões fazem parte da dogmática, e que, portanto, deve ser admitido como científico o método de construção de uma decisão e resolução de um problema prático-jurídico – a partir da argumentação.

A argumentação e de certa maneira também a interpretação, penetram na dogmática para reconstruir, descobrir ou simplesmente aplicar o direito, tomando como outro ponto de entrada os fatos, as decisões judiciais e as normas, todos constatados pela dimensão empírica. Isto tornando a abordagem dogmática uma abordagem dinâmica, fora da estática que a visão puramente empírica – e também positiva e descritiva – permitira.

Esta dimensão dogmática, e a atividade que dela faz parte estabelecem laços fundamentais com as atividades zetéticas, permitindo a compreensão da dogmática como uma atividade problematizável, ainda que caracterizada pela inegabilidade dos pontos de partida. [568]

O perceber a dogmática apenas através das lentes da dimensão normativa e acreditar que fazer dogmática é exercer atividade desta natureza acaba tomando como a única possibilidade de discurso jurídico a discussão acerca da ‘maneira como os juízes decidem’, ou ‘a maneira como os juristas fundamentam seus pontos de vista’. Uma teoria construída com total apoio nas decisões judiciais, ou com total apoio nas argumentações jurídicas desprezando as dimensões empírica e analítica, seria um exemplo claro de um espaço dogmático ocupado exclusivamente pela argumentação.

As descrições de jurisprudências, tomadas como expressão de direito em razão do fato de terem sido postas por um sujeito estatal legítimo para dizer o direito

---

[568]FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Forense, 1978, p. 95.

como o Poder Judiciário, vêem o fenômeno jurídico como mera explicação de como os juízes julgam e decidem as questões de direito[569], podem ser consideradas teorias dogmáticas apenas se a dimensão empírica for tomada como a única atividade efetivamente dogmática. Já a tomada de decisões, ou de argumentos doutrinários vincados na sua racionalidade interna, ou na melhor interpretação do direito, somente serão postulados dogmáticos se esta for pensada exclusivamente como atividade normativa.

Desta forma, a dogmática considerada apenas em sua dimensão normativa permitiria a compreensão dos direitos a partir de um intento criador do intérprete/aplicador da lei que causaria um déficit de segurança jurídica.

Sob o olhar a partir da dimensão normativa da dogmática, a preocupação que surge é com a fundamentação e com o encontro da melhor resposta acerca de quais diretos são aplicáveis no dado caso.

A dogmática – ciência do direito como é praticada – e tomada a partir da necessária sistematização do conhecimento jurídico tem sua razão de ser na segurança jurídica. Desta forma, apenas a sua concepção como conjunto de proposições fruto de atividades classificadas em três dimensões pode levar a efeito este desiderato.

A dogmática tridimensional caracteriza uma visão científico-dogmática sob seus diversos ângulos, e demonstra a ausência de plausibilidade na tomada de qualquer deles de forma estanque, ou supervalorizada. Uma dogmática do direito, que seja expressão de um conhecimento científico e que trafegue em sua tríplice dimensão, tem por objetivo um conhecimento que seja válido e útil, e que não seja compartimentalizado a ponto de se tornar desnecessário para o jurista.

---

[569]Considerando o direito como ciência normativa, ou seja, aquela que se ocupa com o dever-ser, KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 117-118, dá outro sentido a expressão, afirmando a possibilidade de um conhecimento distinto dos das ciências naturais.

A cientificidade do direito, desta forma, realiza-se através da dogmática tridimensional. Tratar científico-juridicamente os direitos é tratá-los através da dogmática tridimensional.

Característica da visão tridimensional da dogmática do direito, que a diferencia de outras visões zetéticas, reside no fato de que determinados pontos de partida são inegáveis e tomados – ainda que de forma não absoluta – como elementos fixos dentro de um discurso resolutivo de problemas.

As questões zetéticas submetem-se à problematização absoluta e fornecem a possibilidade de um levantamento contínuo e progressivo de questões que não permitem qualquer fixação de pontos sobre os quais a realização dos direitos fundamentais possam se afirmar.

Mesmo havendo contatos ou zonas de inserção entre a zetética e a dogmática, máxime através da dimensão normativa desta última, a caracterização maior da dogmática reside, em diferenciação a zetética, na assunção de pontos de partida como itens verdadeiros e (quase) absolutos. Na observação de Tércio Ferraz trata-se da proibição da negação de pontos de partida ou de postulados reconhecidos.[570]

A dimensão empírica fornece dados em razão da sua atividade de descrição que não podem ser negados pelo jurista a partir da constatação. Da mesma maneira, determinados conceitos podem ser reconhecidos pela dogmática analítica e não podem ser negados na atividade dogmática, sob pena de se estabelecer, assim, um discurso zetético. Igualmente, a atividade da dimensão normativa não pode desconhecer o dado da racionalidade, ou da sustentação de argumentos dogmáticos nos argumentos práticos gerais, uma vez que a atividade

[570]FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Forense, 1978, p. 92.

inserta na dimensão normativa da dogmática funda – em ultima análise – seus argumentos na coerência do discurso prático geral.

O que caracteriza, portanto, a dogmática enquanto atividade ou enquanto conjunto de postulados para a resolução de um dado problema é a sua observância a pontos de partida constatados pelas três dimensões que a compõem, e a sua função de – através de um sistema de postulados – dar respostas seguras e válidas para questões de direito.

2.4.1 A função e razão de um discurso dogmático dos direitos fundamentais

Como já afirmado, os direitos fundamentais constituem-se em categorias dogmáticas,[571] [572] e a sua análise deve se dar a partir deste pressuposto. Isto implica em dizer que os direitos fundamentais são fruto das atividades da dogmática empírica, analítica e normativa.

Há verdadeiramente razão em perceber os direitos fundamentais a partir de um discurso dogmático ao revés de observá-los sob um ponto de vista filosófico ou sociológico?

A resposta pode ser encontrada na questão levantada por Norberto Bobbio. Segundo o jurista italiano, mais além da necessidade de fundamentar e de compreender os direitos fundamentais no mundo de hoje está a necessidade de torná-los efetivos. Esta efetivação não seria, para o jurista, uma questão filosófica, mas política.[573]

---

[571]Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1239.

[572]ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales. 1997, p. 28.

[573]BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Verdadeiramente a não efetivação dos direitos fundamentais, e o seu não reconhecimento em diversas partes do mundo não se trata de uma questão filosófica, mas tampouco é 'apenas' uma questão de natureza política. É também uma questão de natureza jurídica e mais precisamente uma questão dogmática, na medida em que o estabelecimento de postulados próprios, sejam eles fruto de uma constatação da existência de normas legais ou de decisões ou fatos empíricos relevantes, sejam eles oriundos de uma sistematização de conceitos ou da argumentação dogmática tendente à resolução de um problema posto podem indicar a maneira através da qual pode o direito resolver problemas.

Demonstrar dogmaticamente a existência de um ou de vários direitos fundamentais a partir de uma dada realidade, significa a possibilidade de efetivá-los e afirmá-los para além de colocações puramente zetéticas. Vistos a partir de uma atividade dogmática os direitos fundamentais podem se tornar eficazes na medida em que a dogmática os fornecem como resposta científica a um dado problema.

Examinando as funções da dogmática percebe-se que ela possui as funções de: a) estabilização; b) progresso; c) descarga; d) técnica; e) controle; f) heurística.[574]

A principal função da dogmática na sociedade é a de estabilizar ou fixar compreensões a partir da sistematização de um conhecimento acerca de determinada questão envolta na resolução de um dado problema. A dogmática fixa uma compreensão acerca dos direitos fundamentais e isto permite a sua constatação como um dado científico e a conseqüente reprodução das respostas encontradas para situações futuras.

---

574 LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília: UNB, 1980; LUHMAN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática juridica.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983; FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Forense, 1978; ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica.** Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998.

Ao sistematizar o conhecimento acerca de quais são os direitos fundamentais e qual o alcance de tais direitos, a dogmática, por intermédio de sua tríplice atividade, estabelece uma racionalidade e uma estabilidade na forma de decidir questões.

Exatamente porque a dogmática é fruto da visão racional e moderna do direito[575] e existente apenas em sociedades em que há uma diferenciação entre os sistemas jurídicos e os demais, ela tem a função de fixar – com um mínimo de certeza e previsão – as respostas para as questões de existência, aplicabilidade e concretização dos direitos fundamentais.

Esta fixação corresponde a uma limitação nas possibilidades de variação de uma decisão, estabelecendo o campo do juridicamente possível. Dentro da esfera de constatação empírica, análise conceitual e normatividade, forja-se um postulado de direito fundamental que tem sua validade para toda a comunidade científico-jurídica e, por esta razão, legitimidade para se impor enquanto direito em toda a sociedade e embasar – enquanto direito fundamental – a solução de um caso dado.

Note-se que o estabelecer o campo do juridicamente possível não implica na cristalização ou perpetuação de determinada decisão através dos tempos. Como bem acentua Robert Alexy, isto não significa que determinado enunciado dogmático que tenha sido aceito como tal em razão de uma decisão deva se manter indefinidamente.[576]

Este efeito de estabilização da dogmática não pode ser supervalorizado sob pena de incorrer em um congelamento, ou perpetuação de concepções acerca dos direitos fundamentais.

---

[575] FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Forense, 1978, p. 98.
[576] ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica.** Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998. p. 136.

Aqui reside a crítica a uma dogmática dos direitos fundamentais. Exatamente na concepção de que a construção de uma tese dogmática esboça uma única visão – seja ela oriunda da lei ou dos conceitos ou das decisões judiciais – que se impõe indefinidamente, não permitindo o surgimento de compreensões contrárias ou divergentes.

Este aprisionamento da concepção dos direitos fundamentais que seria legada pela dogmática não representa a verdadeira atitude dogmática, na medida em que esta, ao revés de impor uma visão irretorquível do direito, apenas estabelece as condições do juridicamente possível[577] , sendo responsável por uma diminuição da indeterminação do direito, e não por um aprisionamento de determinadas concepções.

Em outros termos, a dogmática até permite a inclusão de novas possibilidades, a reprodução de dúvidas e alargamento, dentro do padrão do juridicamente possível, das concepções acerca dos direitos fundamentais.

A dogmática permite, conforme a visão de Luhmann, inclusive aumentar o universo normativo a partir do processamento dos dados de entrada.[578] Os postulados normativos acerca dos direitos fundamentais podem, independentemente de estarem ou não previstos em conceitos da doutrina, ou até mesmo previstos nas normas constitucionais, serem fruto da atividade dogmática na medida em que ela própria, partindo do amálgama de feixes que funcionam como dados de partida, funcionar como centro jurígeno de normas de direitos fundamentais.

A dogmática dos direitos fundamentais também tem a função de fazer progredir a ciência do direito no seu trato específico para com os direitos

---

[577]LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília: UNB, 1980, p. 34.

[578]LUHMAN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática juridica.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 27.

fundamentais. A sistematização de postulados jurídico-fundamentais e a sua construção a partir de um dado problema têm a função de delinear o âmbito do juridicamente possível em matéria de direitos fundamentais e, assim, criar um campo de cientificidade que permita a evolução, a partir de um fio condutor.

A questão do progresso da dogmática traz a intrincada questão de se encontrar o fio condutor que permita a compreensão de quais alterações significam avanço e quais significam retrocesso.

Tal só é possível a partir da aceitação de concepções de direitos fundamentais que os percebam de forma integrada e com funções definidas, e que possam indicar – quando caminham para o seio da teoria aceita representam um avanço, ou quando caminham para a sua borda, um retrocesso. Isto é assim porque avanços na dogmática não podem ser concebidos sem um fio condutor que seja exógeno à própria dogmática, ou que represente um recurso ao discurso prático geral arrimado na racionalidade. Esta função de progresso pode conectar-se com a função de criação de novos postulados, alargando-se os pontos de partida.

A terceira função mencionada no modelo Dreier-Alexy reside na descarga, que consiste na atitude de apenas apresentar soluções ou resultado de valorações acerca dos direitos fundamentais que já foram plasmados ou já foram objeto de ponderações anteriores. Não há retorno à discussão acerca da valoração dos pressupostos quando se trata de um caso semelhante.

A estabilização do direito levada a efeito pela dogmática cria proposições para a solução de casos de aplicabilidade dos direitos fundamentais que se repetem no tempo quando os fatos pressupostos se repetem, havendo, desde aí, uma descarga de posições tomadas adredemente. Ou seja, a dogmática dos direitos fundamentais tem a função de fazer repetir idênticas disposições para casos

similares reduzindo ou diminuindo a incerteza e a insegurança dos sistemas jurídicos pré-modernos.

Como aponta Alexy[579] , a função de descarga depende, evidentemente, de múltiplos detalhamentos, pois nem sempre é possível a simples descarga sem a nova problematização dos dados de entrada. O nível de consenso quer em relação aos fatos, quer em relação aos pressupostos analíticos e normativos são fundamentais para a sua realização. A função de descarga demonstra-se mais clara quando mais simples são os casos postos à apreciação.

A função de constituir-se em uma técnica científica dos direitos fundamentais é outra função da dogmática jurídica aplicada aos direitos fundamentais. Enquanto sistematização do conhecimento jurídico que possui a função de torná-lo seguro e previsível, a dogmática constitui-se em uma tecnologia apta a ser demonstrada de ensinada como conhecimento individualizável. A praticidade da dogmática, sempre voltada a solução de casos dados, gera esta função técnica que também pode ser descrita como uma vertente pedagógica.[580]

Os direitos fundamentais estudados como expressão de uma ciência do direito são aqueles frutos da dogmática, revelando-se, desta forma, como um instrumento de informação e também de demonstração de quais direitos fundamentais existem em um dado espaço e tempo.

A quinta função de uma dogmática dos direitos fundamentais reside no controle exercido pela atividade e seus pressupostos sobre si mesmos. A construção de uma dogmática dos direitos fundamentais permite o controle da lógica interna dos pressupostos dogmáticos reforçando os vínculos do direito com a racionalidade, e,

---

[579]ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica.** Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998. p. 139.

[580]ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Dogmática jurídica**: escorço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 90.

portanto, com a coerência. A teoria dogmática dos direitos fundamentais permite conceber as decisões não de forma isolada, mas tendo-as como integrantes de um sistema que protege as proposições da incoerência.

Um postulado de direito positivo, denominado de fundamental pela norma, e que esteja em franca oposição aos conceitos vincados na tradição, e que não esteja em sintonia com o sistema dogmático como um todo, embora seja reconhecido como dado de entrada na preparação de decisões com base na dogmática pode ser problematizado e ter a sua validade, ou o seu sentido e a sua aptidão para resolver um dado problema redimensionado em razão da função de controle, que é exercido pela dogmática.

Os postulados dogmáticos são fruto da aplicabilidade da razão sobre os dados de entrada, razão pela qual não pode ser tomado como um postulado da dogmática, nem servir como pressuposto para a solução de um caso dado, um elemento que não seja racional ou que guarde uma incompatibilidade com o sistema. A dogmática não pode possuir decisões incoerentes, nem internamente e nem externamente. A incoerência com o discurso prático geral também é objeto de controle da dogmática, uma vez que os pressupostos da argumentação dogmática, em última análise, fundamentam-se no discurso prático geral.[581]

Os direitos fundamentais, enquanto teoria dogmática, não deixam de se submeterem ao controle da razão e da coerência.

A última função da dogmática mencionada por Alexy é a função heurística.

A dogmática em si mesma não é ponto de chegada absoluta. Há diversas possibilidades e inúmeras opções de chegada que não foram, de certa maneira,

---

[581]ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica.** Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998, p. 139.

encontradas pela dogmática dos direitos fundamentais. O conhecimento jurídico acerca dos direitos fundamentais é cumulativo e permite que novas respostas a novos problemas sejam sempre encontradas.

Considerando que o direito é um sistema aberto, e os direitos fundamentais fazem parte deste sistema aberto cujo olhar dogmático tenta reconhecer a partir de um ângulo de observações interno, a função da dogmática dos direitos fundamentais reside, também, na possibilidade de ofertar novas respostas, conectando-se com a função de progresso também própria da dogmática.

A tomada dos direitos fundamentais desde a dogmática significa a sua sistematização, “tecnologização” – eis que voltada para a resolução de conflitos – e também utilização como o direito que se pratica.

CAPÍTULO 3 - O ENUNCIADO NORMATIVO PROTETIVO DO AMBIENTE

Um olhar dogmático acerca dos direitos fundamentais somente é possível a partir da positivação de enunciados normativos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988. O pressuposto de uma análise constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais - a partir da compreensão da dogmática tridimensional – reside na análise acerca da forma como, no ordenamento jurídico pátrio, se expressam estes direitos. Esta observação é válida para quaisquer direitos que querem viger na quadratura jurídica como garantias contra-majoritárias.

Deste modo, qualquer estudo do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como um direito fundamental deverá partir de seu viés constitucional, na medida em que, no modelo brasileiro, é esta a seara privilegiada para os direitos fundamentais.

A constitucionalização do ambiente como bem jurídico a ser protegido e como valor irradiante para toda a ordem jurídica brasileira, determinante de tarefas para a coletividade e para o Poder Público, vem prevista no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 com a seguinte redação:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.[582]

A este enunciado do *caput* do artigo 225 somam-se outros enunciados previstos em seis parágrafos, possuindo o primeiro deles sete incisos.

Esta tutela jurídica do ambiente completa-se com uma plêiade de disposições que abarcam questões – a princípio – materialmente constitucionais e

[582] BRASIL. Constituição Federal (1988). Artigo 225...São Paulo: Atlas, 2001.

materialmente infraconstitucionais. A redação do artigo alcança através do tratamento constitucional, matérias que – acaso aceita a existência de bens e direitos que não poderiam ser objeto de apreciação pelo constituinte – deveriam estar na legislação ordinária, e não na Constituição Federal. Esta análise, entretanto, deixa de ser relevante na medida em que se busca um estudo da dogmática constitucional e do efetivo conteúdo das disposições constitucionais.

A inclusão de determinados bens jurídicos no texto constitucional não permite a sua desconsideração pela dogmática. Ainda que seja cabível averiguar se determinados direitos são fundamentais ou não, mesmo inseridos no rol formalmente constitutivo de tais direitos, não cabe desconsiderar a constitucionalização de bens ou direitos cuja opção de inclusão foi do constituinte originário. Desta maneira, não há como argumentar dogmaticamente a não constitucionalização do ambiente, podendo-se, no máximo, questionar se é o caso de um direito ao ambiente, de um dever de preservar o ambiente, ou apenas de um bem jurídico protegido constitucionalmente desde uma valoração do objeto procedida pelo constituinte originário.

A constitucionalidade do enunciado normativo protetor do ambiente é um dado de partida para a análise dogmática do ambiente. A partir deste dado, diversas construções teóricas são possíveis, dentre elas a que afirma ser o direito ao ambiente um direito de matriz fundamental. O que está em jogo é a tomada do texto constitucional como um elemento empírico para a construção de uma justificação jus-fundamental para a proteção do ambiente.

O sentido da previsão constitucional do artigo 225, e as conseqüências implicadas na sua constatação é que servem de significado para a expressão do constituinte que se transformou em texto constitucional.

Isto implica começar a análise do artigo *suso* desde a separação entre dois conceitos básicos para a compreensão de sentido da dicção constitucional: enunciado normativo e norma. Tal diferenciação torna-se relevante desde que aceita a compreensão de norma como significado, e não como signo vernacular. A relevância da dicotomia surge quando acolhido um conceito semântico de norma[583], o que significa tomá-la desde o sentido deontológico do signo, ou seja, seu significado.

Ao analisar o artigo 225 da Constituição Federal é necessário distinguir a norma do enunciado normativo, uma vez que a proteção do ambiente através do direito dá-se com base em normas de dever-ser que são expressões dos enunciados legais, e não os enunciados lingüísticos propriamente ditos.

Como ponto de partida para a justificação do direito ao ambiente como um direito fundamental e, portanto, subjetivo, atribuído pela norma expressa por tal enunciado normativo, faz-se mister diferenciar enunciado de norma, para depois caracterizá-la como norma de direito fundamental atributiva de direito subjetivo.

3.1 ENUNCIADO NORMATIVO E NORMA

O conceito de norma é primário em relação ao conceito de enunciado normativo[584]. Isto significa que o que tem relevância enquanto categoria principal da dogmática, e, portanto, na ciência do direito não é o enunciado, mas sim a norma que é expressa por um enunciado. Tais conceitos não se confundem. É possível que

---

583 BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 29; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 50 e ss.

584 BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 29; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 52.

haja normas sem que haja enunciado normativo que lhes proponham, uma vez que é possível a existência de uma norma que não possa ser referida a qualquer enunciado normativo. As normas que advêm dos sinais dos guardas de trânsito e as que são expressas por semáforos luminosos[585] são exemplos de normas jurídicas que não advém de enunciados normativos. Já as normas programáticas puras – melhor seria dizer enunciados programáticos – são exemplos de enunciados que não estabelecem normas.

Esta separação opera-se desde um conceito semântico de norma.

O conceito semântico de norma jurídica é aquele segundo o qual enunciado normativo é uma série de signos escritos que se diferenciam da norma enquanto significado destes mesmos signos.[586]

São normas jurídicas aqueles significados dos enunciados que impõem uma conduta de dever-ser. A deontologia é a principal característica de uma norma jurídica que a diferencia de uma proposição qualquer. Os enunciados normativos apenas expressam estes comandos deontológicos, e os enunciados programáticos não expressam tal comando, constituindo-se em meros enunciados legais, não normativos.

Impende observar que o conceito semântico de norma justifica-se pela impossibilidade de se atribuir sentido literal a diversas normas do ordenamento jurídico. A diferenciação entre significante e significado demonstra a necessidade de se dotar o conceito de norma de uma amplitude maior que o de enunciado normativo.

---

[585]ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica.** Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998, p 51.

[586]BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 29; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 27.

Isto implica, desde logo, em dizer que as conhecidas normas programáticas são enunciados programáticos sem qualquer normatividade, ou enunciados normativos que estabelecem uma norma jurídica e, por esta razão, não são meramente programáticos, embora possuam um âmbito de programaticidade.

Desde um conceito semântico de norma, tais enunciados programáticos não são corretamente nominados quando chamados de normas programáticas, já que não são normas que estabelecem dever-ser, e enquanto enunciados sequer expressam normas deontológicas.

É possível – ao menos teoricamente - que haja enunciado que sequer imponha uma norma jurídica, embora presente na Constituição, e que apenas expresse meros objetivos ou meros *standarts* jurídicos positivados pelo constituinte.

A distinção entre enunciado e norma opera-se mais ainda quando se percebe que diversos enunciados normativos podem conter a mesma norma, e um enunciado normativo pode também expressar mais de uma norma jurídica.

É a mesma relação que existe entre proposição e enunciado proposicional[587]. A diferença reside no fato de que as proposições e os enunciados proposicionais submetem-se à falsidade e veracidade porque expressam um ser, e trafegam na dimensão da ontologia, e as normas e os enunciados normativos são normas deônticas e enunciados deônticos, pois estabelecem questões de dever-ser, logo não se submetendo ao qualificativo de veracidade ou falsidade.[588] Os enunciados deônticos e as normas deontológicas submetem-se a critério de validade e invalidade. Os enunciados proposicionais estabelecem normas técnicas e os enunciados normativos estabelecem normas éticas.

---

[587]ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica.** Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998, p. 54.
[588]ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica.** Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998, p. 54

Tanto as proposições quanto as normas advêm – ou podem advir – de enunciados que funcionam como vetores de uma proposição ou de uma norma. Os enunciados – proposicionais ou normativos – são elementos empíricos para que se possa chegar ao sentido da norma ou da proposição. Para a constatação dos significados dos enunciados – norma ou proposição – outros elementos afluem para compor o sentido, que não é apenas o conjunto de signos do texto do enunciado. Os conceitos científicos e os questionamentos da razão operam em outras dimensões – analítica e normativa – para a produção do conhecimento dogmático. O resultado deste conhecimento dogmático é a compreensão do sentido da norma ou da proposição.

Isto implica em dizer que os enunciados jurídicos não podem conter respostas a questões de normatividade, uma vez que a idéia de norma – fundamental para a teoria do direito, não corresponde inteiramente ao conceito e à idéia de enunciado normativo.

Dito de outra maneira, os enunciados normativos caracterizam-se por expressarem ou enunciarem normas que não se confundem com estes mesmos enunciados. O enunciado normativo é apenas um dado para a construção da idéia de norma, e que representa apenas uma das vertentes constitutivas de uma dimensão da dogmática tridimensional,[589] que é sua dimensão empírica.

O elemento característico do duplo conceito enunciado normativo/norma, que se diferencia de enunciado proposicional/proposição reside na linguagem utilizada pelo enunciado normativo e no seu significado que representa a norma. Enunciado normativo utiliza-se de expressões deônticas – indicado que deve ser o

[589]ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales. 1997, p. 240 e ss.

caso – e as normas expressam o que deve ser permitido, proibido ou que deve ser realizado.

A identidade entre enunciado normativo e norma não apenas não se põe como também é desaconselhável como caminho para a compreensão do sentido de um texto constitucional.

Por outro lado, a existência das normas não se confunde com a existência de normas válidas. Isto põe o problema de saber se normas que não sejam válidas – uma vez que não reconhecidas por uma teoria da validade – são de fato normas jurídicas e normas constitucionais.

Questões de validez de normas de dever-ser – que tratam de qual deve ser o caso – não são propriamente constitutivas do conceito de norma jurídica, mas sim uma característica possível destas mesmas normas.[590] Isto se dá porque o fato de uma norma ser válida ou não válida não implica na sua existência ou inexistência. A validez é apenas uma característica possível.

Tal conceito de validez pode operar em três aspectos: social, jurídico e material. Uma norma é válida socialmente quando se cumpre ou quando o seu não cumprimento pode ser sancionado por um Tribunal. A norma é válida juridicamente quando sua gênese é compatível com o ordenamento jurídico, já que expedida por um poder competente, na forma prevista e não tem conteúdo incompatível com outras normas de hierarquia superior. A norma é válida materialmente quando seu conteúdo se justifica sob o ponto de vista de uma teoria moral.[591]

---

590 BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 29; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 29.

591 BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 29; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 29.

Um conceito de validez normativa positivista apenas utiliza-se dos dois critérios de validez inicialmente demonstrados, ocupando-se da imoralidade do conteúdo das normas apenas quando se trata de rupturas extremadas com o senso moral e ético vigente. Os positivistas em geral não exigem a correção moral das normas como critério de validez, uma vez que a amoralidade é uma de suas características.[592]

3.1.1 Enunciado Normativo do artigo 225 da CF/88

Dada a diferenciação entre enunciado normativo e norma jurídica, impende perceber que o artigo que protege o bem jurídico ambiente na Constituição Federal de 1988 é um enunciado normativo que expressa uma norma jurídica.

O artigo 225 é um enunciado constitucional. A primeira questão que se põe é saber se é possível uma classe de enunciados constitucionais que não sejam enunciados normativos. Ou dito de outro modo, se a Constituição é toda ela norma jurídica ou se há outros conteúdos não jurídicos, ou não normativos inseridos no texto constitucional.

Como lembra Konrad Hesse, a Constituição não representa a pura expressão de um ser, não descreve unicamente a realidade, refletindo seus fatores reais de poder. Ela estabelece um universo de dever-ser condicionado pela própria realidade, o que implica em dizer que toda ela é uma norma jurídica.[593]

O enunciado do artigo 225 é um enunciado normativo porque estabelece uma norma jurídica que assim o é em razão de sua linguagem deôntica que diz o

---

[592] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 29; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 29.

[593] HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, p. 15.

que deve ser o caso, estabelecendo proibições permissões e determinações. O enunciado do artigo 225 é normativo e não proposicional por não se tratar de uma descrição do mundo, e sim uma determinação da conduta humana que deve se realizar no universo palpável dos fatos, mas tal é o caso também pelo fato de a Constituição não possuir conteúdo não normativo. A Constituição não contém enunciados proposicionais, contém apenas enunciados normativos.

O âmbito descritivo da Constituição diz respeito à constatação de elementos da realidade que precisam estar presentes no universo constitucional normatizado, sob pena de distanciar a letra do texto de toda a realidade que ela mesma tende a normatizar.

Ter elementos descritivos no seio da norma não significa ter enunciados proposicionais. Toda a Constituição é inteiramente uma norma jurídica, e como norma jurídica que é não poderá conter elementos programáticos, abandonando a esfera do dever-ser que é de sua essência.

A norma que advém do enunciado do artigo 225 joga a função dogmática de significado do texto. O enunciado é um enunciado deôntico, na medida em que estabelece o dever de defender e preservar o meio ambiente à coletividade e ao Poder Público. Dito de outra maneira, o enunciado normativo do artigo 225 estabelece algo que *deve ser o caso* e, portanto estabelece uma norma jurídica, que é um dever-ser.

Tal posicionamento, que toma o enunciado do artigo 225 como fonte de expressão de uma norma, e, portanto, um enunciado normativo, esbarra na concepção de que tal poderia se tratar de uma norma meramente programática. Isto se dá porque os enunciados programáticos puros não são propriamente enunciados

normativos, mas apenas enunciados legais, uma vez que não expressam qualquer norma deontológica, e sim meros objetivos ou *standarts*.

As normas programáticas, muito embora sejam reconhecidas como tal na doutrina, não são propriamente normas na medida em que sua inobservância não pode ser reconhecida por um Tribunal e esta ausência de juridicidade faz com que a própria vinculatividade de condutas à norma seja afastada. A conseqüência imediata é a constatação de que são normas que não impõem um dever-ser.

Faz-se mister, portanto, afastar a hipótese de caracterização da norma expressa pelo artigo 225 como uma norma programática pura, ou meramente programática.

3.2 O ÂMBITO DE PROGRAMATICIDADE DO ENUNCIADO NORMATIVO DO ARTIGO 225 DA CF/88

Em primeiro lugar impende reafirmar que a Constituição é inteiramente uma norma. Não existem no texto constitucional declarações de boa vontade, exortações sem vinculação dos poderes públicos e da coletividade e nem objetivos que sejam traçados pelo constituinte e postos ao alvedrio do legislador infraconstitucional, deixando ao Legislativo a faculdade de efetivá-los ou não.

A característica essencial das normas é a sua força normativa, e a capacidade de determinar as condutas e operar deônticamente. Os enunciados programáticos não operam juridicamente porque não estabelecem condutas e apenas se constituem em postulados juridicamente ineficazes, embora possam ter eficácia moral. Tal tipo de normas tomadas como chamamento às instâncias políticas, ou como exortação de valores ou bens representam meras normas

aparentes[594], que negam o conceito de norma jurídica. Todas as normas constitucionais têm o mesmo alcance, embora não tenham a mesma eficácia, e todas elas exigem a vinculação dos poderes públicos e dos particulares.

Todas as normas constitucionais vinculam a todos os Tribunais e demais sujeitos públicos e privados[595]. Por tal razão devem ser aplicadas independentemente de uma separação entre artigos programáticos e outros de aplicação direta. A Constituição é uma unidade composta de enunciados normativos que expressam normas que, como tais, têm potencialidade jurídica para gerarem efeitos, além de possuírem capacidades de vinculações de sujeitos públicos ou privados.

A normatividade, entendida como capacidade de determinar uma conduta, e vinculatividade, compreendida como a possibilidade de vinculação dos particulares e do Estado aos preceitos constitucionais, são as principais características das normas jurídicas constitucionais.

Os enunciados programáticos da doutrina clássica não são normativos, na medida em que não enunciam um dever-ser, e também não são vinculantes porque não obrigam condutas. São dependentes da realização de condições materiais e de atos Legislativos infraconstitucionais para serem efetivos, e não vinculam, em um primeiro momento, os particulares e os poderes públicos a seus preceitos. Por tal razão, os enunciados programáticos não possuem qualquer das duas características de norma jurídica. São enunciados sem valor de norma e descrevem uma órbita vazia de positividade constitucional.[596]

---

[594] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 29; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 38.

[595] ENTERRIA, Eduardo García de. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1985, p. 68.

[596] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 246.

A ausência de normatividade advinda do enunciado programático significa a impossibilidade de sua vinculatividade, que é a possibilidade de estabelecimento de sua vulneração por um Tribunal.[597]

Compreender que a Constituição poderia acolher um modelo de normas sem normatividade, além de contraditório e incoerente seria permitir o esvaziamento do momento constitucional e advogar a perda de juridicidade do texto.

É mesmo questionável a existência de tipos de enunciados constitucionais que negam o próprio conceito de enunciado deôntico e que não estabelecem quaisquer normas jurídicas, compreendidas estas no sentido de uma imposição de um dever-ser determinado pela sua força intrínseca. A norma programática (neste sentido melhor seria enunciado programático) substitui o conceito de norma pelo conceito de declaração, e estabelece a categoria de indicativos para a normatividade futura, e abandona a força normativa do enunciado constitucional. É no todo incoerente a concepção de enunciados normativos dos quais não advenham quaisquer normas, razão pela qual, mesmo em teoria, são enunciados constitucionais programáticos, e não normas constitucionais programáticas, acaso o sentido concebido seja o da clássica doutrina das normas constitucionais.

Se uma teoria permite a existência de uma norma jurídica que não impõe qualquer vinculação às pessoas submetidas às normas, ou aos Tribunais encarregados de seu cumprimento, então é o próprio conceito de norma que resta em xeque.

Isto colocado em termos constitucionais significa um solapamento da força da Constituição e um enfraquecimento a tornar letra morta qualquer dispositivo.

---

[597] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 29; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 37.

A programaticidade pura retira qualquer força vinculante e a força normativa de um enunciado enfraquecendo toda a Constituição.

Embora o espaço constitucional seja constituído por uma dimensão política e por uma dimensão jurídica e a Constituição represente a juridicização do político e politização do jurídico[598], a aceitação de uma categoria de normas que não vinculam a quaisquer e nem possuem eficácia, necessitam de uma complementação do legislador e ainda carecem de condições materiais para sua realização, significaria o total esvaziamento de juridicidade da Constituição. Manter-se-ia o texto como documento político, mas vazio de juridicidade no que toca a tais normas.

Todas as normas constitucionais são consideradas obrigatórias perante quaisquer órgãos do poder político e perante a coletividade.[599]

Diante de tal convicção há que fazer uma diferenciação entre o que se denomina de norma programática na concepção clássica oriunda do constitucionalismo de Weimar, e a idéia de normas programáticas que tem a maior parte dos constitucionalistas contemporâneos.[600] As normas programáticas, no sentido da doutrina clássica, são enunciados sem aplicação concreta que se constituem apenas em linhas de orientação mestra[601], programas paras atividades

---

598 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

599 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1163.

600 Neste sentido, dotando a norma programática de características que desbordam do entendimento clássico e as aproximam das demais normas constitucionais encontra-se: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, São Paulo: RT, n. 57-58, p. 233-256; ATALIBA, Geraldo. Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares. **Revista de Direito Público**, São Paulo: RT, n. 13 p. 35-44; SILVA, Vasco Pereira. Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional. Serviço nacional de saúde. Normas constitucionais programáticas. Imposições constitucionais. Inconstitucionalidade. **O Direito**, p. 397/433, 1987.

601 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967:** emenda nº 1 de 1969. T - I. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 126-127.

públicas[602], ou princípios a serem cumpridos para a realização das finalidades do Estado social[603]. Hoje se concede às normas programáticas todas as características das normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, causando uma assaz confusão acerca do objeto que se pretende observar e conceituar.

O conceito de normas constitucionais programáticas desenvolveu-se a partir do constitucionalismo de Weimar, representando uma categoria de normas que necessita de concretização normativa futura e que têm a mera função de estabelecer um programa a ser cumprido. Uma mera exortação de valores e objetivos, sem a possibilidade de aplicabilidade imediata, e sem a plena eficácia de seus preceitos.

Normas programáticas para a doutrina clássica são aquelas que carecem de força esponte própria e necessitam de concretização infraconstitucional e administrativa, além de uma gama de condições, materiais e econômicas, não sendo, portanto, auto-aplicáveis e nem possuindo força normativa. As normas programáticas exigem mandamentos infraconstitucionais para sua concretização, além de providências administrativas e operações materiais para que venham a gozar de força normativa.[604]

Neste sentido, a norma programática tem por objetivo indicar comportamentos públicos e estabelecer desdobramentos Legislativos e administrativos, e não regular situações atuais ou concretas.[605]

O reconhecimento da categoria das normas programáticas permite uma distinção entre as normas não exeqüíveis e as normas programáticas. Tal distinção considera que as não exeqüíveis necessitam de legislação infraconstitucional para

---

[602] DINIZ, Maria Helena. **A norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 103.
[603] SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 132.
[604] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 248. v. 2.
[605] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 247.

lhes dar operatividade, através de sua concretização mediata, e as normas programáticas, além disto, necessitam de atos administrativos e providências materiais para a sua concretização e realização. Os fatores econômicos e sociais são necessários para que as normas programáticas possam ser exeqüíveis e aplicáveis, e para que tenham força normativa.[606]

A diferenciação posta indica que há um grupo de normas constitucionais – as normas não exeqüíveis – que vinculam os poderes públicos e a sociedade e impõem condutas, pois tem carga normativa, apenas carecem de exeqüibilidade em razão da necessidade de uma legislação infraconstitucional que lhes concretize, permitindo a sua aplicabilidade. Tais enunciados que expressam estas normas são enunciados normativos, e não se confundem com as ditas normas programáticas, mesmo que possuam uma parcela de programaticidade.

Há força normativa nos preceitos não diretamente exeqüíveis, diferentemente das normas programáticas em que a força normativa do preceito constitucional apenas se torna presente quando as condições materiais e políticas se demonstram o que retira a sua força deontológica, reduzindo-as a meros compromissos políticos não exigíveis imediatamente e nem obrigatórios.

Das normas programáticas é possível dizer que são de eficácia limitada[607], pois carecem de um ato condição de uma outra instância, que não o constituinte, para poderem surtir efeitos e operarem com normatividade. São normas que necessitam de uma complementação normativa, e mais que tudo, de uma intenção de uma outra instância política para sua efetivação no mundo real.[608]

---

606 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 248. v. 2.

607 SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 137.

608 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 7.

As normas programáticas como simples programas, exortações morais, declarações, sentenças, aforismos políticos, promessas, apelos aos legisladores e programas futuros juridicamente desprovidos de vinculatividade[609] subsistem apenas teoricamente, uma vez que o conceito de norma programática nega a essência do conceito de norma enquanto significado deôntico, além de desprezar a sua eficácia social que advém da sua vinculatividade.

Esta categoria de normas meramente declarativas e demonstrativas de uma normatividade futura pode ser considerada superada pela compreensão de que todas as normas constitucionais pressupõem uma obrigatoriedade, uma vinculação necessária entre o sentido do enunciado e os poderes públicos e a sociedade civil.

A existência de uma norma constitucional programática não sobrevive às tendências contemporâneas da teoria da constituição, já que a normatividade – com sentido de obrigatoriedade que gera a vinculação dos Poderes Públicos e da coletividade ao seu cumprimento – é a característica mais expressiva de um mandamento constitucional. Dito de outro modo, apenas com a previsão de normas constitucionais que possam vincular os Poderes Públicos e a coletividade e que tenham força normativa plena, é possível estabelecer um papel hierarquicamente superior para a Constituição. É o próprio princípio da supremacia da Constituição que entra em xeque com as normas constitucionais programáticas.

As normas meramente declaratórias e exortativas não sobrevivem no espaço constitucional. Neste sentido, pode-se reconhecer a morte das normas constitucionais programáticas enquanto meras exortações.[610]

---

609 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1162.

610 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1162.

Por outro lado, é preciso perceber que parte da doutrina ainda se utiliza da expressão normas programáticas para designar um tipo de norma constitucional que expressa um programa – constituindo-se em norma-fim ou norma-tarefa.

É preciso estabelecer uma diferenciação entre o conteúdo programático de uma norma – seja ela norma-fim ou norma-tarefa – e o fato de a norma estar inserida na categoria teórica das normas programáticas.

A programaticidade enquanto característica das normas-projeto, normas-fim e normas-tarefa e que subsistem na ordem constitucional contemporânea não se confunde com o sentido das normas programáticas assinalado pela doutrina constitucional clássica. Esta programaticidade que gera uma vinculação e uma determinação normativa subsiste em todas as normas constitucionais, até porque é correlato à hierarquia das normas e à vinculação necessária das atividades legislativas e administrativas aos mandamentos constitucionais.

O fato de uma norma constitucional não possuir aplicabilidade imediata e possuir uma parcela de programaticidade não faz do enunciado constitucional um enunciado programático, na medida em que comandos normativos, que operam deônticamente e vinculam os poderes públicos e os particulares possuem eficácia restrita, e dependem de uma legislação infraconstitucional.

Quando hoje se defende a normatividade dos enunciados programáticos nada mais se está fazendo do que reconhecer que tais enunciados não se tratam de normas programáticas no sentido que lhe deu a doutrina clássica, e sim de enunciados normativos que vinculam comportamentos públicos e privados, estabelecem regras de dever-ser e podem dar azo a sanções de condutas que afrontem seus mandamentos.

A compreensão do artigo 225 como uma norma programática gera uma tese frágil, porque faz com que o enunciado perca completamente a sua vinculabilidade e a sua posição hierárquica, repousando no texto como mera opinião ou planejamento dos constituintes originários. Carecendo de força normativa, a sua caracterização como norma fica irremediavelmente negada. Tomá-lo como enunciado programático implica na afirmação de que não há norma correspondente ao enunciado normativo, mas mera declaração de intenções. Ao tomar o enunciado normativo como estritamente programático – que estabelece a mera intenção do constituinte de ver o ambiente preservado, refletindo um mero valor em voga ao tempo da redação do texto constitucional – a normatividade é substituída pela mera exortação dos Poderes Públicos e da coletividade. Neste sentido fraco, o enunciado constituir-se-ia em simples programa, de força duvidosa e carente de qualquer justiciabilidade.

A prevalecer esta posição, o artigo constitucional preservativo do ambiente ecologicamente equilibrado ficaria restrito a mera bandeira ecológica e mera exortação da coletividade e dos Poderes Públicos à preservação dos valores ambientais. Não haveria qualquer vinculação do legislador ou do Estado, mas apenas a constitucionalização de uma declaração exortativa cheia de bons presságios ou de meras intenções benevolentes em relação ao ambiente.

Não é este o sentido e não é esta a função constitucionalmente adequada do enunciado normativo do artigo 225, uma vez que não se constitui em norma programática, em razão de estar apto a realizar e a exercer sua característica de norma vinculante como expressão da sua força normativa intrínseca.

Neste sentido, embora a norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da Constituição possua um âmbito de programaticidade, e que se conecta

com a dimensão objetiva da norma advinda do enunciado, não se pode caracterizá-la como uma norma programática.

A compreensão de que a Constituição Brasileira de 1988 está plena de normas constitucionais programáticas[611] associa-se à compreensão de que diversos institutos positivados carecem de regulamentação por normas infraconstitucionais, além de condições materiais para sua efetivação.

Isto ocorre também em parte em razão de a Constituição estabelecer programas, finalidades e imposições legiferantes, além de diretrizes a serem seguidas e implementadas pelo Poder Público.[612]

Entretanto, tais características não são suficientes para permitir dizer que a CF/88 é uma Constituição eminentemente programática. Há diferença entre compreender a norma como possuidora de um âmbito de programaticidade e compreendê-la como exclusivamente programática.

Toda norma possui um âmbito de programaticidade na medida em que contém parte de um objetivo estabelecido pelo constituinte. As normas que estabelecem princípios possuem conteúdo preceptivo porque determinam o conteúdo de outras normas, e, neste sentido, também estabelecem um programa. [613]

A norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 é uma norma princípio e por esta razão possui um âmbito de programaticidade, embora não seja uma norma programática.

---

[611]FERRAZ, Tércio Sampaio. **Constituição de 1988:** legitimidade, vigência e eficácia e supremacia. São Paulo: Atlas, 1989, p. 58; Considerando que a CF/88 possui as características de ser uma constituição analítica, pluralista e programática, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 71.

[612]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 72.

[613]CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizione di principio.** Milão: Laterza, 1952, p. 102.

A Constituição contém normas jurídicas e estas não podem subsistir como meras declarações carentes de normatividade. Todas as normas vinculam particulares e poderes sob um mesmo Estado.[614]

O texto constitucional de 1988 é uma norma, ou conjunto de normas, cuja eficácia de alguns mandamentos está eclipsada pela inexistência de normas infraconstitucionais que possam lhes dar plena exeqüibilidade, garantindo sua ampla eficácia. Isto não autoriza a dizer que tais preceitos constitucionais não são auto-aplicáveis e sim exclusivamente programáticos. Também não permite a conclusão de que tais preceitos não emitem força normativa e nem possuem vinculação a obrigar o Estado e os particulares às condutas que determinam. Também não autoriza a dizer que as condutas que agridem os bens jurídicos tutelados não podem ser sancionadas por intermédio dos Tribunais.

Por estar guardando consigo uma plêiade de princípios, dentre eles o princípio da preservação do ambiente, o enunciado do artigo 225 possui um âmbito de programaticidade que não deve ser afastado. Isto implica em manter a força programática do enunciado – como fonte de determinação e de exortação e inspiração dos poderes públicos – inclusive o Legislativo, sem, contudo, afastar a necessária vinculatividade e normatividade que estão presentes nesta e em todas as normas constitucionais.

---

[614] Sobre o assunto ver, na doutrina brasileira: SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996; GRAU, Eros Roberto. A constituição brasileira e as normas programáticas. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, Rio de Janeiro, n. 4; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**, São Paulo: Max Limonad, 1999; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas:** normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: RT, 2001.

A norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 não é uma norma programática, mas sim uma norma que possui um âmbito de programatcidade e, enquanto norma, possui eficácia objetiva.

O artigo 225 não é mera norma aparente, mas enunciado normativo que expressa uma norma que vincula o comportamento dos poderes públicos e da sociedade, além de determinar a atividade do legislador que não pode, sob pena de legislar sob o manto da incostitucionalidade, agredir o bem jurídico ambiente.

Também não é vazio de positividade, pois possui carga jurídico-normativa na medida em que impõe condutas à sociedade e aos poderes públicos.

Exatamente por não ser meramente programático o artigo 225 permite que o Judiciário possa sancionar condutas legislativas, administrativas ou de particulares quando lesivas ao bem jurídico constitucionalmente protegido, e também determina o âmbito das condutas juridicamente permitidas, juridicamente determinadas e as omissões juridicamente obrigatórias. Trata-se de enunciado que expressa uma norma de dever-ser.

Demais disso, o artigo 5°, § 1º da CF/88 estabelece a eficácia plena e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais incluídos no rol do artigo 5º. Ou seja, todos os direitos fundamentais reconhecidos pelo texto constitucional não são normas constitucionais programáticas, carentes de vinculatividade e normatividade, até mesmo para os teóricos que aceitam o conceito de norma programática. Isto porque a todos os direitos fundamentais – *ipso facto* a todas as normas constitucionais de direitos fundamentais atributivas ou não de direitos subjetivos fundamentais – está estabelecida a eficácia plena e a aplicabilidade imediata, tornando todos os direitos auto-aplicáveis por intermédio da eficácia plena de suas normas.

Como será analisado em seguida, a norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da Constituição Federal é uma norma de direito fundamental e atribui um direito subjetivo fundamental a determinados titulares, o que implica na extensão dos efeitos do artigo 5º, § 1º a seus institutos.

Como há de ser constatado, a cláusula do artigo 5°, § 2º do texto constitucional determina a abertura do catálogo de direitos fundamentais permitindo a inclusão de outros direitos fundamentais atribuídos por normas expressas por enunciados normativos para além dos róis constitucionais, estendendo a estas normas e a estes direitos fundamentais fora dos catálogos os institutos atinentes aos direitos fundamentais.

A auto-aplicabilidade e a eficácia plena dos direitos fundamentais significam a negação de sua realização como norma programática, uma vez que é o próprio texto constitucional que afasta as características de programaticidade e determina a eficácia plena e a aplicabilidade imediata impondo a vinculatividade e demonstrando – através das conseqüências – a normatividade do artigo.

Dito de outro modo, se demonstrado ficar que a norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 é uma norma de direito fundamental que atribui um direito fundamental subjetivo a qualquer titular, por mais este argumento, que não o da simples negação do conceito de normas constitucionais programáticas, ficará afastada a hipótese de o enunciado em questão ser um enunciado programático.

Trata-se de um enunciado normativo que impõe uma norma jurídica com todos os seus requisitos de hierarquia, vinculatividade e justiciabilidade. Restará, entretanto, provar que se trata de um enunciado que expressa uma norma de direito fundamental atributiva de um direito subjetivo.

3.3 A DIRECTIVIDADE DO ENUNCIADO DO ARTIGO 225 DA CF/88

Próxima à compreensão de norma programática está a noção de norma-programa que impõem ao legislador uma tarefa de concretização de opções político-jurídicas. Diz-se próxima porque tal compreensão não se confunde com a idéia de normas programáticas.

As normas programáticas puras são exortações e demonstrações de interesses, vazias de juridicidade. Outra gama de normas, ainda que imprecisas, e, portanto necessitando de uma concretização mediata por parte de normas infraconstitucionais, protege determinados bens jurídicos e valores e impõem uma tarefa ao legislador no sentido de materializar a opção esboçada pelo constituinte.

Tais normas tarefas não se confundem com as normas programáticas porque a sua normatividade não se esvazia na necessidade de ser completada por outra norma emanada do legislador ordinário[615], e nem por condições materiais de exeqüibilidade. São normas que tem a função de determinar uma conduta legislativa e, exatamente porque determinam uma conduta, possuem normatividade. Tal conduta não é mera faculdade do legislador, mas uma obrigação constitucional que pode ser sancionada pelo Judiciário.

Neste sentido, as normas constitucionais têm um âmbito de direcionamento dos caminhos futuros a serem percorridos pela sociedade e pelo Estado, tudo indicado com base em um programa ou planejamento cristalizado nas normas constitucionais.

---

615 ENTERRIA, Eduardo García de. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1985, p. 68.

Uma norma-tarefa é auto-aplicável porque guarda consigo a normatividade e a vinculatividade, uma vez que se constitui em direito atual.[616]

Exatamente porque todas as normas têm força normativa – o que de resto é da essência do conceito – e vinculam todos, os juízes e os Tribunais devem aplicá-las em sua totalidade, mesmo que a sua plena eficácia dependa de uma outra norma infraconstitucional. É o caso das normas-tarefa que impõem uma obrigação legiferante, mas não possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata no sentindo das normas em geral, exatamente porque são normas-tarefa, mas possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata na medida em que as tarefas que impõem são obrigações atuais e vigentes que não podem ser desconhecidas.

São normas que não tratam das condutas dos particulares, e na maioria das vezes nem das condutas do Estado em relação aos particulares, mas sim das obrigações políticas do Poder Legislativo.

Os enunciados programáticos não possuem validez social, na medida em que a vulneração do disposto no enunciado não pode ser sancionada por um Tribunal, faltando assim um critério essencial de validez. Já as normas-tarefa podem ter a sua violação sancionada na medida em que impõem uma obrigação legiferante – e que pode não ser cumprida, cabendo ao Poder Judiciário sancionar a não observância da tarefa constitucional imposta.

A norma expressa pelo enunciado do artigo 225 da CF/88 é dirigente, na medida em que estabelece uma obrigação para o poder Legislativo e também porque traz consigo um programa de proteção ao bem jurídico ambiente para ser cumprido através de normas infraconstitucionais cuja elaboração a própria Constituição determina. Esta imposição constitucional a dirigir a conduta do

---

616 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1166.

Legislativo representa uma característica da norma expressa pelo enunciado do artigo 225, mas que – percebida exclusivamente por este enfoque – termina por não cumprir toda a sua função no universo jurídico constitucional.

Perceber o enunciado do artigo 225 apenas como uma norma a dirigir as condutas do Legislativo termina por ser uma interpretação juridicamente frágil, porém mais forte que a anterior. A força normativa do artigo 225 da CF/88 resumir-se-ia à vinculação do legislador. A norma teria o sentido de dirigir as atuações estatais, trabalhando como um programa constitucional no que pertine à atuação do Estado e da sociedade em relação ao bem jurídico ambiente. A norma estaria associada à idéia de programa dirigente das atividades concretizadoras do Legislativo, imerso em um conceito de Constituição dirigente.

É necessário observar, primeiramente, que o enunciado normativo do artigo 225 não se dirige exclusivamente ao legislador e não é norma que se refere à produção de outras normas, exclusivamente.

A norma que é expressa no artigo 225 é uma norma que exara seus efeitos vinculantes e normativos a todos os poderes constituídos, uma vez que impõe tarefas ao Legislativo e ao executivo e vincula o poder de decisão do Judiciário a seus preceitos. Mais que isso, a norma estabelece uma gama de obrigações às quais estão submetidos tanto o Estado quanto a sociedade civil. Não se trata de norma que simplesmente dirige as condutas do Legislativo no cumprimento de objetivos de natureza constitucional.

A omissão e a inoperância do Legislativo podem ser sancionadas por um Tribunal e também as condutas dos diversos poderes e da sociedade civil podem ser objeto de sanção, uma vez que a norma expressa no artigo 225 emite um comando deôntico para diversos sujeitos.

Por outro lado, é a própria praticidade e o próprio papel de norma dirigente que resta em xeque no constitucionalismo formatado nos tempos contemporâneos. Diversos são os problemas.

Uma leitura constitucionalmente adequada do artigo 225 não permite crer em um dispositivo meramente condutor de tarefas legislativas que não apresentem direitos ou obrigações.

O mundo político não se deixa dirigir por uma norma constitucional e não se apresenta como um fiel seguidor dos dispositivos constitucionais que não se convertem em direitos ou obrigações.

É impossível dirigir a sociedade através do direito como é inviável pensar em modificações estruturais – sejam elas do Estado ou da sociedade civil – a partir de compreensões meramente formais.

O mundo é muito mais dinâmico do que as planificações jurídicas que possam impor os constituintes à toda a sociedade e ao Estado. Neste sentido, a idéia de Constituição dirigente viu-se atropelada pela própria história.

Demais disso, na Constituição Federal Brasileira de 1988 não é possível identificar um plano de ação estatal, ou um modelo de constituição que indique uma direção única e uma linha de atuação a ser seguida pela sociedade e pelos Poderes Públicos.[617] A pluralidade de compreensões do fenômeno constitucional e a hiper-complexidade dos espaços sociais que ela rege impedem qualquer compreensão dos enunciados normativos nela contidos como expressão de um programa único,

---

617 Neste sentido, considerando, também, a dificuldade de se encontrar na Constituição da República Portuguesa, nomeadamente no capítulo de direitos fundamentais, uma concepção única, e, entretanto, compreendendo que, muito embora a constituição possua um todo que não se enquadra exclusivamente em qualquer teoria da constituição – ou teoria dos direitos fundamentais – é possível perceber uma concepção constitucionalmente coerente e integrada. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. Lisboa: Coimbra, 1984, p. 111.

ou justificáveis com base em uma teoria única acerca do sentido e do objetivo do texto constitucional.

Não é possível conceber a Constituição unicamente sob pré-compreensões liberais, nem sob pré-compreensões sociais ou democráticas. Nem interpretar seu conteúdo desde um pensar institucionalista ou axiológico. Toda uma gama de tensões entre as três concepções político-normativas, com o acréscimo de novos *topoi* fruto da hiper-complexidade do tempo presente, e a tudo somadas algumas tendências socialistas e outras neoliberais fizeram do texto um amálgama de projetos, desejos e concepções que tornam impossível a compreensão de um único programa normativo que possa indicar uma única compreensão constitucionalmente adequada. Apenas o pensar dogmático e tridimensional pode permitir um tratamento constitucionalmente adequado para o artigo 225 da Constituição Federal.

Isto se reflete no pensamento ecológico na medida em que não se pode pensar o valor meio ambiente desde uma única ótica, sendo possível lê-lo no texto constitucional desde uma multiplicidade de olhares. Uma teoria constitucional liberal pode compreender sem dificuldades a constitucionalização do ambiente e vê-lo a partir deste prisma, sem que com isso se possa negar a compreensão do valor ambiente desde um pensamento institucionalista, ou que quaisquer outras teorias da Constituição.

Não obstante a ausência de um programa normativo-constitucional único, a impossibilidade de fazer valer tal programa, carente de aplicabilidade imediata e de força normativa expressa na justiciabilidade decorrente da vinculatividade, fazem com que a concepção do artigo como programa dirigente revele uma eficácia diminuta.

Neste sentido, a independência dos poderes, e a justificativa da legitimidade dos desígnios da maioria (princípio democrático) sobre a força meramente declarativa de preceitos de baixa normatividade, jogam contra a eficácia da vinculatividade de uma norma, compreendida apenas como instrumento de direção e de afirmação de um programa.

A não consagração de um dever jurídico ou de um direito judicializável nas normas constitucionais faz delas meras declarações frente a um Legislativo e um executivo sempre dispostos a brandirem a bandeira da sua independência, seja a independência diante do constituinte de outrora, seja diante do Judiciário e do Tribunal Constitucional de hoje.

Esta concepção da natureza do mandamento constitucional que protege o bem jurídico ambiente ecologicamente equilibrado revela um resultado similar ao do sentido anteriormente posto (a compreensão enquanto norma programática). No entanto, diz-se sentido menos fraco porque a não operatividade da sua vinculação aos poderes públicos e à coletividade, como norma-dirigente ou norma-programa, não invalida o conceito, e nem a sua compreensão como enunciado normativo que impõe condutas a todos, inclusive ao legislador. A compreensão do enunciado normativo como vetor de um programa normativo-constitucional invalida-se em parte pela dificuldade de se estabelecer qual o programa constitucionalmente posto, dado o pluralismo latente do texto constitucional, mas permite a compreensão de que alguma diretiva consensual desborda deste pluralismo, permitindo a imposição de obrigações aos poderes constituídos, inclusive ao legislador. De outro lanço, a imposição de uma individualidade do Legislativo – que se configura em uma desobediência *aos direitos autorizada pelo princípio democrático* – não invalida a presunção de conformação dos atos Legislativos aos preceitos constitucionais. Esta

tal função pode ser resgatada por outros sentidos mais fortes da compreensão do sentido do enunciado normativo constitucional do artigo 225 da CF/1988.

3.4 A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL REFERIDA AO ENUNCIADO NORMATIVO DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O enunciado normativo do artigo 225 possui uma carga de dirigismo e um âmbito de programaticidade. O enunciado expressa uma norma-tarefa e uma norma-finalidade que impõe condutas a todos, incluídos o Estado e a sociedade civil. O enunciado expressa uma norma que tem programaticidade, sem ser programática, e cunho dirigente, sem ser exclusivamente uma norma de imposição de conteúdos ao legislador. O enunciado normativo do artigo 225 não se resume a qualquer dos dois sentidos indicados, uma vez que tal seria reduzir os efeitos da disposição para muito aquém dos efeitos que ela é capaz de gerar.

O enunciado constitucional do artigo 225 é um enunciado normativo de direito fundamental, também chamado de disposição de direito fundamental[618], na medida em que expressa uma norma de direito fundamental de dimensões objetivas ou objetivas e subjetivas.

Estas duas possibilidades, que são os dois sentidos fortes que desbordam do enunciado normativo, não excluem a programaticidade e o dirigismo, inerentes ao artigo, mas fornecem uma gama de efeitos para além dos enunciados meramente programáticos e das normas meramente dirigentes.

A mera programaticidade, mero dirigismo, no que toca aos direitos fundamentais, estão, inclusive, mitigados – senão negados – pela norma do artigo

---

618 ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 63.

5º, § 1º, que impõem a imediata aplicabilidade – e conseqüentemente a eficácia plena – dos direitos e garantias.[619]

As normas de direito fundamental expressas por intermédio de disposições jusfundamentais também possuem programaticidade e também dirigem os comportamentos dos legisladores e dos poderes executivos, mas os seus efeitos e as suas possibilidades normativas não se esgotam no fato de insculpirem programas e objetivos para toda a sociedade, tampouco se exaurem na constatação de que impõem condutas ao Legislativo.

As normas de direito fundamental possuem uma eficácia objetiva, o que não se expressa nas normas meramente dirigentes e nos enunciados programáticos. Os enunciados programáticos espelham objetivos e projetos de sociedade e de Estado, e as normas dirigentes exigem uma conduta legiferante. Já as normas de direito fundamental, através da sua eficácia objetiva impõem obrigações aos particulares e aos poderes públicos, independentemente da atribuição, ou não, de direitos subjetivos a determinados legitimados.

Além desta eficácia objetiva geradora de obrigações e deveres, as normas de direito fundamental também podem atribuir direitos subjetivos fundamentais a determinados titulares, o que implica em um sentido normativo muito mais intenso do que o inerente às concepções programática e dirigente.

Desta forma, a constatação de que um enunciado constitucional é um enunciado normativo de direito fundamental – ou uma disposição de direito fundamental – traz como conseqüência a convicção de que ele expressa uma norma de direito fundamental que tem eficácia objetiva, e que pode, ou não, atribuir um direito subjetivo fundamental. São sentidos fortes para o enunciado do artigo 225 da

---

619 Defendendo a mitigação da programaticidade e do dirigismo, mas fiel ao reconhecimento de ambas as características, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 72.

CF/88 e que se opõem aos sentidos fracos dos enunciados meramente programáticos e dos enunciados que expressam normas meramente dirigentes.

Dito de outra maneira, o enunciado do artigo 225, enquanto disposição de direito fundamental, possui dois sentidos fortes, que são, em primeiro lugar, a constatação de que expressa uma norma de direito fundamental de eficácia meramente objetiva e, em segundo lugar, o entendimento de que, além da eficácia objetiva de seus postulados, expressa uma norma de direito fundamental atributiva de um direito subjetivo fundamental.

Desta maneira, o pressuposto para a construção de ambos os sentidos fortes para o texto do artigo 225 é de que o enunciado normativo do artigo 225 é um enunciado normativo de direito fundamental que estabelece uma norma de direito fundamental.

A questão põe-se necessariamente: o que faz com que a norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 seja uma norma de direito fundamental?

3.4.1 Norma de Direito Fundamental

Estabelecer uma norma de direito fundamental não é o mesmo que estabelecer um direito fundamental. Todas as vezes que há um direito fundamental existe uma norma de direito fundamental que lhe dá suporte e o atribui, mas nem toda norma de direito fundamental atribui um direito fundamental a alguém.[620] Há uma tríade conceitual que aponta para o vetor enunciado normativo de direito fundamental → norma de direito fundamental → direito fundamental.

---

620 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 47.

Todo enunciado normativo é um enunciado normativo de direito fundamental se, e somente se, estabelecer uma norma de direito fundamental. A constatação aponta para uma pergunta: o que faz com que um enunciado constitucional seja um enunciado de direito fundamental? A afirmação de que tal enunciado é um enunciado de direito fundamental porque expressa uma norma de direito fundamental leva a uma tautologia, se admitida a tese de que o que faz da norma jurídica ser uma norma de direito fundamental é também ser expressada por um enunciado normativo de direito fundamental. A afirmação tende a ser circular.

Uma vez visto – desde o conceito semântico de norma – que a idéia primária para uma compreensão dogmática do direito não é a idéia de enunciado, mas a idéia de norma jurídica, não será possível encontrar nos enunciados constitucionais a resposta para questões de normatividade.[621] Os enunciados – os textos legais – são apenas um dado, um elemento de natureza empírica para a construção do conceito de norma.

Isto implica em dizer que um direito fundamental nada mais é do que um direito subjetivo atribuído por uma norma de direito fundamental. Desta forma, a conceituação jusfundamental estará vincada no conceito de norma de direito fundamental, uma vez que as disposições e os direitos apenas serão fundamentais em decorrência da qualidade das normas que expressam ou que lhes atribuem.

Mas o que é que caracteriza uma norma jurídico-constitucional como uma norma de direito fundamental?

Uma opção teórica para resolver o problema da fundamentalidade das disposições normativas é considerar que apenas as normas que forem decorrentes de enunciados normativos constitucionais serão normas de direito fundamental. Isto

---

621 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 52.

aponta para dois problemas: há enunciados normativos constitucionais que não expressas normas de direito fundamental, e há normas de direito fundamental que não são expressas por enunciados normativos constitucionais, e, possivelmente, não são expressas por qualquer enunciado normativo porque nem sequer são escritas.[622]

Nesta mesma linha, porém argumentando de forma mais restritiva, pode-se considerar que são normas de direitos fundamentais apenas aquelas expressas por enunciados normativos constantes do rol atributivo de direitos fundamentais expresso na Constituição. Apenas estas normas seriam consideradas normas de direito fundamental. Isto também significa tentar encontrar resposta para questões normativas no âmbito dos enunciados normativos. Disto decorrem os mesmos dois problemas da escolha anterior:

O primeiro deles diz com a possibilidade de se encontrar enunciados normativos que não expressam normas de direitos fundamentais e que – malgrado este dado – encontram-se catalogadas nos róis dos artigos atributivos de normas de direito fundamental. No caso da CF/88 os artigos 5º, 6º e 7º.

O segundo problema consiste na possibilidade de existirem enunciados normativos que expressam normas de direito fundamental, atributivas ou não de direitos subjetivos fundamentais dispersas em outras partes do texto constitucional, ou até mesmo fora do texto. Ou ainda normas atributivas de direitos fundamentais que não são expressas por qualquer enunciado normativo.

No tocante ao primeiro dos problemas urge perceber que tal concepção desborda para uma compreensão meramente topográfica das normas de direitos

---

622 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 63.

fundamentais trazendo consigo toda a carga da ausência de conteúdo material para a constatação da fundamentalidade de uma norma ou de um direito.

A constatação de que são apenas normas de direitos fundamentais aquelas estabelecidas nos róis dos artigos indicativos de direitos retira (ou permite a retirada de) todas as cargas cultural, histórica e racional dos direitos fundamentais – atributivas de fundamentalidade material – e deixa as normas de direitos fundamentais conceitualmente presas às opções constituintes.

O só fato de ter havido uma inserção de um enunciado normativo por parte do constituinte não pode ter o condão de dotar um privilégio – ou um direito culturalmente, racionalmente e historicamente não fundamental – de tal natureza.

Ao analisar o segundo problema – que diz respeito a enunciados normativos que estão fora dos róis mencionados e que expressam normas de direitos fundamentais – percebe-se que a tese da mera catalogação também não responde a contento às interrogações.

No caso da CF/88 questões sensivelmente essenciais, ou dito de outro modo, normas intuitivamente fundamentais, ou materialmente fundamentais, ou ainda normas contemporaneamente fundamentais, como o direito à anterioridade tributária, o direito a constituir família, e outros mais (para não citar de logo o direito ao ambiente) ficariam de fora da categoria de direitos fundamentais, uma vez que os enunciados normativos vetoriais das normas atributivas destes direitos subjetivos estão topograficamente fora dos róis dos artigos 5º, 6º e 7º.

Não fora o bastante este argumento que se baseia em direitos materialmente e intuitivamente fundamentais, a cláusula de abertura de materialidade, disposta no artigo 5º, § 2º afirma que *os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos*

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a república federativa do Brasil seja parte.

A cláusula de abertura permite que direitos e garantias sejam encontrados também fora da Constituição, escritos ou não escritos, decorrentes ou implícitos, e também positivados em tratados internacionais. Tal cláusula de abertura, ao permitir a constatação de enunciados normativos fundamentais em outros textos legais – os tratados – e até mesmo as normas não decorrentes de enunciados, legitimou, *ipso facto*, a possibilidade de outros enunciados normativos de direitos fundamentais serem encontrados fora dos róis dos mencionados artigos.

Deste modo, a tese de que são apenas enunciados normativos fundamentais aqueles previstos nos róis atributivos de direitos fundamentais dos artigos 5º, 6º, e 7º não tem o alcance que a princípio parece ter.

Uma outra forma de caracterizar as normas de direito fundamental enquanto tal é compreendê-las por critérios materiais, exclusivamente, entendendo que as normas de direitos fundamentais são aquelas que pertencem ao fundamento do Estado ou atribuem direitos que estão na essência da concepção constitucionalmente adequada. Problemas decorrem, também, desta constatação.

O pluralismo inerente ao texto constitucional, e a hipercomplexidade do tempo presente não permitem encontrar sequer uma clara demonstração de quais são os princípios inerentes e fundamentais do Estado, e muito menos ter presente uma concepção constitucionalmente correta e única de Estado, direitos e sociedade. O fato de o texto constitucional estar localizado em um dado contexto histórico e ter sido produzido segundo uma realidade histórica que lhe deu feição, não significa que ele esteja preso, ou totalmente imerso em apenas uma teoria justificante do sentido

global de todas as normas constitucionais. É o mesmo argumento desenvolvido para afastar a mera directividade como característica única do artigo 225.

Demais disso, a vinculação de uma teoria dos direitos, a um sentido único de Constituição pode indicar a perda de força que os direitos devem possuir como limites ao poder do Estado. O próprio processo de descoberta do sentido da Constituição a fundamentar uma norma de direitos fundamentais poderia indicar uma opção política totalizadora e submergente dos direitos fundamentais.

As teorias materiais puras – enquanto vetores de justificação da fundamentalidade das normas constitucionais – e conseqüentemente dos enunciados normativos e dos direitos – não respondem com segurança suficiente à questão*: o que faz de uma norma de direito uma norma de direito fundamental?*

É preciso trilhar o caminho inverso das teorias isolantes. Nem o conteúdo pode ser determinante, nem o enunciado normativo.

É preciso reafirmar que o que designa o qualificativo de fundamental é a norma e não o enunciado normativo. Aplicando-se o teste de fundamentalidade, segundo o qual a norma expressa no enunciado do artigo será uma norma de direito fundamental a partir do reconhecimento de critérios materiais e formais, constata-se a fundamentalidade da norma, e, por via de conseqüência, a fundamentalidade do enunciado normativo que a expressa. Se a norma pode ser justificada a partir de tais critérios materiais e formais ela será uma norma de direito fundamental e logo o enunciado normativo que a expressa será também um enunciado de direito fundamental, bem como fundamental será o direito subjetivo porventura atribuído.

Dito mais uma vez, é a norma de direito fundamental que dá natureza ao enunciado normativo, e não o enunciado normativo que caracteriza a norma.

Acaso a norma que surge do enunciado normativo do artigo 225 seja uma norma de direito fundamental, o enunciado normativo que a expressa terá igual natureza.

Para saber se a norma expressa pelo enunciado do artigo 225 é uma norma de direito fundamental será necessário encontrar critérios de fundamentalidade formal e material e aplicá-los à norma.

O critério puramente formal da localização dos enunciados normativos, ou o critério puramente material do conteúdo da norma não são aptos à resolução do problema na medida em que ou são muito estreitos ou diminuem a amplitude da norma e de seus direitos, identificando-a com um único projeto de Constituição.

É necessária uma dualidade de critérios: formais e materiais. Apenas a utilização de critérios combinados permite uma melhor caracterização da norma expressa por um dado enunciado como uma norma de direito fundamental.

Muito embora esteja claro o posicionamento abraçado – a dualidade de critérios para a caracterização da fundamentalidade da norma expressa pelo enunciado normativo – importante verificar que o designativo de fundamental para uma norma e um direito já encontrou critérios diversos através da doutrina.

3.4.1.1 A posição de Robert Alexy: os critérios formais definindo a norma de direitos fundamentais

Robert Alexy[623] entende que os critérios formais são os mais aptos à fundamentação do conceito de norma de direito fundamental, porque oferecem poucas dúvidas à opção do constituinte. Para o autor, são disposições de direitos fundamentais apenas aquelas incluídas no rol de direitos fundamentais da Lei

623 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 65 e ss.

Fundamental,[624] além de outras que possam atribuir um direito subjetivo, embora a Lei Fundamental apenas se refira a elas como direitos, e não direitos fundamentais, mas permita as mesmas conseqüências. Tais conseqüências são, *ipso facto*, conforme a norma constitucional alemã, a possibilidade de utilização do recurso de inconstitucionalidade. Trata-se de uma norma de abertura do catálogo.[625]

As disposições de direito fundamental incluídos nos artigos 1 a 19 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha são disposições de direito fundamental em razão de sua localização topográfica no texto constitucional, independentemente do conteúdo que possam vir a ter.

Alexy admite que uma visão dos direitos fundamentais desde a Lei Fundamental acaba por ser demasiadamente estreita e vê a possibilidade de incluir outras normas expressas pelo texto constitucional.[626] Por esta razão, afirma a existência de disposições fundamentais satélites que não estão localizadas no rol atributivo de direitos fundamentais.[627]

Além disso, vislumbra a existência de normas de direito fundamental que são referidas a enunciados normativos de direito fundamental, e, portanto, também normas de direito fundamental sem que estejam diretamente expressas por enunciados normativos fundamentais topograficamente localizados nos róis

---

624 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 66.

625 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 65.

626 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 67.

627 Em sentido idêntico, porém as denominando de *direitos (normas) fundamentais formalmente constitucionais fora do catálogo*, Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada.** Lisboa: Coimbra, 1984, p. 123. v. 1.

atributivos ou declarados na Lei Fundamental como direitos subjetivos e absorvidos pela norma de abertura do catálogo.[628]

No cerne do raciocínio de Robert Alexy está o conceito semântico de norma segundo o qual ela advém de um dado enunciado normativo que a expressa, podendo ser estruturalmente e semanticamente aberta, o que implica na adjudicação de um sentido para ela, dependendo da concretização de elementos semânticos ou estruturais.

Dito de outra forma, uma norma – tomada como um comando deontológico – pode ser referenciada a um enunciado normativo a partir de uma concretização ou interpretação de elementos estruturais e semânticos do enunciado.

A abertura semântica do enunciado diz com a atribuição de sentido aos conceitos utilizados pelos enunciados normativos. Ao interpretar as expressões vernaculares e afirmar o significado dos termos que compõem o enunciado, o intérprete dá sentido à norma e a concretiza, densificando a norma semanticamente aberta.

A abertura estrutural do enunciado não tem referência com a constatação de qual sentido dos termos que o compõe, mas se refere a qual conduta normativa expressa, e o que se exige do Estado e dos particulares através da norma e, ainda, qual conduta ela impõe. Se a norma expressa pelo enunciado determina uma atuação do Estado ou uma omissão, e se dela se pode ou não atribuir um direito subjetivo a alguém são questões que se resolvem desde a concretização do espaço normativo permitido pela abertura estrutural da norma.

Isto significa dizer que inúmeras normas de direito fundamental podem derivar de enunciados normativos de direito fundamental sem que tal sentido seja

---

628 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 70.

evidente ao simples olhar do intérprete. São as normas de direitos fundamentais implícitas aos enunciados.

Entretanto, embora admitindo que as normas de direito fundamental não são apenas aquelas normas literalmente expressadas pelo texto constitucional, mas também aquelas concretizadas pelo aplicador desde a clarificação dos espaços de abertura semântica e estrutural das normas provenientes dos enunciados, Robert Alexy opta por um critério formal para saber quais normas são normas de direito fundamental, na medida em que reconhece necessária uma relação de precisão. Exigir uma relação de precisão significa dizer que a uma dada norma de direito fundamental deve haver referência a um determinado enunciado normativo de direito fundamental. Esta relação de precisão, ou de referência, somada à constatação anterior de que os enunciados normativos de direito fundamental são aqueles previstos no texto da Lei Fundamental, estabelece a opção por um critério puramente formal de constatação de quais normas são normas de direito fundamental.

Entretanto, para que se possa sustentar argumentativamente uma opção concretizadora de um espaço de abertura estrutural da norma, e para que se possa referenciar uma determinada norma de direito fundamental a um enunciado normativo de direito fundamental, faz-se mister uma relação de fundamentação. Será necessário estabelecer argumentos racionais para justificar determinada norma de direito fundamental como expressão de um enunciado normativo tal. Igualmente, será necessária uma fundamentação para justificar o elemento de concretização utilizado no espaço de abertura estrutural da norma.

Na construção de Alexy esta fundamentação dá-se a partir de duas dimensões da dogmática tridimensional: a dimensão empírica e a dimensão

normativa.[629] Uma resposta através da dimensão empírica seria reconhecer como opção correta aquela utilizada pela jurisprudência, ou sobre a qual houvesse um consenso dogmático. Seriam normas referidas a enunciados normativos e seriam condutas obrigadas por estas normas jurídicas apenas aquelas normas e condutas que a jurisprudência acumulada assim o considerasse, ou os doutrinadores admitissem como tal.[630]

Esta solução implica na caracterização das normas jurídicas de direito fundamental a partir de critérios puramente empíricos. Seriam normas expressas por enunciados normativos constantes dos róis constitucionais e cujo sentido seria encontrado desde uma relação de referencia, precisão e de fundamentação reconhecida pelos Tribunais e pelos doutrinadores.

Trata-se de um mecanismo dogmático-formal de reconhecimento da norma de direito fundamental que abandona qualquer perspectiva de conteúdo como elemento de caracterização da norma de direito fundamental.

O outro caminho para a atribuição de fundamentalidade a determinado enunciado normativo diz com a argumentação jusfundamental correta. Uma norma de direito fundamental é referida a determinado enunciado normativo de direito fundamental na medida em que é possível dar uma fundamentação de direito fundamental que seja correta.[631]

Esta argumentação de direito fundamental é uma hipótese de fundamentação de uma relação de referência entre a norma e o enunciado normativo que se dá desde a dimensão normativa da dogmática tridimensional.

---

629 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 70.

630 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 70.

631 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 71.

Uma norma é norma de direito fundamental na medida em que possa ser referenciada a um enunciado normativo de direito fundamental através de uma argumentação de direito fundamental que seja válida. O mesmo vale para a concretização dos espaços indeterminados decorrentes da abertura estrutural da norma expressa pelo enunciado normativo. É, em última análise, a argumentação que vai justificar a relação de precisão e vai dar fundamentalidade a norma, desde que ela seja referida a algum enunciado normativo dos róis atributivos de direitos fundamentais.

Isto é o mesmo que dizer que normas de direito fundamental são aquelas em relação as quais é possível uma justificação jusfundamental correta.[632]

Visto desta maneira, o ponto de vista de Robert Alexy parece não ser o da aceitação exclusiva de uma justificativa formal para as normas de direito fundamental, na medida em que – por intermédio da dimensão normativa da dogmática – é possível que critérios materiais sejam utilizados como *topoi* argumentativos para a justificação fundamental correta.

O que caracteriza o pensamento de Alexy é uma presunção de fundamentalidade decorrente dos enunciados normativos constantes dos róis atributivos de direitos fundamentais, uma vez que a simples referência ao fato de normas serem expressas por tais enunciados constantes dos róis já é suficiente para dar fundamentalidade a elas.

Do mesmo modo, normas que possam ter a sua relação de precisão ou referência a enunciados normativos constantes dos róis fundamentadas desde uma justificação de direito fundamental que possa ser válida por possuir argumentos

---

632 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 73.

fortes para a pretensa fundamentalidade, também passam a ser normas de direito fundamental, quer atribuam ou não direitos subjetivos.

Questão relevante dentro do pensamento de Robert Alexy parece ser a que diz respeito à possibilidade de fundamentalidade de uma norma expressa por um enunciado normativo da Constituição, mas que está fora dos róis atributivos de direitos fundamentais. É precisamente o caso do enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 que não se encontra nos róis dos artigos 5º, 6º e 7º.

Não é o caso de se falar de argumentação jusfundamental válida que sustente a referência da norma a qualquer enunciado normativo constante do rol, porque ela claramente provém de um enunciado constante em outras partes do texto constitucional.

Sob o pálio de constituições como a brasileira de 1988 e a portuguesa de 1976 – e de certa maneira da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha – esta questão deixa de ter relevância na medida em que a relação de fundamentação da referência a um enunciado normativo passa a ser não a referência a um enunciado normativo atributivo de direito fundamental constante dos róis mencionados, mas uma relação de precisão entre a norma expressa pelo art. 225 e a cláusula de abertura de direitos fundamentais que tais constituições possuem e que permite que outros direitos decorrentes de situações que indica possam fazer parte dos róis atributivos de direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira prevê a cláusula de abertura no artigo 5º, § 2º, a Constituição da República Portuguesa a prevê no artigo 16º, 1 e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha faz previsão no artigo 93, § 1°, nº 4.

Em todos estes casos, o catálogo de enunciados normativos expande-se para outros enunciados constantes do texto constitucional e quando encontrados

outros enunciados que possam ser equiparados considerando-se os motivos constitucionalizados nas cláusulas de abertura.

Nestes casos, e tomando como exemplo a cláusula de abertura da Constituição Brasileira, não se tratará de tentar – através da argumentação de direito fundamental – referir a norma expressa pelo artigo 225 da CF/88 a um enunciado normativo dos róis dos artigos 5º, 6º e 7º, mas sim de utilizar tal argumentação para fazer incluir esta norma nas hipóteses da cláusula de abertura do artigo 5º, § 2º.

Ao referir a necessidade da utilização de uma argumentação jusfundamental que justifique a relação de precisão, Robert Alexy faz adentrar pela porta da dimensão normativa da dogmática todos os critérios de fundamentalidade material que, a princípio, rechaça. A argumentação jusfundamental correta precisará de critérios racionais, históricos e políticos para sustentar materialmente a relação de precisão entre uma norma e um dado enunciado e também entre uma norma e uma dada cláusula de abertura.

Por outro lado, embora a utilização da argumentação traga a baila argumentos materiais, há de se fazer diferença entre a argumentação com base em elementos materiais para a fundamentação da relação de precisão entre a norma e um dado enunciado, e a adjudicação de fundamentalidade de uma norma desde critérios materiais e formais.

Possivelmente ambos os caminhos levem ao reconhecimento de que uma norma é de direito fundamental desde a observância de características materiais, mas com apoio em Alexy somente é possível reconhecer a utilização de justificativas materiais para a fundamentalidade da norma quando tais requisitos forem *topoi* de uma argumentação jusfundamental para a referência de uma dada norma a um enunciado normativo.

3.4.1.2 A posição de Luigi Ferrajoli: a universalidade como elemento caracterizador da norma de direitos fundamentais

Na identificação das normas de direito fundamental e no processo de identificação dos critérios existentes para considerar uma tal norma como uma norma de direito fundamental, e as suas relações com o direito subjetivo que atribui, interessante é a posição de Luigi Ferrajoli.[633]

Ferrajoli apresenta uma definição formal ou estrutural dos direitos fundamentais. Uma definição – conforme sustenta – eminentemente teórica, e que se apóia na constatação de que as expectativas de prestações ou de não lesões que são atribuídas de maneira universal e indisponível a todas as pessoas, cidadãos e indivíduos capazes de trabalharem são direitos fundamentais.[634]

O autor não reconhece a distinção entre norma de direito fundamental e direito fundamental, reconhecendo – ao contrário – uma interpolação absoluta entre ambos os conceitos, afirmando, mais ainda, que esta é uma das características dos direitos fundamentais a diferenciá-los dos direitos patrimoniais que possuem estruturas distintas.[635]

Os direitos fundamentais são normas, e os direitos patrimoniais são predispostos por normas. Os direitos fundamentais identificam-se com os comandos normativos, e os direitos patrimoniais recebem apenas tais disposições.[636]

---

[633]Sobre o posicionamento do autor, ver FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. **fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, e principalmente FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

[634]CABO, Antônio; PISARELLO, Geraldo. Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 9 e ss.

[635]FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 25.

[636]FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 33.

Ferrajoli diferencia, portanto, as normas que diretamente outorgam direitos (caso das normas de direitos fundamentais) daquelas outras, de direitos patrimoniais, que apenas pré-dispõem sobre determinados assuntos. Exemplifica dizendo que o direito a vida está disposto por uma norma, diferentemente do direito a ter um bem qualquer que é pré-disposto, na medida em que a norma "permite" seja ele exercitado, mas não dispõe diretamente sobre seu exercício e titularidade.

Ferrajoli chama de normas téticas aquelas que pré-dispõem direitos, ou seja, aquelas dentre as quais estão incluídos os direitos fundamentais, e normas hipotéticas aquelas que dispõem sobre direitos patrimoniais. Normas téticas – como as normas penais ou as de sinais de trânsito – impõem uma situação, uma obrigação, um direito, e as normas hipotéticas não impõem imediatamente nada, apenas pré-dispõem situações jurídicas fruto dos atos jurídicos previstos por elas. As normas téticas expressam as dimensões estáticas do ordenamento jurídico e as normas hipotéticas a sua dinâmica.[637]

Normas de direitos fundamentais e direitos fundamentais são exatamente o mesmo, na medida em que estes últimos podem ser identificados com aquelas.[638] Isto implica em dizer que ao reconhecer um direito enquanto fundamental naturalmente se está reconhecendo uma norma de direito fundamental.

Um pressuposto para tal afirmação é o de que somente existem direitos fundamentais desde uma perspectiva formalista ou positivista, já que apenas será possível constatar a existência de um direito fundamental quando houver norma que assim predisponha.

---

637 FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 33-34.

638 FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 33 e 38.

Isto faz com que o critério para a definição de um direito fundamental coincida com o critério para a definição de uma norma de direito fundamental, e, mais ainda, significa que o critério válido para definir quais direitos são fundamentais – e, conseqüentemente, qual norma é norma de direito fundamental – seja um critério formal, divorciado de qualquer pretensão de natureza material.

Por não perceber qualquer hipótese de caracterização da norma de direito fundamental sob a sua perspectiva de conteúdo material, Ferrajoli vê a existência ou a inexistência de uma situação jurídica, de uma obrigação ou de uma proibição, uma permissão ou uma expectativa jurídica, dependentes de uma norma positiva que a preveja, e não deduzida de outra norma. São situações jurídicas induzidas de um fato empírico, que é o ato de produção da norma. Não existe, na lógica de seu pensamento, qualquer atribuição de direitos fundamentais que possam vir a serem adquiridos, mas uma imposição de tal existência desde um fato empírico que é a produção da norma.[639]

Dentro de sua teoria de classificação formal do binômio norma/direito fundamental, Ferrajoli escolhe e fundamenta um critério de identificação: a universalidade.

São, portanto, normas de direitos fundamentais aquelas que dispõem universalmente direitos e corresponderem a direitos subjetivos de titulares universalmente considerados. Tais direitos/normas apenas existem quando guardam referência a um ordenamento jurídico, ou seja, quando são expressos legalmente.[640]

---

639 FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 34.

640 FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 20.

A equação enunciado normativo de direito fundamental, que expressa uma norma de direito fundamental e que atribui – ou pode atribuir – um direito fundamental a determinado legitimado é substituída em Ferrajoli por enunciado normativo que expressa uma norma que é, em si mesma, um direito fundamental.

Na sua concepção, para que tal norma/direito seja uma norma/direito fundamental deverá ter qualquer conteúdo, mas atribuir universalmente um determinado direito, que por ser universal, torna-se indisponível.

Esta definição de direitos fundamentais – conforme Ferrajoli mesmo conceitua – é uma definição teórica, e não dogmática, e não tem como referencial qualquer texto constitucional em concreto ou lei ordinária.

O intento não é fornecer uma hipótese conceitual desde um referenciado ordenamento, mas estabelecer uma concepção de direitos fundamentais que possa os identificar – de maneira formal – em qualquer tempo ou espaço.

A existência em dado texto constitucional de direitos fundamentais é a condição de existência destes mesmos direitos no ordenamento jurídico ao qual estão referenciados, mas não tem influência sobre o conceito teórico de direitos fundamentais. Alguns direitos são fundamentais, mesmo que previstos em legislações infraconstitucionais, mas tais previsões não influem em seu conceito.[641]

Neste sentido, é um pressuposto da existência de uma norma/direito fundamental a sua previsão expressa, mas não a sua fixação por intermédio do texto constitucional.

A definição também é formal, ou estrutural, na medida em que prescinde da natureza dos interesses e das necessidades tutelados mediante seu reconhecimento como direitos fundamentais. O conteúdo destes direitos não atinge

---

641 FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 20.

a teoria proposta. Baseia-se apenas no critério de universalidade, assim compreendido como conjunto de sujeitos capazes de vivenciar este direito. Em não havendo universalidade não há fundamentalidade.[642]

Como conseqüência desta caracterização das normas de direito fundamental como representativas de direitos universais, surge a indisponibilidade, que é conseqüência da universalidade. Segundo dá nota, todo direito que é universal é indisponível, uma vez que a disponibilidade carrega consigo a ruptura da universalidade.[643]

Embora preveja a universalidade como elemento caracterizador da fundamentalidade da norma/direito, Ferrajoli admite três categorias por si mesmas limitadoras desta universalidade, que são pessoas, cidadãos e pessoas capazes de praticarem atos.

A universalidade predicada não é uma universalidade absoluta, mas relativa e disposta logicamente, segundo categorias que seriam construídas historicamente.

Isto – no nível da coerência interna de sua teoria – apenas se justifica porque o sentido da universalidade utilizado é lógico e a-valorativo, o que significa que a universalidade se aufere desde o exercício do direito pela integralidade dos sujeitos constitutivos daquela categoria titular do direito posto pela norma tética.

Trata-se de uma universalidade relativa, na medida em que apenas o conceito de pessoa humana pode ser amplo em relação ao gênero humano, e as limitações podem ser de toda ordem, desde que formalizadas.

---

642 FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p.20.

643 FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 31.

Por detrás da utilização da universalidade, o que intenta Ferrajoli fazer é buscar na igualdade perante o direito o elemento caracterizador das normas de direitos fundamentais, diferenciando-as das normas de direitos patrimoniais que – segundo crê – albergam a desigualdade entre os homens.

3.4.1.2.1 O problema da universalidade

A conceituação das normas de direitos fundamentais desde a universalidade, e dos próprios direitos fundamentais como direitos universalmente válidos, planta diversos problemas.

Em primeiro lugar é preciso especificar o sentido dado à expressão universalidade, que em razão da sua amplitude semântica pode significar coisas muito diversas, algumas delas úteis para a dogmática dos direitos fundamentais e outras muito próprias do campo da filosofia do direito.

Para a compreensão acerca de poder ou não uma norma de direito fundamental ser caracterizada em razão de sua universalidade, e se a norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 é ou não uma norma de direito fundamental em razão de sua universalidade, de pouca valia teriam as considerações éticas, ou morais, acerca do dever-ser universal das expressões do direito.

Por outro lado, a própria utilização terminológica há que ser analisada com cautela. Há que se diferenciar o “ser universal” do “ser universalizável” como característica de uma norma jurídica ou de um direito. Para que a universalidade possa ser discutida como elemento característico do conceito de norma de direito fundamental e de direitos fundamentais, é preciso elaborar uma clarificação e

separação do sentido dos termos, uma vez que os termos operam em patamares distintos e dizem respeito a situações diferenciadas.

Todas as normas jurídicas são universais, na medida em que obrigam a todos e submetem a todos às sanções que porventura anotam. Todos os direitos fundamentais são universalizáveis, na medida em que o que garante a coerência de um qualquer discurso jurídico que os inclua é o fato de se poder defender que, em se repetindo as mesmas circunstâncias presentes em tal situação, aplicam-se os mesmos argumentos em prol da juridicidade da decisão e as mesmas conseqüências jurídicas dispostas. Norma e direito não distinguem sujeitos quando as condições empíricas forem as mesmas.

Neste sentido, a universalização permite a coerência e é condição da racionalidade de um discurso jurídico. Apenas pode ser jurídico aquilo que pode ser repetido em circunstâncias idênticas. Trata-se, evidentemente, de uma questão de argumentação jurídica a plausibilidade de uma tal fundamentação acerca da identidade de duas situações confrontáveis.

No sentido do “ser universal” o termo opera em outro plano do discurso, na medida em que universais seriam os direitos cuja titularidade é de todos os homens. Neste sentido, a norma de direito fundamental que é em si um direito fundamental, como quer Ferrajoli, seria universal porque todos podem ser titulares o direito.

Esta universalidade de titulares para os quais a norma atribui um direito é o que a caracteriza enquanto norma de direito fundamental – coincidente com um direito fundamental – segundo a construção de Luigi Ferrajoli.

Como anota Gregório Peces-Barba Matínez, a universalidade dos direitos fundamentais pode se dar no plano racional – que implica na universal titularidade

de direitos –; no plano temporal – que implica a atribuição de direitos fundamentais em todos os períodos da história –; e espacial – que implica a extensão de tais direitos a todas as civilizações e culturas existentes na Terra.[644]

Para uma visão dogmático-jurídica dos direitos fundamentais nenhuma das visões – na classificação exposta – satisfaz plenamente, uma vez que a universalidade divorciada do tempo presente, e submetida a uma perspectiva atemporal, e a universalidade no sentido de os direitos não se submeterem à fronteiras estatais nada diz acerca dos desafios teóricos e práticos para a conceituação e aplicação dos direitos fundamentais em dado sistema jurídico.

O problema posto diz com a universalidade concebida como sendo a possibilidade de todas as pessoas submetidas a um dado ordenamento jurídico terem determinados direitos e estes direitos universais serem qualificados, por esta razão, de fundamentais. Se tal for o caso, então a universalidade pode servir de elemento caracterizador de uma norma de direito fundamental, ou de teste de verificação da existência de um direito fundamental, dentro de um discurso jurídico-dogmático.

A idéia de uma norma de direito fundamental que atribua direitos a todos os homens, e a idéia de um direito fundamental do qual todos os homens sejam titulares, e que seja, assim, universal aparece desde a revolução francesa e está claramente prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu artigo 16. Uma concepção de direitos que sejam correlatos à noção de humanidade deve estender-se a todos os homens existentes por imperativo da razão.

No entanto, a transferência de tais direitos humanos para o patamar de direitos fundamentais – onde o conceito de norma de direito fundamental passa a

---

644 MATÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales:** teoria general. Madrid: Universidade Carlos III, Boletín Oficial Del Estado, 1999, p. 299.

ser um conceito relevante – opera-se a partir da positivação que representa um corte espacial e temporal na atribuição universal desta titularidade.

Como lembra Gomes Canotilho, a existência da constitucionalização dos direitos fundamentais é que vai transformar os direitos do homem, as aspirações e os impulsos políticos em direitos fundamentais.[645]

A positivação normativo-constitucional constrói forças no sentido inverso ao da universalização. A previsão normativa estabelece um conjunto de sujeitos que se separa do todo e limita a pertinência subjetiva universal, delimitando o campo de incidência dos direitos humanos. Não é por outra razão que após a constitucionalização venham eles a serem denominados de direitos fundamentais. Os direitos humanos podem se submeter ao discurso da universalidade, os direitos fundamentais não. Conseqüentemente, as normas de direitos fundamentais não podem – uma vez que a particularidade é uma condição inerente ao conceito – serem universais.

Direito fundamental como categoria dogmática é o resultado das atividades realizadas sobre várias premissas sobre as quais se constroem os postulados da dogmática tridimensional. Uma destas premissas é a previsão normativa, é o enunciado normativo que é o direito positivo e que por sua vez não subscreve a universalidade dos direitos do homem, não no sentido da aplicação a todos os sujeitos do universo – deste e de outros sistemas jurídicos.

A universalidade absoluta como conceito espacial poderá ter significado para uma visão internacionalista dos direitos fundamentais, assim como a universalidade atemporal tem utilidade para a história e para a filosofia do direito.

---

645 CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada.** Lisboa: Coimbra, 1984, p. 377.

No plano da dogmática, o papel que joga a universalidade diz com a validade das normas de direito fundamental em um dado espaço e a atribuição de direitos fundamentais à totalidade (universalidade) de sujeitos existentes neste mesmo *cosmos* constitucional onde esteja vigente um ordenamento jurídico. Não tem sentido para a dogmática uma tal universalidade que desborde da área de vigência das normas e nem que trate de outros ordenamentos jurídicos ou de época que não seja a atual. A universalidade formal é a atribuição a todos os seres humanos do espaço de vigência do ordenamento jurídico dos direitos fundamentais ali previstos.

Dentro da dogmática dos direitos fundamentais, as únicas questões que se põem são: a) para que possa existir uma norma de direito fundamental, o direito por ela atribuído ou por ela representado deve ser referido universalmente a todos os sujeitos – estrangeiros ou não – que vivem sob determinado território onde vige a norma jurídica?, b) para que uma norma de direito seja fundamental deve atribuir direitos a todos os homens que estão submetidos a um dado ordenamento jurídico?

As questões que envolvem argumentos normativos, neles incluídos os que dizem respeito à racionalidade, operam na fixação dos postulados desde a dimensão normativa da dogmática tridimensional. Portanto, as questões de fundamentação racional de um postulado têm seu lugar, mas não são atributos que possam ser simplesmente constatados desde a atividade empírico-positiva da dogmática.

A universalidade é um conceito a ser trabalhado a partir dos conteúdos morais justificantes dos direitos[646] e não como um conteúdo expresso e demonstrável desde a própria positivação. Ou seja, fruto de uma constatação

[646] MATÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales:** teoria general. Madrid: Universidade Carlos III, Boletín Oficial Del Estado, 1999, p. 311.

empírica. A norma de direito fundamental não traz no seu bojo, de forma a ser constatada empiricamente, esta pretensão de universalidade de sujeitos. Estas pretensões morais têm caráter histórico e desenvolvem-se com estreita vinculação às exigências das culturas através dos tempos. Isto implica dizer que a extensão de um dado direito a todo o universo de sujeitos de um território possui intrincadas relações com a fundamentação material deste mesmo direito.

Toda a discussão acerca da universalidade como uma característica dos direitos fundamentais está apoiada na constatação da igualdade como justificação maior para todos os direitos. Obviamente uma norma jurídica 'deve' ser aplicada a todo um universo de pessoas, pois esta igualdade de receptores e entre os receptores da norma é o paradigma sobre o qual se assenta o próprio sistema jurídico. A noção de direito está apoiada na igualdade e esta se constitui no verdadeiro direito sobre o qual se apóia todo o ordenamento jurídico.[647] A universalidade, no sentido de que a norma atinge a todos indistintamente, representa uma igual consideração e respeito para com todos e que é base de todo o sistema jurídico, diferenciando os direitos dos privilégios, que podem ser expressos pelo direito positivo. Neste sentido, a universalidade sustenta-se na igualdade e funciona como condição da própria racionalidade do argumento que fundamenta um direito.

Neste sentido, a universalidade representa a igualdade na aplicação do direito, ou universalidade no plano da vigência da norma, que não se confunde com a universalidade no plano da titularidade dos direitos.[648]

---

[647] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 409-427.

[648] Neste sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada.** Lisboa: Coimbra, 1984, p. 426-427.

Para que exista sentido em um sistema de direito deve haver a compreensão racional de que tal se aplica universalmente, mas a idéia de universalidade no plano da vigência da norma não é a mesma no plano da titularidade subjetiva. A universalidade no plano da validade e vigência da norma é fundamental para a existência do sistema jurídico, mas isto não significa que 'todas' as pessoas que estejam sob o pálio de determinado ordenamento jurídico possuam igualmente direitos subjetivos. Esta universalidade é de impossível realização.

Quando nega a diferença entre norma de direito fundamental e direito fundamental, Luigi Ferrajoli deixa de perceber este importante ponto de apoio para compreender as razões pelas quais a universalidade não pode ser elemento caracterizador de uma norma de direito fundamental e de um direito fundamental.

Há um diferencial entre norma de direito e direito. A norma de direito fundamental tem aplicação universal, assim como todas as normas jurídicas, mas isto não implica dizer que todas as pessoas têm direitos fundamentais a algo em razão de estas normas obrigarem a todas as pessoas. A igualdade na aplicação da lei é eminentemente formal, diferentemente da igualdade quanto à atribuição do direito que é de natureza também material, na medida em que critérios não empíricos acorrem para a conclusão de à quais sujeitos estão atribuídos tais direitos.

A norma a todos vincula e, embora todos permaneçam vinculados às normas, nem todos são titulares dos direitos por ela criados. À universalidade das normas jurídicas não corresponde, necessariamente, uma universalidade no plano da titularidade dos direitos.

A universalidade, no sentido de que as normas jurídicas vinculam a todos, representa, tão somente, a potencial probabilidade de 'todos' virem a ser titulares de direitos, ou possuírem obrigações. E permite uma discriminação universal amparada

pela própria lei. O que não quer dizer que necessariamente ‘todos’ estejam obrigados à determinada conduta ou que possuam direitos a algo. A titularidade dos direitos não se confunde com a universalidade das normas jurídicas. É uma exigência da razão que as normas sejam aplicadas universalmente e também é uma exigência da razão que não haja universalidade absoluta no sentido de todos serem titulares de todos os direitos fundamentais, dentro de um dado ordenamento jurídico.

Mas este sentido para o termo universalidade não foi sustentado por Luigi Ferrajoli desde critérios absolutos, uma vez que admite a relativização da universalidade, na medida em que o seu conceito parte da possibilidade de uma definição legal e lógica das categorias dentro das quais os direitos devam ser universais.[649] O universo dos titulares dos direitos fundamentais pode ser reduzido por critérios restritivos que são variáveis, embora o autor indique três categorias que, no seu entender, são representativas dos segmentos subjetivos existentes na sociedade.

Mas esta segmentação, criando-se categorias e trabalhando o conceito de universalidade dentro das mesmas categorias não é uma característica exclusiva dos direitos fundamentais, uma vez que quaisquer direitos possuem uma titularidade que não coincide com o universo de sujeitos que se submetem à aplicação da norma. A obediência às normas de forma universal é completamente diferente da titularidade universal dos direitos.

O problema que se põe tem haver com a universal titularidade de direitos fundamentais sob determinado ordenamento jurídico.

A universalidade das normas de direitos fundamentais e dos direitos fundamentais não advém da constatação empírica da existência da norma ou do

---

649 FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 21.

enunciado normativo e, por tal razão, nunca pode ser demonstrada pela atividade empírico-descritiva. É sempre fruto de uma atividade normativa porque a universalidade é um conceito normativo e não empírico. A atribuição de um direito à universalidade dos sujeitos não vem do enunciado normativo, mas da argumentação racional que se desenvolve *a posteriori*.

A universalidade é a atribuição de um direito a todo o universo de pessoas que se submetem a mesma norma e, neste sentido, não pode decorrer de nenhuma norma constitucional, mas apenas da atividade normativa da dogmática.

Há uma intrincada relação entre a constatação empírica da atribuição de direitos de forma universal e a sua fundamentação e justificação por intermédio da atividade dogmático-normativa.

Uma norma de direito fundamental pode ser aplicada universalmente, no sentido de impor a todos obrigações, mas esta norma somente atribuirá universalmente um direito, se esta universalidade for sustentada pelo discurso racional na dimensão normativa da dogmática. A titularidade universal de um direito pode ser construída pela argumentação racional. Trata-se de uma possibilidade de justificação externa – quando o ordenamento jurídico não fizer a previsão de atribuição universal – ou interna – quando houver tal atribuição. De qualquer sorte esta justificação sempre vai se dar na dimensão normativa, baseada em critérios não empíricos.

Em ambos os casos a justificação vai ser feita por intermédio da argumentação jurídica a sustentar – com base na razão e tendo como apoio evoluções e involuções históricas e o discurso prático geral – que tal direito deve ser atribuído a todos os sujeitos submetidos a tal ordenamento jurídico.

A universalidade não é um elemento do teste formal de aferição dos direitos fundamentais porque não é constatável empiricamente, não surge do enunciado normativo, e sim da argumentação. No entanto, pode vir a ser um dado construído como exigência racional na atividade argumentativa, na dimensão normativa.

Operando no campo da normatividade, põe-se a questão de determinar em quais situações se operou uma situação idêntica, ou aproximada àquela outra que justifique a idêntica solução no caso paradigmático.

Ao decidir que na situação @ A tem direito a X, e ao decidir que B não tem direito a X, em razão de que a situação em que se encontra não é @, mas sim Ω, naturalmente quem argumenta estará utilizando as regras do discurso para tal decisão. Assim, a afirmação segundo a qual para que haja racionalidade deve haver universalidade termina por racionalizar o próprio designativo da universalidade, e esta solução não pode ser outra senão a racional, o que é eminentemente normativo.

Tentando construir a universalidade como atributo inerente às normas de direitos fundamentais e aos direitos fundamentais, a partir do dado empírico e desde uma análise estrutural, Luigi Ferrajoli trabalha com a idéia de universalidade no plano da atribuição universal de direitos, não no plano da universal aplicação das normas. Reconhece que esta universalidade jamais poderia ser absoluta e atribui aos direitos fundamentais a condição de serem universais, compreendida a noção de universalidade desde categorias que ele mesmo enumera. Ao fazê-lo desta maneira, conceitua os direitos fundamentais desde este ponto importante, que é o do âmbito do alcance de um direito fundamental no que pertine aos sujeitos aos

quais se encontram normativamente atribuídos[650], mas não percebe que a universalidade não pode ser fruto de uma constatação empírica, apenas uma justificação normativa. [651]

Isto não deixa de causar uma certa confusão entre a universalidade no plano da aplicação da norma – base do sistema jurídico – e a universalidade no plano da atribuição dos direitos. A universalidade seria conseqüência direta da norma, pela só razão de ela existir no ordenamento, e seria igual à universalidade no plano da atribuição de direitos. O fato de a norma de direito fundamental ser o próprio direito, e de ter incidência universal - dentro do conceito de universal de Ferrajoli –, faz gerar duas conseqüências: a norma tética tem universalidade ampla no que pertine a sua vigência, e uma universalidade limitada às categorias indicadas – pessoa, cidadão, sujeitos capaz de praticar ato – no campo da subjetividade. Embora o autor esteja trabalhando com o conceito de 'universal' no sentido dos direitos universalmente atribuídos, a sua diferenciação entre norma tética e norma hipotética causa alguma confusão.

Por outro lado, a universalidade da forma como apresentada não tem o efeito pretendido, na medida em que ela é uma universalidade formal, ou um conceito vazio, pois o seu âmbito de incidência é limitado às categorias criadas teoricamente. Se a universalidade é formal e fictícia, naturalmente formal e fictícia serão as suas conseqüências.

A guisa de exemplo, se o direito fundamental à participação política através do voto é exercido por todos os cidadãos, esta universalidade é naturalmente fictícia porque existem os não cidadãos dentro do espaço social. Este

---

650 FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 20.

651 FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 20-22 e 30-34.

mesmo cidadão pode, por uma restrição ao seu direito de ir e vir em razão de uma sentença penal transitada em julgado que o condenou à reclusão em razão da prática de crime, ver negado o seu direito ao voto. Se a universalidade é fictícia, a sua disponibilidade termina por ser também.

O conceito de universalidade também não suporta considerações como a que diz respeito às restrições autorizadas constitucionalmente ou não aos direitos fundamentais. Quando um menor de 15 anos não tem direito fundamental ao voto o critério da universalidade resta rompido e a maneira de justificar isto reside na dimensão normativa. Se esta restrição fosse infraconstitucional e integrante da categoria das restrições constitucionalmente não autorizadas, mais demonstrada ficaria a impossibilidade de esta universalidade dar-se no plano do enunciado normativo, e constatada empiricamente. Existem direitos fundamentais que não são universais, logo a universalidade não pode ser utilizada como critério para aferir a fundamentalidade de um direito, e nem a fundamentalidade de uma norma.

A questão põe-se em razão de, na idéia de universalidade de Ferrajoli, este conceito poder ser limitado pelas categorias pessoas, cidadãos e sujeitos capazes de praticar atos sem que isso signifique a negação da própria universalidade.

Tratar o conceito de universalidade, a partir de categorias que limitam esta mesma universalidade, parece um equívoco. Isto porque demonstra a incorreção de considerar ‘universal’ aquilo que naturalmente não o é em razão da sua própria configuração. Uma universalidade composta apenas de ‘cidadãos’, ou de ‘pessoas capazes de atuar’ implica e em uma negação do próprio sentido da universalidade.

O conceito torna-se vazio e carente de sentido. E, mais ainda, torna-se não característico, na medida em que existem direitos que são universais para determinadas categorias, sem serem fundamentais, e direitos fundamentais que não são universais, na medida em que as categorias podem ser reduzidas ao infinito.

Muito embora para o autor o mérito mesmo do conceito reside no fato de ser 'vazio' e, portanto neutral e sem qualquer substrato ideológico, a ausência de sentido acaba implicando na sua desnecessidade.

Paralelamente a isso, Luigi Ferrajoli não explica as razões pelas quais inclui estas categorias e não outras, embora intente fazer tal justificação desde a lógica da observação histórica.[652] Outras categorias, como residentes, por exemplo, podem ser mais abrangentes do que as indicadas. Isto porque a sustentação de que tais categorias são frutos de uma descrição e não de uma prescrição não convence e tampouco se torna útil à afirmação de que o processo de efetivação dos direitos fundamentais deveria ser fruto de uma extensão destas mesmas classes de sujeitos tentando fazer com que se tornem as mais amplas o possível.

Isto se dá porque, como demonstra Riccardo Guastini[653], um quantificador universal não é suficiente para distinguir um direito de um privilégio e nem a sua agregação a conceitos como cidadão ou pessoas capazes de atuar dá conta de uma universalidade a partir de critérios meta-positivos. A construção de tais categorias a partir de uma re-conceituação pode construir as categorias a partir de um outro conceito que termina por atribuir um privilégio, ou uma norma assaz tirânica.

---

652 FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 139 e ss.

653 GUASTINI, Riccardo. Três problemas para Luigi Ferrajoli. In: FERRAJOLI et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madri: Editorail Trotta, 2001, p. 59.

Dessa maneira, um ordenamento jurídico cuja norma estabelecesse cidadania apenas a homens que possuíssem determinada renda mensal, e atribuísse ‘direitos’ aos cidadãos – no pensar de Ferrajoli – conteria este direito fundamental. Isto porque estaria sendo obedecido o critério da universalidade e, desta forma, os direitos atribuíveis a tais ‘cidadãos’ seriam fundamentais. Uma tal utilização desta ordem de conceitos implica na justificação do privilégio como um direito fundamental. Soa incoerente dizer que os direitos fundamentais são universais e ao mesmo tempo dizer que a universalidade é no interior de categorias que podem ser modificadas pela letra da lei. A afirmação é uma negação do sentido da expressão universal.

A universalidade não é elemento formal de caracterização de uma norma de direito fundamental e nem de um direito fundamental, e pode vir a existir desde uma fundamentação material, mas aí já não será mais como elemento caracterizador da fundamentalidade.

Desta forma, a atribuição universal de direitos não é elemento caracterizador de uma norma de direito fundamental e isto pode ser sintetizado em três razões.

A primeira é que a universalidade absoluta é impossível porque – dada a hiper-complexidade social contemporânea – existem diversos direitos que não podem ser exercidos ou sequer possuídos igualmente por todo o universo de sujeitos, e isto por razões naturais, culturais e políticas. Uma tal universalização seria a negação da própria racionalidade intrínseca ao direito.

A segunda reside no fato de que a universalidade implica naturalmente o conceito de absoluto – ao menos em amplitude subjetiva. As restrições aos direitos fundamentais são inerentes ao próprio conceito de direitos, uma vez que não há

direitos verdadeiramente absolutos. Uma universalidade de atribuições integrante do conceito de norma direito fundamental implicaria na impossibilidade de restrições por intermédio do critério subjetivo, o que implicaria na desconstituição do próprio sentido de direito.

A terceira é que a universalidade, tomada a partir de categorias positivamente consideradas e que não tenham fixação absoluta em conceitos do senso comum como pessoa, indivíduo, mulher, etc, termina por negar a si própria enquanto conceito de universalidade, na medida em que tal conceito de 'universal' pode ser ao infinito limitado pela própria re-conceituação de seus termos. Este último argumento trabalha contra uma fundamentação normativa e, portanto, material, para a universalidade.

Melhor posição afigura-se a de Gomes Canotilho, para quem os direitos fundamentais são direitos universalizáveis – mas não universais – e para quem o que existem são 'círculos subjetivos' através dos quais é possível perceber o universo dos titulares dos direitos fundamentais.

Tais círculos são – tendo por objeto a ordem constitucional lusitana – a cidadania portuguesa, a cidadania européia, a cidadania dos países de língua portuguesa e a cidadania de todos.[654] Aparentemente mais fáceis de justificar do que as categorias de Luigi Ferrajoli, tais círculos permitem considerar a sua existência como universos subjetivos de atribuições que limitam a universalidade e que tem relações concêntricas. Cidadãos, cidadãos de língua portuguesa, cidadãos europeus e cidadãos do mundo partilham de direitos cada qual nos limites que lhe são atribuídos.

---

654 CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada.** Lisboa: Coimbra, 1984, p. 417.

A justificativa para a subjetivação universal – a que corresponde a última categoria – e que representa a universalização possível desde uma visão dogmática, somente se pode sustentar através do argumento na dimensão normativa, pois além de ser decorrente da razão, possui intrincadas relações com a igualdade.

O fato de um tal direito não ser universal não significa que ele não seja fundamental, mas será possível que algum deles o venha a ser, desde que a partir de uma fundamentação material garantida através da justificação material.

Uma última crítica a este posicionamento é possível ser encontrada em Ingo Sarlet. Para o autor, basear a conceituação de direitos fundamentais no critério da universalidade é equivocado. A posição de Luigi Ferrajoli, quando afirma que o critério da titularidade universal é o único critério existente para determinar quais direitos são ou não fundamentais, termina por incluir direitos patrimoniais, exatamente aqueles que Luigi Ferrajoli considera a antítese dos direitos fundamentais.[655]

Desta maneira, quer se tome a norma de direito fundamental, o direito fundamental atribuído por uma norma ou, como quer Luigi Ferrajoli, o binômio norma/direito intrinsecamente inseparável, a universalidade não é um elemento caracterizador do espaço normativo dos direitos fundamentais.

3.4.1.3 O posicionamento de Carl Schimtt: a caracterização puramente material

Carl Schmitt percebe os direitos fundamentais não a partir de sua caracterização formal, mas desde seu conteúdo material. Não são aspectos

655 655 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 83-84.

referentes à norma atributiva de um direito fundamental que lhe dão fundamentalidade, mas sim o conteúdo do direito que vai posto numa norma jurídica.

Existem direitos previstos por intermédio de normas constitucionais que não são direitos fundamentais e, mais que isso, existem direitos previstos na constituição, para os quais estão previstas conseqüências em razão da fundamentalidade, sem que tais normas sejam realmente normas de direitos fundamentais e sem que estes direitos façam jus a este designativo.[656]

O fato de uma norma estar prevista em um rol atributivo de um direito fundamental, ainda que este rol esteja vincado na constituição, não transforma esta dita norma e o direito por ela atribuído em fundamental. Tampouco apenas em sede constitucional existem direitos fundamentais, uma vez que eles podem ser encontrados em outros diplomas.

A caracterização de um direito como contra-majoritário não serve para caracterizar um direito fundamental, conforme Carl Schmitt, já que nem toda proteção contra a modificação de uma norma constitucional por lei ordinária significa que seja tal direito atribuído por norma constitucional um direito fundamental.[657]

Os direitos fundamentais são apenas aqueles direitos que valem anteriormente ao Estado e que são superiores a ele. São direitos que o Estado burguês reconhece como de titularidade dos indivíduos e permite a inserção estatal apenas em casos regulados pelo direito e em quantidade previamente mensurável, sem desconstituí-lo. São esferas de liberdade individuais reconhecidas pelo poder político.

Neste sentido, os direitos fundamentais propriamente ditos são apenas aqueles que podem ser vinculados ao homem livre anterior ao Estado, e

---

[656] SCHMITT, Carl, **teoria de la constitución**. Madrid: Aliança, 1982, p. 169.
[657] SCHMITT, Carl, **teoria de la constitución**. Madrid: Aliança, 1982, p. 169.

caracterizados como meros direitos de defesa. Não são direitos através do Estado e garantidos pelo Estado, mas apenas direitos que existem independentemente deste.[658]

Segundo a concepção de Carl Schmitt, o processo de estabelecimento de um direito fundamental – por intermédio do direito positivo – é de mero reconhecimento de algo inerente ao homem livre e individual e que – por esta razão – não se submetem à produção normativa do Estado, que apenas pode os reconhecer. O cerceamento destes direitos fundamentais gera, inclusive, um direito de resistência que se justifica por esta só razão.

A base de todos os direitos fundamentais é a liberdade, que está na essência do ser humano e deve ser reconhecida por todos os ordenamentos jurídicos.[659]

De outra feita, Carl Schmitt não nega a possibilidade de existirem direitos fundamentais como aqueles vinculados à cidadania e à democracia. Entretanto, reconhece que são direitos distintos daqueles direitos eminentemente fundamentais. Os direitos fundamentais por excelência são aqueles que se fundamentam materialmente na liberdade.[660]

Desta maneira, todos aqueles que têm como essência a permissividade de condutas inerentes à qualidade humana são direitos anteriores ao Estado e podem ser ilimitados *a priori*. Aqueles que não são anteriores ao Estado não podem ser ilimitados – porque não se constituem em liberdades – e, por esta razão, são

---

[658] SCHMITT, Carl, **teoria de la constitución**. Madrid: Aliança, 1982, p. 170.
[659] SCHMITT, Carl, **teoria de la constitución**. Madrid: Aliança, 1982, p. 172.
[660] SCHMITT, Carl, **teoria de la constitución**. Madrid: Aliança, 1982, p. 173.

exercidos através do Estado. São direitos que se movem dentro do Estado e não por fora dele.[661]

Embora sejam direitos fundamentais, ou possam ser designados enquanto tais, não são direitos fundamentais em sentido próprio.

Já os direitos fundamentais sociais, para Schmitt, não são direitos fundamentais, na medida em que não podem ser ilimitados nem se oporem a determinadas condutas do Estado e se consubstanciam em direitos condicionados, que terminam por se manter em contradição com os direitos fundados na liberdade, e que são os autênticos direitos fundamentais.[662]

Desta maneira, Carl Schmitt termina por limitar o conceito de direito fundamental, e conseqüentemente de norma de direito fundamental, ao conteúdo que traz consigo.

Considerando um Estado liberal-burguês, vê na positivação constitucional das liberdades a única hipótese correta de previsão de um direito fundamental. Todas as outras designações terminam por ser possíveis, mas para a fixação de garantias institucionais, não de direitos fundamentais.[663]

As normas de direito fundamental passam a se caracterizar não em razão da positivação constitucional, ou da universalização de sua aplicação, ou universalidade dos titulares dos direitos atribuídos. Não é qualquer critério formal que passa a constituir um direito fundamental, mas apenas o fato de ele estar vinculado a uma teoria constitucional.

---

[661] SCHMITT, Carl, **teoria de la constitución**. Madrid: Aliança, 1982, p. 174.
[662] SCHMITT, Carl, **teoria de la constitución**. Madrid: Aliança, 1982, p. 174.
[663] SCHMITT, Carl, **teoria de la constitución**. Madrid: Aliança, 1982, p. 175.

Tratando de uma constituição liberal burguesa é natural que o direito eminentemente fundamental seja o direito à liberdade e seus correlatos, pois tais direitos são do fundamento mesmo de um Estado liberal.[664]

Tal pensamento significa reconhecer que os direitos fundamentais e as normas de direito fundamentais caracterizam-se não em razão de um aspecto formal, mas de um aspecto material. E mais: este aspecto material, este conteúdo de direito característico da norma depende do conjunto de princípios que uma dada ordem normativa vier a acolher.

Se os direitos fundamentais estiverem vinculados ao fundamento do Estado, para que se possa entender se uma norma de direito é ou não uma norma de direito fundamental será necessário perquirir quais são os pilares da ordem constitucional vigente, ou melhor, quais os princípios constitucionais que norteiam esta mesma ordem e sob que teoria da constituição está constituído o sistema de direitos fundamentais, e conseqüentemente suas normas atributivas.

Três problemas põem-se quando se utilizam critérios estritamente materiais para a constatação de quais normas de direito são fundamentais em um dado ordenamento jurídico e quais não são.

Em primeiro lugar em uma ordem constitucional hiper-complexa nem sempre é fácil perceber a teoria da constituição ou teoria dos direitos fundamentais que prevalece. Sempre existem dúvidas acerca de qual concepção da constituição é a correta.[665]

Em segundo lugar, a aceitação pura e simples de um critério material significa o solapamento do poder de estabelecer a Constituição por parte do

---

664 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 63.

665 Neste sentido, ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 64.

constituinte originário e uma entronização do poder do intérprete em determinar o que é fundamental e o que não é, em uma ordem jurídica.

Em terceiro lugar, a efetivação de critérios puramente materiais significaria um déficit de positividade na medida em que a fundamentalidade ficaria restrita a critérios materiais e não positivos.

Para a caracterização de uma norma jurídica como uma norma de direito fundamental, e conseqüentemente para a caracterização do direito atribuído por uma tal norma como um direito fundamental, faz-se mister a utilização de critérios mistos. Um tanto formal e um tanto material.

3.5 A FUNDAMENTALIDADE DA NORMA EXPRESSA NO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O enunciado normativo do artigo 225 expressa uma norma de direito fundamental e, por esta só razão, é um enunciado normativo de direito fundamental.

A norma referida ao artigo 225 é uma norma de direito fundamental em razão de estar – formal e materialmente – baseada em critérios de fundamentalidade.

Não obstante possuir um grau de programaticidade e um grau de dirigismo inerentes à sua natureza é em razão de sua fundamentalidade formal – jungida pela cláusula de abertura dos róis dos artigos atributivos de direitos fundamentais – e de sua fundamentalidade material, em razão de realizar princípios constitucionais, que a norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 adquire o grau de norma de direito fundamental.

CAPÍTULO 4 - O FUNDAMENTO DA NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL REFERIDA NO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como visto no capítulo anterior, uma norma não é norma de direito fundamental, atributiva ou não de direito subjetivo fundamental, em razão da sua mera localização topográfica, ou em razão da universalidade subjetiva dos direitos atribuídos. Tampouco é possível caracterizá-la como norma de direito fundamental por sua conexão com qualquer teoria constitucional ou teoria dos direitos fundamentais. Uma tal norma será norma de direito fundamental se responder afirmativamente aos testes de fundamento formal e material.

Desde que demonstrada a existência do aspecto formal que permite a sua caracterização como norma de direito fundamental, e desde que corretamente justificada a sua referência material a um princípio fundamental, a norma estará apta a atribuir um direito fundamental a qualquer legitimado.

A simples localização de uma norma no catálogo atributivo de direitos fundamentais não tem o condão de transformá-la em norma de direito fundamental, se não houver uma referência de materialidade. E a universalidade, como visto, não caracteriza a norma como norma de direito fundamental na medida em que a atribuição universal de direitos é mera ficção, e a vinculação universal é um pressuposto de todos as normas.

Tampouco é um caminho viável crer em um fundamento exclusivamente material, pois isto implicaria em definir de forma *a priori* o que é fundamental e o que não é. O deslocamento do critério de fundamentalidade da norma dos aspectos formais para o seu conteúdo implica na modificação da competência para a

normatização dos direitos fundamentais que se desloca do constituinte para o intérprete, e mais precisamente para o Tribunal Constitucional, ou Supremo Tribunal Federal, no modelo brasileiro.

Vários problemas decorrem deste ponto. Em primeiro lugar este deslocamento pode se traduzir em um déficit de positividade, que pode indicar um déficit de juridicidade, dependendo do papel que exerça o Judiciário na sociedade. Em segundo lugar, traduz a dificuldade e a relatividade dos conceitos como “conteúdo essencial”, “fundamentos do Estado” e outros mais.

É preciso encontrar um meio termo entre a formalidade como elemento de caracterização da norma, e o conteúdo como fundamento exclusivo de uma norma de direito fundamental.

A combinação de ambos os critérios – formal e material – indica dois caminhos possíveis.

O primeiro caminho resume-se na percepção de que uma norma de direito torna-se norma de direito fundamental apenas se corresponder, em primeiro lugar, às formalidades indicadas, sejam elas atinentes à topografia - previsão constitucional ou a inclusão em um rol de direitos fundamentais – ou a seus efeitos formais, que são os procedimentos agravados de revisão e regência como garantia contra-majoritária. Em seguida, ultrapassado o teste formal, possuir conteúdo materialmente fundamental. O problema que ressona aqui é o de ter-se que optar por um conteúdo materialmente fundamental desde uma outra fonte que não seja o constituinte.

Encontrar um conteúdo essencialmente fundamental para normas e direitos pressupõe um passo para fora da dogmática e o acolhimento de uma

hierarquia valorativa sem referência constitucional. A dificuldade reside na própria utilização de bases metafísicas – ou meta-dogmáticas - para a escolha de um conteúdo fundamental para uma norma ou um direito.

O segundo caminho, o da formalidade acrescida da materialidade referida constitucionalmente, significa a possibilidade de – ultrapassado o teste formal – concluir-se que determinada norma de direitos é fundamental desde que apoiada nos princípios constitucionais.

Ou seja, uma norma de direito fundamental assim o é se, reconhecidos os critérios de fundamento formal, puder ser reconhecido em seu conteúdo realizações dos princípios constitucionais previstos – implícita ou explicitamente - na Carta Constitucional.

Os enunciados normativos constitucionais são enunciados normativos de direito fundamental se expressarem normas de direitos fundamentais, e tais normas são fundamentais na medida em que – além de estarem expressas em enunciados constantes do rol atributivos de direitos fundamentais ou sejam incluídas neles por intermédio da cláusula de abertura dos róis constitucionais - tenham conteúdo realizador dos princípios constitucionais.

Isto não se afigura excessivamente formalista, na medida em que o conteúdo dos princípios constitucionais termina por ser preenchido por intermédio da interpretação constitucional, permitindo a abertura do enunciado à concretização.

É necessário, então, diagnosticar e precisar estes testes de fundamentalidade formal e material, e aplicá-los à norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da CF\88.

4.1 A FUNDAMENTALIDADE FORMAL

O que permite a uma norma ser considerada formalmente fundamental, para uma visão dogmática é – antes de tudo – ser uma norma jurídica. Donde os direitos por ela vetorizados tornam-se fundamentais em razão de por ela terem sido atribuídos. A previsão normativa é o pressuposto do direito, e a existência da norma jurídica é a origem dos direitos fundamentais[881]. Isto vale para quaisquer direitos - sejam eles fundamentais ou não – pois a previsão normativa é pressuposto do próprio conceito. Os elementos agregados ao reconhecimento pela ordem jurídica de um direito como fundamental é que vão dar especificidade a este, e construir seu fundamento.

Os direitos fundamentais atribuídos por normas de direito fundamental são uma conquista do constitucionalismo e a sua observância na ordem positivo-constitucional é uma característica das constituições modernas. Ainda que os direitos fundamentais - sob uma ótica analítica - possam ter existido em todo o ocidente, mesmo na antiguidade[882], é forçoso reconhecer que pensados como normas constitucionais atributivas de direitos fundamentais dotadas de valor de direito positivo[883], se trata de uma invenção da modernidade.

Um plano de normas como estatuto de limitação do Estado e da maioria parlamentar, impondo-se frente ao princípio democrático é matéria da essência dos

---

881 Neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição. Problematização em nível constitucional è luz de um conceito material de direitos. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, n. 131, p. 5-30, 1996.

882 Esta é a posição de Luigi Ferrajoli. In: _____ et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Editorail Trotta, 2001; Posição inversa é defendida por CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 380.

883 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

textos constitucionais modernos. Embora possa haver o reconhecimento de normas infraconstitucionais atributivas de direitos fundamentais, o seu lócus são as constituições em razão das dimensões que possuem como institutos estruturantes do modelo de relação sociedade-poder existente. As normas de direitos fundamentais e os direitos fundamentais são componentes da decisão do constituinte[884] e representam o núcleo do modelo de sociedade e Estado optado.

A Constituição é o lugar privilegiado para a positivação dos direitos fundamentais, e tal se dá por que tais direitos guardam a característica de serem legitimadores da própria existência da Constituição. Uma dada ordem constitucional carente de proteção aos direitos fundamentais não seria uma Constituição no inteiro teor da expressão, embora formalmente pudesse conter os atributos necessários. De igual sorte, onde não existir Constituição também não pode haver normas de direitos fundamentais e nem direitos fundamentais[885], na medida em que a positivação caracteriza a diferenciação entre direitos humanos e o direito fundamental.[886] Neste sentido, a categoria norma de direito fundamental só pode ser concebida a partir do seu reconhecimento pela ordem constitucional, e, por via de conseqüência, as normas de direitos fundamentais nada mais são do que categorias dogmáticas e constitucionais.

---

884 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. Lisboa: Coimbra, 1984, p. 109.

885 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. Lisboa: Coimbra, 1984, p. 377.

886 Neste sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed.Coimbra: Almedina, 2003, p. 393. No sentido em que a expressão Direitos Humanos guarda conexão com a ordem pré-positiva, e, portanto, não diretamente vinculada com a previsão constitucional, ver MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 53. v. 4. E no sentido em que a expressão direitos fundamentais são uma posição jurídica subjetiva das pessoas enquanto consagradas na lei fundamental, confira-se a mesma obra à p. 9. Atribuindo uma tridimensionalidade aos direitos fundamentais, ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 13-47.

Demais disso, esta presença na Constituição justifica-se não somente por definir um espaço de liberdade própria do indivíduo, da pessoa humana ou do cidadão em face do Estado, mas também para definir que tipo de tensão entre o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito está articulada.

Isto por que não apenas os direitos de defesa, intimamente ligados aos indivíduos, podem ser caracterizados como direitos fundamentais, mas também outros que se caracterizam por sua natureza coletiva ou difusa, e outros, ainda, que se caracterizam por sua eficácia horizontal, que significa a possibilidade de serem oponíveis a terceiros que não o Estado. Esta tensão entre a maioria e os direitos que limitam sua atuação também pode se refletir na previsão de direitos fundamentais que não tenham estreita vinculação com os direitos de defesa.

Dentre os fundamentos do Estado também se encontram o respeito, a submissão e a observância aos direitos fundamentais, o que se constitui, aliás, no principal cânone do Estado de Direito. Como fundamento da opção do Estado eles naturalmente vão vincular a atuação de todos os poderes públicos que – por serem itens do feixe de instituições constitucionalmente previstas – vão buscar sua legitimidade formal no próprio texto constitucional.

Desta forma, normas de direitos fundamentais – vistas formalmente - são aquelas que se encontram no topo da pirâmide do ordenamento jurídico e jogam a função de limites às intenções majoritárias, e vinculam o legislador, o juiz e a administração pública aos seus conteúdos.[887]

Para Canotilho, esta fundamentalidade formal observa-se a partir de quatro aspectos possíveis: a) são normas colocadas no mais alto grau de uma

---

[887] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 503.

ordem jurídica; b) são normas que se submetem a processos de modificação mais agravados em relação ao direito comum; c) podem constituir limites materiais à revisão constitucional; d) vinculam os poderes públicos ao seu conteúdo.[888]

Para Ingo Sarlet, dizer que determinados direitos são formalmente fundamentais (especial dignidade e proteção dos direitos em um sentido formal) faz-se mister: a) que sejam parte integrante da constituição escrita, e localizados no ápice do ordenamento jurídico; b) que se submetam ao procedimento agravado de reforma e aos limites matérias de reforma (cláusulas pétreas); c) que sejam normas diretamente aplicáveis.[889]

Com espeque na Constituição brasileira, Ingo Sarlet acrescenta uma conseqüência positiva dos direitos fundamentais, que é a sua aplicabilidade imediata, como elemento caracterizador. Para tanto, é necessário estender a aplicabilidade do artigo 5º, § 1º, para todo e qualquer direito e garantia imerso na Constituição Federal, ou constitucionalizado por intermédio do artigo § 2º do mesmo artigo.

Ao albergue destes quatro itens, as normas de direitos fundamentais caracterizam-se por serem conteúdos constitucionais que se diferenciam das demais normas inseridas na Constituição em razão de não poderem ser alteradas pelos intentos da maioria parlamentar, e, além disso, tem uma eficácia objetiva, pois limitam os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – a partir de seus conteúdos.

Observe-se que isto não implica, necessariamente, que a norma de direito fundamental deva estar contida em um rol atributivo de direitos fundamentais

---

888 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379.

889 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 82.

declarado tal na própria Constituição. Implica apenas na obrigatoriedade de que, para cumprir um pressuposto formal, tal norma seja expressa por um enunciado normativo constitucional, ou que possa ser constitucionalizada pela cláusula de abertura.

Por outro lado, mesmo o *status* fundamental-formal – e ainda sob uma observação empírico-positiva, e, portanto, descritiva – não surge da simples declaração positiva de um direito ou da afirmação de que tal é o caso em um rol de normas atributivas de direitos fundamentais da Constituição. A simples inclusão da norma em um rol de direitos fundamentais de uma Constituição não permite – *prima facie* – que a ela seja atribuído o designativo de fundamental.

A inclusão de uma norma no rol de normas de direitos fundamentais dá um dos tons do conceito formal de norma de direito fundamental, mas o diferencial formal reside no papel que jogam tais normas em uma estrutura procedimental da Constituição. Por estrutura procedimental entenda-se a sua percepção como conjunto de normas que pressupõem um procedimento. Em tal estrutura as normas de direitos fundamentais são aqueles que não podem ser modificadas por intenção da maioria, e constituem-se em espaço de defesa da sociedade – tomada individual ou coletivamente – contra a atuação do Legislativo, ou, simbolicamente, contra os intentos da maioria. A simples previsão de um catálogo de normas – denominado constitucionalmente de catálogo de normas de direito fundamental – sem que haja a previsão da impossibilidade de modificação de seu conteúdo por uma maioria legislativa – não supre os elementos necessários à conceituação formal.

Visto desta forma, o que caracteriza formalmente as normas de direitos fundamentais é a sua localização na Constituição e a limitação imposta sobre as atuações da maioria – que se expressa através do parlamento – seja nos processos

de criação de novas leis – seja na modificação do próprio conteúdo da norma constitucional de direito fundamental. A simples previsão da norma no catálogo normativo fundamental, por si só, não preenche o requisito da fundamentalidade formal. É necessário o *plus* do processo agravado de revisão inerente às normas de direitos fundamentais. Por esta razão, é inegável uma certa tensão entre a democracia e as normas de direitos fundamentais, o que é, no todo, insuperável.

No entanto, esta constatação de que as normas de direitos fundamentais são garantias contra-majoritárias deve ser problematizada quando se entrechoca tal idéia com a possibilidade de os direitos fundamentais – atribuídos por normas de direitos fundamentais - poderem sofrer restrições tanto por intermédio do legislativo quanto por intermédio dos administradores.[890]

Se direito fundamental é tomado desde a idéia de que assim o é porque não se submete aos ditames da maioria, constituindo-se na essência do Estado de Direito que impõe, por esta razão, limitações ao exercício do princípio democrático, como conciliar tal conceito com a possibilidade de amplas limitações?

Ou seja, se a maioria pode restringir os direitos fundamentais, e o executivo também pode fazê-lo, como conceituar os direitos fundamentais desde a perspectiva da existência de cláusula impeditiva de modificação por parte da maioria das normas atributivas de direitos fundamentais?

Tal compatibilização teria de partir do pressuposto de que restringir não significa negar ou modificar, e que a restrição se dá nos limites do permissivo constitucional. Este intento somente se demonstra difícil se o ponto de partida for buscado na constatação de que há um direito geral à liberdade estabelecido pelo

---

[890] Acerca das Restrições aos direitos fundamentais Cf. capítulo 5.

constituinte e que as atividades de limitação infraconstitucionais são uma modificação na estrutura mesma do direito.

Mas na verdade não há um direito à liberdade protegido constitucionalmente. O que há são direitos a liberdades específicas e uma atuação livre que existe no vácuo de uma normatização, mas que não é admitida como direito em sede de nenhuma Constituição, uma vez que a liberdade existe em razão de um direito fundamental à igualdade. O direito fundamental que está previsto, e que representa o ponto da estrutura básica do ordenamento jurídico, é a igualdade, ou seja, o direito 'a igual tratamento e respeito'.[891] Esta liberdade ampla – de um virtual momento pré-jurídico - está sendo limitada por direitos fundamentais e por restrições infraconstitucionais a estes mesmos direitos.

Este direito à igualdade é o próprio fundamento do sistema jurídico, na medida em que só há sentido para a existência de norma jurídica a partir da perspectiva de uma norma que atinja a todos universalmente. A idéia de direito apóia-se na idéia de vinculação universal, e esta mesma universalidade só pode ser construída desde uma perspectiva igualitária.

Estas restrições podem ser autorizadas pelo próprio Poder constituinte, mas também podem existir restrições não autorizadas. Em ambos os casos não há perda da natureza do conceito de direito fundamental. Isto porque as restrições são ponderações entre princípios e direitos fundamentais não absolutos. Por decorrência implicam na possibilidade de definir os direitos fundamentais como garantias contra-majoritárias, reconhecendo-se a existência de restrições, autorizadas ou não[892].

---

[891] Neste sentido, DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 409-427.

[892] Por todos, ver NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1008.

Dito de outro modo, os direitos fundamentais são expressões do Estado Democrático de Direito que não se submetem ao princípio democrático.

Neste sentido, a questão pode ser posta também de outra maneira: os direitos fundamentais são garantias contra-majoritárias no que alcança os seus conteúdos essenciais que não podem se submeter a agressões impostas pela maioria ou pelo Judiciário. [893] Tal núcleo essencial do direito fundamental somente pode ser encontrado a partir da teoria das restrições externas dos direitos subjetivos fundamentais atribuídos por normas de direitos fundamentais.

Como última característica formal das normas de direito fundamental encontra-se a função de determinação e de fixação de objetivos para os Poderes constitucionalmente constituídos e para a sociedade civil.

Dito de outro modo, além de se caracterizarem por serem atribuídas por enunciados normativos constitucionais e serem garantias contra-majoritárias – consubstanciando-se em limites materiais de revisão constitucional estabelecendo procedimentos agravados de modificação – também tem eficácia objetiva e efeito vinculante para toda a sociedade.

Quer isto dizer que as normas de direito fundamental são normas jurídicas porque são vinculativas (o que é um pressuposto) e também que toda norma de direito fundamental tem eficácia objetiva, independentemente de atribuir, ou não, um direito fundamental a um legitimado.

---

[893] CAMPO, Javier Jiménez. **Derechos fundamentales:** concepto y garantías. Valladolid: ed. Trotta, 1999, p. 27. Esta questão das limitações ao poder de restringir direitos fundamentais, desde a constatação de que se caracterizam formalmente como garantias contra-majoritárias, por intermédio de princípios, ou conceitos pouco claros como dignidade da pessoa humana, mínimo essencial do direito, segurança jurídica etc., traz a baila a importante questão acerca de como fixar pontos seguros acerca de tais limites (ou ausências) uma vez que a última palavra acerca de tais limites não está claramente exposta na Constituição, e os ângulos opostos – ausência de limites ou ausência de limites aos limites – levam a negação do próprio direito fundamental. O risco aparente é que a ausência de regras claras implique no paradoxo do Barão de Münchalsen, que tenta tirar-se do atoleiro puxando-se a si próprio pelo topete.

As normas de direitos fundamentais também dão o tom da atuação dos poderes constituídos, uma vez que possuem dimensão objetiva que se espraia para além da atribuição de um direito subjetivo.

A dimensão programática da norma de direito fundamental é responsável pela previsão de um programa político-normativo; a dimensão dirigente desta norma é responsável pela imposição de uma obrigação legiferante, e a dimensão objetiva é responsável pela imposição de deveres e obrigações a toda a sociedade.

Como conseqüência da existência das normas de direitos fundamentais como uma garantia contra-majoritária vem a sua função de vincular os poderes públicos ao seu conteúdo.

Tal se dá não por que os direitos fundamentais sejam sinônimos de democracia substancial – como querem Luigi Ferrajoli e Michelângelo Bovero[894] – mas por que o pressuposto da sua observância pelos poderes constituídos reside na vinculação dos poderes aos seus conteúdos.

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais somente se completa se tais normas – além de serem previstas constitucionalmente - puderem ser opostas aos intentos majoritários e se as atuações destes mesmos poderes forem norteados – enquanto vinculações de conteúdo – ao que predispõem estas mesmas normas.

A vinculação opera como uma conseqüência da existência dos direitos fundamentais como garantias contra-majoritárias, e tem força normativa em razão de estarem escritos no ápice da pirâmide jurídica.

---

[894]FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 35-40 e 215-242.

4.1.1 Características formais das normas de direitos fundamentais: normas constitucionais vinculantes e cláusulas pétreas

O modelo constitucional brasileiro não é exceção à regra. A previsão de uma norma jurídica em um dos róis atributivos de direitos fundamentais não é critério para a caracterização de uma tal norma jurídico-constitucional como norma de direito fundamental.

Não é somente a previsão nos artigos 5º, 6º ou 7º que dá o tom da fundamentalidade formal da norma.

O assento constitucional toma-se da sua expressão por um enunciado normativo constitucional ou da aplicação da cláusula de abertura do catálogo; a vinculatividade é uma característica de toda norma jurídica, e a garantia contra majoritária demonstra-se através do fato de se constituírem em cláusulas pétreas. Observado isto, os pressupostos formais estarão obedecidos.

Assim dito, a importância do rol atributivo de direitos fundamentais, enquanto veículo de caracterização da norma constitucional como norma de direito fundamental reside mais nas conseqüências que ele indica como efeitos decorrentes de tal previsão do que propriamente em razão da catalogação pura e simples.

O artigo 5º, § 1º, da CF/88 transforma as normas constitucionais contidas nos róis do artigo 5º, 6º e 7º em normas de vinculação plena e aplicabilidade imediata, independentemente de quaisquer concretizações infraconstitucionais.[895]

---

[895] Previsão co-gênere na Constituição da República Portuguesa, art. 18º 1. “Artigo 18º, 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

Este efeito pode ser percebido de duas maneiras: A primeira é vê-los como um efeito formal destinado a todos os direitos fundamentais, e a segunda é vê-lo como constitutivo do conceito mesmo de direitos fundamentais.

Neste segundo sentido, Ingo Sarlet considera como característica de uma dada fundamentalidade formal a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais. Isto implica em dizer que, para que uma norma seja uma norma de direito fundamental ela deverá ser auto-aplicável, e não que a todas as normas de direito fundamental lhe seja dotada a auto-aplicabilidade.[896]

Embora aparentemente ambos os posicionamentos não sejam tão distintos, a tomar a auto-aplicabilidade como característica das normas de direitos fundamentais surge a necessidade de fundamentar a auto-aplicabilidade de todas as normas que sejam de direito fundamental ou que sejam atributivas de direitos subjetivos fundamentais para que mereçam tal qualificativo.

As normas são auto-aplicáveis porque são fundamentais, o que não significa que, para serem fundamentais, tenham de ter sua eficácia plena e aplicabilidade imediata. Outras são as características que se constituem em fundamento formal das normas de direitos fundamentais.

A primeira das características é a sua vinculatividade, que surge da própria essência do conceito de norma jurídica.

Uma norma é vinculante quando pode ter a sua ofensa sancionada por um Tribunal[897]. Evidentemente normas que não possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata também possuem esta característica, que é um conceito

---

[896] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 82.

[897] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 37.

endógeno das normas jurídicas, mas a vinculatividade máxima que pode possuir uma norma é a sua plena e imediata eficácia, independentemente de uma concretização infraconstitucional.

A vinculação dos Tribunais, da Administração e da Sociedade – de forma absoluta e imediata - às normas de direito fundamental é determinada pelo enunciado do mencionado art. 5º, § 1º: *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

Conforme redação mencionada, a aplicabilidade imediata ressona como atribuída não apenas ao rol das normas atributivas de direitos fundamentais do artigo 5º, mas também aquelas incluídas em outros róis constitucionais como aqueles do artigo 6º e 7º. E mais que isso, todas as normas atributivas de direitos e que se constituam em garantias fundamentais passam a ter aplicabilidade imediata.

Assim, o fato de estar uma norma incluída ou não no rol de direitos fundamentais previstos pelo constituinte no artigo 5º não tem o condão de dar-lhe aplicabilidade imediata e eficácia plena, mas sim o fato de a norma mesma ser atributiva de direitos e se constituir, ela mesma, em norma de direito fundamental e em garantias de natureza fundamental.

A melhor interpretação não é aquela que vê a conseqüência como referida ao rol do artigo. Uma leitura mais atenta vê o efeito – aplicabilidade imediata – referido ao conceito de direitos e garantias, sejam eles enumerados no artigo 5º ou em qualquer outro da Constituição Federal, inclusive fora dela, conforme possibilidade prevista no § 2º.

Em sentido contrário Ingo Sarlet vê no rol do artigo 5º uma enumeração de direitos que, muito embora possam não vir a ser direitos fundamentais não lhes

pode ser negada a aplicabilidade imediata e eficácia plena. Havendo uma opção formal do constituinte de dotar a todos eles os efeitos do artigo 5º § 1º, não é possível negar-lhes tal aplicabilidade mesmo que materialmente alguns deles não sejam direitos fundamentais.[898]

Para o autor, existem normas de direitos fundamentais que formalmente estão no catálogo e que não possuem materialidade de direitos fundamentais, pois possuem características de normas organizacionais.

A questão é saber se é possível ou não outorgar posições de fundamentalidade, ou seja, as características do § 1º do artigo 5º, a tais normas.

Também é importante saber se as normas constantes do catálogo de normas de direitos fundamentais são – além de formalmente fundamentais – também materialmente fundamentais.

Ingo Sarlet encontra duas situações: a) normas de direitos fundamentais que passam tanto no teste de fundamentalidade formal quanto no material pelo só fato de constarem do catálogo de normas constitucionais de direitos fundamentais e b) normas de direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional). O citado jurista parte do pressuposto que todas as normas que são formalmente fundamentais são necessariamente materialmente fundamentais.[899] No mesmo sentido Jorge Miranda [900], afirmando que o papel da cláusula de abertura do catálogo é tão somente o de formalizar direitos materialmente fundamentais, de maneira que não há hipótese de direitos que sejam formalmente fundamentais sem o serem, também, materialmente.

---

[898] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 76.

[899] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 89.

[900] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 4 e 5.

Considerar esta vinculação entre formalidade e materialidade significa reduzir o teste de fundamentalidade a um só aspecto, seja ele formal ou material. Na medida em que todas as normas atributivas de direitos fundamentais ou normas de direitos fundamentais que não atribuam qualquer direito subjetivo possuam conteúdo material de direitos fundamentais elas serão automaticamente constitucionalizadas pela cláusula de abertura. Por outro lado, as normas que venham a ser formalmente constitucionais passam a sê-lo também materialmente pela só razão de estarem imersas no catálogo.

A seguir tal posicionamento, bastaria a resposta afirmativa a um dos testes – o material ou o formal – para que a norma atributiva ou não de um direito subjetivo, passasse a ser uma norma de direito fundamental.

Em sentido dissonante, Vieira de Andrade[901] e Manoel Gonçalves Ferreira Filho[902] concebem a hipótese de direitos – ou normas de direitos - fundamentais apenas formalmente constitucionais. Para o mencionado professor, existem direitos (e conseqüentemente normas atributivas destes direitos) que são formalmente fundamentais sem que possam ser considerados direitos fundamentais. Tais seriam normas meramente organizatórias e regras que deveriam constar do direito infraconstitucional.[903][904]

---

901 ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 73.

902 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

903 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

904 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 140. Interessante perceber que o fato de serem normas organizatórias faz com que deixem de ser normas atributivas de direitos fundamentais, mas pode restar uma parcela de dimensão objetiva que as mantenha entre as normas materialmente fundamentais. O fato de serem normas que deveriam estar na infraconstitucionalidade faz com que as normas deixem de ser materialmente constitucionais, mas não materialmente fundamentais. Como todas as normas de direitos fundamentais são necessariamente normas materialmente constitucionais, é impossível perceber uma norma de direitos fundamentais que deva estar – prima-facie – na legislação infraconstitucional. Isto implica em dizer que a cláusula de abertura corrige um erro de formalidade do constituinte.

No caso de direitos fundamentais apenas formalmente constitucionais, Vieira de Andrade afirma que não lhes será atribuído o regime dos direitos fundamentais, porque lhe é carente de conteúdo materialmente fundamental, embora permaneçam como norma de direito constitucional.[905]

Vieira de Andrade preconiza a existência de direitos fundamentais apenas formalmente fundamentais, porque incluídos na Constituição, e materialmente fundamentais porque dali não fazem parte. Igualmente, pode haver direitos formalmente fundamentais que não o sejam materialmente. Podem até mesmo ser direitos subjetivos, mas que não sejam materialmente fundamentais. [906]

Ingo Sarlet sustenta que a inclusão no rol é atribuição do constituinte, e, por tal razão, é objeto de especial proteção escolhida por ele.[907] Tal posicionamento levanta a questão acerca da limitação do reconhecimento da materialidade das normas de direitos fundamentais por parte do Judiciário. O posicionamento pressupõe ser prerrogativa do constituinte o reconhecimento da existência de normas e direitos fundamentais. O contrário seria uma substituição do constituinte pelo magistrado. A solução encontrada por Ingo Sarlet reside no fato de a tarefa do Judiciário ser apenas revelar o que já existe, ainda que de forma implícita e com uma atividade ampliativa e criadora de cunho suplementar.[908]

Não parece ser este o caminho correto, na medida em que a simples inclusão no rol das normas de direitos fundamentais pelo constituinte originário

---

[905] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 75.

[906] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 75.

[907] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 140.

[908][908] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 141.

não pode ter o condão de transformar a natureza de uma norma ou de um direito.[909]

Os direitos fundamentais e as normas atributivas dos direitos fundamentais possuem um longo caminho de afirmação histórica, e seus conteúdos não são obras de uma noite ou de um dia. Não é possível passar a considerá-los – as normas e os direitos – como fundamentais apenas em razão de uma decisão constituinte originário. Há algo na gênese de norma de direito fundamental que transcende o momento de produção constituinte.

Posição intermediária possui Gomes Canotilho para quem há uma presunção de materialidade nos direitos formalmente fundamentais.[910]

A tese da presunção afigura-se escorreita. Presumivelmente o constituinte fez inserir no texto constitucional – no rol de normas de direito fundamental – normas e direitos que são também materialmente fundamentais. Mas isto não quer dizer que não existam normas inseridas nos róis dos artigos 5º, 6º e 7º que possam ser apenas um sopro constituinte, sem a correspondente expressão de fundamentalidade, que também decorre de questões materiais, e não apenas formais.

É possível presumir a fundamentalidade das normas constantes do catálogo, mas se trata de uma presunção que admite prova em contrário, razão pela qual as normas dos artigos 5º, 6º e 7º da CF/88 não se tratam – contra todo fundamento de ordem material – de normas de direito fundamental. Será preciso que passem no teste de fundamentalidade material para que assim o sejam.

---

[909] Neste sentido, ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 75, p. 73.

[910] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 89.

Ingo Sarlet entende que a controvérsia restringe-se ao fundamento material dos direitos, razão pela qual não há como deixar de outorgar as conseqüências que a própria Constituição prevê. Afirma que não parece razoável outorgar à jurisdição constitucional o poder de dizer o quais direitos são formalmente fundamentais e quais não são, ou seja, a atribuição da verdadeira fundamentalidade.

A expressão do artigo 5º autoriza a conclusão que não são somente as normas do artigo que possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, mas sim as normas constitucionais que atribuem direitos e garantias.

A menos que se entenda que 'apenas' o rol do artigo 5º onde se encontra o § 1º contém normas definidoras de direitos e garantias – o que não se admite pelas razões apresentadas – o efeito de vinculação máxima se estende a qualquer norma que possa ser considerada norma de direito fundamental.

Isto autoriza a conclusão de que tanto algumas normas previstas no artigo 5º podem não vir a ser imediatamente aplicáveis, como outras normas constitucionais, que não estão contidas no enunciado do artigo, podem ser auto-aplicáveis em razão do só fato de atribuírem direitos e garantias.

Mesmo que admitida a hipótese – a de que apenas as normas incluídas no rol do artigo 5º são normas de direitos fundamentais – a própria cláusula de abertura do § 2º permite a inclusão no dito rol de outras normas de direitos fundamentais, realizando, da forma mais ampla possível, o pressuposto da vinculação normativa, que é uma característica formal das normas de direitos fundamentais.

Assim, característica formal dos direitos fundamentais não reside na vinculação máxima que é outorgada aos direitos desde o artigo 5º § 2º, mas na vinculação que é pressuposto das normas jurídicas.

Da mesma maneira, as conseqüências ali outorgadas não são limitadas às normas que se encontram expressas pelos enunciados normativos do artigo 5º, tampouco todas as normas previstas no citado artigo percebem tal característica. O que faz diferença é o fato de uma norma ser ela mesma uma garantia fundamental ou atribuir um direito de igual natureza.

4.1.2 Garantias contra majoritárias: fundamento formal das normas de direito fundamental

Há duas maneiras de perceber a característica fundante das normas de direitos fundamentais denominada de contra-majoritariedade: uma formal e outra material. Vê-la como um fundamento formal dos direitos fundamentais implica em dizer que, para que uma norma seja de direito fundamental faz-se mister que outra norma jurídica, proveniente de um enunciado jurídico-constitucional, a atribua a característica de não poder ser alterada por desejos da maioria representada pelo Legislativo. Ver a contra-majoritariedade como fundamento formal significa que às normas de direito fundamental e aos direitos subjetivos por ela atribuídos é dada a característica de não poderem ser alterados ou restringidos por outro poder que não o constituinte originário, independentemente de uma qualquer previsão normativo-constitucional.

Tratando-se aqui de um item do fundamento formal dos direitos fundamentais, duas questões se tornam relevantes: a primeira diz com a identificação de por intermédio de quais normas o sistema constitucional acolhe a contra-majoritariedade, e a segunda, diz com a percepção de quais normas se encontram albergadas por tal dispositivo.

O art. 60 § 2º estabelece procedimentos agravados de revisão e o artigo 60 § 4º inciso IV transforma os direitos e garantias individuais em cláusulas pétreas que se opõem ao poder de emendar a Constituição e ao poder de revisá-la.[911]

Importante perceber que a característica de possuir procedimentos agravados de revisão constitucional – predisposta pelo artigo 60 § 2º diz respeito a todas as normas constitucionais, e não apenas àquelas que atribuem direitos e são garantias de natureza fundamental.

Assim, o pressuposto formal do procedimento agravado de modificação e revisão termina por se confundir, no caso da Constituição brasileira, com outro elemento formal de caracterização de uma norma de direito fundamental, que é a sua constitucionalização. O fato de ser uma norma constitucional já traz embutida a característica de ser uma norma modificável apenas por um *quorum* específico – maioria de três quintos – o que não se confunde com a característica de ser uma norma contra-majoritária. Não se confunde a localização constitucional de uma norma – donde vêm os procedimentos agravados de revisão – e o fato de ser garantia contra-majoritária, que se realiza não com procedimentos especiais de

---

[911] Este ponto, algo duvidoso entre os doutrinadores, indica que os direitos e garantias fundamentais são uma limitação ao constituinte derivado independentemente de a modificação, ou supressão vir a se dar por meio de uma revisão ou de uma reforma na Constituição. O poder reformador não é o constituinte originário repristinado, mas sim o poder constituinte derivado expresso por intermédio do parlamento com poderes tão amplos quanto os poderes do legislativo, mas com o objetivo único de modificar o texto adaptando-o aos novos tempos e sem sofrer as limitações de quorum impostas pelo artigo 60 § 2º da CF/88. Sobre o assunto Cf,

modificação através do vetor emenda à Constituição, mas em razão do fato de ser de impossível modificação pelo Legislativo.

Francamente contra-majoritário é o efeito indicado pelo artigo 60 § 4º IV que impede toda e qualquer modificação – independentemente do *quorum* legitimador – quando se trata de direitos e garantias individuais.

O que dá o tom de contra-majoritário a uma norma é o fato de se constituir – ela mesma – em uma cláusula pétrea. As cláusulas pétreas, na CF/88, estão previstas no artigo 60 § 4º, e é o inciso IV que melhor expressa a inamovibilidade dos direitos fundamentais do texto constitucional, com a seguinte redação: *não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais*.

Da leitura do dispositivo decorrem três hipóteses: ou é caso de compreender que a característica formal de ser garantia contra-majoritária se realiza apenas com o procedimento agravado para reforma constitucional, sendo desnecessária cláusula pétrea para o efeito de caracterizar uma norma formalmente como garantia contra-majoritária e, em decorrência disto, uma norma formalmente fundamental; ou somente são garantias contra-majoritárias, e, portanto normas de direitos fundamentais aquelas que atribuam direitos e garantias de natureza individual; ou é caso dar interpretação extensiva ao texto constitucional fazendo incluir no dispositivo do artigo 60 § 4º IV outras normas que não atribuam direitos eminentemente individuais.

A primeira das opções parece não resolver o problema a contento. O fato de as normas de direitos fundamentais serem garantias contra-majoritária não advém tanto do artigo 60 § 2º, mas do artigo 60 § 4º IV.

Ser uma garantia contra-majoritária significa que a maioria parlamentar não pode alterar os enunciados normativos que estabelecem normas atributivas ou não de direitos – porque possuem natureza fundamental – e não que uma maioria ampla ou qualificada tem esta possibilidade. A maioria de três quintos esboçada no § 2º do art. 60 caracteriza o princípio da supremacia da Constituição sobre as atuações do legislativo que está vinculado às normas constitucionais. É expressão da vinculação e da hierarquia das normas, e não expressa a característica de ser uma disposição contra-majoritária.

Os enunciados constitucionais estão hierarquicamente acima das normas de natureza infraconstitucional, e o fato de o legislativo somente poder emendar a Constituição por maioria de três quintos expressa esta supremacia da ordem constitucional sobre aquela que está submetida a ela.

É a vinculação e a hierarquia da Constituição que se expressam por procedimentos agravados de revisão, não a contra-majoritariedade.

Por outro lado, reconhecer que apenas os direitos e garantias individuais são – na ordem constitucional brasileira – garantias contra-majoritárias não se afigura o melhor dos caminhos. Isto implicaria em dizer que apenas respondem afirmativamente ao teste formal de fundamento as normas atributivas de direitos subjetivos individuais, ou aquelas que se consubstanciem em garantias da mesma natureza.

A melhor exegese do artigo 60 § 4º IV não conduz a este raciocínio, e por duas razões: a primeira é que todos os direitos e garantias previstos ou não na Constituição – embora possam ser coletivos ou difusos – são individualizáveis, na medida em que é possível que seus titulares se configurem individualmente como

sujeitos ou como obrigados pela norma jurídica de direito fundamental.[912] Todo e qualquer direito, ainda que *prima facie* tenha uma feição coletiva ou difusa pode ser individualizável. A segunda razão é que não há uma diferença essencial, ou ontológica, entre direitos individuais, difusos ou coletivos para fazer retirar dos efeitos do artigo 60 § 4º IV aquelas normas de direitos fundamentais que não atribuam direitos estritamente individuais.[913]

Há determinados direitos fundamentais e, portanto, existem normas atributíveis de direitos fundamentais que são classificadas como normas de direitos fundamentais difusos em razão de não ser possível designar *a priori*, o sujeito de tal direito, uma vez que se confundem com o universo dos sujeitos.

Entretanto, todo e qualquer direito é individualizável, na medida em que pode ser atribuível, no caso concreto, a um determinado titular. Não há relevância na diferenciação, uma vez que, para o efeito de ser uma norma atributiva de direito fundamental a um dado legitimado – há igualdade entre todas as normas de direitos fundamentais.

Por possuírem a mesma natureza, as características de serem cláusulas pétreas são extensivas a todas as normas de direitos fundamentais, sejam elas implícitas ou explícitas, tragam no seu bojo direitos considerados difusos, coletivos ou individuais.

Demais disso, as normas de direito fundamental que não atribuem um direito fundamental também são cláusulas pétreas, e se não atribuem um direito

---

912 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 178 e ss, admite a possibilidade da individualização apenas para direitos que não tenham por elemento diferenciador a sua coletivização ou sua difusão. Neste sentido, não poderiam ser considerados individualizáveis quaisquer direitos fundamentais de terceira geração, mas apenas os direitos fundamentais sociais.

913 Em sentido contrário, SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, p. 171, para quem os direitos individuais são direitos do homem-indivíduo, e os coletivos são direitos atribuíveis ao homem-membro da coletividade.

subjetivo como deixar de considerá-las garantias contra-majoritárias se não há um qualquer direito veiculado pela norma?

As normas de direitos fundamentais, quer atribuam direitos individuais, coletivos ou difusos, quer não atribuam quaisquer direitos e tenham eficácia apenas objetiva, são todas elas normas que se caracterizam por serem garantias contra-majoritárias, e, portanto, cláusulas pétreas, conforme o artigo 60, § 4º, IV da CF/88.

4.1.3 Cláusula de abertura do catálogo de normas de direito fundamental prevista no § 2º do artigo 5º

Um primeiro ponto a mencionar é que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não possui um sistema de direitos fundamentais independente e autônomo e vincado em qualquer conteúdo específico ou em um sistema formal fechado.

São eles uma parte integrante da ordem constitucional que não se constituem em um compartimento isolado, ligando-se a todos os domínios constitucionais.[914]

Sob a lógica formal, não há um rol, ou diversos róis estanques e taxativos[915] que contenham normas de direitos fundamentais, atributivas ou não de direitos fundamentais com prejuízo de outras mais dispersas no texto constitucional ou fora dele.

---

[914]CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. Lisboa: Coimbra, 1984, p. 109. v. 1.

[915]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 86.

A idéia de um sistema autônomo, e que seja infenso a acréscimos ou modificações, vinculado a um fundamento material próprio é negada, ao menos em parte, pela norma de abertura do catálogo do artigo 5º, § 2º.[916]

A existência de direitos fundamentais dispersos por todo o texto nega a concepção de um sistema formal e autônomo que permita concebê-lo de forma estanque.

Interessante ver com Ingo Sarlet a possibilidade de um sistema de direitos fundamentais na ordem constitucional apenas se este sistema for concebido de forma aberta, e com um grau de abertura que permita estar sujeito a influxos do mundo circundante. É inviável uma concepção autonomista destes mesmos direitos.[917]

A cláusula de abertura inserida no artigo 5º, § 2º permite a existência de direitos que sejam decorrentes dos enunciados normativos dos róis dos artigos 5º, 6º e 7º e também outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela CF/88. É esta a redação do § 2º: *Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*.

Há normas de direitos fundamentais que, mesmo fora do catálogo formal[918] – e em razão de seu conteúdo – são normas de direitos fundamentais.[919]

---

[916]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 79.

[917]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 80.

[918]CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. Lisboa: Coimbra, 1984, p. 123.

[919]Neste sentido, decisão do STF que admite ser o direito à anterioridade tributária previsto na Constituição em seu artigo 154, I um direito de natureza fundamental não previsto no rol das normas de direito fundamental.

Este é o princípio da não tipificação, da cláusula aberta, ou da não identificação dos direitos fundamentais. [920]

São direitos fundamentais atípicos[921] os direitos subjetivos atribuídos por normas de direitos fundamentais que não se submetem à tipicidade imposta pelo catálogo constitucional de normas e direitos fundamentais.

O âmbito material dos direitos fundamentais não se limita ao catálogo de normas previsto na constituição. A norma do artigo 5º § 2º da CF/88 (16, nº 1 da CRP)[922] indica a possibilidade de uma abertura a direitos não contidos nos róis constitucionais. Por tal razão, direitos que estejam previstos em outras partes da Constituição podem ser fundamentais, assim como aqueles previstos em leis ordinárias e em tratados internacionais. Princípio desta natureza somente tem razão de ser entendido como o reconhecimento da possibilidade de haver fora dos róis constitucionais e até mesmo fora texto constitucional direitos que possam ser reconhecidos como fundamentais.[923]

Para José Afonso da Silva, a aplicação do artigo 5º, § 2º permite a constatação teórica da existência de três tipos de direitos fundamentais. Primeiramente os direitos – e conseqüentemente as normas de direitos – fundamentais expressos. Depois, os direitos fundamentais não expressos, ou implícitos, que são aqueles subentendidos das regras de garantias fundamentais.

---

[920]ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 71.

[921]GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos.** Lisboa: Aequitas, 1995, p. 42 e ss; Cf. do mesmo autor, Os direitos fundamentais à proteção dos dados pessoais informatizados. Lisboa: ROA, n. 3, 1991. No mesmo sentido, qualificando tais direitos que surgem albergados pela interpretação extensiva ou por outro critério, Cf. LAVAGNA, Carlo. **Istituzioni di diritto publico**, 6. ed. Torino: 1986, p. 394.

[922]Na CRP no artigo 16º, 1, admite-se "quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional". Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada.** Lisboa: Coimbra, 1984, p. 123. v. 1. No mesmo sentido, OTERO, Paulo. Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais. **AAVV**, Lisboa: AB Uno, p.1061 e ss.

[923]ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 72.

Por último, os direitos individuais, decorrentes do regime e dos tratados internacionais.[924]

Para Ingo Sarlet há duas categorias de direitos: direitos fundamentais implícitos e direitos fundamentais decorrentes. Os implícitos são as posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, e os decorrentes são conseqüências do regime e dos princípios fundamentais. [925]

As normas decorrentes dos princípios (Título I, art. De 1º a 4º) conforme denominação expressamente outorgada pelo artigo 5º § 2º, são normas jurídicas de direito fundamental, podendo, ou não, outorgar posições formal e materialmente fundamentais. [926]

Isto implica em dizer que existem dois tipos de normas de direitos fundamentais, as implícitas e as explícitas.[927] Umas são expressas indiretamente por enunciados normativos dos artigos enumerados no rol, e as outras são uma decorrência da interpretação dos princípios fundamentais.

Existem normas de direitos fundamentais, atributivas ou não de direitos subjetivos, que são implícitas, e que desbordam dos enunciados normativos constitucionais. Existem, também, normas de direitos fundamentais, atributivas ou não de direitos fundamentais que são decorrentes do regime e dos princípios fundamentais conforme disposição da cláusula de abertura.

No que pertine aos direitos fundamentais implícitos – ou normas de direitos fundamentais implícitas - convém afirmar que se tratam de uma extensão do

---

[924]SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, p. 197.

[925]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 95.

[926]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 102.

[927]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 254.

âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado. Isto quer dizer que determinado enunciado normativo pode ter uma extensão maior do que – a princípio – aparenta possuir. Trata-se de redefinição do campo de incidência de determinado enunciado normativo de direito fundamental. Assim, é possível existir direitos fundamentais atribuídos por normas de direitos fundamentais que não sejam escritas e que possam, desta maneira, subdividirem-se em implícitas e decorrentes, dando azo a direitos fundamentais implícitos e a direitos fundamentais decorrentes.[928]

Obviamente, para que uma norma de direito fundamental venha a ser admitida como decorrente de uma outra norma de direito fundamental, ou que as suas determinações sejam implícitas a enunciados normativos constitucionais, será preciso um processo de interpretação que traga consigo uma fundamentação que sustente tal expansão.

Desta maneira, para que venha a ser determinado um direito fundamental não escrito, implícito ou decorrente, faz-se mister uma argumentação de direito fundamental que se utilize da materialidade fundamental para lhe dar feição. A própria estrutura semanticamente aberta dos enunciados normativos permitem tal posicionamento.[929]

O rol do artigo 5º da CF/88 não é taxativo, embora seja exaustivo.[930] Na Constituição Federal da República Federativa do Brasil incluem-se direitos que não

---

[928] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 97.

[929] Neste sentido, Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 66-73.

[930] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 86.

foram expressamente previstos, mas que são constitucionalizados, ou formalizados, desde a cláusula de abertura prevista no artigo 5º § 2º.[931]

A formalização de normas que se encontram fora do catálogo de normas de direitos fundamentais – atribuindo-lhes o assento constitucional e a contra-majoritariedade – estende-se tanto a normas de direitos fundamentais sociais quanto a normas de direitos e garantias individuais. Isto implica em dizer que a norma do artigo 5º § 2º se aplica tanto a normas encartáveis no rol do mesmo artigo 5º quanto a normas de direitos fundamentais atributivas ou não de direitos subjetivos com seus congêneres dispostos nos artigos 6º e 7º. A norma do artigo 5º § 2º não faz qualquer ressalva, quanto pelo conjunto sistêmico da Constituição que acolheu os direitos sociais como direitos fundamentais.[932]

Tanto o rol do artigo 5º quando os róis dos artigos 6º e 7º são meramente exemplificativos[933], e é possível constatar no texto constitucional novas normas e direitos fundamentais de diferentes matizes.

São normas de direitos fundamentais não aquelas que constem nos catálogos, mas as que respondem afirmativamente ao teste de fundamentalidade em seus aspectos formais e materiais.

A justificativa para a inserção de cláusulas abertas pode ser encontrada de duas maneiras. A primeira é na constatação de que a Constituição não é a única fonte de direitos fundamentais e que o papel da constitucionalização nada mais é do

---

[931]Neste sentido, é possível falar em direitos fundamentais formalmente constitucionais, mas fora do catálogo, e direitos fundamentais sem registro constitucional. CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. Lisboa: Coimbra, 1984, p. 123. Fazendo uma crítica à cláusula de abertura, por entender negativo o alargamento dos direitos fundamentais já existentes, Cf. SOUSA, Marcelo Rebelo; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da república portuguesa comentada.** Lisboa: Lex, 2000, p. 92-97.

[932]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 90.

[933]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional:** direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra ed., 2000; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 91.

que reconhecer os direitos já existentes. Neste sentido, a não inclusão não invalida o próprio direito fundamental que apenas é reconhecido. Trata-se de uma justificativa de jusnaturalismo moderno[934] que nega a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. A segunda justificativa repousa na existência de outros direitos decorrentes dos princípios constitucionais ou insertos em outros diplomas legislativos, ou retirados pela via da interpretação dos próprios enunciados, e são reconhecidos pelo ordenamento constitucional como tal. Uma análise dogmática permite vislumbrar, nesta segunda justificativa, uma hipótese acorde com o positivismo[935], e com o projeto de uma teoria dogmática.

Considerando que um item do teste formal é a previsão constitucional, o papel da cláusula de abertura é o de constitucionalizar determinadas normas atributivas ou não de direitos subjetivos.

Esta constitucionalização dar-se segundo critérios de materialidade, de fundamento material destas ditas normas, pois nada mais fez o constituinte que admitir a existência de normas de direitos fundamentais que estão localizadas fora do catálogo ou fora do texto constitucional.[936] São normas que possuem razões materiais para virem a serem constitucionalizadas pela cláusula de abertura. São normas que pelo seu objeto e importância sejam equiparáveis às constantes dos róis constitucionais.[937]

A cláusula de abertura constitucionaliza normas de direitos fundamentais, e o faz desde fundamentos em sentido material que ela mesma referencia. Somente

---

[934]ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 72.

[935] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 72.

[936]ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 73.

[937]CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada.** Lisboa: Coimbra, 1984, p. 124. v. 1.

aquelas normas que, por sua substância e importância possam ser equiparadas às constantes do catálogo podem ser constitucionalizadas e podem ser, formalmente, imersas na categoria das normas constitucionais que se constituem, elas mesmas, em cláusulas pétreas, respondendo afirmativamente ao teste de fundamentalidade.

Toda e qualquer proposição jurídica, seja ela enquadrada na noção de direitos implícitos ou decorrentes seja ela encontrada na constituição fora do catálogo ou em algum tratado internacional deverá ser considerada autêntica norma de direito fundamental, quer atribua ou não um direito subjetivo.[938] O fato de serem implícitos ou decorrentes diz com a sua fundamentalidade formal, e não material, mas a sua formalidade apenas se torna possível dado o seu fundamento material.

As normas de direitos fundamentais, atributivas ou não de direitos fundamentais, são equiparadas às normas dos róis constitucionais, desde o reconhecimento de determinadas condições que o próprio artigo 5º § 2º menciona. Tais condições – que permitem a formalização de tais normas como normas formais de direitos fundamentais – dizem com o reconhecimento de conteúdos materialmente fundamentais.

Em razão da cláusula de abertura do catalogo de normas de direitos fundamentais existem dois tipos de normas de direitos fundamentais que respondem afirmativamente ao teste de fundamentalidade: a) normas mencionadas nos catálogos e nos róis de normas e de direitos fundamentais; b) normas que, por seu

---

[938]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 98. Sobre a posição de Ingo Sarlet, convém afirmar que este raciocínio parece indicar que é possível a existência de direitos fundamentais não previstos no catálogo por que materialmente fundamentais apenas se a materialidade for encartável nas hipóteses da abertura do artigo 5 § 2, com o que é necessário concordar quando se defende um duplo critério para aferição da fundamentalidade de um direito ou de uma norma de direito fundamental: o critério formal e o critério material. O formal existe desde a previsão normativa constitucional, antimajoritariedade e vinculatividade. O critério apontado por Ingo Sarlet – auto-aplicabilidade – não é propriamente um critério por que tais normas são auto-aplicáveis por que são fundamentais e não fundamentais por que são auto-aplicáveis. O critério de materialidade surge com a sua relação com a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, ou qualquer outro princípio referido expressa ou implicitamente no texto constitucional ou fora dele. A cláusula de abertura do catálogo do artigo 5 § 2 garante o fundamento formal da norma, não material.

conteúdo e importância, são àquelas equiparadas.[939] Tais normas geram direitos fundamentais atípicos.[940]

Considerando que outro item do teste de fundamentalidade reside na qualidade de tais normas poderem opor-se aos desígnios da maioria por expressa disposição legal, tornando-se cláusulas pétreas, é também papel da cláusula de abertura do catálogo atribuir-lhes o papel formal de garantia contra-majoritária.

Isto implica em dizer que todas as normas de direitos fundamentais que são equiparáveis às normas do catálogo de direitos fundamentais passam a ser garantias contra-majoritárias, em razão da aplicação a todas as normas de direitos fundamentais das garantias do preceito do artigo 60 § 4º IV.

Assim, a função do artigo 5 § 2º da CF/88 reside em dotar determinadas normas – atributivas ou não de direitos subjetivos – de qualidades formais que as fazem responder afirmativamente ao teste de fundamento das normas de direitos fundamentais.

Na Constituição da República Portuguesa tem-se um sistema análogo, na medida em que o regime constitucional próprio dos direitos, liberdades e garantias aplicam-se, também, aos direitos fundamentais de natureza análoga, que adentram no rol desde a cláusula de abertura, e também aos direitos fundamentais extra-constitucionais que são constitucionalizados pelo artigo 16º 1, que é similar ao 5º § 2º da CF/88.[941]

---

[939]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 88.

[940]GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas, 1995, p. 54.

[941]CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada.** Lisboa: Coimbra, 1984, p. 127 e 134-135. Existe dúvida em Portugal acerca da extensão do regime de direitos, liberdades e garantias aos direitos com sem morada constitucional após a revisão constitucional de 1982, quando o artigo 17º foi alterado deixando de fazer referência a direitos previstos na constituição e na lei. Está é a atual redação: O regime dos direitos, liberdades e garantias aplicam-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga. Mesmo havendo dúvida, a melhor interpretação continua sendo a que dá conta da extensão do regime, uma vez que a contra-majoritariedade e a constitucionalidade são condições de existência formal dos direitos fundamentais.

A cláusula de abertura constitucionaliza normas de direitos fundamentais que apenas possuem materialidade fundamental, e espraia a conseqüência do artigo 60 § 4º IV a normas materialmente fundamentais que estejam dentro, ou fora do texto constitucional, tornando-as formalmente fundamentais.[942] A principal característica formal das normas de direitos fundamentais reside no fato de ela se constituir em garantia contra-majoritária, e o fato de uma norma adentrar ao catálogo através da cláusula de abertura apenas têm o sentido de deitar sobre ela tal conseqüência, ou de constitucionalizá-la, em se tratando de uma norma que advém de enunciado normativo não constitucional.[943]

Esta possibilidade de haver normas de direitos fundamentais não escritas pode gerar conflitos. Entretanto - anota Ingo Sarlet falando desde a dimensão de direitos - estes conflitos dizem respeito apenas aos decorrentes dos princípios e do regime, uma vez que os implícitos estão contidos na própria norma. Trata-se de encontrar o que já está lá. A conflituosidade poderia no máximo garantir a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais. É que as normas de direitos fundamentais implícitas têm sua existência diretamente reconhecida pelo enunciado normativo constitucional.[944]

Em razão desta possibilidade de conflito, convém lembrar, com Vieira de Andrade que os direitos materialmente fundamentais que venham a ser equiparados aos do catálogo tem os mesmos privilégios e os mesmos efeitos daqueles enumerados. Quando afirma que tal não valerá para eventuais direitos sociais materialmente fundamentais, uma vez que a norma diz respeito apenas ao Título II

---

[942]Neste sentido, Cf. art. 290º da CRP, Cf, ainda CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada.** Lisboa: Coimbra, 1984, p. 130.

[943]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 99.

[944]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 98-99.

parte I[945], fá-lo exclusivamente em razão da peculiaridade da Constituição da República Portuguesa[946].

4.1.4 A fundamentalidade formal da norma expressa no enunciado normativo do artigo 225 da CF\88

A norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 não advém de qualquer enunciado normativo constante de um dos róis atributivos de direitos fundamentais. Portanto, para que seja caracterizada formalmente como uma norma de direito fundamental, faz-se mister seja ela albergada pela cláusula de abertura do artigo 5º, § 2º.

O que faz com que a norma que tutela constitucionalmente o ambiente seja, dentro da quadratura constitucional brasileira, uma norma de direito fundamental e, conseqüentemente, que o enunciado que a expressa e o direito que eventualmente atribua a alguém seja fundamental é o só fato de tal norma poder ser argumentativamente fundada em um princípio constitucional fundamental.

A cláusula de abertura do artigo 5, § 2º faz com que a argumentação jusfundamental deva ser dirigida à justificar o arrimo da norma em um princípio de cariz fundamental, haja vista que, se tal se der, o enunciado passará naturalmente a ser fundamental, e, portanto, estará justificada a sua materialidade e formalidade, dando azo a sua caracterização como norma de direito fundamental.

---

[945]ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 74-75. O autor trabalha sob a égide da Constituição Portuguesa de 1976, onde o assunto tem interesse prático na medida em que a constatação de um direito formalmente fundamental, ou materialmente fundamental reflete na aplicação, ou não, do regime de direitos fundamentais àqueles direitos fundamentais fora do catálogo, e também ao inverso, que diz com a não aplicação de tal regime aos direitos apenas formalmente fundamentais.

[946]Sobre a dualidade de regimes na CRP ver CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada.** Lisboa: Coimbra, 1984, p. 126-142.

Ao optar por tal critério de fundamentalidade a ser usado pela cláusula de abertura o constituinte nada mais fez do que admitir e permitir que o fundamento material de um direito defina a sua posição formal dentro do texto constitucional.

Naturalmente surge a questão: que ou quais princípios fundamentais justificam o direito ao ambiente? Ou melhor, quais os fundamentos do direito ao ambiente na constituição de 1988?

Se, como visto, uma norma de direito fundamental deve ser adjetivada como tal desde a constatação de que ela está formalmente descrita como norma de direito fundamental segundo afirmação constitucional, e, além disso representar formalmente o desenvolvimento de um princípio também fundamental, e, por fim, se a cláusula de abertura permite que outras normas não expressas sejam consideradas normas de direito fundamental, natural é a conclusão de que, para que a norma de direito ao ambiente seja considerada uma norma de direito fundamental basta a constatação de que o enunciado do artigo 225 realiza um princípio fundamental.

Que princípios podem ser estes? Que fundamentos materiais possui a norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da constituição que terminam por lhe dar materialidade e formalidade fundamentais?

4.2 FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DA NORMA EXPRESSA PELO ARTIGO 225 DA CF\88

Os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não são mais aqueles que protegem o cidadão do Estado e sim aqueles que protegem os cidadãos de

outros poderes existentes na sociedade, garantindo aos homens e mulheres uma vida conforme os princípios constitucionais fundamentais.

A fundamentalidade formal advém da compatibilidade da norma expressa por um enunciado normativo com a estrutura formal de reconhecimento de um direito como um direito fundamental. Já a fundamentalidade material não advém de um valor meta-jurídico ou de uma tal essência – no todo metafísica – que acompanharia tais direitos, mas sim, da realização de princípios fundamentais acolhidos pelo constituinte.

Não é correto fundamentar materialmente os direitos fundamentais no princípio da igualdade, na liberdade, ou no princípio da dignidade da pessoa humana. Todos os direitos fundamentais embasam-se nos princípios fundamentais do texto constitucional e, dependendo de sua característica e extensão, o direito estará mais bem apoiado na igualdade do que na liberdade, ou na igualdade do que na dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais podem ser vistos – desde uma observação de fundamento material, como todo direito que por razões de fundamento são garantias contra-majoritárias.

Já se observou a contra-majoritariedade tomando-a como uma característica formal, mas é possível vê-la, também, como um fundamento material para determinado direito fundamental. Isto implicaria em dizer que todo direito que se constituísse em cláusula pétria e que fosse, per si uma garantia contra-majoritária seria um direito fundamental.

Convém perceber que a característica de ser uma garantia contra-majoritária surge para as normas atributivas de direitos fundamentais como uma

característica analítica e normativa, e não simplesmente empírica, e que, portanto, pode agregar-se à norma de direito fundamental em razão de ser da essência do conceito.

Se a cláusula pétrea representa a expressão de ser garantia contra-majoritária, e se os direitos fundamentais apenas o são formalmente se forem atribuídos por normas que são garantias contra-majoritárias é caso de dizer que todos as normas de direitos fundamentais são implicitamente cláusulas pétreas.

Tal conclusão não resolve o problema na medida em que o movimento é circular. Se uma das características formais de um direito fundamental é ser uma garantia contra-majoritária, e se a garantia contra-majoritária se resume à cláusula pétrea, e se esta cláusula pétrea está expressa na Constituição apenas para os direitos e garantias individuais, e se os direitos coletivos e difusos de natureza fundamental não estão expressos nos róis atributivos de direitos fundamentais – o que impede a utilização da presunção da cláusula pétrea implícita - como defender que normas de direitos fundamentais coletivos ou difusos são formalmente normas de direitos fundamentais?

Um outro caminho aparentemente mais fácil para garantir esta fundamentalidade formal reside na possibilidade de equiparação das normas expressas por disposições dispersas no texto constitucional, desde a cláusula de abertura do artigo 5º, § 2º.

O artigo 5º expressa normas de direito constitucional que atribuem direitos de natureza individual e direitos de natureza coletiva, e que se constituem em garantias de igual natureza.

O enunciado normativo ao estabelecer que estão incluídos no conceito de direitos e garantias outros decorrentes do regime e dos princípios constitucionais equipara todas as normas assim decorrentes, e também as demais incluídas nos róis dos artigos 6º e 7º aos direitos e garantias individuais, para a razão de se tornarem, também, cláusulas pétreas.

A disposição do artigo 60 § 4º IV, por não se referir a direitos e garantias previstos nos róis dos artigos 5º, 6º e 7º, faz indicar que toda norma de direito fundamental que possa ser atributiva de direitos e ser ela própria uma garantia de natureza fundamental reduzível ao indivíduo é cláusula pétrea. E se for tomada a expressão do artigo § 2º do artigo 5º vetor de equiparação entre as normas que indica e os direitos e garantias individuais, todas aquelas normas albergadas pela disposição constitucional da cláusula de abertura do catálogo de direitos fundamentais tornam-se normas de direito fundamental e, em seguida, cláusulas pétreas.

4.2.1 O fundamento material da norma de direito fundamental expressa pelo artigo 225 da CF\88: os princípios constitucionais

Torna-se necessário encontrar um princípio que seja fundamental, dentro da quadratura constitucional para comprovar argumentativamente que tal princípio sustenta a norma expressa pelo artigo 225 da Constituição.

Sobre a teoria dos princípios e sua separação das regras – ambas espécies de normas – muito já se construiu, mas em síntese apertada pode se dizer que:

> Princípios são normas que dispõem a respeito de algo ser realizado o mais amplamente possível dentro das relativas possibilidades do direito e dos fatos. Princípios são, portanto, mandados de otimização (optimierungsgebote) com característica de poderem ser preenchidos em diferentes graus. A medida deste preenchimento depende não somente dos fatos como também das possibilidades abertas pelo direito.[947]

Isto implica em dizer que os princípios além de serem pilastras do ordenamento jurídico são normas abertas cuja densificação se dá por intermédio de outras normas e atos. Em conseqüência os princípios não são aplicados da mesma forma que as regras, pois são direcionados à concretização conformadora e densificadora efetuada pelo intérprete.

Os princípios fundamentais são construções históricas sobre as quais se fundam Estado e sociedade. Tais princípios são evidentemente normas, mas trazem consigo toda a carga de construção histórica e são justificados por intermédio de uma argumentação jurídica que, dentro da quadratura constitucional os realize como base do ordenamento jurídico.

Como afirma Canotilho: “Consideram-se princípios fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”.[948]

Conforme a classificação levada a efeito por Canotilho, os princípios podem ainda ser constitucionais conformadores, constitucionais impositivos e princípios garantias.

---

[947]DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 44.

[948]CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed.Coimbra: Almedina, 2003, p. 1151.

Quando se diz que as normas de direitos fundamentais devem estar fundadas em normas em princípios fundamentais, quer-se dizer, também, que tais normas-princípio podem ser inclusive, princípios ao mesmo tempo fundamentais, conformadores e impositivos.

Os princípios conformadores são aqueles que explicitam os valores políticos fundamentais do constituinte e os princípios constitucionais impositivos são aqueles que impõem determinações, regras e tarefas ao legislador infraconstitucional.[949]

Respeitada a classificação não parece crível que um princípio não possa ser, a um só tempo, fundamento da estrutura da sociedade e do Estado, explicitação de valores do constituinte e instrumento de imposição de tarefas ao legislador infraconstitucional.

Os princípios podem ainda se subdividir em princípios estruturantes, princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais especiais.

Como normas abstratas e naturalmente abertas que são, os princípios carecem de um processo de densificação que se dá no bojo dos procedimentos de aplicação da própria norma ou por intermédio de outros princípios de nível mais concreto, chegando ao fim do processo com sua densificação através de regras e de atos administrativos.

Parece sustentável a compreensão de que os princípios ditos fundamentais podem ser a um só tempo também estruturantes, constitucionais gerais e, até mesmo, especiais.

---

[949]CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1152.

Isso se dá por que a classificação não opera em critério de decorrência do mais importante para o menos importante, mas sim em função da sua generalidade ou concretude. É possível, assim, que um princípio fundamental seja, também, um princípio constitucional especial.

Neste sentido, pode-se dizer que qualquer princípio constitucional que, argumentativamente justifique-se como um princípio fundamental pode apoiar uma norma de direito fundamental e, portanto, realizar o princípio a ponto de o direito veiculado por esta norma ser tomado como fundamental.

Dentre os diversos princípios que podem sustentaras norma de direito fundamental ao ambiente, salta aos olhos o próprio princípio da preservação ambiental.

O princípio da preservação ambiental faz às vezes de princípio fundamental, sendo, a um só tempo impositivo e conformador. Trata-se de um princípio que insculpe um valor fundamental, um objetivo a ser cumprido pelo Estado e pela sociedade, além de se revelar como um princípio que impõe tarefas ou deveres ao legislador infraconstitucional, ao Estado e sociedade civil.

No mesmo sentido, o princípio da preservação ambiental também se impõe como um princípio constitucional especial.

O princípio que realiza o direito à vida é estruturante, tal qual aquele que impõe atividades no sentido de realizar o direito a saúde é um princípio constitucional geral. Neste sentido, o princípio da preservação ambiental, também chamado em doutrina de *princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana*[950] é um princípio constitucional especial.

---

[950] MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente.** São Paulo: RT, 2000, p. 95.

Do princípio da preservação ambiental decorrem diversos princípios que se socorrem do fundamento de que, o artigo 225 da CF estabelece um princípio que se realiza através de diversos outros princípios ambientais.

Isto se justifica desde a constatação de que, ao determinar através de norma princípio a preservação ambiental, a constituição também determinou a observância de uma plêiade de princípios satélites que possuem a função de realizar da melhor forma possível o princípio maior que é o da preservação ambiental.

4.2.2.1 Princípio constitucional da preservação do ambiente

Os princípios jurídicos são as normas básicas sobre as quais um ramo do direito se constrói. São os fundamentos de uma disciplina jurídica e todo o conjunto de normas que a compõem devem guardar arrimo nos seus postulados. São os princípios que dão unidade e vitalidade a um sistema jurídico e as demais regras que vem a seguir devem sempre se reportar a tais princípios porque sua existência tem como objetivo realizá-los e desenvolvê-los.

As normas-princípio são normas jurídicas abertas, o que significa que não possuem significado construído previamente e podem cambiar de sentido, acompanhando as evoluções da sociedade. O que é ato danoso ao ambiente hoje, e que é proibido com base no princípio da prevenção, pode vir a não ser ato danoso amanhã em razão da evolução da ciência. Tal modificação não significa, conquanto, que o princípio da prevenção tornou-se obsoleto ou revogado. A alteração no conteúdo e na significação do princípio é natural no mundo do direito.

Os princípios existem para dar fundamento ao sistema normativo de direito ambiental, dando autonomia ao ramo do direito, e existem, também, para dar dinâmica ao sistema normativo ambiental.

Um dos princípios que são conseqüência do princípio maior da preservação ambiental é o princípio do desenvolvimento sustentável[951]. O desenvolvimento está condicionado à preservação do ambiente para esta e para as futuras gerações. O direito ambiental sustenta-se não na necessidade de impedir o desenvolvimento da humanidade, mas na necessidade de compatibilizar este desenvolvimento com a preservação ambiental. Um dos seus princípios mais importantes é aquele que condiciona as atuações governamentais, as políticas públicas e as produções normativas à obrigação de respeitar o ambiente, sem abrir mão do necessário desenvolvimento.

Outro princípio que decorre do mega princípio da preservação ambiental é o princípio do direito ao ambiente como um direito fundamental.[952]

Pode parecer uma tautologia, um mero argumento circular, defender que o princípio do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado sustenta o próprio direito fundamental ao ambiente. No entanto, tal se dá por que O ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é direito subjetivo de todos e oponível ao Estado e aos particulares. Isto implica em dizer que todos possuem direitos subjetivos à preservação do ambiente, direito este que funciona como garantia contra-majoritária,

---

951 Lembra FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999: “A terminologia empregada a este princípio surgiu, inicialmente, na Conferência Mundial de Meio Ambiente, realizada, em 1972, em Estocolmo e repetida nas demais conferências sobre o meio ambiente, em especial na ECO-92, a qual empregou o termo em onze de seus vinte e sete princípios”.

952 “O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência – a qualidade de vida -, que faz com que valha a pena viver” (MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente.** São Paulo: RT, 2000, p. 112).

uma vez que é oponível a todo e qualquer intento de revogação, mesmo com o apoio da maioria.

Previsto no artigo 225 da Constituição é direito de todos e é a partir de tal constatação que se estrutura todo o sistema normativo ambiental brasileiro.

Quando houver certeza das conseqüências danosas ao ambiente, a conduta potencialmente causadora do dano deve ser evitada. Isto significa que uma das bases de todo o sistema jurídico ambiental é a evitabilidade do dano, através da aplicação de medidas de prevenção às conseqüências danosas.

Diferentemente de outros ramos do direito, o direito ambiental só possui razão de ser por conta de sua atitude preventiva. Os danos ambientais são na sua maioria irreparáveis, e a aplicação da prevenção quando a ocorrência do dano for certa é fundamental.

Não apenas quando o resultado danoso é certo e conhecido o direito ambiental deve atuar com seus objetivos preservacionistas. Há hipóteses em que a ciência não atingiu a convicção segura acerca do resultado. Não se sabe ao certo se determinada atitude causará dano ou não ao ambiente. Nestes casos, ausente a certeza e a convicção do dano, os atos potencialmente danosos devem ser coibidos porque o bem jurídico maior a ser preservado é a sanidade do ambiente, e conseqüentemente da vida humana, e não os valores patrimoniais e comerciais. É este, inclusive, o sólido entendimento da Declaração final exarada na Conferência da ONU do Rio de Janeiro de 1992, conhecida como ECO/92.

Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica, não deve ser utilizada como razão para inaplicabilidade de medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

A propriedade é um direito limitado e não absoluto, que sofre mitigações, dentre outras, em razão do ambiente. O exercício da propriedade necessita compatibilizar-se com a utilização ambientalmente correta dos recursos naturais existentes. Por não se tratar de valor absoluto, a propriedade deve ser exercida com atenção ao comportamento ambientalmente correto previsto no sistema normativo ambiental[953].

Outra decorrência do princípio da preservação ambiental é o princípio do poluidor pagador[954]. A poluição zero é um ideal inatingível. Todas as atividades humanas possuem algum impacto e causam algum tipo de dano ao ambiente, dano este que pode ser o mais reduzido possível ou pode ser de grandes proporções. Algumas atividades poluidoras podem ser, portanto, liberadas, mas isto não significa a irresponsabilidade dos sujeitos ativos de tais atos para com o ambiente.

Todo aquele que causa poluição fica obrigado a reparar o dano, e tal constatação pode resumir-se na certeza de que todo aquele que polui deve pagar pela poluição causada.

A utilização da economia, das regras de mercado, e dos instrumentos financeiros são um dos aportes principiológicos do direito ambiental, e o caracterizam como um ramo do direito conectado com os tempos pós-modernos.

As autoridades nacionais devem procurar garantir a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, considerando o critério de que, em princípio, quem contamina deve arcar com os custos da descontaminação

---

953 Tratando da função ambiental da propriedade, pontifica Carlos Alberto Dabus Maluf: “Afirma-se cada vez mais forte o seu sentido social, tornando-se, assim, não instrumento de ambição e desunião entre os homens, mas fator de progresso, de desenvolvimento e de bem-estar de todos” (MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 4).

954 *Polluter pays principle*.

com a observância dos interesses públicos, sem perturbar o comércio e os investimentos internacionais.

Todo aquele que possui benefício com a atividade potencialmente agressora do ambiente deve sustentar economicamente os custos do impacto causado. Isto significa que não apenas o causador da poluição deve sustentar a responsabilidade pelos danos causados ao ambiente, mas também aquele que auferiu benefício com a atividade poluidora suportada pelo direito ambiental repressivo, deve contribuir economicamente com a recuperação.

Ao usar um bem, gozar de uma atividade ou fruir de um benefício que apenas se tornaram possíveis em razão de um ato de poluição, o particular – ou até mesmo o Estado – devem suportar parcela econômica da atividade de recuperação do bem degradado.

Não apenas o poluidor, mas também o usuário, deve responder economicamente pela atividade.

Todas as atividades impactantes ao ambiente devem ser informadas ao consumidor que tem direito ao conhecimento dos impactos do processo de geração do benefício usufruído[955].

O princípio da informação é um princípio do direito e da administração pública que possui incidência no direito ambiental na medida em que o particular deve conhecer todas as etapas de produção do bem ou serviço que usufrui para poder melhor exigir posturas e normatizações ambientais.

O princípio da equidade intergeracional também é decorrente do princípio da preservação ambiental.[956]

---

[955] Ressalta Celso Antonio Pacheco Fiorillo que “A informação ambiental é corolário do direito de ser informado, previsto nos arts. 220 e 221 da Constituição Federal. O citado art. 220 engloba não só o direito à informação, mas também o *direito a ser informado* [...], que se mostra como um direito difuso, sendo, por vezes, um limitador da liberdade de informar” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 40).

Por outro lado, as preocupações com o ambiente devem ter por objetivo não apenas o ambiente vivenciado por esta geração, mas também o ambiente que estará disponível para as gerações futuras.

Os sujeitos futuros, que ainda não se constituíram enquanto tais, não podem ser titulares de direitos, mas é princípio fundamental do direito ambiental a observância dos seus interesses, uma vez que os atos da geração de hoje têm imensos reflexos nas gerações futuras.

O princípio da cooperação internacional também decorre do princípio da preservação ambiental. O ambiente desconhece fronteiras e a natureza não se submete a demarcações políticas. O dano ambiental é transfronteriço[957] e de nada valem legislações ou políticas públicas se não forem pensadas a partir da globalidade.

A eficácia da preservação do ambiente pressupõe medidas que transcendam as fronteiras dos Estados. A cooperação internacional é a única forma de eficazmente combater os danos ao ambiente nos dias de hoje. Sem a junção de esforços, sem se lançar mão de Tratados, Protocolos, Convenções e Conferências o direito ambiental será mera letra morta nos códigos contemporâneos.

Isto implica, por fim, na constatação de que a preservação ambiental é, sozinha, e em si mesmo, um princípio fundamental, sobre o qual pode se apoiar o direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

---

[956] Esse princípio encontrou assento na parte final do *caput* do art. 225 da Carta de 1988, assim redigido: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defende-lo e preserva-lo para as presentes e futuras gerações".

[957] No autorizado dizer de Álvaro Luiz Valery Mirra, a "dimensão transfronteiriça e global das atividades degradadoras exercidas no âmbito das jurisdições nacionais" (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: RT, n. 2, p. 65).

Em outras palavras, é o próprio princípio constitucional da preservação ambiental quem fornece a fundamentalidade material para a construção do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado na Constituição de 1988.

4.2.3 O fundamento material da norma de direito fundamental expressa pelo artigo 225 da CF\88: a dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, no sistema constitucional brasileiro é um princípio fundamental e se constitui em uma das bases da República Federativa do Brasil.[958] É fundamento do Estado brasileiro conforme estabelece o artigo 1º da CF/88. O Estado e todo o sistema constitucional apóiam-se em uma teia de princípios e em uma cadeia de valores acerca dos quais houve opção do constituinte. Um destes valores – convertidos em princípios - é o da dignidade da pessoa humana.[959]

Originariamente a dignidade da pessoa humana é um valor moral que ao ser positivado transforma-se em norma de direito positivo. Não se trata de uma declaração ética ou moral, mas de uma norma jurídica que gera efeitos como quaisquer outras normas do ordenamento jurídico-constitucional[960]. A sua

---

[958] COSTA, José Manoel M. Cardoso. O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: **Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.** São Paulo: Dialética, 2001, p. 191. A constitucionalização da dignidade da pessoa humana representa mais que isso. Representa a constitucionalização de um limite ao Estado, e um espaço de valor anterior à existência do próprio Estado e que funciona como limite a qualquer campo de atuação estatal. No mesmo sentido, BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: HESSE, Konrad. **Manual de derecho constitucional.** Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 118, e SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 69.

[959] Neste sentido, tratando do sistema alemão Cf. BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: HESSE, Konrad. **Manual de derecho constitucional**, Madrid: Marcial Pons, 1996, p.117-144.

[960] BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: HESSE, Konrad. **Manual de derecho constitucional**, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 120.

positividade transforma o seu conteúdo fazendo-o estender-se do campo da moral para o terreno da juridicidade.

A opção do constituinte de alçar a dignidade da pessoa humana à condição de princípio fundamental traduz-se – dentre outras formas – na busca de uma linha média entre o liberalismo extremado, e um coletivismo que minudencia a liberdade.

Esta linha média buscada pelo constituinte significa a criação de uma esfera individual que não se supera pelo coletivismo atentatório, mas também significa a fixação de patamares – ditados pelo conteúdo do princípio - que não podem ser negados, e nem submetidos ao individualismo. Neste sentido, entronizar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental significa uma tentativa de construir um elo entre o individualismo e o coletivismo, e um ponto de equilíbrio entre os direitos e a democracia.[961]

Muito embora a dignidade possa ser tomada como algo intrínseco à noção de humanidade e, portanto, não dependente de uma qualquer positivação jurídica, é forçoso reconhecer que a positivação constitucional, na qualidade de princípio, tem a função de salvaguardar uma característica imanente a todo ser humano, transformando em mandado jurídico-positivo a determinação de proteção deste valor.

Esta constitucionalização da dignidade humana na categoria de princípio constitucional permite seja a norma configurada como uma norma-princípio que se traduz em um mandado de otimização, determinando que algo seja realizado na maior medida possível.[962]

---

[961] BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: HESSE, Konrad. **Manual de derecho constitucional**, Madrid: Marcial Pons, 1996, p.119.

[962] Acerca dos princípios como mandados de otimização Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Isto significa permitir que todas as normas jurídicas sejam tomadas como condutoras da dignidade humana, e, por via inversa, permite negar constitucionalidade a normas e atos jurídicos que neguem a dignidade humana.

Desta maneira, o papel de concretizar a dignidade da pessoa humana passa a ser de todo aplicador do direito que deve realizá-la ao aplicar normas jurídicas que com ela guardem fundamento.

Como princípio[963] que é tem o efeito de condicionar as normas e atos jurídicos à sua observância e cumprimento, servindo de base a outras regras e interagindo normativamente com outros princípios.

Na constituição brasileira, uma das maiores características da dignidade da pessoa humana reside no fato de ela gozar da função de princípio político-constitucional que define e caracteriza a coletividade política e o Estado.[964] A conseqüência direta da sua posição jurídico-constitucional é jogar o papel de vetor interpretativo[965], ou ainda o papel de valor-guia[966] de diversas normas expressas por outros enunciados normativos constitucionais.

A constitucionalização da dignidade da pessoa humana como um valor alçado à condição de princípio constitucional tem a conseqüência político-normativa de marcar uma opção constituinte pelos valores humanistas, tornando o homem centro de uma ordem político-constitucional.[967]

---

[963]PÉREZ, Jesús González. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986.

[964]CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada.** Lisboa: Coimbra, 1984, p 66. v. 1.

[965]BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia dos princípios constitucionais:** o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 146.

[966]SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 72.

[967]COSTA, José Manoel M. Cardoso. O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: **Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.** São Paulo: Dialética, 2001, p. 191; No mesmo sentido, BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: HESSE, Konrad. **Manual de derecho constitucional**, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 119.

Intrincada questão é saber se, na qualidade de norma princípio, a dignidade da pessoa humana também é um direito, e se assim um for, se é um direito fundamental.

A dignidade da pessoa humana não é propriamente um direito fundamental[968], já que inexiste um direito fundamental à dignidade[969]. O princípio expresso pelo enunciado normativo do artigo 1º da Constituição é fundamento de outros direitos que realizam o princípio quando são aplicados em relações jurídicas intersubjetivas ou quando dão azo a atuações estatais fundadas em tais direitos.

A dignidade da pessoa humana é algo intrínseco a existência humana, e não tem, propriamente, a estrutura de um direito, já que essencial ao conceito de humanidade. Mas o fato de não ser exatamente um direito tem a conseqüência, apenas, de não ser possível uma demanda com fundamento exclusivo no princípio da dignidade da pessoa humana, já que não parece lógico pleitear algo que é inerente ao próprio conceito de Homem.[970]

Parece, à partida, equivocado sustentar que um princípio fundamental irradiante para toda ordem jurídica como o princípio da dignidade da pessoa humana não seja protegido positivamente por uma estrutura de direitos.

A dignidade da pessoa humana, como princípio expresso demonstra ser algo mais que um direito fundamental. É um valor irradiante para toda a ordem

---

[968]SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 68.

[969]Neste sentido, COSTA, José Manoel M. Cardoso. O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: **Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.** São Paulo: Dialética, 2001, p. 192; e tomando as posições que conferem à dignidade da pessoa humana uma posição de direito ou uma posição de princípio que fundamenta outros direitos que o concretiza, e denominando ambas concepções de "direito autônomo" e "direito relativo", Cf. DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: **Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.** São Paulo: Dialética, 2001, p. 151-162.

[970]Neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 109. Sobre a possibilidade de litigar – no sistema constitucional português, utilizando-se por base somente o princípio da dignidade da pessoa humana expresso no artigo 1 da CRP, Cf. o Acórdão do Tribunal Constitucional Português de nº 105/90. Naquela decisão, o TC admitiu o fundamento exclusivo de uma argüição de constitucionalidade com base no princípio, mas reiterou a dificuldade de concretização de seu conteúdo.

jurídica, e dele decorrem posições jurídico-fundamentais, já que fundamenta direitos subjetivos, mas, em si, não é um direito.[971]

Como anota Ingo Sarlet[972], não há mesmo sentido na dignidade da pessoa humana constituir-se em um direito, uma vez que não há razão para pleitear o que é intrínseco ao Homem[973]. Por outro lado, o fato de se constituir em um princípio significa que todas as demais normas jurídicas positivas guardam-lhe deferência, o que implica na possibilidade de a dignidade agredida ser corrigida pela natural vinculatividade das normas que se fundamentam no princípio da dignidade da pessoa humana.[974][975]

Estar constitucionalizado como princípio e não como um direito não implica em uma ausência de relação direta entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Muito ao contrário, os direitos fundamentais – diretamente ou mediatamente – fundamentam-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

Esta constitucionalização na qualidade de princípio tem o efeito de servir de base (exclusiva) direta[976], ou (concorrente) mediata[977], para a fundamentação

---

[971]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** *3. ed.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 103, e também SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 70-71.

[972]SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 71.

[973]Esta posição merece reparos, na medida em que algo ser intrínseco ao homem não serve de elemento caracterizador do conceito de direito. A vida, por exemplo, é intrínseca ao ser humano, e se constitui em um direito na medida em que pode ser agredida ou mitigada por atividades exógenas. Assim também a dignidade poderia – a princípio – ser um direito que pudesse ser negado ou agredido por outrem, necessitando, pois, de uma afirmação pública para que fosse garantido pelo Estado. A não ser que se tomasse a dignidade como algo de impossível retirada, intrínseco de tal forma que o homem sempre a terá, independentemente de sua agressão por outrem, a idéia não parece ser firmemente posta.

[974]BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: HESSE, Konrad. **Manual de derecho constitucional**, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 121.

[975]Este sim parece ser o argumento mais forte a justificar a posição da dignidade da pessoa humana como princípio gerador de direitos e não um direito em si mesmo.

[976]ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001; SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: **Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.** São Paulo: Dialética, 2001, p. 151-162; BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia dos princípios constitucionais:** o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

material dos direitos fundamentais, vez que, o catálogo constitucional de direitos passa a ser conseqüência da humanização das bases constitucionais do Estado.[978] O princípio fundamenta e confere unidade aos direitos fundamentais[979], muito embora não seja o único princípio a servir de base material a tais normas, razão pela qual, a sua fundamentação não é exclusiva, mas concorrente com outros princípios e, nem sempre, direta. Podem existir direitos apenas indiretamente arrimados na dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais existentes no tempo presente, dada a hiper-complexidade da sociedade, não se apóiam exclusivamente na dignidade da pessoa humana, e nem é possível encontrar diretamente fundamento exclusivo em tal princípio para todos os direitos fundamentais.

Todas as normas de direitos fundamentais guardam uma relação com os princípios da Carta Constitucional, e desta forma, os direitos à vida, à liberdade e à igualdade correspondem direta ou indiretamente às exigências elementares de realização dos ideais de dignidade da pessoa humana[980], que é um princípio constitucional expresso pelo enunciado normativo do artigo 1º da Constituição. [981]

No entanto, os direitos fundamentais estão embasados em diversos princípios constitucionais, dentre eles na dignidade da pessoa humana, e já não é possível dizer que todos os direitos fundamentais sejam realizadores do princípio da dignidade da pessoa humana. Se mediatamente todos eles guardam uma

---

[977]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[978]COSTA, José Manoel M. Cardoso. O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: **Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.** São Paulo: Dialética, 2001, p. 192.

[979]CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. Lisboa: Coimbra, 1984, p. 70. v. 1.

[980] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 102.

[981] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 102.

vinculação, ainda que tênue, com tal princípio, já não se pode dizer que toda e qualquer norma de direito fundamental guarde com ele consonância direta.

Os direitos fundamentais terminam por serem a concretização de princípios que não possuem a estrutura de direitos de natureza subjetiva. A concretização de tais princípios dar-se-á por intermédio de direitos fundamentais.

Como uma das bases do sistema aberto de direitos fundamentais da carta constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de vetor para interpretação e alcance de toda a gama de normas de direitos fundamentais constitucionalmente previstas, configurando-se, assim, como um princípio de maior hierarquia axiológico-valorativa.[982]

Desta forma, no ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana possui um duplo papel: fundamenta materialmente os direitos fundamentais[983], alguns diretamente e outros indiretamente, e serve de conteúdo interpretativo para diversas normas jurídicas em si embasadas.

Há uma íntima ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o arrimo jusnaturalista de uma teoria dos direitos fundamentais, principalmente em sua base religiosa. A utilização do princípio começa na inspiração cristã, fazendo todo um arco histórico passando pelo humanismo, chegando a uma sustentação racional, esta sim, laica.[984]

---

[982] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 72.

[983] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 70.

[984] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 106-107.

A princípio tomado desde a concepção cristã de homem[985], a dignidade da pessoa humana terminou por consolidar uma compreensão racional de ser humano, fazendo retirar todo – ou parte – do conteúdo metafísico do princípio.

Esta explicação-justificação do princípio da dignidade da pessoa humana a partir da concepção racional de homem permitiu uma relativização do conteúdo que fez, do princípio, algo relativo, e concretizável desde a utilização da argumentação histórica ou racional, mas jamais demonstrável empiricamente.

Por considerações de natureza histórica, o princípio é extremamente aberto, o que não permite qualquer conceituação ou fixação de conteúdo divorciado do processo histórico ou do embate racional. Considerando a diversidade de valores de uma sociedade hiper-complexa, é difícil encontrar um conteúdo unívoco para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tanto a história é dinâmica quanto a razão não produz ecos uníssonos, e a densificação do princípio permite uma pluralidade de conteúdos que não projeta uma base sólida para os direitos arrimados em tal alicerce.

A concretização da dignidade da pessoa humana não é diferente da densificação de qualquer outro princípio. Tomado este como categoria dogmática, a resolução de questões que envolvam a fixação de um conteúdo passa pelas três dimensões da dogmática: a empírica, a analítica e a normativa.

Desta maneira, o que vai lhe definir o conteúdo, é sempre uma argumentação principiológica – tomando-se por base a estrutura conceitual da dogmática analítica, e as constatações empíricas, como a redação do enunciado normativo e as decisões do Supremo Tribunal Federal.

---

[985]BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: HESSE, Konrad. **Manual de derecho constitucional**, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 117-118.

4.3 NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL DO ARTIGO 225 DA CF\88

Desta feita, o enunciado normativo do artigo 225 da CF\88 expressa uma norma de direito fundamental que se justifica como tal formal e materialmente. A justificativa formal reside no fato de que a cláusula de abertura do artigo 5, § 2º da CF\88 permite que a materialidade formal advenha da constatação da existência de fundamentalidade material.

A norma é de direito fundamental porque o princípio da preservação do meio ambiente – que é estrutural no Estado Democrático de Direitos Ambientais e dá fundamento ao direito do ambiente - realiza-se como princípio fundamental, impositivo e conformador.

Demais disso, forçoso é reconhecer que a dignidade da pessoa humana realiza-se como um princípio constitucional a apoiar a norma de direito que exsurge do enunciado normativo do artigo 225 da CF\88 a ponto de transformá-la, também, em uma norma de direitos fundamentais.

Assim, dúvida não resta de que o enunciado do artigo suso mencionado é um enunciado normativo fundamental, haja vista que a norma expressa por ele é uma norma de direitos fundamentais.

Questão que passa a ser relevante é a de analisar, desde esta constatação, as conseqüências que exsurgem desta fundamentalidade, principiando-se por analisar se desta norma decorrem direitos e deveres fundamentais, ou apenas deveres fundamentais. Em outras palavras saber se é o caso de perceber a eficácia subjetiva da norma de direitos fundamentais a construir direitos com toda a carga de subjetividade que o conceito importa ou, apenas, o

caso de se ter uma eficácia meramente objetiva a impor tarefas e deveres de matiz fundamental.

Por último se fará mister compreender a existência ou não de restrições possíveis a este direito fundamental, e também a hipótese da eficácia horuzontal para este direito.

Enfim, será necessário perceber o perfil dogmático do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

CAPITULO 5 - O PERFIL DOGMÁTICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O direito fundamental ao ambiente configura-se como um direito fundamental como um todo[1091]. Isto implica em dizer que se trata de um direito fundamental que opera na quadratura dogmática como um direito de defesa, como um direito a prestações e como um direito a igualdade. Quer dizer também que o direito fundamental ao ambiente pode se realizar como um direito a um procedimento.

O reconhecimento do direito constitucional ao ambiente como um direito fundamental é dominante - por ampla maioria - na doutrina ambientalista brasileira[1092], muito embora haja poucas afirmações acerca das conseqüências de assim considera-lo.

Da mesma forma, a doutrina estrangeira de relevância também vem considerando o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como um direito fundamental. Isto somente é possível porque, dentro da estrutura dogmática do direito fundamental ao ambiente ele é um direito subjetivo que se apresenta no mundo jurídico como atribuível a uma diversidade de pessoas, por

---

1091 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 429. No mesmo sentido, GALVÃO FILHO, Anísio Pires. **Direito fundamental ao ambiente.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 43-48.

1092 Cf. FREITAS, Vladmir Passos. **A constituição federal e a efetividade de suas normas.** São Paulo: RT, p. 15 e ss; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 31 e ss; TRINDADE, Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente:** paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993, p. 71 e ss; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2002; MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente:** doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 4. ed. São Paulo: RT, 2005; GALVÃO FILHO, Anísio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; PORTANOVA, Rogério. Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: BELLO FILHO, Ney de Barros; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito ambiental contemporâneo.** São Paulo: Manole, 2004, p. 621-643; AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato. **O estado de direito ambiental:** tendências. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 229-271.

uma norma de direito fundamental que é expressa por um enunciado normativo de direitos fundamentais.

O caminho da caracterização da norma de direitos fundamentais expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da Constituição como atributiva de subjetividade encontra um tortuoso caminho. Em primeiro lugar, é questionável a adequação constitucional da atribuição de subjetividade na medida em que a técnica é corrente na primeira geração de problemas ecológicos, quando os bens ambientais eram protegidos por direitos subjetivos individuais que tinham por objeto os bens ambientais individual e fisicamente considerados. A segunda geração dos problemas ecológicos vê nos macro bens ambientais o verdadeiro objeto do direito, e percebe na técnica da atribuição de subjetividade individual uma redução da amplitude protetiva da norma. Trata-se de direito de grupos, não mais direitos de indivíduos. O sujeito é a geração e não o indivíduo. [1093]

Neste sentido, os fundamentos teóricos constitucionalmente mais adequados para a defesa do ambiente estariam localizados na assunção de deveres fundamentais ambientais, sem expressão subjetiva e sem apego à individualidade.

Entretanto, impende perceber que o problema não está na utilização da técnica de subjetivação do direito – e na sua realização como garantia contra-majoritária – mas na individualização, na perspectiva personalista e individual da proteção de um micro bem que vem sendo superado por uma visão coletiva, e até mesmo difusa.

Como lembra Canotilho, “[...] pretende-se sublinhar a necessidade de se ultrapassar a euforia do individualismo de direitos fundamentais e de se radicar uma comunidade de responsabilidade de cidadãos e entes públicos perante os problemas ecológicos e ambientais”.[1094] Ultrapassar esta euforia não significa

[1093] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 178.
[1094] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 178.

abandonar a técnica dos direitos fundamentais como instrumento de proteção do ambiente, mas sim utilizar o direito subjetivo fundamental desde uma ótica difusa e coletiva.

É possível utilizar a subjetividade fundamental como técnica de proteção do ambiente, mas o que se faz mister é a ruptura com o senso individualista de direito, o avanço para além da individualidade, rompendo a marca liberal, que se repete no neoliberalismo pós-moderno. É necessário fazê-lo em nome de uma compreensão mais coletivista e difusa da tutela do ambiente.

É possível utilizar-se do direito fundamental e dos deveres fundamentais para proteger o ambiente. Esta afirmação teórico-dogmática implica na existência de dois planos de eficácia. O plano da eficácia subjetiva que constitui o direito propriamente dito, e o plano da eficácia objetiva que revela a existência de deveres fundamentais que exsurgem da norma expressada pelo enunciado normativo fundamental.

Assim, a norma do artigo 225 da Constituição Federal é uma norma de direitos fundamentais de eficácia objetiva e subjetiva, que estabelece no ordenamento patrício uma série de direitos ambientais, um direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e também deveres ambientais, além de criar institutos que não são propriamente direitos nem deveres.

O direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, propriamente dito, é um direito que se realiza de diversas formas, e pode ser demonstrado a partir do direito às políticas públicas do Estado e também desde o direito à inação do Estado, em respeito ao direito de viver em uma sociedade ambientalmente equilibrada. Como expressão de um direito fundamental completo, o

direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado se expressa como uma realização da igualdade.

Este direito fundamental obviamente não é absoluto, e restringe-se em razão de princípios e regras que realizam outros direitos fundamentais que ocupam o espaço e podem exarar comandos opostos àqueles provenientes da norma fundamental ambiental.

Estas restrições compõem o âmbito de aplicabilidade do direito fundamental ao ambiente que, *a priori*, possui uma expressão e, *a posteriori* recorta-se de uma forma diferenciada, sempre a menor, após o choque de outros direitos fundamentais que agem antiteticamente ao paradigma.

O resultado da ponderação entre direitos fundamentais é a face aplicável do direito ao ambiente, que se realiza como expressão do choque de valores e direitos que se dá e se resolve no momento da aplicação e densificação das normas pelo aplicador do direito.

De outro lanço, este direito fundamental ao ambiente que assim se configura, possui uma eficácia não apenas vertical, como sói acontecer com todos os direitos fundamentais, mas também horizontal.

Isto implica em dizer que os direitos fundamentais, e especialmente o direito fundamental ao ambiente aplica-se nas relações entre particulares. Ou seja, a dimensão plural do direito fundamental ao ambiente choca-se com regras privadas e espraia sua eficácia também para relações de natureza contratual.

A eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente finda por determinar toda uma gama de possibilidades de controle e conformação das relações privadas a partir do direito fundamental ao ambiente.

Um direito fundamental na pós-modernidade será, necessariamente, um direito que possa substituir a velha equação vertical – Estado/cidadão – por uma nova expressão: A relação hipersuficiente-hipossuficiente.

O mercado neoliberal, o setor privado do globalismo exerce sobre a sociedade força maior que o Estado da modernidade exercia. Se o discurso jurídico fundamental serviu de âncora para a atuação dogmática em proteção e preservação da liberdade, nada mais atual do que reconhecer o discurso fundamental ambiental como uma hipótese de defesa do homem pós-moderno frente às esferas fragmentadas e fragmentárias de controle da sociedade que agridem o ambiente, tornando-o um instrumento de obtenção de lucros virtuais.

5.1 DIMENSÃO SUBJETIVA E OBJETIVA DA NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE

Os direitos fundamentais são categorias dogmáticas às quais corresponde uma subjetividade inerente ao conceito de direitos fundamentais. Esta é uma idéia recorrente e representa um lugar comum na clássica concepção liberal de direitos fundamentais.

O Estado liberal constituía-se a partir da crença na liberdade do indivíduo e do seu papel como instituição a garantir esta liberdade. A compreensão da utilização de normas de direitos fundamentais como valores a regular as atuações do Estado e dos indivíduos é própria do Estado pós-liberal, que é o Estado Social[1095].

[1095] Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 187 e ss.

Estas “escolhas valorativas” que determinam objetivamente condutas, limites e atuações têm sua origem na Constituição de Weimar, mas somente foram desenvolvidas na década de 50 (cinqüenta) do século XX. [1096]

Considerando este pensar, para muito além da dimensão subjetiva das normas de direitos fundamentais, há uma dimensão objetiva que com ela é concorrente, ou lhe é exclusiva, quando tais normas não atribuírem a qualquer legitimado um direito subjetivo.

Há que se perceber que uma coisa são normas de direitos fundamentais e outra coisa os direitos fundamentais que são por elas atribuídos a determinados legitimados. São dois conceitos dogmáticos distintos e que não expressam o mesmo instituto.

Algumas normas de direitos fundamentais não conferem quaisquer posições jurídicas subjetivas e, portanto, nestes casos, não há que se falar em direitos fundamentais, mas tão somente em normas de direitos fundamentais de eficácia meramente objetiva. Estas normas de eficácia meramente objetiva geram interesses legítimos, ou interesses jurídicos que não se confundem com direitos subjetivos. Existem duas dimensões – ou duas possibilidades de eficácia dos direitos fundamentais.[1097]

Afirma Jorge Reis Novais[1098]:

> [...] para além da sua dimensão subjectiva, os direitos fundamentais constituem, no seu conjunto, um sistema ou ordem objectiva de valores

---

[1096] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 149.

[1097] Afirmando a dupla dimensão dos direitos fundamentais – a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva – encontra-se, na doutrina portuguesa os posicionamentos de ANDRADE, José Carlos Vieira. **Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra: Almedina, p. 200; SILVA, Vasco Pereira. **Em busca do ato administrativo perdido.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996 e CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

[1098] NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 58.

> que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente toda a actuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do direito.

Tais são as normas que estabelecem princípios destinados a garantir outros direitos fundamentais, ou a definir deveres de natureza fundamental, sem caracterizarem-se como direitos propriamente ditos, em razão de não atribuí-los a quem quer que seja.

Observe-se que todas as normas de direitos fundamentais possuem esta eficácia meramente objetiva, na medida em que estas normas jogam as funções de normas de garantia da unidade do sistema além de possuírem efeitos que desbordam da mera atribuição de subjetividade.

Isto implica na constatação de que todas as normas de direitos fundamentais são normas de eficácia objetiva por que delas é possível extrair obrigações, deveres e proteção a outros direitos. A subjetividade é um *plus* que pode ou não estar adjungido à norma.

A teoria institucional dos direitos fundamentais foi quem primeiro descalvou a estrutura dos direitos fundamentais – ou de suas normas estatuintes – par admitir a existência de um duplo caráter dos direitos fundamentais. Entretanto, conforme a teoria institucionalista, o caráter subjetivo do direito fundamental vinculava-se a sua expressão individualista, que se caracteriza pela subjetividade pública. Já a dimensão objetiva caracteriza-se por ser a expressão institucional objetiva.

O recorte do direito ambiental pensado como direito subjetivo individual era característico de um modelo liberal que se afirma como aporte de um individualismo que se supera no Estado social.

Lembra Jorge Reis Novais[1099]:

> Para Häberle, os direitos fundamentais apresentam um lado jurídico-individual, enquanto garantem aos seus titulares um direito subjetivo público, e um lado institucional objetivo, enquanto garantias constitucionais de âmbitos de vida de liberdade juridicamente ordenados e conformados. Este duplo carácter constitui a essência dos direitos fundamentais: na perspectiva dos seus titulares, os direitos fundamentais surgem como direitos subjetivos públicos, enquanto que, na perspectiva das relações de vida, surgem os institutos.

Isto se justifica por que os direitos fundamentais não possuem apenas a sua dimensão individual própria da subjetividade, mas foram elevados ao patamar de "pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade" [1100].

Entre as duas dimensões existe não propriamente uma tensão, mas uma dependência, uma complementariedade. Não existe norma de direito fundamental sem a sua dimensão objetiva, e todas as vezes que se estiver diante de um direito fundamental certamente se estará diante desta dúplice dimensão.

Esta dupla função das normas de direitos fundamentais é que os garante a posição de normas de garantia do modo de viver na pós-modernidade. A sua eficácia objetiva reflete algo mais importante em diversas conexões dogmáticas do que a subjetividade em voga na modernidade. A subjetividade passa a ser apenas uma das técnicas de preservação de bens jurídicos através do direito, e em alguns casos sem ser, nem mesmo, a mais importante.

[1099] NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 60.

[1100] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 114.

A afirmação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode ser compreendida como uma des-subjetivização uma vez que a compreensão clássica dos direitos fundamentais é no mínimo mitigada para dar lugar a uma irradiação objetiva que gera deveres e comportamentos vinculativos e determinantes, porém carentes de subjetividade.

A objetivação das normas de direitos fundamentais representa uma ligação direta com a teoria dos valores, na medida em que é pressuposta da existência de uma dimensão objetiva a existência de um valor objetivamente institucionalizado pela norma a ser perseguido e irradiado para toda a sociedade e Estado.

O individualismo sede lugar a uma compreensão dogmática que vê na subjetividade dos direitos, apenas uma das técnicas de defesa de bens jurídicos, não a única possibilidade de fazê-lo.

Os direitos fundamentais, ou mais tecnicamente as normas de direitos fundamentais deixam de ser pensadas sob a ótica dos indivíduos para ocupar espaços de conformação coletiva, protegendo valores e bens jurídicos que não aderem ao titular no sentido da subjetividade clássica.

Dá conta Vieira de Andrade:

> Já tem sentido fazer uma distinção para mostrar que os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da accção estadual.[1101]

Estes efeitos jurídicos decorrentes da eficácia objetiva das normas de direitos fundamentais são importantes para a proteção de valores e bens na pós-

[1101] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 115.

modernidade na medida em que representam um acréscimo às considerações decorrentes da subjetividade em voga nas teorias liberais. Ao constatar-se a existência de uma eficácia objetiva de todas as normas de direitos fundamentais se estará extraindo conseqüências que não são naturais à simples constatação de subjetividade jurídica.

A exigência de deveres do Estado e de particulares não são uma conseqüência natural da subjetividade das normas de direitos fundamentais. Ao se admitir a existência de uma eficácia objetiva se estará acrescentando uma plêiade de deveres e obrigações que não surgiriam naturalmente da subjetividade dos direitos fundamentais.

Este alargamento da efetividade, decorrente da admissão de sua objetividade, aumenta a influência do sistema normativo – e mais precisamente do sistema de direitos fundamentais – na vida em sociedade.

A participação do ordenamento jurídico, cumprindo as suas funções de imperatividade e normatividade crescem com a assunção da eficácia objetiva, na medida em que direitos e obrigações podem ser extraídos do texto, ainda que direitos subjetivos não estejam, no todo, configurados.

A compreensão e o reconhecimento da dimensão objetiva representam um avanço na operatividade dos direitos fundamentais, na medida em que as existências destes direitos enquanto categorias dogmáticas não representam apenas a exigência de que o Estado não viole determinadas posições jurídicas, mas também que ele se obrigue a perseguir a realização de valores objetivos que estão dispostos e determinados, com grau de vinculatividade, no corpo constitucional.

Ao admitir-se a existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que se está a fazer é reconhecer a sua função de fundamentos da

ordem jurídica a irradiar seus efeitos para todo o setor público e a sociedade, gerando deveres e protegendo institutos e pugnando pela realização de valores constitucionalmente postos. Desta forma, as normas de direitos fundamentais deixam de ser somente normas atributivas de subjetividade pública e passam a ser normas imperativas e vinculativas de natureza ampla, irradiantes para toda a sociedade e para o Estado.

Se por um lado as normas de direitos fundamentais possuem sempre uma eficácia objetiva, não é certo dizer que todas as normas de direitos fundamentais atribuem a algum legitimado a subjetividade necessária à configuração de um direito subjetivo de cariz fundamental.

Os direitos fundamentais são sempre direitos subjetivos. As normas de direitos fundamentais, quando atribuem direitos subjetivos a um legitimado estão atribuindo direitos subjetivos e estabelecendo um direito fundamental, sem prejuízo da sua eficácia objetiva, que é comum a todas as normas de direitos fundamentais.

A principal característica que socorre aos direitos subjetivos é a possibilidade de se fazerem efetivos nos tribunais.[1102] Há direito fundamental quando houver justiciabilidade, quando for possível a um titular a quem o direito esteja atribuído por uma norma de direito fundamental guerrear em juízo em defesa de sua posição jurídica.

O direito subjetivo joga a função de uma posição jurídica que pode se caracterizar como o poder da vontade de determinar algo ou um interesse digno de proteção.[1103] Estabelecer-se como posição jurídica representa a possibilidade de sê-la, a posição, exigível judicialmente.

[1102] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 42.

[1103] O debate acerca da característica e da natureza do direito subjetivo não é novo. As teorias da vontade e do interesse se contrapõem quer em Alemanha quer no pensamento anglo-saxão. Sobre o assunto interessante o

Isto não implica em dizer que na ausência de subjetividade há perda de qualquer possibilidade de busca de satisfação judicial contra a agressão do bem jurídico protegido pela norma. Tal implica, isto sim, no estabelecimento de uma diferença ontológica entre a eficácia jurídica de um direito subjetivo e a eficácia de uma norma de direito carente de subjetividade. As normas de direito fundamental de eficácia meramente objetiva possuem eficácia, mas a sua eficácia é uma eficácia diferida.

A dimensão objetiva não é incompatível com a dimensão subjetiva. Quando está presente a dimensão subjetiva, está claro que a dimensão objetiva também se faz atuante. Neste sentido, clara é a exemplificação de Jorge Reis Novais[1104]:

> Assim, se A tem em face ao Estado um direito a algo, então o Estado tem, como contrapartida relacional, a obrigação jurídica de prestar este algo (seja fazendo, não fazendo ou sujeitando-se), isto é, o Estado tem, para com A, um dever. Ora, se abstrairmos da posição de A, e, mais rigorosamente, se abstraímos da perspectiva relacional, resta ainda um dever do Estado, ou seja, objectivamente, o seu dever de fazer, não fazer ou de se sujeitar.

Direito subjetivo é sempre reflexo de uma posição jurídica o que implica em dizer que todo direito subjetivo revela uma posição jurídica e, dito deste modo,

---

que dizem autores como Rudolf Vom Jhering, Bernhard Windsheid, Jeremías Bentham, John Austin, Joerg Jellinek. Interessante ver, também o posicionamento de Robert Alexy. No direito Português, veja-se MONCADA, Cabral. **Lições de direito civil**. 4. ed. Coimbra, Almedina, 1995, p. 58 e ss; ANDRADE, Manuel. **Teoria geral da relação jurídica**, 6. reimp. Coimbra, Almedina, 2003, p. 7 e ss. v. 1; PINTO, Paulo Mota. **Direito civil**. Lisboa: Coimbra Editora, 2000; CARVALHO, Orlando. **Relação jurídica e direito subjetivo**, Lisboa: Coimbra Editora, 1981; MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1983, p. 82 e ss; CORDEIRO, João Menezes. **Tratado de direito civil português.** Coimbra: Almedina, 1999, p. 105 e ss. v. 1.

[1104]NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 68-69.

todo ele possui subjetividade. Isto representa conceber direito subjetivo em sentido amplo, “[...] como posição jurídica subjetiva activa ou de vantagem”.[1105] Ou, em termos similares, admitir que “[...] a figura do direito subjetivo implica um poder ou uma faculdade para a realização efectiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular”.[1106]

Obviamente, admitir que todo direito é subjetivo não é afirmação válida se cotejada com a clássica dicotomia entre direito objetivo e direito subjetivo, que permite compreender por direito objetivo como expressão da norma jurídica haja ou não subjetividade em razão da atributividade de posição jurídica a legitimados.

No sentido de que todo direito é subjetivo as normas que não atribuem direito a ninguém por serem carentes de subjetividade são normas que possuem eficácia meramente objetiva. Todo direito subjetivo é um modelo de três níveis: Primeiramente deve-se observar as razões para que uma determinada norma esteja atribuindo direito subjetivo a quem quer que seja; em um segundo momento, reconhecer tal direito como uma posição jurídica; e por fim, perceber a propriedade natural de todo direito subjetivo que é sua exigibilidade.[1107]

Ao observar-se a aparente dicotomia entre eficácia meramente objetiva e eficácia subjetiva das normas de direitos fundamentais - que geram deveres fundamentais e direitos subjetivos fundamentais respectivamente – percebe-se que a subjetividade remonta a um aspecto individualista, que põe em evidência a dimensão personalista do direito que sempre foi sua principal característica.

[1105] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 11.

[1106] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 119.

[1107] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 46.

Afirma Vieira de Andrade que a subjetividade permite, em primeiro plano, a proteção de interesses próprios dos titulares, ainda que este interesse seja, a um só tempo, comunitário. Nas palavras do autor:

> Quanto ao segundo aspecto (diríamos: funcional), não haverá dúvidas de que a atribuição subjetiva de direitos fundamentais pressupõe a existência e visa em primeira linha satisfazer interesses próprios dos titulares, reconhecidos pelas normas constitucionais enquanto bens jurídicos pessoais – é esse o critério que identifica toda a matéria, ainda que esses valores possam ser simultaneamente valores comunitários.
> Quanto ao primeiro aspecto (estrutural), vemos que o reconhecimento ou a atribuição de um direito subjetivo fundamental aparece hoje ligado à proteção intencional e efectiva da disponibilidade de um bem ou de um espaço de autodeterminação individual, que se traduzirá sempre no poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos.[1108]

Convém observar, entretanto, que o fato de se tratar de direito fundamental – e conseqüentemente, de direito subjetivo fundamental não implica necessariamente na constatação de que se trata de um direito de cariz individual. A individualidade não é atributo da subjetividade, que pode se dar de forma coletiva e até mesmo difusa.

É possível que haja o resgate de uma subjetividade não em moldes da individualidade moderna, mas em nome de uma compreensão coletiva e difusa dos direitos que caracteriza a hipótese de resistência jurídica a compreensões totalizantes pós-modernas.

Isto implica em dizer que o direito subjetivo pode ser instrumento de afirmação de uma técnica de direitos que realiza a transindividualidade,

---

[1108]ANDRADE, José Carlos Vieira. **Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 119.

compreendendo o universo a ser protegido pelo direito subjetivo não apenas como o universo individual da concepção clássica.

Por esta razão não é possível concordar com Vieira de Andrade quando vê na individualidade uma das características da subjetividade.[1109] A referência a homens individualmente considerados é uma possibilidade do direito, mas a sua compreensão coletiva ou difusa é uma realidade e uma necessidade no mundo contemporâneo.

Os direitos fundamentais coletivos – que existem na maioria das Constituições, inclusive a portuguesa – são, para o autor, apenas uma forma de exercício de direitos que, em si, são individuais. A pensar desta maneira seria impensável a categoria de direitos difusos, que se revelariam como interesse e não como direitos propriamente ditos.

Esta não parece ser a melhor interpretação, especialmente por que os direitos fundamentais são expressões de conquistas e construções histórico-dogmáticas, e nos tempos atuais não há que se falar exclusivamente na individualidade dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Os entes coletivos podem, sim, serem titulares de direitos fundamentais, além de instrumentos de seu exercício, assim como é possível a difusão e dispersão destes direitos que vão ser densificados apenas no momento da sua realização. É o caso dos direitos fundamentais de natureza difusa.

Isto implica, necessariamente, em dizer que os direitos fundamentais, que são posições jurídicas, são posições jurídicas subjetivas, podendo ser individuais, coletivas ou difusas.

[1109] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 122.

Quando se está tratando da norma do artigo 225 da Constituição Federal que enuncia a norma de direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado percebe-se claramente a existência de dupla eficácia – objetiva e subjetiva.

Como dá conta Canotilho, a dimensão objetiva das normas fundamentais de direito ambiental é responsável por uma dada diretriz de preservação de bens ambientais constitucionalmente protegidos, tornando-se relevante na interpretação de outros dispositivos que podem direcionar a interpretação da norma a partir da sua eficácia objetiva.

Desta maneira, fácil entender que a eficácia objetiva da norma funciona como guia hermenêutico de caráter geral, obrigando os aplicadores a observarem a proteção do meio ambiente quando da aplicação de outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Desta maneira, a eficácia objetiva da norma de direito fundamental ao ambiente joga a mesma função dogmática do princípio constitucional da preservação do ambiente.

Diz Canotilho:

> [...] a dimensão objectiva das normas-tarefa e normas-fim constitucionais relativas ao ambiente apontam para a constitucionalização de bens (ou valores) jurídico-constitucionais decisivamente relevantes na interpretação – concretização de outras regras e princípios constitucionais, na concretização de preceitos constitucionais por normas de direito ordinário, nos juízos de ponderação indispensáveis à solução de conflitos.[1110]

A solução no caso brasileiro não é distinta da portuguesa. Com efeito, o constituinte inovou no trato da matéria ao deixar claro a expressão de deveres

[1110]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 181.

constitucionais ambientais impostos quer a coletividade, quer ao poder público. Ao fazê-lo estabilizou a categoria dogmática dos direitos fundamentais ambientais que tinha tratamento incerto por parte da norma constitucional anterior. Claro e cristalino ficou a existência de uma plêiade de determinações constitucionais impostas a todos e que tinha como objeto o ambiente considerado constitucionalmente como um 'bem de uso comum do povo'

Resta saber se tais normas de direito fundamental ao ambiente que impõe deveres ambientais traz consigo obrigações relativas a direitos. Resta saber se a eficácia da norma que é naturalmente objetiva comporta o *plus* da subjetividade, estabelecendo legitimados difusos para o direito que ela lhes atribui.

A resposta deve ser afirmativa, na medida em que o artigo 225 da Constituição Federal não impõe apenas deveres, mas também direitos, garantindo a justiciabilidade àqueles legitimados que difusamente estão indicados na norma expressa pela disposição de direito fundamental.

5.1.1 Os deveres fundamentais

Dois são os tipos de deveres que surgem do texto constitucional: deveres constitucionais autônomos e deveres fundamentais correlatos a uma norma de direito fundamental.[1111]

> Existem deveres que não são correlatos às normas de direitos fundamentais, que são os deveres constitucionais autônomos. São deveres constitucionais – abstratos ou concretos - e que não se vinculam à existência de uma norma de direitos fundamentais.

[1111] Robert Alexy levou a efeito outra hipótese de classificação de normas de direitos fundamentais que insculpem deveres fundamentais. Para o professor, as normas são vinculantes ou não vinculantes, constitutiva ou não de posições *prima facie*, e estatuinte de um direito ou de um dever. Das combinações possíveis surgem oito tipos de normas de direitos fundamentais. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 484.

Outros deveres são decorrentes de normas de direitos fundamentais e podem estar conectados a direitos fundamentais caso as normas atribuam direitos subjetivos. Podem existir autonomamente, caso a norma possua apenas eficácia objetiva.

Estas quatro hipóteses de deveres constitucionais estão dispersas em todo texto da Constituição de 1988. É possível verificar deveres autônomos e abstratos, deveres autônomos e concretos, deveres fundamentais e deveres fundamentais decorrentes do dever estatal de proteção de direitos fundamentais.

As disposições de direitos fundamentais possuem uma dimensão jurídico-objetiva e desta dimensão decorre a existência de deveres fundamentais.[1112]

A dimensão objetiva, ou a eficácia objetiva das normas de direitos fundamentais acarreta na existência de deveres fundamentais que já foram vistos como um outro lado dos direitos fundamentais, mas em verdade, são categorias que não possuem, necessariamente, um correspondente nos direitos fundamentais.

Os deveres fundamentais são categorias autônomas diferenciadas dos direitos, pois não comportam subjetividade e existem na quadratura dogmática sem a correspondente assunção de uma posição jurídica equivalente. [1113]

Isto implica na constatação de que, mesmo quando não for identificada uma prestação oponível ao Estado, será o caso de um dever de fazer ou não fazer algo. Nas palavras de Gilmar Mendes[1114]:

> Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente,

---

[1112]NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 89.

[1113]CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 529.

[1114]MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120.

> a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Obviamente, quando a norma de direito fundamental for uma norma de eficácia objetiva e eficácia subjetiva haverá uma relação entre deveres e direitos fundamentais, mas mesmo esta relação não se irá caracterizar por uma correspondência. Neste aspecto, o correspondente ao direito será uma obrigação e não um dever. Os deveres fundamentais são autônomos e independem da existência de um direito fundamental.[1115] No dizer de Canotilho, "[...] os deveres fundamentais reconduzem-se a normas jurídico-constitucionais autônomas que podem até relacionar-se com o âmbito normativo de vários direitos". [1116]

A Constituição possui como técnica normativa tanto a criação de direitos quanto de deveres, e tais, a depender da contextura das normas que os vetoriza no ordenamento jurídico podem ser direitos e deveres de natureza fundamental.

Isto implica na existência de deveres e direitos que podem ser diretamente aplicáveis ou não. No que diz respeito aos deveres constitucionais fundamentais, existem aqueles que são diretamente exigíveis – e que tem a mesma função dos direitos e garantias fundamentais auto-aplicáveis – e aqueles que carecem de uma mediação legislativa, a definir o âmbito da exigência.

Embora a Constituição não defina quais obrigações devem ser imediatamente exigíveis - por serem auto-aplicáveis - e quais não comportam esta característica, percebe-se que em matéria de deveres fundamentais a auto-aplicabilidade se torna de mais difícil execução, na medida em que – para

---

[1115] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 531.

[1116] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 532.

cumprimento de um dever – se faz mister procedimentos e estruturas organizatórias que não são necessárias para gozo de um direito.

Neste lanço, em algumas situações e para cumprimento de alguns deveres, a mediação legislativa torna-se fundamental "[...] para a criação de esquemas organizatórios, procedimentais e processuais definidores e reguladores do cumprimento de deveres". [1117]

Não se quer com isso dizer que os deveres fundamentais constitucionais estão no mundo jurídico em simetria com as normas constitucionais programáticas, mas apenas afirmar que nem todas as determinações que se lançam na Constituição estão aptas a gerar deveres auto-aplicáveis. Há uma necessária mediação legislativa para boa parte das normas.

Dentre as normas de direitos fundamentais encontram-se as que possuem eficácia objetiva e, portanto, geram deveres fundamentais, estão aquelas que geram direitos subjetivos, atribuídos a legitimados, tendo por sujeito passivo o próprio Estado.

Tais normas geram uma categoria de deveres para o Estado que são os deveres estatais de proteção, que implicam no dever que o Estado possui de não permitir que particulares agridam os direitos fundamentais dos indivíduos.

A teoria dos deveres estatais de proteção implica no dever fundamental que o Estado tem de impedir agressões privadas aos direitos fundamentais, tornando-se ele um devedor do exercício de direitos fundamentais por parte dos cidadãos.

> Da inserção comunitária dos direitos fundamentais decorre a obrigação de o Estado velar pela integridade dos bens jurídicos

[1117] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 531.

> protegidos pelos direitos fundamentais e pela não perturbação do exercício das actividades por eles tipicamente protegidas, não apenas perante as entidades públicas, mas também relativamente a agressões ou ameaças provindas de outros particulares, mesmo quando estes fundamentam a sua actuação perturbadora ou agressiva na titularidade dos mesmos ou de outros direitos fundamentais.[1118]

Só a existência de um direito fundamental acarreta no dever fundamental do Estado de proteger este direito de agressões de terceiros, o que implica em uma postura estatal de garantidor do exercício do direito por parte dos respectivos titulares.

Observe-se que este dever estatal de proteção decorre do monopólio que o Estado moderno possui do uso da força. O papel do Estado a partir da modernidade intrinca-se com sua função de garantir a observância de suas normas, razão pela qual não há de ser tolerada a inobservância de um direito fundamental. Vedada a autodefesa surge para o Estado o dever de, por intermédio de suas mesmas forças, exercer a proteção e a tutela dos direitos fundamentais de seus cidadãos que podem ser eventualmente agredidos por outros particulares. [1119] Neste sentido, “[...] o dever de proteção se traduz numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica de tal forma que nela, e através dela os direitos fundamentais sejam garantidos e as liberdades neles sustentadas possam encontrar efectivação”.[1120]

[1118]NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 86.

[1119]NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 88.

[1120]NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 89.

5.2 OS DEVERES CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS

O estabelecimento de deveres ambientais constrói um espaço de assunção de responsabilidades que permite a realização dos princípios constitucionais ambientais. Paralelamente aos direitos, as normas constitucionais fundamentais impõem deveres, e estes deveres resgatam a responsabilidade e o compromisso estatais e sociais com a preservação do ambiente. Segundo Canotilho, "o recorte de um dever fundamental ecológico, em nome da justiça intergeracional, pode implicar a tomada de consideração do ambiente no balanceamento de direito, acentuando-se os 'momentos de dever' até agora desprezados na dogmática jurídica" [1121]

Impende deixar claro que estas categorias de deveres fundamentais estabelecem determinações vinculativas, que não se confundem com meras determinações facultativas ou programáticas. Diz Canotilho[1122]:

> No plano prático, a consideração do ambiente como tarefa ou fim normativo -constitucional consagrado implica a existência de autênticos deveres jurídicos dirigidos ao Estado e demais poderes públicos. Estes deveres jurídicos subtraem à disponibilidade do poder estadual a decisão sobre a proteção ou não proteção do ambiente. Por outras palavras: não está na livre disposição dos poderes públicos decidir se o ambiente (os elementos naturais da vida) deve ou não ser protegidos e defendidos. A imposição constitucional é clara: devem!

[1121] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra ed. 2004, p. 178.

[1122] NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 181.

A Constituição Federal de 1988 é pródiga no estabelecimento de deveres constitucionais ambientais. O artigo 225 § 1º estabelece um rol de deveres ambientais autônomos abstratos e que se integram aos deveres autônomos concretos estabelecidos pelos § 6º, ao dever autônomo e abstrato de preservar o ambiente determinado no *caput* e aos deveres fundamentais correlatos ao direito fundamental ao ambiente atribuído a todos.

Não é o caso de se perceber um dever fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado sem correlação com o direito fundamental de igual natureza pela só razão de a técnica constitucional ter optado pela construção de um modelo articulado de direitos e deveres decorrentes da função protetora do Estado. Isto se dá, pondo dogmaticamente a questão, por que a norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da Constituição Federal tem eficácia objetiva e subjetiva.

O dever constitucional de defender o ambiente e preserva-lo para as atuais e as futuras gerações é um dever atribuído ao Estado e também à sociedade civil. Disto decorre a existência de um dever autônomo e abstrato, de realizar o princípio constitucional da preservação ambiental, que possui conteúdo aberto e que deve ser densificado pelo aplicador da Constituição. Tal dever também é atribuído ao administrador, ao legislador e ao juiz, uma vez que a observância dos princípios, dos deveres e dos direitos constitucionais dirige-se a todo o Estado.

O conteúdo deste dever pode ser diretamente definido pelo aplicador da lei, mas pode ser também, mediatizado pelo legislador que pode definir as estruturas e os procedimentos organizacionais para a aplicação do dever.

O dever estatal abstrato e autônomo de proteção ao ambiente pode ser aplicado diretamente pelo magistrado que, na ausência de legislação que discipline

este dever, pode estabelecer a dimensão real da observância do dever para o caso concreto.

Decorre disto a possibilidade de o Judiciário impingir ao executivo a realização de determinado ato, ou uma omissão em razão do cumprimento do seu dever constitucional ambiental.

Os deveres constitucionais ambientais estão dirigidos aos administradores, juizes e legisladores. Assim, o dever autônomo e abstrato que desborda da disposição de direito fundamental do artigo 225 implica na obrigação de juízes, administradores e legisladores de protegerem o ambiente.

Esta dimensão objetiva que desborda das normas constitucionais ambientais aponta para outra conseqüência da imposição de deveres ambientais para o Estado e a Sociedade. Trata-se da constitucionalização de bens e valores que se tornam decisivos para a interpretação das normas constitucionais ambientais.[1123]

Isto quer dizer que uma outra conseqüência da estatuição de deveres ambientais reside no direcionamento interpretativo que as normas criadoras de deveres ambientais constroem. A dimensão objetiva, que estabelece deveres ambientais é responsável pela construção do instrumentário necessário à construção de uma interpretação mais amiga do ambiente.[1124]

O cumprimento deste dever por parte dos legisladores implica na ordem constitucional para criarem leis que protejam o ambiente e na determinação para não estabelecerem comandos normativos que importem na sua agressão. A não

---

[1123]CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 181.

[1124] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Proteção do ambiente e direito de propriedade:** crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 83.

realização deste dever implica em uma inconstitucionalidade, seja por ação ou por omissão.

O dever abstrato e autônomo dos legisladores de criarem comandos normativos protetivos para o ambiente não possui conteúdo explícito advindo do próprio texto constitucional. Estar-se diante ou não de uma legislação que realize a obrigação estatal de preservar o ambiente é algo que comporta algumas relativizações e resoluções a partir do princípio da proporcionalidade. É claro que o constituinte estabelece parâmetros para aferir-se o cumprimento deste dever constitucional por intermédio do legislador, mas tais deveres são abstratos e, em última análise, são concretizados pelo legislador, e esta concretização é finalizada pelo Estado-administrador e pelo Estado-Juiz.

O legislador, além de destinatário direto deste dever autônomo de preservar, também possui a função de mediatizar o dever abstrato e autônomo que se impõe aos demais poderes do Estado. A Constituição, em seu artigo 225 estabelece um dever de preservar o ambiente que é um dever sem conteúdo aparente. Ao editar comandos normativos o legislador também dá densidade a este dever abstrato, concretizando e mediatizando o dever que a Constituição impõe a todos.

Na mesma medida, o Estado-administrador quando realiza políticas públicas de proteção do ambiente ou de preservação de ecossistemas e recursos naturais está observando o dever constitucional que lhe foi imposto. Esta atuação da administração pública ambiental pode se dar tanto em cumprimento a normas infraconstitucionais que regulamentam a aplicação direta de deveres constitucionais e ambientais, como em razão de aplicação direta deste dever, que terá sido mediado e densificado por obra do legislador infraconstitucional.

De uma forma ou de outra, o cumprimento por parte do executivo do dever constitucional autônomo e abstrato de preservar o ambiente passará sempre pela interpretação dos contornos e limites deste dever. Dito de outro modo, ou o legislador ou o administrador estarão sempre interpretando a este dever autônomo e dando-lhe feição. O Estado-administrador sempre o fará quer este dever seja auto-aplicável quer seja este dever aplicável após mediação do legislador.

O Judiciário também se vê jungido pelo dever de preservar o ambiente. Tal dever se realiza através da observância de uma interpretação ambientalmente adequada quer da Constituição e da legislação ordinária. O cumprimento do dever autônomo e abstrato de preservar o ambiente se dará no estabelecimento de conteúdo, no caso de aplicação de uma norma genérica, para a norma ambiental.

O processo de concretização de um dever fundamental é sempre o processo de estabelecimento de conteúdo e limites para atos normativos quando forem agredidos ou requestados em um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Neste particular, cabe observar que ao Judiciário, em cumprimento ao dever constitucional de preservar o ambiente caberá, também, observar se o dever foi corretamente cumprido pelo legislador e pelo administrador.

Este dever do Judiciário impõe a interpretação mais amiga do ambiente[1125] para o caso de ponderação entre valores e direitos de matriz constitucional. A aplicação das normas constitucionais diretamente ou por meio da aplicação de normas infraconstitucionais concretizadoras do direito constitucional ambiental pressupõe uma ponderação de princípios e de valores. Neste mister o

[1125] A interpretação mais amiga do ambiente é a interpretação ambientalmente adequada que compõe o sentido do Estado democrático de direitos ambientais. Trata-se de uma forma de interpretar o texto constitucional que valorize os princípios da preservação ambiental e do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, reconhecendo os deveres ambientais além do tratamento constitucional dado ao bem jurídico ambiente.

Judiciário deverá utilizar-se do princípio da proporcionalidade para fazer a ponderação.

Quando se cria um Estado adjetivado denominando-o de Estado democrático de direitos ambientais quer se dizer que o Estado – através do administrador, do legislador e do juiz – deve atentar para o peso do valor preservação ambiental, e considera-lo como uma escolha jurídico-democrática importante na sociedade pós-moderna.

Como bem anota Canotilho, as normas constitucionais ambientais que impõem deveres, finalidades e tarefas ambientais ao Estado têm o condão de impor atuações em conformidade com as suas determinações. Tais imposições, quando se está diante de deveres abstratos como, *in casu*, o que exsurge autonomamente do artigo 225 da Constituição Federal ou que surge correlato ao direito fundamental ao ambiente, possuem um dinamismo e a natural abstração.

> As normas-fim e normas-tarefa ambientalmente relevantes são normas constitucionais impositivas. Por isso, impõem ao legislador e a outras entidades (autonomias locais) o dever de adoptar medidas de protecção adequadas à proteção do ambiente. Mas não apenas isso. A doutrina salienta que as normas-fim ecológicas e ambientais constitucionalmente consagradas têm um carácter dinâmico que implica um permanente actualização e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos destinados à protecção do ambiente perante os novos perigos de agressões ecológicas.[1126]

Caracterizar o Estado contemporâneo como um Estado democrático de direitos ambientais significa dentre outras coisas, que este Estado, por intermédio de seus poderes, considera positivamente os deveres ambientais, os princípios ambientais e os direitos ambientais ao ponto de tomá-los em relevância quando da ponderação com outros deveres e outros direitos em um processo de colisão.

[1126]CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbrãs Ed, 2004, p. 182.

O que desborda deste raciocínio é a certeza de que a norma constitucional – mesmo estabelecendo deveres ambientais autônomos e concretos, não acompanha o dinamismo da sociedade, razão pela qual o Judiciário, também jungido pelo dever constitucional ambiental de preservar o ambiente, deve interpretar as normas desde compreensões ambientais constitucionalmente adequadas. Compreensões constitucionais ambientalmente adequadas são aquelas que se sustentam a partir de uma leitura ambiental da Constituição.

O dever constitucional abstrato e autônomo de preservar o ambiente é um dever que se constrói tanto mais quanto for elemento estrutural de adjetivação do Estado na pós-modernidade.

Assim, todos os Poderes terão o dever constitucional de preservar o ambiente, dever esse que é autônomo - por que não se articula com o direito fundamental ao meio ambiente -, e abstrato - por que o constituinte não o determinou concretamente.

5.2.1 Deveres constitucionais-ambientais autônomos e concretos

O Estado possui deveres com o ambiente que estão em um rol de deveres ambientais concretos, e que em razão de se tratar de deveres cujo objeto é um item fundamental na estruturação do Estado, são elementos caracterizadores do Estado democrático de direitos ambientais.

A norma do artigo 225 da Constituição também estabeleceu o dever constitucional concreto de preservar o ambiente que se demonstra a através do

estabelecimento de mandamentos concretos dirigidos ao Executivo, ao Legislativo, ao Juiz e aos particulares.

Muito embora a dicção constitucional afirme “para assegurar a efetividade desse direito”, a melhor leitura é a que compreende a existência desta gama de deveres como deveres autônomos, que existem independentemente da consagração constitucional do direito fundamental ao ambiente. Tais deveres são, entretanto, deveres concretos, pois seu conteúdo está previamente consignado no artigo 225. Estas estatuições estão postas nos incisos do § 1º do artigo 225.

É esta a redação:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, imcumbe ao Poder Público:
> I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
> II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
> III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
> IV – exigir, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, Estudo Prévio de Impacto Ambiental, a que se dará publicidade;
> V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
> VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
> VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica,

> provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais a crueldade.

O dever constitucional-ambiental expressado pelo inciso primeiro, do § 1º do artigo 225 tem expressão concreta, uma vez que significa a obrigatoriedade da realização de atividades públicas que importem na realização do princípio da preservação ambiental.

Explicando o significado dos objetos dos deveres ambientais mencionados nos incisos do artigo 225, afirma José Afonso da Silva [1127]:

> IV - Processos ecológicos essenciais (§ 1º, I) são aqueles que asseguram condições necessárias para uma adequada interação biológica. Promover o manejo ecológico das espécies significa lidar com as espécies de modo a conserva-las, recupera-las, quando for o caso. E promover o manejo dos ecossistemas quer dizer cuidar do equilíbrio das relações entre a comunidade biótica e seu habitat (mar, florestas, rio, pântanos etc.).
> V – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético vale dizer preservar todas as espécies, através do fator caracterizante e diferenciador da imensa quantidade de espécies vivas do país, incluindo aí todos os reinos biológicos;
> VI – definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos significa estabelecer a delimitação de área ecologicamente relevante, onde o uso do patrimônio inserido ficará condicionado a disposições constantes de lei;
> VII – Estudo Prévio de Impacto Ambiental constitui um instrumento de prevenção de degradações irremediáveis;
> VIII – controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, permitindo-se, aí, a interferência do Poder Público no domínio privado, para impedir práticas danosas ao meio ambiente e a saúde da população;
> IX – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente constitui meio de conscientização ecológica que propiciará, no futuro, o exercício de práticas conscientemente preservacionistas.

[1127] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 53.

Conforme a determinação constitucional é dever do Estado preservar os sítios arqueológicos e os assim chamados processos arqueológicos fundamentais.

O conhecimento das origens do Homem, da fauna e da flora – contidos nos sítios arqueológicos devem ser preservados para que se possa conhecer e estudar o passado, e para melhor compreender o futuro.

A preservação da integridade e da diversidade do patrimônio genético também é um dever fundamental. O Estado e a sociedade civil têm a obrigação de protegê-lo, compreendendo-se por patrimônio genético todas as formas de vidas existentes e acrescidas de todas as suas características originárias e de seus atributos.

O Brasil é um dos países do mundo que possui maior diversidade biológica. As suas matas e florestas, seus rios e seu mar é rico em fauna e flora gerando todo um conjunto de ecossistemas e espécies que carecem de atenção do Estado e da sociedade civil.

Os riscos são muitos, vez que a pirataria biológica e o tráfico de espécies de fauna e flora causam um fluxo intermitente de bens e valores ambientais que saem do território brasileiro e vão ser utilizados como patrimônio de empresas em todas as partes do mundo.

Diversos medicamentos, sabores, bens de consumo e objetos de todos os tipos são manufaturados a partir de matérias vivas apenas encontradas em solo brasileiro, e retornam ao Brasil na qualidade de produtos estrangeiros sem que os bônus decorrentes da propriedade originária sejam usufruídos pela população brasileira.

Mais que isso, espécimes de nossa fauna e de nossa flora são traficados para o estrangeiro causando danos irreversíveis aos nossos ecossistemas. Os

grandes e ricos mercados da moda são abastecidos por animais das zonas tropicais ao arrepio de uma atuação administrativa de fiscalização e policial-preventiva que impeça tais ofensas à natureza.

A Constituição estabelece este dever ambiental de toda a sociedade e principalmente da administração pública de tutelar todo o nosso patrimônio, impedindo tais abusos.

A chegada das hipóteses de manipulação genética também acarreta o dever constitucional de preservar tal patrimônio, não permitindo que os avanços da ciência produzam efeitos deletérios para o ambiente.

Também é dever ambiental do Estado definir espaços territoriais a serem especialmente protegidos. A natureza carece de locais onde o Homem não realize seus impactos ambientais, ainda que mínimos, e que são necessários ao desenvolvimento. Faz-se mister estabelecer espaços onde a fauna e a flora possam existir e executar seus ciclos de vida sem a interferência do Homem. Espaços territoriais especialmente protegidos são espaços definidos legalmente aonde a atuação humana é limitada aos objetivos de preservação das espécies e do lugar.

As unidades de conservação estão previstas no SISNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação – e elas são locais definidos em lei ou ato administrativo cujo objetivo é a preservação de seu patrimônio ambiental. As unidades de conservação estão disciplinadas pela Lei 9.985, de 18.07.2000.

O Estado, através de todas as suas expressões, tem o dever de exigir estudo prévio de impacto ambiental para atividades potencialmente poluidoras. Este dever se estende tanto às atividades do próprio Estado quanto às atividades dos particulares. Tal dever de exigir se dá no bojo da atividade de licenciamento e fiscalização de atividades que podem causar danos ao ambiente.

O impacto ambiental é o dano causado ao ambiente em decorrência de às atividades humanas. Toda atividade é impactante. Não há atividade humana que não cause nem um dano, ainda que mínimo, ao ambiente. Existem, no entanto, algumas atividades que podem causar riscos consideráveis ao ambiente, e para estas há de ser exigido o EIA-RIMA, que significa Estudo de Impacto Ambiental (EIA), acompanhado de seu Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

Atividades potencialmente poluidoras são aquelas que – por lei ou resolução administrativa sejam catalogadas como tais e mereçam um estudo de suas conseqüências para o ambiente. Este estudo, obviamente, deverá ser prévio à realização de qualquer ato que esteja inquinado de poluidor.

O EIA-RIMA é um estudo técnico que tem por objetivo esclarecer as conseqüências que advirão para o ambiente caso os serviços públicos, as atividades privadas ou as obras sejam realizadas. Para que haja licença, concessão, permissão ou autorização de obras ou atividades potencialmente impactantes, o estudo deverá ser realizado. É dever constitucional - constitutivo do Estado democrático de direitos ambientais - exigi-lo.

Outro dever ambiental constitucional do Estado é o de controlar a produção e a comercialização de substâncias que comportem risco ao meio ambiente.

O conceito de risco é de conhecimento do direito ambiental contemporâneo e o estado de risco é característica dos tempos atuais, por que toda a atividade que envolve prática de tecnologia de ponta ou de produto de pesquisa científica causa um vínculo com o futuro diferenciado. Tudo aquilo que possui conseqüências ainda não conhecidas é produto de risco, uma vez que a incerteza é o elemento fundamental do conceito.

O Estado tem o dever de controlar a produção, a utilização e o comércio de todas as substâncias que causem risco ao ambiente e à saúde humana.

Há uma graduação inerente ao risco. Alguns produtos possuem riscos tão elevados que a sua produção e a sua utilização e comércio devem ser proibidos. Já outros são de tal maneira suportáveis que apenas a sua produção, comércio e utilização devem ser controlados.

Tal dever ambiental justifica-se pela ordem constitucional dirigida ao Estado para tutelar o ambiente, protegendo-o não apenas das atividades dos próprios particulares, mas também, e às vezes principalmente, das atividades estatais.

A proteção da fauna e da flora são deveres constitucionais ambientais. Obviamente é de toda a sociedade a atribuição de proteger e preservar a fauna e a flora, mas é ao Estado que o constituinte impôs a maior carga de atenção. Isto por que aos Poderes públicos resta a incumbência não apenas de não realizar atos que agridam o patrimônio florístico e faunístico, mas também realizar condutas públicas que impeçam atos atentatórios praticados por particulares.

A fauna e a flora possuem natureza pública. São bens de uso comum do povo – segundo determinação constitucional – e ainda que alguns espécimes estejam sob o domínio privado eles possuem um valor que transcende aos limites patrimoniais, tornando-se, neste sentido, patrimônio público.

Este dever de proteção transcende os limites do Estado e se estabelece como um dever de toda a coletividade, evidentemente que com condutas e omissões reguladas em lei.

Como não poderia deixar de ser, a promoção da educação ambiental também é um dever ambiental do Estado. Qualquer hipótese de construção de uma

sociedade ambientalmente equilibrada, onde os processos de desenvolvimento respeitem os processos de preservação, apenas vai se tornar realidade se a educação ambiental cumprir seu papel de formador de consciências. A necessidade dos processos educativos com conteúdo ambiental é uma realidade em países como o Brasil, de vasto patrimônio ambiental e de estreita formação cultural de preservação.

Existem práticas culturais atentatórias ao meio ambiente que ao revés de serem confrontadas com a preservação, sob o discurso da liberdade de afirmação cultural deveriam ser trabalhadas tendo-se por objetivo a compatibilização entre a liberdade de atuar e o ambiente a preservar.

Isto apenas se torna possível ao se compreender a educação ambiental como fruto, ela também, de um processo cultural. Trata-se de educação sem imposição, mas com discussão acerca de quanto o fundamentalismo cultural pode ser atentatório à preservação e ao progresso da humanidade. Trata-se de uma educação ambiental construtora de uma realidade emancipatória, de uma sociedade que se afirme com liberdade.

Muito embora os deveres de preservar o ambiente que estão afirmados constitucionalmente sejam deveres que – em última análise – são de toda a sociedade, deve-se observar que são todos eles prioritariamente deveres do Estado.

Mas a sociedade também possui deveres em relação ao ambiente, uma vez que do rol de deveres autônomos e concretos é possível perceber deveres que, em última análise, são também de toda a sociedade. De outro lanço, os deveres ambientais abstratos são atribuições de toda a sociedade, além de o serem também do Estado.

A sociedade possui o dever de preservar o ambiente para esta e para as futuras gerações, garantindo que o patrimônio ambiental que nos é disponível seja acessível a todos.

Além destes deveres que são – por natureza – concretos, existem os abstratos, que se caracterizam pelo genérico dever de preservar o ambiente. Mais ainda existem os deveres constitucionais ambientais fundamentais, que são os decorrentes da norma de direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

5.2.2 Deveres fundamentais ambientais decorrentes da norma de direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado

Juntamente com os deveres autônomos – que podem ser concretos e abstratos - há de se observar os deveres decorrentes da existência de um direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Há também o dever fundamental constitucional decorrente da existência de um direito fundamental ao ambiente e tal se manifesta na determinação constitucional para que o Estado proteja o direito fundamental dos legitimados de agressões do próprio Estado e de particulares.

Só o fato de existir um direito fundamental ambiental faz com que o Estado tenha o dever de garantir a observância deste direito, seja esponte própria seja não permitindo violações por intermédio de particulares.

O Estado tem dever de proteção dos direitos fundamentais que a sua Constituição atribui a particulares, o que acarreta no seu dever constitucional de atuar na proteção dos direitos fundamentais e também no poder que possui de cuidar do ambiente ameaçado pela agressão de quaisquer.

Trata-se da *Schutzflicht* Ecológica que nada mais é do que a possibilidade de se atribuir ao Estado o dever de proteger o direito fundamental ao ambiente que todos possuem.

A teoria dos deveres estatais de proteção é conseqüência da compreensão da eficácia objetiva das normas de direitos fundamentais. O pressuposto da chamada *Schutzflicht* reside na convicção de que existem dimensões objetivas das normas de direitos fundamentais que obrigam o Estado a exercer um papel de proteção dos direitos fundamentais dos particulares. É dever do Estado não permitir que particulares agridam direitos fundamentais de outros particulares.

Este dever de proteção se expressa tanto em obrigações do Legislativo quanto em obrigações do Judiciário que não poderá desconhecer a hierarquia constitucional e os valores insculpidos no texto e os terá de aplicar, exercendo a ponderação com princípios da autonomia privada.[1128]

> A teoria dos deveres de proteção do Estado surgiu na jurisprudência germânica como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa noção está ligada à idéia de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pressupondo que o Estado não apenas deve abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas tem o dever de atuar positivamente promovendo-os e protegendo-os de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros indivíduos.

O referido conceito liga-se à imposição ao legislador de desenvolver e tutelar os direitos fundamentais – criminalizando condutas, estabelecendo limites à

[1128]PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: Luís BARROSO, Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. RJ: Renovar, 2004, p. 162.

liberdade negocial etc, bem como ao dever dos juizes de promover a sua efetivação por meio da atividade hermenêutica.

Neste sentido, o dever de proteção estatal do ambiente confunde-se com a eficácia do direito fundamental ao ambiente nas relações privadas.

O Estado tem o dever de proteger os titulares do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado das agressões dos particulares, e tal se dá por que uma conseqüência da existência do direito fundamental ao ambiente é a existência deste dever de proteção.

Ao titular do direito ao ambiente incumbe buscar no Estado a sua responsabilidade pela não ocorrência de um ato agressor por parte dos particulares. A administração ambiental tem o dever de atuar na observância das normas constitucionais ambientais e a sua inação deve ser imputada ao Estado.

Se um particular agride o direito ao ambiente sadio através de um ato de poluição é dever do poder público ceifar esta agressão poluidora, não apenas por haver norma infraconstitucional que proíbe a poluição, mas por haver o dever fundamental de proteger o direito fundamental ao ambiente sadio de todos os legitimados.

A existência de norma infraconstitucional concretizando esta obrigação abstrata de não permitir agressão ao ambiente detalha a atuação do Estado, mas o dever de agir existe independentemente da existência de uma legislação concretizadora do dever constitucional fundamental.

A norma do artigo 225 é uma norma de direito fundamental, que joga a função de ser uma garantia contra-majoritária. Esta razão já permite, no campo da dogmática, a assunção de um dever abstrato de proteção de seus conteúdos no exercício da eficácia objetiva das normas de direitos fundamentais. Tal eficácia

existiria mesmo que não fosse o caso de se atribuir direito subjetivo a quem quer que fosse.

A obrigação do Estado – correlata à existência de um direito subjetivo – é ampla, e, *a priori*, comporta todos os limites de possibilidades que vão se concretizar e realizar-se como conteúdo explícito de um dever a posteriori. Esta atividade de ponderação, em meio à colisão com outros direitos e deveres também fundamentais, é atividade ínsita aos Poderes.

A ponderação de deveres e direitos, resolvendo colisões entre diversas expressões constitucionais e de suas concretizações legislativas, se faz para definir conteúdo e expressão dos direitos e dos deveres constitucionais ambientais.

Assim, uma teoria dos deveres ambientais na Constituição de 1988 importa na admissão de três hipóteses de deveres ambientais: Os deveres ambientais autônomos e abstratos, os deveres ambientais autônomos e concretos e o dever ambiental decorrente do dever estatal de proteção ambiental.

5.2.3 A eficácia dos deveres constitucionais ambientais

Os deveres fundamentais decorrentes de das normas de direitos fundamentais e os deveres constitucionais autônomos não estão desprovidos de garantia judicial para a sua efetivação.

É certo que em caso de uma autonomia do dever frente ao direito não há subjetividade, não sendo possível nominar um titular para a assunção do direito que protege o bem jurídico que lhe faz jus, mas isto não implica na desproteção do bem jurídico ou da inaplicabilidade deste dever frente a renitência estatal ou social. A ausência de subjetividade não pode anular a vinculatividade da norma que é a qualidade de possuir efeito normativo. A expressão de um dever esboça-se pela palavra ‘devem’, e não pela expressão ‘podem’.

O fato de a norma ser vinculante para os poderes públicos implica necessariamente na sua potencial capacidade de ser obedecida pelo Estado e pela sociedade – por se tratar de um direito – havendo mecanismos para a garantia da sua observância. Obviamente os deveres não podem ser manuseados como significantes jurídicos atributivos de posições jurídicas subjetivas, mas da inexistência desta qualidade não desborda o entendimento de que passam a ser normas meramente programáticas ou deveres sem efetividade cobrável diante do Poder Judiciário.

Os deveres constitucionais ambientais não se traduzem em posições jurídicas subjetivas, mas em deveres impositivos vinculantes que exigem cumprimento pelo Estado e pela sociedade, já que não são apenas deveres públicos, mas privados também.

A justiciabilidade – conceito que se liga diretamente à subjetividade atuando como característica desta – opera também nos deveres ambientais, mas de forma diferida.

Trata-se do efeito diferido ou reflexo que mediatamente protege outro direito do autor e diretamente um interesse.

Lembra Camargo Mancuso que determinadas normas não visam a tutela individual, mas terminam por proteger direitos conexos por exercerem uma tutela do interesse que deflui da existência de um dever constitucional atribuído.[1129]

Quando os deveres não são cumpridos, ou seja, quando o Estado ou a sociedade civil não se conduzirem de forma a obedecer ao preceito constitucional ambiental, não nasce para o cidadão um direito subjetivo ao comportamento estabelecido na norma que insculpe o dever ambiental, haja vista a inexistência – no caso hipotético mencionado – de um direito subjetivo.

Estas normas têm justiciabilidade diferida por que permitem uma atuação judicial no sentido de declarar a inconstitucionalidade do não cumprimento de um dever, e a abusividade da omissão. O dever constitucional ambiental pode estar endereçado ao administrador, ao legislador ou ao juiz. A omissão legislativa e a

---

[1129] MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 69.

omissão administrativa desafiam medida judicial de controle de constitucionalidade por omissão.

As normas ofensivas ao artigo 225 da Constituição desafiam ADIN e os atos administrativos normativos ofensivos ao ambiente também, uma vez que os deveres constitucionais ambientais possuem vinculatividade.

A justiciabilidade é diferida na medida em que ela não se exercita pela subjetividade, mas de forma indireta.

A vinculatividade permite a justiciabilidade, independentemente da existência, ou não de um direito subjetivo. Desta forma, os deveres ambientais, que exaram interesses ambientais, mas não direitos subjetivos, podem ser protegidos judicialmente.

De outro lanço, como os deveres constitucionais ambientais geram interesse jurídico legítimo, é natural que sejam vetorizados por ações que visem a defender não direitos, mas interesses de igual natureza.

Os deveres fundamentais ambientais, impostos por norma de direito fundamental ambiental expressa pelo artigo 225 da Constituição, ao estabelecerem um dever de natureza abstrata, criam um interesse legítimo, mas não se transformam em posições jurídicas de natureza subjetiva. As posições jurídicas de natureza subjetiva são conseqüências da atribuição de um direito subjetivo a legitimados.

Os interesses legítimos são interesses que surgem de uma norma de direito de eficácia objetiva, enquanto os direitos subjetivos são conseqüências de normas de eficácia subjetiva. Tais interesses são “mais do que interesses simples, e menos do que direitos subjetivos”.[1130]

Quando o Estado possui um dever ambiental, todo cidadão tem um interesse jurídico na realização deste dever, e este interesse configura-se em um interesse legítimo e jurídico haja vista que tal interesse possui arrimo na norma. O

[1130]MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 68.

artigo 225, ao estabelecer deveres ambientais autônomo-abstratos, autônomo-concretos, e deveres fundamentais decorrentes da norma de direito fundamental, atribuem à sociedade - nomeados constitucionalmente através da expressão “todos” - interesses legítimos na realização de deveres ambientais.

Como não há falar em subjetividade, este interesse não constitui qualquer posição jurídica subjetiva, e não se realiza como patrimônio de qualquer pessoa. Não há, também, justiciabilidade, no sentido de busca de um provimento jurisdicional por ofensa a direito subjetivo do titular, mas apenas justiciabilidade diferida que corresponde à possibilidade de buscar obediência a um dever constitucional e também buscar a proteção a um interesse legítimo mediante a tutela dos interesses difusos.

Este interesse legítimo que surge da existência de norma de direito fundamental ao ambiente de eficácia objetiva, diferencia-se de um interesse simples na medida em que os interesses simples são a mera “circunstância de se reportarem a anseios, aspirações, desejos, cuja realização não é incentivada, nem tampouco protegida ou defendida pelo Estado”.[1131]

Ainda que não se constituíssem como direitos subjetivos, os interesses decorrentes da norma impositiva de deveres fundamentais ambientais e de eficácia objetiva se caracterizariam por um mínimo de proteção que os diferiria da ausência de proteção dos interesses simples.

Nas palavras de Rodolfo Camargo Mancuso[1132]:

> A característica dos interesses legítimos está em que a proteção ‘limitada’ de que

[1131]MANCUSO, Rodolfo Camargo **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 68.

[1132]MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 69.

> gozam advém-lhes por via ‘reflexa’: a norma não visa exatamente tutelar uma situação individual, mas pode ocorrer que o sujeito esteja de tal forma situado no raio de abrangência dessa norma que passe a merecer uma certa proteção diferenciada, em comparação aos demais.

Esta proteção ‘limitada’ corresponde à ausência de subjetividade que, aí sim, corresponderia a uma proteção ampla.

Deveres fundamentais ambientais geram interesses legítimos, interesses jurídicos que são referidos a pessoas não a partir da idéia de subjetivação, mas desde a relação fática entre o sujeito do interesse e o dever exigido que, quanto inexistente, configura-se em um evento agressor.

Estes deveres ambientais

5.3 O DIREITO AO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO UM DIREITO SUBJETIVO

O ambiente não deve ser protegido apenas pela tutela jurisdicional dos interesses, mas também pela tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

Um interesse jurídico legítimo, como o da preservação do ambiente, decorrente da norma impositiva de deveres ambientais, não pode se socorrer apenas da tutela jurisdicional dos interesses difusos.

É importante para a consecução de uma realidade ambientalmente equilibrada, na pós-modernidade, a construção de uma teoria justificadora e consagradora do ambiente não apenas protegido pela tutela processual dos

interesses difusos, mas protegido pela tutela judicial dos direitos subjetivos fundamentais.

Para que tal seja possível algumas questões são de resolução necessária.

A primeira questão que vem à tona, quando da análise de um direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado diz com a necessidade, e mesmo aplicabilidade de uma dimensão subjetiva, em se tratando de direitos ao ambiente.

Leciona Canotilho[1133]:

> [...] o primeiro argumento a favor do ambiente como direito é este: só o reconhecimento de um direito subjetivo ao ambiente permitirá, em termos jurídico-constitucionais, recortar o ambiente como bem jurídico autônomo não dissolvido na protecção de outros bens constitucionalmente relevantes. Por outras palavras: a protecção de alguns direitos fundamentais ambientalmente relevantes como a vida, integridade física propriedade privada, saúde não logra obter uma protecção específica e global do ambiente. Ainda por outras palavras: a consagração constitucional do ambiente como tarefa dos poderes públicos pode ser suficiente para impor responsabilidades ecológicas ao Estado (e outros poderes públicos), mas não tem operacionalidade suficiente para recortar um âmbito normativo garantidor de posições subjectivas individuais no respeita ao ambiente.

Canotilho deixa claro que apenas com a subjetivação do direito ao ambiente será possível conferir dignidade constitucional à proteção do ambiente, na medida em que as proteções efetuadas por intermédio de deveres, ou tarefas, limitam-se sempre à supremacia de normas protetivas de outros direitos.

[1133]CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 184.

No mesmo sentido, Camargo Mancuso quando deixa claro que a percepção de um direito é sempre maior que a existência de um interesse simples ou mesmo que um interesse legítimo.

Veja-se que proteger o ambiente através de um dever representa faze-lo criando um interesse jurídico legítimo, o que é francamente inferior à proteção por intermédio de um direito de natureza subjetiva.

Quando se afirma a existência de um direito fundamental ao ambiente com espeque na Constituição de 1988, se está dizendo que há posição jurídica e a garantia desta posição a seus titulares, com base em uma norma, e que esta norma jurídica de direito fundamental é a expressa pelo enunciado normativo de direito fundamental do artigo 225. Neste sentido, "(1) existe uma posição jurídico ambiental garantida à pessoa; (2) através de um preceito inserido nas disposições sobre direitos fundamentais na Constituição."[1134]

A norma do artigo 225 da Constituição não estabelece apenas um dever, mas estatui um direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Isto significa dizer que é possível um feixe de posições jurídicas subjetivas atribuídas a particulares em face do Estado, cujo objeto seja a preservação do ambiente. Natural conseqüência desta observação reside no fato de, desta forma, atribuir-se a vários legitimados a possibilidade de demandarem judicialmente em defesa de seu direito subjetivo.

Fica claro que a norma do artigo 225 da Constituição estabelece deveres de três naturezas diferentes, mas também fica claro que atribui um direito subjetivo a uma série de legitimados que estão definidos *a priori* pela expressão 'todos'.

Corroborando este pensamento, afirma Anízio Galvão que "os direitos fundamentais apresentam um caráter duplo, na medida em que eles podem consubstanciar não somente direitos subjetivos, mas também elementos

[1134]CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 185.

fundamentais da ordem objetiva".[1135] Na verdade, a norma de direito fundamental ao ambiente é que possui caráter dúplice.

A constatação de que há um direito fundamental ao ambiente sadio e que advém da norma constitucional expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da Constituição Federal decorre de diversas percepções. A princípio se diga que todos os elementos caracterizadores da dimensão objetiva da norma de direito fundamental ao ambiente vão aqui estar presentes, até por que a dimensão subjetiva da norma assume todas as conseqüências da dimensão objetiva, carreando para o mandamento constitucional a justiciabilidade. A subjetividade acarreta na manutenção das conseqüências da objetividade levando a efeito um acréscimo que lhe é inerente.

O sentido maior da existência da subjetividade consiste na possibilidade de que todos os indivíduos pleiteiem seu direito a um ambiente preservado. Este direito vai se expressar de todas as formas possíveis.

Este pensamento é uma constatação *a posteriori*, que não resolve o problema de saber como concluir se uma dada norma é ou não atributiva de direito subjetivo a algum legitimado.

In casu, parece mais escorreito concluir que se trata de uma presunção, ou da interferência dos elementos normativos da dogmática na obtenção de uma dada interpretação para a caracterização da norma. A presunção de uma norma é que ela atribua direitos subjetivos, e a expressão de normas de efeitos meramente objetivos constitue-se em exceção na quadratura dogmática brasileira. Isto implica no reconhecimento da presunção de subjetividade de toda norma de direitos fundamentais que apenas por exceção possuem eficácia meramente objetiva. A regra é que sejam normas que atribuam direitos e imponham obrigações e deveres, e não que estabeleçam apenas deveres fundamentais.

Na impossibilidade de um critério meramente empírico, haja vista que a subjetividade e a objetividade não vêm declaradas na norma, a presunção opera em favor da mais ampla eficácia das normas que, historicamente, foram criadas para defesa do hipossuficiente. O caminho natural de uma norma de direito fundamental é

[1135]GAIVÃO FILHO, Anízio. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 38.

tutelar bem jurídico e valor fundamental da forma mais eficaz possível. Isto coincide com as razões sociológicas e históricas que propiciaram a formação dos direitos fundamentais. É o próprio processo histórico que justifica normativamente esta presunção.[1136]

Em sendo possível realizar o princípio da preservação ambiental protegendo o ambiente de uma forma mais ampla, estabelecendo obrigações e direitos e também deveres, por qual razão se deve optar por uma proteção deficiente? Em que o ambiente resta mais protegido abrindo-se mão da sua proteção por intermédio de um direito fundamental? Os resultados protetivos provenientes da utilização do direito são maiores do que a utilização pura e simples de deveres constitucionais, fundamentais ou não.

Isso se revela de forma cristalina quando se vê que o reconhecimento da subjetividade inerente à norma do artigo 225 da Constituição é uma adição de possibilidades protetivas, e não uma subtração. A inversão da percepção parece ser a forma mais escorreita de – dogmaticamente – encontra-se resposta para a existência de um direito subjetivo fundamental ao ambiente ou apenas de um dever fundamental de protegê-lo. Não é a norma, enquanto dado empírico que responde ao questionamento acerca da existência ou não de subjetividade exarada pelo artigo 225.

A ausência de resposta empírica deve conduzir à afirmação de que a presunção opera a favor da subjetividade, e o contrário é que deve ser provado. Ou seja, quais as razões que levam a acreditar que a norma de direito fundamental ao ambiente do artigo 225 da Constituição Federal não atribui qualquer direito fundamental a legitimados? São os que acreditam na pura objetividade é que devem encontrar respostas razoáveis para a limitação da eficácia da norma, e não o inverso.

A presunção opera a favor da constatação de um direito subjetivo que protege o ambiente que é um bem jurídico fundamental, o princípio da preservação

---

[1136]Da mesma maneira que a “interpretação mais amiga do ambiente” (Canotilho) pressupõe um ordenamento jurídico onde o princípio da preservação ambiental seja tomado como um dos fundamentos, a dimensão objetiva da norma de direito fundamental ambiental aponta para uma concepção de Estado fundado na obrigação de preservar o ambiente para esta geração, e para as futuras. Não apenas em razão da existência de uma dimensão subjetiva para as normas de direito fundamental cabem obrigações do Estado, mas também em razão da imposição de obrigações autônomas derivadas da própria norma de direito fundamental expressa pelo enunciado normativo do artigo 225.

do ambiente, que é um princípio fundamental, o valor preservação do ambiente sadio, que é um valor também fundamental. Quando a subjetividade não puder ocorrer é que se deve optar pela exceção, em se tratando de normas de direitos fundamentais. Esta exceção é a caracterização da norma de direitos fundamentais como uma norma de eficácia meramente objetiva, o que não é o caso em se tratando do enunciado normativo do artigo 225 da Constituição Federal.

Conquanto, não sendo possível a subjetividade, desde argumentos que desconstituam a presunção, aí sim será caso de admissão de uma eficácia meramente objetiva. Em se tratando de norma de direito fundamental ao ambiente, não é o caso.

Obviamente esta presunção sustentada admite prova em contrário, mas a resposta não está apenas no âmbito empírico da dogmática, não advém do enunciado normativo. A questão é de natureza normativa e analítica, o que implica em uma resposta dogmaticamente válida desde a realização de testes analíticos e normativos que passam pela utilização de argumentos lógicos, sistêmicos e racionais que justifiquem a inaplicabilidade da eficácia objetiva tratando-se de uma norma de direitos fundamentais.

Os dados empíricos não são capazes de decidir a eficácia da norma de direito fundamental ao ambiente. Isto implica dizer que a dicção constitucional e as decisões judiciais têm papéis apenas relativos, fazendo-se mister a utilização de um conjunto de operações dogmáticas que encontre resposta desde a utilização de todos os níveis da dogmática.

Diversos argumentos podem ser manuseados com o objetivo de desconstituir a presunção de que a norma de direito fundamental ao ambiente expressada pelo enunciado normativo do artigo 225 não confere titularidade de um direito a ninguém por que é carente de subjetividade. Dentre os argumentos possíveis encontra-se o da exagerada dimensão do direito ao ambiente, que teria dimensão ampla, tornando-se ‘insaciável’ em relação às conquistas da modernidade.

A natural amplitude de um direito fundamental ao ambiente representa a possibilidade de colisões rotineiras com outros direitos fundamentais. Obviamente, o direito ao ambiente, no momento *a priori*, como realização e condensação de um princípio possui amplitude derrogatória de outros direitos fundamentais, mas isto se

resolve no processo de colisão de direitos fundamentais, o que se resolve através da ponderação de princípios.

Duas questões apresentam-se como deflagradoras de uma argumentação tendente à desconstrução da eficácia subjetiva da norma de direito fundamental ambiental. A primeira seria a impossibilidade de um direito subjetivo público exercitado *prima facie* contra o Estado cujos titulares são pessoas indeterminadas. A segunda seria a impossibilidade de um direito subjetivo ser exercido por uma pessoa inexistente, que não se sabe ao certo se ainda vai existir, que é o caso das gerações futuras.

Tais argumentos são, em regra, princípios de uma argumentação tendente a desfazer a presunção de subjetividade da norma de direito fundamental protetora do ambiente.

Ao enfrentar e contrariar tais argumentos justifica-se a eficácia subjetiva abstraída da norma expressa pelo artigo 225 da Constituição Federal, que é uma presunção de atribuição de direitos fundamentais por aquela norma.

5.3.1 O direito subjetivo fundamental difuso ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado

O direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é um direito difuso. O fato de tal direito estar previsto constitucionalmente e, ao mesmo tempo ser garantia contra-majoritária não retira do direito a sua característica consistente na difusão.

Muitos argumentos vêm sendo manuseados no sentido de afastar da proteção do ambiente a utilização do direito subjetivo como instrumental, e o mais forte argumento diz com a impossibilidade de haver um direito fundamental difuso, haja vista o conceito de direito vincular-se ao individualismo, o que o torna incompatível com a sua característica difusa.

Anízio Galvão demonstra este argumento[1137]:

[1137]GALVÃO FILHO, Anízio. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 41.

> A configuração do direito ao ambiente como direito subjetivo estaria impedida por que as questões ambientais estão além da concepção individualista do sujeito de direito, próprio da modernidade e, também, por que os direitos subjetivos, enquanto têm como arquétipo os direitos de propriedade, representam exatamente o contrário do que se necessita para a proteção dos recursos naturais que, em um sistema de mercado, são bens comuns, de livre disposição, de interesses difusos e gratuitos.

Em primeiro lugar é preciso perceber que direitos subjetivos não são necessariamente direitos a uma posição jurídica de natureza patrimonial. Não é correta a compreensão de que o arquétipo do direito subjetivo é o direito a propriedade.

O fato de a gênese histórica ser essa – direitos subjetivos nasceram para proteger posições ligadas à propriedade – não autoriza crer que ele somente existe em defesa de posições ligadas à propriedade.

A segunda falha do argumento reside na equiparação entre direito subjetivo e direito individual. Os direitos subjetivos, enquanto categorias dogmáticas tiveram sua gênese como direitos que protegiam posições jurídicas individuais, mas isto não significa que em plena pós-modernidade ainda seja assim.

O direito ambiental é um direito difuso, é um direito que opera sua legitimação a partir dos fatos, e não com base na determinação legal. Também é um direito cuja titularidade não pode ser definida *a priori*, mas sim após a existência do fato que gera o direito subjetivo.

Tais noções são opostas à compreensão individualista de direitos, uma vez que pressupõem uma amplitude subjetiva que nem sempre pode ser conhecida desde logo. Isto acarreta dizer que o adjetivo ‘difuso’ é o contrário de ‘individual’, mas nada autoriza o raciocínio de que ele se opõe ao conceito de ‘subjetivo’.

É possível um direito difuso subjetivo.

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) admite que se trata - *in casu* - de um direito difuso pois admite que ele reflete "a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado na sua singularidade, mas nun sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social".[1138]

Os direitos subjetivos são interesses dogmaticamente mais evoluídos. De interesses legítimos transformaram-se em direitos subjetivos compondo-se como posições jurídicas de se exigir algo em face de outrem. Por tal razão é correto dizer que os direitos subjetivos representam a evolução dos interesses jurídicos legítimos.

Por tais razões, natural que os direitos difusos sejam uma cristalização dos interesses difusos, e que tenham por características as mesmas dos interesses difusos. Não é sem razão que, para Kazuo Watanabe, falar em interesses ou em direitos deixa de ter relevância, principalmente após o advento do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.[1139]

Embora este posicionamento não seja unânime em doutrina, uma vez que parte dela coloca em pontos opostos interesses difusos e direitos subjetivos, é de se notar que os conceitos de interesse e direitos não são antitéticos.

O que é antitético é a noção de interesse difuso e direito subjetivo individual. Os direitos difusos podem ser subjetivos e se constituem na evolução natural dos interesses legítimos e difusos.

Não tem razão Rodolfo Mancuso quando diz que "os interesses difusos situam-se, assim, 'no extremo oposto' dos direitos subjetivos, vistos que estes

---

[1138] Trata-se do Mandado de Segurança 22164/SP. DJU 17 de novembro de 1995, p. 39.260, Rel Min. Celso de Mello. A mesma decisão foi citada por GALVÃO FILHO, Anízio. **Direito fundamental ao ambiente.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

[1139] WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor.** 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999, p. 720. Posicionamento contrário veja-se de MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 90, quando expressamente afirma: "De resto, esta característica advém do fato de que os interesses difusos apresentam uma estrutura peculiaríssima, dado que, como eles não têm seus contornos definidos numa norma(como os direitos subjetivos), nem estão aglutinados em grupos bem delineados (como os interesses coletivos), resulta que sua existência não é afetada, nem alterada, pelo fato de virem a ser exercitados ou não"

apresentam como nota básica o ‘poder exigir’ exercitável por seu titular, contra ou em face de outrem, tendo por objeto o bem da vida”.[1140]

A questão não está bem posta nestes termos. Em verdade, o que está no extremo oposto dos interesses difusos – para manter-se a alegoria geométrica - é o direito subjetivo individual, mas nada obsta a existência de um direito subjetivo difuso que mantenha as mesmas características dos interesses difusos.

Tanto é assim que a mesma corrente que advoga a tese da antítese entre os direitos subjetivos e os interesses difusos afirma, peremptoriamente, que os interesses difusos e legítimos caminham na direção da sua conformação como direitos constitucionais ou liberdades públicas. Ora, todas as liberdades públicas são direitos subjetivos, em última análise.

Diz Camargo Mancuso[1141]:

> Poderá haver um momento no qual um interesse difuso, à força de ser continuamente revelado e exercitado no seio da comunidade, venha a ganhar foros de uma liberdade pública, em nível constitucional expressa ou implicitamente. É mesmo possível que seja esse o processo de formação dessas liberdades, visto que elas representam a consagração daquilo que é mais arraigado e imanente à condição humana.

Neste ponto, com acerto o Camargo Mancuso ao perceber que os interesses são a uma das origens possíveis de direitos e garantias fundamentais. A vida dos interesses jurídicos legítimos chega até o momento de se tornarem direitos dogmaticamente construídos, ocupando um outro patamar na quadratura dogmático-constitucional.

[1140] MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 88.

[1141] MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 110.

É precisamente o que sói acontecer com o interesse difuso da preservação ambiental que evoluiu para um direito subjetivo fundamental a viver em um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

> Entretanto, o próprio Camargo Mancuso assevera que há uma desnecessidade da utilização da técnica de utilização de direitos subjetivos para a tutela de determinados bem se não houver toda uma base sociológica a justificar a existência do direito.

No pensar do autor, a exacerbação de direitos subjetivos sem uma forte vinculação com interesses subjacentes não tem o condão de proteger de forma mais eficaz determinado bem.

Correto o posicionamento do autor, na medida em que a mera formalidade da construção de um direito não tem o condão de conferir a ele toda a materialidade necessária para a sua efetiva realização.

Os interesses – neste aspecto – são mais realistas, na medida em que se vinculam ao fato e não são frutos apenas da norma jurídica. Ocorre que há direitos difusos que são, além de expressão de uma formalidade legal, a expressão dogmática de um interesse legítimo e que passam a galgar um patamar mais elevado dentro da estrutura de proteção de bens jurídicos.

Existem direitos que são realização dogmática subjetiva de interesses justificáveis socialmente e, por esta razão, legítimos. O que não possui mais sentido é a mera 'inflação de direitos' que não correspondem à realidade social. Com razão Mancuso[1142] quando diz que "[...] há uma tomada de consciência geral no sentido de que este universo subjacente ao direito é riquíssimo", e que "[...] os interesses difusos representam anseios profundos da comunidade". Acontece que estas características dos interesses difusos não estão em oposição ao conceito de direitos.

[1142]MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 112.

Os direitos difusos são apenas os interesses acrescidos de uma maior proteção do Estado, podendo gerar com isso uma subjetividade difusa que mais atenção e proteção dão aos bens jurídicos objeto dos interesses legítimos.

Assim, por interesse difuso ou direito difuso compreende-se o interesse ou direito que "abrange número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato".[1143] Esta é a principal característica subjetiva dos direitos difusos. Uma série indeterminada – porém determinável – de titulares que se tornam legítimos não em razão de uma norma jurídica, mas em razão do fato que gera – junto com a norma – o direito.

Isto implica dizer que uma primeira característica do interesse difuso é a sua formação não em virtude de um pressuposto legal ou a um liame jurídico ou relação jurídica base, mas em razão do fato interpretado pela norma. A norma joga a função dogmática de mero esquema de interpretação dos fatos, mas neste caso, quem define a característica do direito subjetivo não é a norma, mas o fato.

> Tratando-se de direito subjetivo difuso tal característica naturalmente dilui-sena medida em que um direito subjetivo difuso ao ambiente pressupõe a existência de uma norma de direito objetivo. Entretanto, a fixação do titular deste direto se dá em razão da complexidade fática e não em função da proposição normativa.

Os direitos difusos são obrigatoriamente mais abrangentes que os direitos coletivos ou individuais, e esta abrangência é herdada dos interesses difusos, por que tais interesses se caracterizam por adjetivarem uma situação de fato, e não por surgirem como conseqüência de um vínculo jurídico qualquer.

Outra característica dos direitos difusos é o fato se excederem de todos os demais direitos por se "[...] referirem a um contingente indefinido de indivíduos, e

---

[1143]DELGADO, José Luís. **Interesses difusos e coletivos:** evolução conceitual - doutrina e jurisprudência do STF. **Revista Jurídica**, São Paulo: RT, n. 260, 1999.

a cada qual deles, ao mesmo tempo".[1144] Tais interesses – que evoluem para a categoria dogmática de direitos - "apresentariam um grau de coletivização mais abrangente do que o interesse geral ou público".[1145]

No mesmo sentido, caracterizando os interesses e direitos difusos como aqueles que não se resumem a sua dimensão individual, Celso Bastos afirma que "[...] a característica primordial do interesse difuso é a sua descoincidência com o interesse de uma determinada pessoa. Ele abrange, na verdade, toda uma categoria de indivíduos unificados por possuírem um denominador fático qualquer em comum".[1146]

Dando conta de exemplo, Rodolfo Mancuso[1147] assim o faz:

> Essa indeterminação de sujeitos revela-se, também, quanto à natureza da lesão decorrente de afronta aos interesses difusos: essa lesão é disseminada por um número indefinido de pessoas, tanto podendo ser uma comunidade (por exemplo, uma vila de pescadores, ameaçada pela emissão de dejetos urbanos no mar) como uma etnia (nos casos de discriminação racial) ou mesmo toda a humanidade (como na ameaça constante de guerra nuclear, ou na exploração predatória e anárquica da Amazônia).

São estas características subjetivas que acentuam o conceito de direitos difusos. O direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é um direito difuso por que não há uma relação jurídica base entre os titulares, há apenas uma norma que confere tal direito a grupo indeterminado de pessoas.

[1144]MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 79.

[1145]MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 79.

[1146] BASTOS, Celso Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, p. 23-29, 1981.

[1147]MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 88.

Objetivamente, os direitos difusos – e o direito ambiental como um deles - caracterizam-se por sua indivisibilidade, que pressupõem a impossibilidade de serem reduzidos a meros direitos individuais.

O direito fundamental ao ambiente não se confunde com o direito de vizinhança, nem com o direito individual a saúde, ou com outro direito individual qualquer.

Esta indivisibilidade do direito fundamental ao ambiente implica na impossibilidade de serem repartidos em partes atribuíveis aos indivíduos, que não podem gozar de sua cota parte privada de ambiente são.

A satisfação do direito de um só implica na satisfação do direito de todos. A indivisibilidade importa na diferenciação do direito difuso em face dos direitos individuais.

Na expressão de Kazuo Watanabe[1148]:

> Interesses ou Direitos Difusos – Na conceituação dos interesses ou direitos difusos, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica-base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade, no aspecto objetivo.

Desta forma, o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é um direito difuso, por que as posições jurídicas constitutivas de um direito subjetivo nascem da existência do fato com toda a sua amplitude, e não de uma relação jurídica base. Obviamente, o direito objetivo é que estabelece a titularidade

---

[1148]WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999, p. 720.

subjetiva, mas é o fato que vai demonstrar, no momento *a posteriori*, a titularidade do direito ao ambiente.

No momento da densificação da norma de direito objetivo, que atribui subjetividade aos legitimados é que se vai descobrir, em função do fato e não em função da norma, quem são os legitimados. Da mesma forma, o objeto deste direito é de tal forma amplo e indivisível, que não se permite limitar sua geração de interesses a pessoas individualizadas aprioristicamente.

5.3.2 O interesse das gerações futuras no ambiente sadio e ecologicamente equilibrado

É possível encontrar na doutrina afirmações segundo as quais o direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado seria um direito fundamental das futuras gerações.

No entanto, a compreensão do direito fundamental como uma categoria dogmática que se constitui de posições jurídicas subjetivas atribuídas a legitimados não se coaduna com a idéia de um sujeito inexistente.

As futuras gerações constituem-se em apenas uma idéia acerca da qual nenhum juízo pode ser exarado. O fato de ter havido gerações até a presente data não autoriza o raciocínio de que a geração seguinte irá existir. Há uma absoluta indefinição lógica acerca da existência deste pretenso sujeito titular de um direito ambiental.

A principal característica dos direitos subjetivos é aquela que lhe empresta o nome, o seja, a subjetividade. Tais direitos funcionam como elo entre um sujeito e um objeto. Não é razoável admitir a existência do liame entre o objeto e um sujeito quando se trata de sujeito inexistente, admitido por pura ficção.

Desta forma, parece viável compreender que as gerações futuras tem um interesse no ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, assim como o nascituro

possui interesse de ordem patrimonial. No entanto, esta perspectiva de posições jurídicas subjetivas não permite a ilação de que há direito subjetivo.

O que existe é um interesse juridicamente protegido das gerações futuras na preservação do ambiente, mas não um direito de natureza subjetiva.

5.4 A ESTRUTURA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Outra questão importante que decorre da admissão da existência de um direito subjetivo fundamental ao ambiente sadio diz com o enquadramento dogmático que este direito venha a possuir. Em outras palavras, é importante verificar qual a estrutura do direito fundamental ao ambiente.

Interessante notar, com Canotilho[1149]:

> O fato de o direito ao ambiente ser um direito econômico, social e cultural não significa que não possa se beneficiar de alguns traços do regime específico dos direitos, liberdades e garantias. Em segundo lugar, a caracterização constitucional como direito econômico, social e cultural não impede que o direito ao ambiente inclua no seu âmbito normativo importantes e decisivas posições prestacionais.

Isto significa observar que o direito fundamental ao ambiente é, acima de tudo, o direito fundamental que se utiliza de todas as hipóteses existentes no seio da dogmática para se expressar como um direito subjetivo amplo.

Como garantias contra-majoritárias que são, os direitos fundamentais têm a função de serem categorias dogmáticas que se opõem a maioria que por sua vez se expressa através do Legislativo[1150]. Quando se trata de um direito fundamental ao ambiente se está tratando de um direito que limita as aspirações da maioria que

---

[1149] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 187.

[1150] Formalmente significa dizer que estão sob o pálio do artigo 60 § 4º IV. Materialmente significa dizer que o direito fundamental ao ambiente é uma regra contra-majoritária implícita, uma vez que uma das causas dá legitimidade a Constituição é a presença de direitos fundamentais. Neste caso, trata-se de garantias contra-majoritárias quer o constituinte as tenham previsto, ou não.

não podem ver seus interesses ultrapassar o direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Muito além de serem garantias contra-majoritárias, os direitos fundamentais são direitos subjetivos que se demonstram de diversas formas, uma vez que o direito fundamental ao ambiente se afigura como um direito fundamental como um todo[1151]. A expressão do direito fundamental ao ambiente pode se dar como um direito a algo, como uma liberdade ou como uma competência.[1152]

Quando se diz que o direito fundamental ao ambiente se caracteriza como um direito fundamental como um todo quer se dizer que tal direito exercita-se aglutinando estas três formas de expressão. Ora o direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado significa um direito a alguma coisa, como, por exemplo, quando dele decorrem políticas públicas de preservação ao ambiente – ora ele se apresenta como uma liberdade – por exemplo, a liberdade de usufruir do ar limpo e indene de poluição. Também pode se apresentar como uma competência na medida em que é possível vê-lo como um direito a um feixe de atribuições utilizáveis em defesa do ambiente. Disto também decorre o fato de o direito fundamental ao ambiente poder se expressar como um direito de defesa frente a intervenções do Estado e de particulares, apresentando-se como um direito fundamental de prestação, como um direito fundamental decorrente da igualdade, e como direito fundamental a um procedimento.

Poder se expressar de todas estas formas é o que garante ao direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado o adjetivo de um direito fundamental como um todo.

Considerando que ele não se trata de um direito que se expressa mononuclearmente, ele não se encarta nas estruturas pré-concebidas de direitos fundamentais, contendo não uma forma de expressão de um direito fundamental, mas um feixe de manifestações que expressam a proibição de que o Estado faça

---

[1151]ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p 240-247.e especialmente tratando do direito fundamental ao ambiente, p. 429.

[1152]ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p.186-240; Em um sentido ligeiramente divergente, percebendo a existência de: a) direitos de defesa, b) direitos de prestação, c) direitos de igualdade, Cf. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 109-229.

algo que agrida o núcleo essencial do direito, como também, a obrigação estatal de proteção do bem jurídico frente a agressão de terceiros.

No mais, também fazem parte da forma de expressão do direito fundamental ao ambiente a obrigação – e também o dever – de praticar atos tendentes a preservar ou melhorar o ambiente, além da obrigação de disponibilizar instrumentos de participação dos titulares do direito fundamental ao ambiente nos espaços de tomadas de decisões relevantes para o ambiente. O direito ao procedimento é um consectário lógico do direito fundamental ao ambiente.

5.5 AS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE

Os direitos fundamentais são constituídos por normas-princípio e também por normas-regra. Esta forma de manifestação é comum a todos os direitos fundamentais, dentre eles o direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado que é atribuído a todos pela norma expressa na disposição de direito fundamental do artigo 225 da Constituição.

As normas-princípio são normas naturalmente abertas às quais se impõe uma necessária densificação para que possam ser aplicadas ao caso concreto. Isso se dá por que as normas de direitos fundamentais são normas de uma estrutura que permite a adoção de diversos conteúdos. Neste sentido, o conteúdo do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado poderia ser extremamente variável, a depender de processos de concretização ou densificação.

Isto implica em constatar que tais direitos são mandados de otimização, que atribuem direitos *prima facie*, ou seja, *a priori*, o que implica na impossibilidade de, previamente, o aplicador do direito ter conhecimento de toda a amplitude do direito fundamental [1153].

[1153] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 65.

O direito fundamental que surge para aplicação ao caso concreto é fruto da colisão que se opera em paralelo com a restrição de um direito fundamental, e tal restrição pode ser operada por um princípio ou por uma regra.[1154]

Tal estrutura leva a necessidade de que tais direitos tenham seu conteúdo fixado após o processo de colisão com outros direitos fundamentais expressados por normas-princípios que vão atuar como força em sentido contrário. Este processo de ponderação[11551156] de direitos e princípios é que define, em última análise, os direitos fundamentais. [1157]

Este processo de atribuição de conteúdo aos direitos fundamentais a partir da pressão formulada por outros direitos de igual dignidade confunde-se com o processo de restrições de direitos fundamentais, na medida em que o conteúdo definitivo se obtém depois da colisão de diversos direitos que se manifestam *a priori*. Isto implica em dizer que nenhum direito fundamental, já que todos se expressão por princípios, possuem conteúdo aprioristicamente determinado.

Por tal razão, a existência de um direito fundamental é algo maior, e às vezes antitético ao exercício de movimentos majoritários. O direito fundamental realiza uma equação pendular de equilíbrio entre maioria e minoria, conjugando as forças que compõem a base de um Estado Democrático de Direitos.[1158]

Com o direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado não é diferente. O que se pode observar é que outros direitos exercem pressão sobre ele obrigando o aplicador a dar conteúdo a este direito após o processo de colisão.

A propriedade, a liberdade, o livre desenvolvimento da personalidade, o desenvolvimento econômico, dentre outros, demonstram-se como direitos subjetivos

---

[1154]BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 79-80.

[1155]ALEXY, Robert. **Teoria dell' argomentazione giuridica**. Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998.

[1156] Acerca da ponderação como técnica de encontro do conteúdo essencial do direito conferir, na doutrina brasileira, SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2002.

[1157] A teoria da proporcionalidade permite a escolha de atuações estatais ambientais que realizem o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado impedindo que dá interpretação da norma, ou da fixação do conteúdo essencial do direito ao ambiente resultem interpretações que fiquem aquém do cuidado devido ou que hajam além da intervenção danosa minimamente suportável. O grau do impacto minimamente suportável intrinca-se diretamente com o conteúdo essencial do direito ao ambiente.

[1158] MOUFFE, Chantal. **La paradoja democrática**. Barcelona: Gedisa, 2003, especialmente p. 45.

e ocupam lugar no processo de definição de conteúdos, limitando o direito ao ambiente e restringindo as suas hipóteses de afirmação.

As restrições ao direito fundamental ao ambiente vão sempre estar vetorizadas por intermédio de uma norma. Estas normas, que colidem entre si podem ter natureza constitucional, infraconstitucional ou mesmo serem normas de natureza administrativa, fruto de um ato da administração pública que restringe direitos fundamentais por afirmar outros[1159].

Assim, as restrições ao direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado estão dispersas em estruturas normativas que afirmam outros direitos que entram em choque com o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Embora seja natural dizer que o direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado está sendo agredido por uma decisão administrativa ou por uma norma infraconstitucional, rompendo o princípio básico da hierarquia constitucional, é preciso verificar em que medida o conflito real realiza-se no plano constitucional, entre dois direitos fundamentais, tais como o direito à propriedade e o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Estes conflitos são, na verdade, hipóteses de colisões entre princípios constitucionais[1160], que sempre estarão prontos a restringir o direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Esta forma do direito fundamental se restringir traz a lume a interrogação acerca da existência de um núcleo essencial do direito que se mostra indene a qualquer restrição operada no processo de colisão de direitos fundamentais.

Em outras palavras, o que se põe é a questão se há um conteúdo mínimo essencial do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado que reduza as possibilidades de restrição e se afirme como um lócus intransponível para qualquer redução da amplitude a priori. Duas possibilidades se apresentam.

A primeira possibilidade reside na constatação de que há um núcleo em todo direito fundamental para além do qual é impossível a redução da amplitude

---

[1159] NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 289 e ss.

[1160] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 80.

deste mesmo direito, constituindo-se, este mesmo núcleo, em um núcleo duro, absoluto, que se opõe a qualquer redução.

A segunda possibilidade, que é a resposta mais adequada é aquela que vê a relatividade do núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, portanto, a relativização do conteúdo essencial, inclusive do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

O núcleo do direito fundamental ao ambiente é fixado pela própria atividade de ponderação. Ele é relativo, é maleável, e não se constitui em um centro absoluto para aquém do qual não existe direito. É a própria ponderação, exercitando o princípio da proporcionalidade quem fixa o núcleo essencial do direito fundamental.[1161] Faz-se mister observar que o núcleo do direito fundamental ao ambiente não é um núcleo duro, sem maleabilidade, e que impede a movimentação de outros direitos fundamentais que trabalhem em sentido inverso, exercitando movimentos contrários ao direito ao ambiente. O núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é maleável, o que implica dizer que o conteúdo essencial do direito fundamental também se submete a atividade de ponderação, na realização do princípio da proporcionalidade[1162]

A maleabilidade do núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado descortina a questão prática de se saber qual o limite para se considerar que o direito subjetivo fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado está sendo reconhecido.

Em outras palavras, se o núcleo essencial de um direito fundamental ambiental for relativo, qual o limite que pode ser reconhecido para delimitar as hipóteses de reconhecimento ou de negação deste mesmo direito.

A relatividade do núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente não implica na negação de normatividade para o dispositivo constitucional e nem tampouco a perda de segurança jurídica para a norma atributiva de direito. Em

---

[1161] Admitindo a ponderação como mecanismo de resolução de conflitos de princípios, embora trabalhe com a teoria interna das restrições a direitos fundamentais, Cf. HABERLE, Peter. **La garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales.** Madrid; Dykinson-Constitucional, 2003; Acerca da relatividade do núcleo essencial Cf. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 98.

[1162] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 97-99.

verdade, o que existe é uma desvinculação do conteúdo do direito fundamental ao ambiente de qualquer idéia pré-concebida de conteúdo.

Em outras palavras, existem linhas gerais redutoras da discricionariedade interpretativa que frutifica com a relatividade do núcleo essencial, mas não existem momentos interpretativos absolutos.

O direito ao ambiente é um direito fundamental como um todo, o que implica na sua demonstração como um direito que se articula através de diversas formas.

Para cada forma de expressão do direito fundamental ao ambiente haverá fatalmente uma espécie de núcleo essencial que se impõe como uma idéia que não pode ser vencida através da atividade de restrição.

Quando o direito fundamental ambiental se manifesta como um direito subjetivo de defesa o limite possível para uma restrição é a inexistência de excesso. O núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado reside no ponto em que a atuação do Estado ou do particular contrária ao ambiente não representa um excesso. A partir do momento em que a atuação de um outro qualquer direito fundamental for excessiva em relação aos bens ambientais, haverá ferimento do núcleo essencial do direito fundamental. O limite para a restrição é a inexistência de excesso.[1163]

Ao revés, quando o direito fundamental ao ambiente se expressar através de uma prestação ambiental, tal direito se realiza até quando a prestação for eficiente, razão pela qual o limite da restrição é a existência de uma prestação eficiente, e o núcleo essencial reside na inexistência de prestação deficiente.

Acaso a restrição ao direito fundamental de defesa seja de um jaez que a intervenção de outro direito seja excessiva ao limite de fazer desaparecer o conteúdo essencial de um direito fundamental ao ambiente, então a proporcionalidade e a ponderação agem no sentido de negar a possibilidade de restrição. De igual lanço, se a restrição impede a realização de uma prestação

---

[1163]BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 119 e ss.

minimamente eficaz em defesa do ambiente, então a proporcionalidade vai impedir restrição ao direito fundamental ao ambiente neste volume[1164].

Por tais razões, o que se denomina de núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é o resultado da ponderação decorrente da colisão de direitos fundamentais, e subsumida ao conjunto de regras de proporcionalidade que estabelecem pontos de limitação à atuação de outras normas e direitos que trabalham em sentido inverso.

O direito fundamental ao ambiente é naturalmente o direito que restringe a propriedade e é por ela limitado. As emanações *prima facie* do direito ao ambiente são quase todas redutoras de um direito *a priori* à propriedade. Estas restrições se apresentam desde as restrições de deveres que limitam direitos até as restrições de regras que impõem limites a direitos.

O artigo 225 § 1º da CF/88 é pródigo no estabelecimento de deveres, e todos eles exercem funções de limitação de outros direitos referentes à propriedade. Em alguns casos é possível perceber, inclusive, limitações de regras estatuintes de deveres ao direito fundamental à liberdade levadas a efeito pelos deveres fundamentais ambientais.

Este conjunto de restrições deixa claro que o núcleo do direito fundamental ao ambiente é um núcleo relativo que se caracteriza por ser objeto de ponderação e proporcionalização. A definição da amplitude do direito fundamental ao ambiente, do seu núcleo essencial, ou da sua possibilidade de restrição é atividade para sempre legada a ponderação com outros direitos fundamentais.

Existem normas que jogam a função dogmática de operarem em sentido contrário garantindo a afirmação de direitos fundamentais que se opõem – *prima facie* – ao direito fundamental ao ambiente. É a ponderação de tais normas com as expressões do direito fundamental ao ambiente que traduz a expressão *a posteriori* do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Muito embora o movimento ambientalista aponte para postulações distintas, o direito fundamental ao ambiente, dogmaticamente considerado, não tem toda a amplitude que a zetética do ambiente se lhe atribui.

[1164]BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 143 e ss.

A amplitude rogada pelos movimentos ambientais não jurídico-dogmáticos limita-se a atribuição de significado para o direito ao ambiente considerado *prima facie*, no momento *a priori* de qualquer processo de aplicação da norma. Tal direito aprioristicamente considerado se opõe ao direito à propriedade, ao direito a liberdade sem que se tenha clareza, antes de efetuar ponderação de direitos, qual o resultado dogmático correto para a aplicação da norma. Ter um direito *prima facie* não representa poder exercê-lo ou vê-lo reconhecido quando do surgimento de um caso concreto.

A feição concreta do direito fundamental ao ambiente, o seu efetivo conteúdo, vai surgir quando da ponderação entre princípios constitucionais que trabalhem em sentido contrário, com o fito de afirmar outros valores e princípios constitucionais, com o conteúdo *prima facie* deste direito ao ambiente. O direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado nascerá sempre da ponderação de direitos. O âmbito de proteção da norma define-se em dois momentos: *o apriori e* o *a posteriori*.

Neste contexto é preciso notar que as normas jurídicas infraconstitucionais realizam diversos direitos fundamentais, entre eles o direito a liberdade e o direito à propriedade que jogam funções muitas vezes contrárias ao conteúdo essencial do direito fundamental. Tais normas restringem o direito fundamental ao ambiente compondo o direito ambiental a ser aplicado no caso concreto. Em razão de se caracterizar como um direito fundamental que se realiza ora como ora direito de defesa, ora como direito de prestação[1165], o direito fundamental ao ambiente restringe-se de diversas formas. É preciso observar que tais restrições devem sempre guardar consonância com o núcleo essencial do direito, uma vez que o conteúdo mínimo essencial, e a própria normatividade do artigo 225 da Constituição Federal, não devem ser postos em causa.

5.6 A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE

[1165] Como lembra ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 429, o direito fundamental ao ambiente é um direito fundamental como um todo, e, portanto, é um direito que se realiza quer como direito a algo, quer como direito de defesa (liberdade), quer como uma competência. Também pode ser dedutível a um direito de igualdade, utilizando-se os ensinamentos de BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

A horizontalidade e a verticalidade dos direitos fundamentais são expressões que existem para demonstrar o desbordar da nova teoria do direito fundamental para a além da constatação dos direitos fundamentais como meros direitos subjetivos públicos.

Como afirma o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em citação de Robert Alexy[1166], os direitos fundamentais não são apenas direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado.

> De acuerdo com la jurisprudência permanente del Tribunal Constitucional Federal, lãs normas iusfundamentales contienen no solo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, um orden valorativo objetivo que, em tanto decisión básica jurísdico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona diretrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia.

Definir a eficácia dos direitos fundamentais como sendo uma eficácia horizontal nada mais significa do que admitir este artifício de linguagem para pensá-los como um liame jurídico que alcança não apenas os particulares em suas relações com o Estado, mas também os indivíduos e os grupos coletivos em relações entre si. A compreensão da horizontalidade dos direitos fundamentais representa a compreensão de sua não verticalidade obrigatória e a possibilidade de o aplicador do direito poder manuseá-lo em relações entre entes particulares ou privados.

Como dá conta Gilmar Mendes, isto ocorre por que “[...] é lícito indagar em que medida podem as entidades privadas deixar-se influenciar, nas suas

---

[1166]ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 507.

relações jurídicas, por esses elementos de distinção ou de discriminação."[1167] Tal adjetivação – horizontal ou vertical – para definição da eficácia dos direitos fundamentais ocorre em razão da testilha de origem liberal entre a autonomia privada e a definição do âmbito das relações entre particulares por limites originados nos valores constitucionais.

Este reconhecimento de uma horizontalidade para os direitos fundamentais representa uma conquista dos direitos públicos sobre os direitos privados, uma vez que institutos historicamente existentes para a proteção do homem frente ao Estado estão agora sendo utilizados para a proteção dos homens entre si mesmos, malgrado a existência de outros direitos privados que foram criados para este mister. Será preciso pensá-los e manuseá-los acauteladamente, sob pena de isto significar a 'morte do direito privado'.

A hipertrofia do direito público, representada pelo direito fundamental aplicável entre partes privadas poderá sufocar outro caro princípio constitucional, que é o princípio do livre desenvolvimento da personalidade. Esta sufocação, no entanto, é apenas aparente, na medida em que os direitos privados são referenciáveis aos direitos fundamentais[1168], e o direito à autonomia privada e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade são, em si mesmos, direitos fundamentais.

No entanto, o anseio por uma limitação do privado a partir de valores públicos parece ser uma tendência do discurso jurídico pós-moderno que tenta se opor à ótica neoliberal e individualista dos tempos que correm, afirmando uma

---

[1167] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114.

[1168] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121.

tendência interpretativa da Constituição em que os direitos fundamentais são institutos jurídicos aptos à defesa do hipossuficiente frente ao hipersuficiente.

Na pós-modernidade esta característica de fragilidade que dantes era privilégio do cidadão frente ao Estado migrou, e tampouco ele, o Estado, é tão forte como outros entes privados que ocupam lugar central na sociedade contemporânea.

Esta ocupação do espaço público por setores privados e a conseqüente inversão de papéis onde o público resta privatizado e o privado se publiciza está retratada também no direito, onde a horizontalização de relações jurídicas dantes verticais se impõe como uma realidade. Este movimento de confusão entre o público e o privado pode se ver localizado no Estado do bem estar social, mas a partir daí vê-se uma migração desta realidade até os tempos atuais. [1169]

> Ao passo que a sociedade revela-se mais individualista e mais privatista, o movimento jurídico desborda deste contexto e entricheira-se na perspectiva de impingir a sociedade condicionantes para a vida privada que estão firmados em princípios de ordem pública.

Falar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais nada mais significa do que reconhecer que os princípios como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e o da liberdade condicionam a autonomia privada, deixando de permitir opções individualistas que desbordem do senso coletivo.

Este movimento pode significar não apenas uma reserva de publicidade dentre os espaços privados, mas também uma leitura dos parâmetros privados e econômicos a partir de princípios e valores não patrimoniais encartados no texto constitucional.

Não é outro o pensamento de Gustavo Tepedino:

[1169] FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentas e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 34.

> [...] novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais[1170]

Isto implica, pois na observação de que onde mais necessário se torna – por valoração constitucional – o estabelecimento de relações constitucionalmente corretas, mas o texto magno intervém limitando a autonomia privada. É escorreito o pensar de Maria Celina Bodin de Moraes[1171] quando diz que "defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificado seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade do cidadão".

Não é nova a afirmação segundo a qual a ingerência dos direitos fundamentais nas relações privadas denomina-se eficácia perante terceiros dos direitos fundamentais ou *drittwirkung der grundrechte*, em alemão.[1172] Igualmente difundida é a denominação de eficácia externa para designar o presente fenômeno. Robert Alexy utiliza a expressão *horizontalwirkung* para designar o fenômeno em clara alusão opositiva à verticalidade característica das relações entre o cidadão e o Estado[1173].

[1170]TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22.

[1171]MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de m direito civil constitucional. In: **Revista de Direito Civil,** n. 65, p. 26, 1993.

[1172]IPSEN Jorn. Handbuch der theorie und parxis der grundrechte apud STRADA, Alexei Julio. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.** Bogota: Universidad externato de Colombia, 2000, p. 90

[1173]SARLET, Ingo, Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo (Org.) **A Constituição concretizada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 114.

A análise desta interferência dos direitos fundamentais na ordem privada também se deixou influenciar por duas tendências – uma germânica e outra anglo-saxônica - na forma de compreender o instituto. Anota Gilmar Mendes[1174]:

> A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa- abwehrrecht), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (Schutzpflicht Staats).

Os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal (*Horizontalwirkung*), o que implica em sua aplicabilidade não apenas entre o Estado e indivíduos, mas também perante terceiros (*Drittwirkung*) uma vez que os particulares lhes devem observar até mesmo nas suas relações privadas. Isto significa que o Estado, por um lado se submete aos direitos do indivíduo, e por outro tem o dever de proteção (*Schutzpflicht*) dos cidadãos contra agressões de terceiros.

Há de se perceber, entretanto, que a popularização do termo “eficácia horizontal” trás consigo problemas de linguagem. Como anota Perces Barba Martínez não é correto utilizar a expressão eficácia pela só razão de que não se trata de eficácia no sentido processual, e não está em discussão os meios de tutela para a afirmação dos direitos fundamentais. O correto talvez fosse falar em validez ou validade das normas de direitos fundamentais sobre as relações privadas.

Como bem observa Ingo Sarlet, mencionar eficácia ou validez não é de todo defensável por que ambos os termos não expressam exatamente o que se

---

[1174]MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119.

pretende afirmar.[1175] Eficácia, no direito brasileiro, diz respeito à aptidão da norma para produzir efeitos e não possibilidade processual de efetivação. Desta feita, ambas as hipóteses terminológicas incorrem em críticas procedentes.

De qualquer sorte não há consenso terminológico, até por que "privatização dos direitos humanos" ou "vinculação das entidades privadas" aos direitos fundamentais terminam por não abordar integralmente todos os ângulos da questão.

De todo modo, qualquer que seja a terminologia adotada, o que está em jogo é a possibilidade de os direitos fundamentais – e com eles a perspectiva valorativa constitucional – determinarem os limites de possibilidades das atuações privadas na pós-modernidade.

5.6.1 As teorias da eficácia horizontal

Os direitos fundamentais possuem uma função claramente cumprida pela dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais, estejam elas atribuindo ou não direitos fundamentais a um legitimado. Os direitos fundamentais são elementos estruturais do Estado democrático de direitos por que exercem a função impar de consolidar o pêndulo do paradoxo da democracia.

O exercício dos direitos fundamentais representa um espaço de limitação do universo da maioria e da força representados pelo princípio democrático. Ocorre que em tempos de pós-modernidade esta força, esta hipersuficiência não está mais vinculada diretamente ao Estado, mas obedece a condicionantes da contemporaneidade.

[1175] SARLET, Ingo, Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo (Org.) **A Constituição concretizada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 75.

Existem direitos coletivos ou difusos que podem e devem constituir-se como direitos fundamentais e que não se vinculam à individualidade, mas se estruturam segundo mecanismos de coletividade e difusão. Na esfera de direitos – que historicamente ligavam-se à compreensão individual – hoje se vislumbra um entrecruzamento de conceitos de público e privado.[1176]

Esta colonização do direito público sobre o direito privado descalva um importante ponto: quais os limites desta colonização. Isto se dá – e merece atenção – exatamente por que a excessiva irradiação dos direitos fundamentais às relações privadas importaria na natural ofensa ao princípio da autonomia privada que também é, em si, um princípio constitucional.

Há de se observar que a direta vinculação da esfera privada às determinações valorativas – procedimentais e materiais – do texto constitucional indicam uma clara perspectiva de densificação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, o que implica na possibilidade de as regras emitidas pelo poder legislativo naturalmente se curvarem a interpretações dos princípios constitucionais que constituem os direitos fundamentais. A natural demonstração disto é que as teorias que advogam um ativismo judicial necessariamente alinham-se àquelas teses que permitem uma eficácia ampla e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas.[1177] De igual lanço, aqueles que acreditam no papel eminentemente libertário do direito privado e no papel do legislador no estabelecimento de direitos e deveres, e no papel comedido do Judiciário na sua

---

[1176] HÄBERLE, Peter. **La garantia del contenido essencial de los derechos fundamentales.** Madrid: Dykson, 2003, p. 23.

[1177] Conforme Sophie van Bijsterveld, in Human Rights and Private Corporations a Ducht Legal Perspective, disponível no site: http// www.ejcl.org, quando se trata de direitos humanos e direitos fundamentais ambas as expressões são conexas. Contudo, quando se trata de direitos humanos se está tratando destes num contexto internacional. Ao passo que quando se fala em direitos fudamentais está se referindo a direitos garantidos no corpo constitucional.Considerando os direitos fundamentais como categoria dogmática, Robert Alexy e Gomes Canotilho.

construção tendem a aceitar, quando muito, a eficácia mediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

5.6.2 A ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

> Em razão própria evolução do instituto dos direitos fundamentais e da necessidade de ruptura com concepções individualistas tão em voga na pós-modernidade, um número cada vez menor de teóricos tem advogado a tese da inaplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas.

Na Alemanha, a querela doutrinária limitou-se á discutir a forma, a intensidade e a maneira através da qual as normas de direitos fundamentais incidem sobre as relações privadas.[1178]

A desnecessidade desta extensão tem sido cada vez menos considerada, quer por exigência do próprio contexto social, quer por uma sempre maior maturidade das Cortes constitucionais e do Poder Judiciário, que vem ratificando a interferência dos direitos fundamentais nas relações privadas, mitigando o dogma da absoluta liberdade no desenvolvimento da personalidade. Entretanto, ainda há quem perceba a desnecessidade da aplicação.[1179] [1180]

> O liberalismo econômico clássico construiu-se desde dogmas inteiramente privatistas e individualistas e desenvolveu-se em conexão a uma teoria liberal do direito – o liberalismo político – que via na liberdade ampla uma benesse da sociedade moderna que não deveria ser abandonada pelo direito. A compreensão liberal dos direitos fundamentais vê o acento tônico deste direito na sua perspectiva defensiva frente ao Estado. Direitos fundamentais seriam tão

---

[1178] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 157.

[1179] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 304.

[1180] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

somente direitos de defesa dos indivíduos em face do Estado. Direitos fundamentais vinculariam tão somente o Estado em obrigação para com os cidadãos, sendo impensável uma relação de horizontalidade.

A inaplicabilidade – que se fortalece enquanto teoria pela só razão de o constituinte alemão não ter determinado a horizontalidade e a vinculação de particulares aos direitos fundamentais – somente pode ser entendida como um elemento que se conecta a uma teoria liberal dos direitos fundamentais que, em última análise, nada mais é do que uma teoria liberal da Constituição e do direito.

A compreensão de que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais destrói a autonomia individual e reduz o direito privado que se vê engolido pelos direitos públicos pode ser facilmente justificada pelo liberalismo político e pela vocação individualista de uma teoria de direitos.

Um outro forte argumento utilizado para negar incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas é o residente na atribuição de poderes exagerados ao Judiciário quando for o caso de limitar a autonomia privada em razão de direitos fundamentais.

Se os direitos fundamentais são mandados de otimização e, conquanto, são normas princípio, a sua densificação é obra do Judiciário, e, portanto a criação da norma limitadora da autonomia privada seria mais obra do Judiciário que propriamente do legislador. Argumentar em tal linha leva à negativa de incidência por representar, também, ofensa à divisão de atribuição, função e poderes entre Legislativo e Judiciário.

Interessante notar que hoje, mesmo na Alemanha onde as teses da absoluta ineficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas nasceram e se desenvolveram, a Corte constitucional já admite a eficácia horizontal. No mesmo sentido, a jurisprudência constitucional da Suíça que tal e qual a alemã se via

reticente, hoje já a admite.[1181] Não sem razão a própria Constituição albergou o instituto em seu artigo 35, sob o título de "Execução dos Direitos Fundamentais".[1182]

No modelo americano vige a doutrina do *State Action*, onde a idéia reinante é a de que os direitos fundamentais somente impõem limitações aos poderes públicos não se estendendo aos particulares.[1183] Entretanto, bem visto e bem analisado o assunto, pode-se perceber que a doutrina do *State Action* afigura-se mais como uma hipótese de eficácia mediata do que de eficácia imediata, ou ineficácia dos direitos fundamentais a relações privadas.

A Décima Quarta Emenda dispõe que:

> É vedado aos Estados fazer ou executar leis que restrinjam as prerrogativas e garantias dos cidadãos dos Estados Unidos, privar alguma pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem observância dos trâmites legais ou recusar a qualquer pessoa sob a sua jurisdição a igualdade perante a lei.

A Suprema Corte Americana tem inadmitido esta interferência dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que se justifica até mesmo pela concepção eminentemente liberal da sociedade e dos direitos americanos. Apenas no que pertine a discriminação racial a Corte tem admitido esta influência do público sobre o privado. No todo restante a liberdade da autonomia individual, e a possibilidade dos particulares desenvolverem livremente suas personalidades tem sido a tônica da jurisprudência americana, tudo sob a influência da teoria dos *State Action*.

[1181] ABRANTES, José João Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1990, p. 50-51.

[1182] **Art. 35º** Execução dos direitos fundamentais
1. Os direitos fundamentais devem ser respeitados em toda a Ordem Jurídica.
2. Aquele que exerce funções estatais está comprometido com os direitos fundamentais e obriga-se a colaborar para a sua concretização
3. As autoridades cuidam para que os direitos fundamentais, desde que aplicáveis, sejam eficazes também entre pessoas privadas.

[1183] Quando é o caso de proibição à escravatura ou até mesmo de comportamento racial, a Suprema Corte Americana tem entendido ser o caso de extensão de tal direito às relações privadas, mesmo que dissonância com o restante da teoria construída na própria Suprema Corte.

A não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais retoma um individualismo e latente no liberalismo político e cada vez mais desenvolvido pelo liberalismo econômico e que se tornou a tônica da pós-modernidade.

Conforme anota José João Nunes, a teoria do *State Action* desenvolveu-se a partir de jurisprudência da Suprema Corte Americana e o seu sentido é exatamente este: O de restringir a aplicabilidade dos direitos fundamentais ao âmbito das relações públicas, liberando os particulares de qualquer dever ou obrigação jurídica na observância destes direitos.[1184]

Entretanto, isto não significa uma absoluta impossibilidade de se limitar os atos jurídico-privados por intermédio dos direitos fundamentais. Isto por que há o dever do Estado de não compactuar e de não tolerar atividades contrárias aos direitos fundamentais constitucionalmente constituídos. Quando ocorrer o concurso do Estado – por ação ou por omissão – a qualquer prática particular ofensiva aos direitos fundamentais, há uma estadualização da responsabilidade, e, portanto, tal ato deixa de ser inteiramente privado, analisável no âmbito da autonomia privada como um ato de direito público, sumetido às restrições dos direitos fundamentais.

Com base neste raciocínio, a Suprema Corte Americana houve por bem decidir que Tribunais não podem ser utilizados para dar cumprimento a cláusulas discriminatórias provenientes de contratos ou acordos particulares. Embora os particulares não estivessem jungidos às limitações, o Judiciário, como parte integrante do Estado estava limitado aos direitos fundamentais. A natural consequência deste raciocínio é a de que cláusulas ofensivas aos direitos

---

[1184] ABRANTES, José João Nunes**. A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1990, p. 54-55.

fundamentais vigem legalmente desde que cumpridas voluntariamente pelas partes.[1185]

5.6.3 A eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas

A idéia segundo a qual a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas carece de uma mediação levada a efeito pelo legislador nasceu em Alemanha por intermédio de Günther Düring, que admitiu a existência de uma *mittelbare drittwirkung.*

Os fundamentos do pensamento consistem na idéia de que os direitos fundamentais não podem ser aplicados diretamente às relações entre particulares por que tal representaria – antes de tudo – um extermínio da autonomia da vontade que estaria sempre submetida aos direitos constitucionais. A aplicação direta dos direitos fundamentais transformaria o direito privado em mera concretização do direito constitucional.[1186]

> Para a teoria da eficácia mediata, a consagração de valores objetivos nas normas de direitos fundamentais a lhes conferir eficácia de tal ordem não tem como conseqüência a existência de direitos a incidirem diretamente sobre as relações privadas, mas são apenas marcos valorativos a serem observados pelo legislador privado.

Em outras palavras, os deveres que exsurgem do texto constitucional a partir das normas de direitos fundamentais estabelecem deveres cujo destinatário é o legislador, não os particulares.[1187]

[1185]ABRANTES, José João Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1990, p. 56.

[1186]Cf. MUNCH, Ingo von. “Drittwirkung de Derechos Fundamentales en Alemania” apud SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 239.

[1187]PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 161.

Para a teoria da eficácia mediata ou da mediação da aplicação dos direitos fundamentais pelo legislador ordinário os bens e valores protegidos constitucionalmente pelos direitos fundamentais são protegidos na órbita privada por direitos privados, e não por uma aplicação direta daqueles direitos.

Os direitos fundamentais precisam ser recepcionados pelas normas de direito privado, pois a proteção se dá neste campo. Não é possível qualquer aplicação de forma direta à margem da aplicação das normas que fortalecem a autonomia da vontade.

Neste sentir, cabe ao direito privado a concretização das normas de direitos fundamentais, o que se dá por intermédio das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, que são preenchidos, ou densificados utilizando-se de valores constitucionais. [1188]

Afirma Gilmar Mendes[1189]:

> Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante a fixação de limitações diversas.
> Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seria as cláusulas gerais (Generalklauseln), que serviriam de porta de entrada (Einbruchstelle) dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado.

A natural conclusão é que a força normativa dos direitos fundamentais se estende aos particulares tão somente a partir da concretização dos direitos fundamentais pelo legislador infraconstitucional. Desde este ponto de vista, a mediação justifica-se por que a autonomia da vontade e as liberdades individuais

---

[1188]SILVA, Vasco Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito e Estudos Sociais**, Lisboa: Almedina, n. 29, p. 266, 1987.

[1189]MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125.

devem ser objeto de disciplina do legislador e não se localizam ao alvedrío do magistrado. A interpretação do julgador estará sempre comprometida com a relatividade da interpretação constitucional.[1190]

Esta visão do fenômeno da incidência das normas de direitos fundamentais nas relações privadas acarreta problemas de normatividade dos princípios e dos próprios direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos.

Anota Cláudia Monge que a tese da mediação necessária do legislador mitiga a força normativa e a auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais, pois determina a necessidade de uma produção legislativa de direito privado para o fim de garantir eficácia aos direitos fundamentais.[1191] Tal significa dizer que as relações entre as pessoas – no âmbito das suas vidas e decisões privadas – não são definidas por direitos públicos fundamentais, mas sim por direitos privados que realizam o princípio da autonomia da vontade.

Caberia, desta forma, ao legislador a tarefa de estender os direitos fundamentais às relações entre os particulares. Note-se que os tribunais poderiam também se utilizar de direitos fundamentais como elementos de interpretação das normas de direito privado - inclusive lançando mão de técnicas como a da interpretação conforme a Constituição - fazendo-o, inclusive, ao interpretar normas abertas como as cláusulas gerais do direito civil e os conceitos jurídicos indeterminados.

Boa parte da doutrina vê na solução intermediária uma forma de resolver os problemas da eficácia ampla ou da ineficácia absoluta dos direitos fundamentais nas relações privadas acreditando que a interferência do legislativo pode garantir a

---

[1190] Cf. CAMPO, Javier Jimenez apud UBILLOS, José Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23-25.

[1191] MONGE, Cláudia Sofia Oliveira Dias. **Vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias.** Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 16.

mediação necessária entre a autonomia privada e o respeito aos direitos fundamentais.

É verdadeira a afirmação de que o Estado tem o dever desta mediação na medida em que está vinculado aos direitos fundamentais e também ao dever de preservar a autonomia da vontade e o livre desenvolvimento da personalidade. Sem contar-se com o dever de proteção que desborda necessariamente da existência de uma norma de direitos fundamentais.[1192]

5.6. 3.1 Os deveres estatais de proteção

Outra forma de perceber o fenômeno da irradiação das normas de direitos fundamentais às relações privadas consiste em tomá-la desde a construção de um dever fundamental de proteção aos direitos fundamentais de terceiros.

Ou seja, cabe ao Estado o dever de tutelar os direitos fundamentais, e, portanto, cabe ao titular de um direito agredido por outro particular buscar reparação do Estado que se omitiu no dever de o tutelar. Cabe igualmente ao titular do direito requerer atuação do Estado-juiz que deverá aplicar o direito fundamental impedindo a agressão de terceiros.

Um dos pressupostos desta leitura dos deveres estatais de proteção é que o detalhamento destes deveres é matéria de regulação infraconstitucional, razão pela qual a concretização do dever estatal de proteção carece de uma mediação do legislador.

[1192] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 309.

Esta posição, que é a de Rudolf Canaris[1193] não pode ser classificada como dentre aquelas que percebem a eficácia mediata dos direitos fundamentais pura e simplesmente. Para o professor, não deve haver eficácia imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas – em se tratando de particulares em meio a uma relação jurídica de direito privado – mas deve haver vinculação do legislador às regras e princípios de direitos fundamentais.

Em última análise, para Canaris as normas de direitos fundamentais são imediatamente eficazes para o legislador que estabelece regras e princípios de direito privado, o que implica em sê-las mediatamente eficazes para as relações entre particulares. Carecem de uma mediação do legislador.

De igual lanço, entende Canaris que em se tratando de relação jurídica ou meramente fática onde não vislumbra assimetria, as normas de direitos fundamentais devem incidir não como direitos subjetivos, mas sim como valores a serem concretizados pelo legislador e que influenciam a interpretação do direito privado através das cláusulas e dos conceitos jurídicos indeterminados.

Há uma estreita vinculação entre a eficácia objetiva das normas de direitos fundamentais e a os deveres de proteção do Estado aos direitos fundamentais nas relações privadas.

Tal se dá por que os valores – ou *standarts* jurídicos – incidem sobre as relações privadas, filtrados pelo legislador ou interpretados pelo aplicador do direito como deveres que impõem uma atuação de proteção e respeito.

Estes deveres serão sempre ponderados com outros deveres ou direitos, dentre eles aqueles que desenvolvem a autonomia privada. Em todo caso, será

[1193] CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. **Direitos fundamentais e direito privado**. Lisboa: Almedina, 2003, p. 54-55.

sempre o caso de se preservar o núcleo essencial do direito, ou o mínimo aplicável do dever.

Isto implica em ver que a autonomia privada sempre possuirá algum peso no momento da ponderação com os direitos fundamentais, mas tal peso não deverá chegar ao nível da agressão à dignidade da pessoa humana ou ao nível da não realização do direito ou do dever. [1194] No mesmo sentido o professor Vasco Pereira da Silva.

A posição efetivamente defendida por Rudolf Canaris diz com a constatação de que o Estado tem o dever de proteção dos direitos fundamentais.[1195] Este dever do Estado expressa-se também através do legislador de direito privado que, por integrar o Estado, guarda também obediência aos direitos fundamentais.

Demais disso, o legislativo também possui o dever de defender a instituição dos direitos fundamentais, não podendo desconhecê-los ou deles fazer tábua rasa. As normas dissonantes serão naturalmente maculadas com o vício da inconstitucionalidade**.**

Já os particulares não guardam obediência irrestrita a normas de direitos fundamentais, devendo, tão somente, guardar respeito às normas de direito privado produzidas com a observância destes mesmos direitos fundamentais.

Neste diapasão, explica Daniel Sarmento que a idéia de deveres de proteção é uma variante da teoria da eficácia indireta, na medida em que exige a mediação do legislador.[1196] Tal extensão dos direitos fundamentais às relações privadas deriva tão somente da obrigação do Estado de proteger indivíduos de agressões e ameaças de agressões a direitos seus, e provenientes de particulares.

[1194]SILVA, Vasco Pereira. A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, Lisboa: Almedina, n. 29, p. 268, 1987.

[1195]CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. **Direitos fundamentais e direito privado**. Lisboa: Almedina, 2003.

[1196] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2004*,* p. 261.

O que a teoria do dever de proteção descalva é a idéia de que a ponderação e mediação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais são inevitáveis devendo, no entanto, ficar a cargo do legislador e não do magistrado esta ponderação. No entanto, como os magistrados também são expressões do Estado, na aplicação do direito privado também eles devem estar adstritos aos direitos fundamentais, o que leva - *in casu* - a teoria dos deveres de proteção a um resultado prático idêntico à teoria da aplicabilidade ou eficácia plena dos direitos fundamentais às relações privadas.

Acerca deste ponto, lembra Gilmar Mendes desenvolvendo o pensamento de Konrad Hesse que "cabe ao legislador e, se este se revelar omisso ou indiferente, ao próprio juiz, interpretar o direito privado à luz dos direitos fundamentais (ïm Licht der Grundrechte), exercendo o dever de proteção (Schutzplicht) que se impõe ao Estado".[1197]

5.6.4 A eficácia ampla dos direitos fundamentais nas relações privadas

A ampla eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, incidindo como limitação à autonomia das decisões contratuais e sobre as opções decorrentes do livre desenvolvimento da personalidade foi defendida pela primeira vez por Hans Carl Nipperdey, no início da década de cinqüenta. [1198]

Alguns direitos fundamentais, malgrado sejam originariamente direcionados para relações de direito público podem incidir diretamente sobre as relações de direito privado por que os direitos fundamentais não são sempre direitos

---

[1197]MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 128.

[1198]STRADA, Alexei Julio, "La Eficácia de los Derechos Fundamentales entre Particulares", apud SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

subjetivos de natureza pública. Esta incidência – segundo Nipperdey – pode se dar independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, haja vista que a Constituição – neste particular – é inteiramente auto-aplicável, e seu efeito *erga omnis.*

Na contemporaneidade, o poder hiper-suficiente não vem apenas do Estado. A modernidade carecia de direitos fundamentais que fossem inteiramente subjetivos de natureza pública, e a pós-modernidade - exatamente por causa do deslocamento do que era antes público para o privado - precisa de direitos fundamentais que se localizem ao lado do mais fraco. Na sociedade do século vinte e um o mais forte não é mais o Estado.

Na sociedade hiper-complexa alguns grupos econômicos possuem cada vez mais poder e tem cada vez mais capacidade de mitigar direitos e liberdades e definir aspectos importantes da vida privada. A eficácia imediata corresponde à visão teórica reconhecedora do fim do monopólio da força exercido pelo Estado. Representa, também, o reconhecimento de que os direitos fundamentais possuem um papel relevante, que é o de proteger o hiposuficiente do hiper-suficiente, já que o pólo da força no século XXI migrou do público para o privado.[1199]

A compreensão segundo a qual os direitos fundamentais devem incidir diretamente nas relações privadas é majoritária na doutrina de língua portuguesa, tanto no Brasil quanto como em Portugal. Dentre os autores lusos, destacam-se Ana Prata, José Carlos Vieira de Andrade, José João Nunes Abrantes e Gomes Canotilho.

Acerca do tema, interessante notar o posicionamento de Gomes Canotilho. O professor posiciona-se favoravelmente a eficácia dos direitos

---

[1199] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** Constituição, direitos fundamentas e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 316.

fundamentais nas relações entre os particulares por considerar que as relações entre particulares também são relações entre o mais forte e o mais fraco – caracterizando-se pela desigualdade – quando de um lado está uma pessoa jurídica de expressão e de outro o indivíduo. Embora sendo adepto da eficácia direta, lembra que há um espaço da autonomia individual que não pode ser deixada de lado. Trata-se do "núcleo irredutível da autonomia da pessoa" que deve ser respeitado mesmo quando da aplicação direta de direitos fundamentais a relações entre particulares.[1200]

Já José João Abrantes, concordando com a necessária proteção da autonomia privada, entende que deve haver uma limitação de sua amplitude em razão dos direitos fundamentais.[1201] A autonomia privada nunca deve agredir o núcleo essencial dos direitos fundamentais que tem aplicabilidade em todas as relações entre particulares e limitam a possibilidade de autonomia dos particulares. Mesmo sem limitação do legislador o núcleo essencial dos direitos fundamentais serve de barreira ao exercício da liberdade.

Em última análise, se são compreendidos os direitos fundamentais como expressões que tendem a impor valores e direitos contra-majoritários às partes de um negócio privado; e se são tomados tais direitos como expressão da igualdade que não pode ser agredida por desigualdades privadas, fica claro que a igualdade restará posta em consideração superior à liberdade quando do choque entre direitos fundamentais e a autonomia privada. O núcleo dos direitos fundamentais tem mais peso e deve ser aplicado sobre a autonomia privada. Para tanto, não se faz necessária qualquer intervenção do legislador.

[1200] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1277.

[1201] ABRANTES, José João Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1990, p. 95-108.

A ponderação deve sempre existir, até por que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade também é um direito fundamental, mas há um fator diferenciador: A intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Existem situações em que os sujeitos são desiguais – embora sejam dois entes privados – e existem situações em que ambos são iguais. Quando há hipossuficiência e hiper-suficiência não existe razão em essência para afastar a limitação dos direitos fundamentais às relações privadas.

Quando há uma relação de igualdade deve-se observar apenas o conteúdo mínimo essencial dos direitos fundamentais, uma vez que os direitos fundamentais podem ceder frente à autonomia privada, à exceção do conteúdo mínimo essencial.

Vieira de Andrade[1202] é outro teórico lusitano a perceber a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações privadas. Para o professor existem verdadeiros 'poderes privados' e em razão de tal ocorrência deve-se admitir a eficácia imediata. O pensamento de Vieira de Andrade vem corroborar a tese segundo a qual os direitos fundamentais incidem em uma relação de desigualdade. Se tal desigualdade se manifestar no seio de uma relação privada, então os direitos fundamentais devem operar sobre tais relações com o fito de protegerem e tutelarem os hipossuficientes. Os direitos subjetivos fundamentais são frutos da desigualdade e seus titulares são os desiguais que deles carecem para protegerem-se dos mais fortes.

Entrementes a riqueza do debate, deve-se perceber que a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares é um imperativo

---

[1202]ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 260-268.

lógico, que decorre da própria existência de previsão constitucional a determinar tal incidência.

O Judiciário está jungido à obrigação de aplicar as normas constitucionais e por um imperativo do sistema jurídico constitucional. De toda sorte, as normas de direitos fundamentais em sua eficácia objetiva sempre estariam sendo aplicadas diretamente independentemente da assunção de qualquer teoria sob pena de derrogação do princípio da hierarquia constitucional.

Observando que o Judiciário está obrigado a aplicar as normas constitucionais que são de hierarquia superior ás normas de direito privado, a questão repousaria na ponderação de princípios de sede constitucional. Ou seja, entre normas-princípio de direitos fundamentais e normas-princípio do direito fundamental à autonomia privada, à liberdade, ou ao livre desenvolvimento da personalidade.

Em sendo todas as controvérsias decididas pelo Judiciário, e estando o Judiciário obrigado a efetuar – por um imperativo lógico - a ponderação entre direitos de mesma categoria, tem-se que os direitos fundamentais estarão sempre incidindo sobre as relações entre os particulares.

Anota Gilmar Mendes:

> Não se ode ouvidar, por outro lado, que as controvérsias entre paritculares com base no direito privado hão de ser decididas pelo Judiciário. Estando a jurisdição vinculada aos direitos fundamentais, parece inevitável que o tema constitucional assuma relevo tanto na decisão dos tribunais ordinários como no caso de eventual pronunciamento da Corte Constitucional.

5.6.5 Hipóteses de eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado no modelo dogmático brasileiro

A Constituição da República Federativa do Brasil não é uma Constituição liberal que regule tão somente o espaço de atuação do Estado e estabeleça mecanismos de proteção do indivíduo frente aos poderes públicos. Não é possível ler os direitos fundamentais da Constituição de 1988 apenas com os olhos do liberalismo burguês. Mais do que levar a cabo uma pauta de direitos de proteção do indivíduo contra atuações estatais, a Constituição de 1988 regulamenta todas as relações da sociedade com o Estado e consigo mesma.

É uma Constituição prolixa que não deixou para as normas infraconstitucionais de direito privado a obrigação de regular e tratar das relações dos indivíduos entre si.

Neste contexto, fácil perceber que ela possui diretrizes para a conformação da vida social do país, não se limitando à clássica e liberal postura de carta protetiva das individualidades e do espaço da atuação privada.[1203] Os direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988 são direitos que devem ser lidos não apenas como direitos localizados na relação pública entre o Estado e o cidadão, mas também localizáveis como *standarts*, como valores que definem o tom de todas as relações jurídicas existentes, inclusive aquelas exclusivamente privadas.

Na Constituição não é possível ver nenhuma cláusula de direitos fundamentais que os tome apenas como direitos subjetivos públicos oponíveis apenas contra o Estado. O próprio art. 7º da Constituição esquadrinha direitos que se descortinam claramente em relações jurídicas travadas entre particulares. Com

---

[1203] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 261.

isso se pode ver que está na essência da CF/88 a abertura dos direitos fundamentais ao reconhecimento de sua incidência sobre relações privadas.

Tomados os direitos fundamentais como princípios, ou como *standarts* jurídicos, ou seja, como cláusulas que além de eficácia objetiva e subjetiva trazem consigo valores constitucionais a vigerem sobre todas as relações jurídicas da sociedade, não há como afastá-los da incidência sobre relações entre particulares. A incidência é direta na medida em que não atenta contra a autonomia privada, mas realiza a leitura da autonomia privada a partir de valores constitucionais.[1204]

A melhor leitura possível dos artigos 5º, 6º e 7º da Constituição, bem como daqueles enunciados normativos que soam fundamentais desde a cláusula de abertura do art. 5º § 2º, é a que os toma de forma ampla, a incidir em todas as relações jurídicas existentes. Obviamente esta aplicação comporta a atividade de ponderação.

Esta ponderação não é novidade adstrita à discussão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas é uma característica de todos direitos fundamentais. Aqui importa perceber que o direito fundamental ao ambiente vai ser ponderado com o direito à livre iniciativa e ao livre desenvolvimento da personalidade que são, também, direitos fundamentais.

O direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado desborda do artigo 225 da Constituição Federal em razão da cláusula de abertura do artigo 5º § 2º. Considerando tratar-se de um direito difuso, que se justifica valorativamente como uma exigência da sociedade pós-moderna e que é atribuído no ordenamento jurídico a uma plêiade de legitimados *a priori* indefinidos, forçoso é reconhecer que

---

[1204] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 283.

tal direito incide sobre as relações privadas como todo e qualquer direito fundamental.

A conseqüência básica deste efeito é que as relações privadas ocorrentes na sociedade brasileira limitam-se, em sua gama de possibilidades, pelo respeito ao valor e ao direito ambiental da forma como constitucionalmente estão postos.

Não é apenas o Estado que tem o dever de preservar o ambiente e os particulares que tem o direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado oponível ao Estado, mas sim toda a sociedade é que possui tal direito, oponível a quaisquer particulares.

Este direito exerce o papel de limite quer as atuações do legislador e do Judiciário, quer em razão das atuações dos particulares no exercício das suas atividades privadas e dos seus contratos autônomos.

Uma cláusula contratual que ofenda o ambiente pode ser desfeita se estiver em desalinho com o valor constitucionalmente firmado. Um particular pode opor a um outro particular o respeito ao direito fundamental ao ambiente como limite de sua atuação no exercício de uma atividade privada.

Esta irradiação do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as relações contratuais importa na possibilidade do cidadão legítimo poder defender judicialmente a sua parcela difusa do ambiente sadio, diante de outro particular utilizando-se como causa de pedir a própria norma constitucional que lho permite tornar-se legitimado de um direito difuso.

5.6.6 A *horizontalwirkung* do direito fundamental ao ambiente: a *schutzpflicht* ecológica e a *drittwirkung* ambiental

O direito fundamental ao ambiente é um direito difuso que se fundamenta dogmaticamente no princípio constitucional da preservação ambiental, no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da igualdade. As normas principiológicas que lhe dão sustentação material estão sempre em choque com outros princípios e outras normas que sustentam diversos valores, muitos deles conflitantes com a preservação ambiental.

A existência de um direito fundamental ao ambiente significa não apenas a existência de uma garantia contra-majoritária limitante das atuações estatais e ceifadora das omissões do Estado. Não significa apenas um direito subjetivo público a ser utilizado como *causae petendi* em uma ação pública de particular contra o Estado.

Quando se afirma que há eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente o que se está querendo com isso dizer é que ele não é exercido apenas pelo particular em oposição ao Estado, mas está se dizendo que particulares entre si podem lho manifestar em razão de não serem os direitos fundamentais meros direitos subjetivos públicos.

Os legitimados – a quem lhes foi atribuído pela norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da Constituição Federal um direito fundamental ao ambiente – podem litigar em sua defesa, usando como arrimo tão somente a Constituição Federal pela só razão de que o direito subjetivo que desborda daquele enunciado não tem como sujeito passivo necessário o Estado.

O artigo 225 da Constituição Federal garante posições subjetivas para os legitimados a quem atribui o direito, e estas posições subjetivas são exercidas mesmo quando as posições subjetivas passivas são exercidas por particulares.

O sentido da existência de uma garantia contra-majoritária é a existência de um poder maior que monopoliza as forças, impedindo um tratamento equânime entre as partes no teatro dos fatos. Os direitos fundamentais existem para garantir um equilíbrio nas relações entre partes naturalmente desiguais.

Na pós-modernidade o que se vê é uma hipertrofia do privado e uma atrofia do espaço público, gerando um desequilíbrio entre as forças e os valores que lhes dão supedâneo.

A conseqüência natural é que a postura forte e dominante do Estado foi substituída por um mercado muito mais influente nos destinos das pessoas.

Na esfera ambiental pode-se perceber facilmente que o Estado polui mais por omissão do que por ação. O mercado constrói um estilo de vida, um modo de viver pós-moderno extremamente depredador, e a qualidade de vida dos seres humanos resta cada vez mais agredida pelo modo de viver da sociedade, pelas grandes empresas que seguem poluindo e sobrevivendo da omissão do Estado.

A vilania social e ambiental não se localiza apenas no Estado, mas sim nas forças que etereamente acostumou-se a chamar de mercado. Este sim é o hiper-suficiente a quem se deve guardar receio. O que justifica a utilização da técnica dogmática de estabelecimento de direitos fundamentais – que jogam o papel dogmático de categorias contra-majoritárias – é a necessidade de as sociedades organizadas, os indivíduos, as coletividades construídas sobre uma relação jurídica base, ou os indivíduos dispersos no universo se oporem às depredações ao ambiente levadas a cabo pelo setor privado, com a conivência do Estado.

Considerando que o Estado não é mais o vilão ambiental, e percebendo que as relações de risco a que a sociedade está adstrita como forma de leitura do universo são cada vez mais utilizadas por todos os objetivos do globalismo, a única

razão de ser de um direito fundamental ao ambiente é poder utilizá-lo como direito oponível a ações dos particulares, e como direito à atuação estatal em cumprimento de um dever de proteção.

A utilidade do direito fundamental ao ambiente reside na sua aplicabilidade como técnica de proteção da sociedade contra as agressões ambientais levadas a efeito pelo modo de viver ocidental no século XXI.

Considerando a existência de um direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, a conseqüência dogmática natural é a possibilidade de um particular ir a juízo – utilizando-se de um direito do qual é titular – para exigir que o Estado garanta a sua observação e cumprimento.

O direito ao ambiente, por ser difuso, possui os seus titulares e legitimados dispersos em sociedade por que não é possível, *a priori*, identificar todos os possíveis titulares do direito que seriam legitimados para a ação cujo objeto seja a proteção do ambiente.

Do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 desborda a legitimidade – *a priori* - de todos como titulares do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Em cada caso concreto, especificado e detalhado no instante da sua demonstração em juízo, será necessário apurar os limites da pertinência do direito concretamente deduzido com o indivíduo que *a priori* seria titular do direito ao ambiente.

Isto implica na possibilidade de todos serem titulares de um direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, devendo, em cada caso, o Judiciário aferir a legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo da demanda judicial.

Ao se admitir a eficácia horizontal deste direito fundamental insculpido no artigo 225, admite-se a possibilidade de todos os particulares – dotados de

subjetividade que lhes é atribuída pelo artigo 225, moverem ações judiciais contra outros particulares, na defesa de seu direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

O artigo 225 atribui a todos a titularidade do direito fundamental ao ambiente, e a constatação de que tais direitos são eficazes nas relações entre particulares implica na obrigatoriedade de os particulares guardarem obediência aos ditames da norma constitucional, e a possibilidade de todos os titulares buscarem guarida judicial para a observância deste seu direito por todos os entes públicos e pessoas de direito privado.

Obviamente, esta legitimidade *ad causam* vai ficar condicionada a comprovação de uma qualquer pertinência entre o sujeito ativo e o objeto da demanda deduzida em juízo. O artigo 225 estabelece uma titularidade universal do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, permitindo a todos a propositura de ação com o objetivo de proteger e preservar o seu direito fundamental ao ambiente.

Esta eficácia horizontal ou eficácia perante terceiros transforma o direito fundamental ao ambiente em um direito de eficácia ampla que deve ser não somente obedecido pelos particulares, mas pode deles ser exigido como obrigação a ser compulsoriamente determinada pelo Estado-juiz como efeito de uma decisão judicial.

5.6.7 A ponderação judicial do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado

Ao admitir-se a eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e, portanto, a sua *drittwirkung*, o que se está

permitindo é a equiparação de valores como a liberdade, a autonomia privada, o desenvolvimento, o livre desenvolvimento da personalidade à preservação ambiental.

A admissão da eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente significa permitir a ponderação de diversos direitos e valores constitucionais por intermédio do aplicador da norma. [1205] Este processo de aplicação da norma deve guiar-se através da proporcionalidade e da razoabilidade, que tem sentidos conexos.[1206]

A Constituição garante ao indivíduo o direito fundamental à liberdade, à propriedade, ao desenvolvimento. Dentre tantos direitos fundamentais que são assegurados, está o direito fundamental ao ambiente, que colide, em diversos momentos, com demais direitos afirmados constitucionalmente.

Ao analisar se o direito fundamental ao ambiente deve, ou não, limitar o exercício do direito fundamental a liberdade ou ao desenvolvimento econômico, o que está em jogo é o resultado de uma colisão de direitos fundamentais que deve ser resolvida através da ponderação.

Aplicar horizontalmente o direito ao ambiente nada mais é do que definir em que medida o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado pode limitar a aplicação de outros direitos que lhes são incompatíveis – em uma certa medida.

A diferença reside no fato de que a colisão vai se dar entre direitos de titulares distintos. Não será uma hipótese de interpretação dos fatos a permitir a

---

[1205] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 182.

[1206] Neste sentido, BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 69.

incidência deste ou daquele direito fundamental a ser aplicado pelo Estado, mas a hipótese de se dar maior guarida ao direito fundamental ao ambiente ao revés de acolher o direito fundamental à propriedade ou a liberdade que possuirá outro particular.

Ensina Robert Alexy[1207] :

> La cuestión acerca de em que medida lo hacen formula un problema material, es decir, um problema de colisión. Tanto el problema de construcción como el de colisión resultan de uma diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre um titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. Em cambio, la relación ciudadano/ ciudadano es uma relación entre titulares de derechos fundamentales.

A autonomia da liberdade privada é o mais forte argumento para negar a possibilidade de o direito fundamental ao ambiente incidir como norma limitadora desta mesma autonomia.

A autonomia da liberdade privada significa a possibilidade de os particulares, sem a interferência do Estado, utilizarem-se dos recursos naturais da forma e da maneira como acharem razoáveis, considerando a não existência de qualquer obrigação de respeito à direitos fundamentais de terceiros. Isto representaria alçar o direito à autonomia privada e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade a patamares de direitos absolutos.

Obviamente que esta atuação privada absoluta estaria limitada às proibições constantes das normas ambientais infraconstitucionais. No silêncio ou na inexistência de normas que regulassem a atuação dos particulares não haveria uma

---

[1207] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 511.

obrigação fundamental ambiental ou um direito fundamental ambiental de terceiros que limitasse a interferência das empresas privadas e dos indivíduos no ambiente.

A *drittwirkung* do direito fundamental ambiental permite – na inexistência de norma legal atribuindo direito ambiental a alguém – a utilização por particular para se contrapor a um outro direito privado, levando ao juiz a ponderação de ambos para a aplicação ao caso concreto.

Neste caso, não há uma supremacia do direito fundamental ao ambiente, mas apenas um processo de equilíbrio, em que este direito é ponderado com outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito ao desenvolvimento.

A admissão da aplicabilidade imediata do direito fundamental ao ambiente sobre as relações privadas permite igualar o valor constitucional da liberdade, ao valor constitucional da preservação ambiental, deixando para o legislador a ponderação de tais direitos e valores, e ao aplicador do direito a análise, nos casos concretos do momento em que a preservação ambiental deva ceder um pouco, e o momento em que o desenvolvimento depredador deva deixar de existir.

Isto demonstra uma das características naturais de todo sistema dogmático de direitos fundamentais, que é o fato de ser um sistema aberto à moral e aos conteúdos teóricos filosóficos da sociedade. Toda atividade de ponderação, e de aplicação do princípio da proporcionalidade pressupõe a utilização de conteúdos da dimensão normativa da dogmática e que conduzem a uma densificação não apenas do princípio da preservação ambiental e do direito fundamental ao ambiente, mas também da liberdade, da igualdade e do livre desenvolvimento da personalidade.

Isto é uma característica das normas de direitos fundamentais que obviamente se percebe na eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente.

Para Robert Alexy é a própria vigência de normas de direito fundamental que já significa, por si, que se trata de um sistema aberto para conteúdos morais.[1208]

Ao se abrir para conteúdos morais ou valorativos, os direitos fundamentais que estão em choque submetem-se à ponderação e a racionalidade, uma vez que o sentido da sua própria constitucionalização é estarem submetidos a condicionantes normativos frutos do direito racional moderno.[1209]

A subjetivação do direito ao ambiente e a sua horizontalização acarreta na sua proporcionalização futura quando do embate com outros direitos fundamentais e princípios fundamentais.

A negativa de subjetividade do direito ao ambiente, ou a negativa de eficácia horizontal dos direitos fundamentais só se presta à manutenção da supremacia dos princípios da liberdade e da autonomia privada sobre a preservação ambiental.

As relações privadas podem ser relações também desiguais. É normal e natural que na pós-modernidade seja assim. O desequilíbrio deixa de um lado as pessoas privadas – quase sempre grandes empresas – encasteladas na sua lógica de garantia de um modo de vida neoliberal – e de outro pessoas físicas interessadas em viver em um ambiente são.

Considerar que ambas estão no mesmo nível – e não perceber a desarmonia entre pessoas privadas distintas - é deixar de considerar um dos elementos constitutivos da pós-modernidade que é o aumento do poder de setores do espaço privado que se tornam mais poderosos que o próprio Estado.

[1208] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 525.

[1209] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 525.

O reconhecimento de um direito constitucional ao ambiente, que pode ser ponderado em igualdade de condições com o direito à liberdade e ao livre desenvolvimento, e garantir que este direito possa ser utilizado entre particulares fortes e fracos, é igualar valores e direitos, deixando para a ponderação a atitude de proporcionalizar, com razoabilidade, todos os elementos constitutivos do mundo pós-moderno.

A pós-modernidade é hiper-complexa. É ao mesmo tempo desenvolvimentista e preservacionista. O equilíbrio de forças desta ordem permite ao ordenamento laborar em equilíbrio.

CONCLUSÃO

1. A sociedade contemporânea experimentou modificações nos últimos cinqüenta anos que permitem adjetivar o espaço social contemporâneo como pós-moderno.
2. A sociedade contemporânea é pós-moderna porque o modo de viver ocidental contemporâneo modificou-se a ponto de se afastar das caracacterísticas estruturais da sociedade moderna.
3. Uma das principais características da pós-modernidade é o neoliberalismo, que implica em um modo de viver monetarizado, sustentado pela virtualidade dos ganhos e na hipertrofia do mercado.
4. Além da hipertrofia do mercado, a pós-modernidade experimenta uma mitigação do poder do Estado, que passa a ser desmontado e mergulhado em uma atrofia que lhe reduz as possibilidades de decisão e de efetivação de suas decisões.
5. O abandono do espaço público significa uma descolonização do Estado e uma crença na força, na pragmaticidade e na operatividade do mercado.
6. A compreensão neoliberal torna-se hegemônica e impede a realização de discursos públicos de realização do espaço coletivo. Este modo de viver neoliberal se vê facilitado pela globalização, tornando-se tributário da redução de espaços e da velocidade nas relações, fortalecendo-se como globalismo, que é a expressão semântica da globalização neoliberal.

7. A redução de espaços e a velocidade nas relações acarretam a possibilidade de construção de uma aldeia global, o que é, em si, inevitável. A inevitabilidade da globalização não quer dizer a inevitabilidade do globalismo. A globalização não é necessariamente uma globalização neoliberal.
8. O modo de viver hegemônico levou a uma sociedade de consumidores acoplados a uma compreensão neoliberal de existência e de ganho, transformando a sociedade pós-moderna em uma sociedade de consumidores.
9. Uma das conseqüencias da pós-modernidade é a criação de um universo de excluídos sociais que não fazem parte da lógica de produção e consumo, e para os quais os ganhos da modernidade são inexistentes.
10. A ausência de uma grande narrativa que possa explicar o fluxo histórico e sustentar as opções históricas cria a sensação de que as escolhas pós-modernas são a-históricas.
11. A ausência de narrador e de enredo sociais pós-modernos causa a sensação de risco, que se radicaliza com a utilização da ciência como instrumento de conquistas sobre o mundo físico. As ausências de enredo, de narrador e de segurança permitem o desenvolvimento de um mal-estar que acentua o individualismo pós-moderno.
12. No universo pós-moderno a sociedade fragmentou-se, enfraquecendo qualquer discurso que seja, em si, uma grande narrativa. O discurso é uma narrativa de unidade, e a pós-modernidade é fragmentada e sem enredos unificantes.

13. O discurso jurídico possível na pós-modernidade é o resgate da compreensão moderna de direito: a dogmática jurídica. A fonte de legitimação do direito deve ser necessariamente o Estado.
14. A re-colonização do espaço público, o fortalecimento do Estado e a compreensão do discurso baseado na força legítima é a única estratégia jurídica possível na pós-modernidade.
15. O espaço privado se hipertrofiou e imputou ao espaço público a ineficácia como centro de poder. O resgate do Estado e do discurso jurídico legitimamente forte representa uma estratégia de sobrevivência do fraco contra o mais forte.
16. A dogmática permite a segurança necessária para enfrentar as estratégias pós-modernas do mercado neoliberal.
17. Os direitos fundamentais devem ser pensados como categorias dogmáticas e como instrumentos de defesa dos hipossuficientes. Embora tenham nascido como direitos subjetivos públicos, os direitos fundamentais são categorias dogmáticas que se realizam como garantias contra-majoritárias.
18. Majoritariamente quem controla as esferas de poder é o mercado, e os direitos fundamentais devem ser manuseados como vetores de proteção da sociedade civil contra quem monopoliza o poder. Na pós-modernidade os direitos fundamentais são, antes de tudo, elementos de proteção da sociedade contra o mercado, e não mais instrumentos de defesa contra o Estado, como na modernidade liberal.
19. A experiência dogmática possível na pós-modernidade é aquela que se sustenta desde a concepção tridimensional da dogmática, permitindo a

realização de espaços zetéticos que conformam a idéia de âmbito de proteção, utilizando-se de compreensões normativas. Não apenas o empirismo legal e jurisprudencial constrói a resposta dogmático-fundamental pós-moderna.

20. A compreensão historicamente adequada de direitos fundamentais, e também constitucionalmente correta, é aquela que vê nas garantias contra-majoritárias não uma expressão liberal, ou socialista, ou institucionalista, ou valorativa, ou social, ou democrático-funcional.
21. A visão constitucionalmente adequada para os direitos fundamentais na pós-modernidade pluralista é aquela que os compreende como categorias dogmáticas e abre espaço para percepções múltiplas acerca de seu conteúdo.
22. O direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é um dos direitos fundamentais possíveis no espaço e tempo pós-modernos.
23. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, através do enunciado normativo do artigo 225, uma tutela constitucional ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.
24. Este enunciado normativo se estabelece como um enunciado normativo protetivo que insculpe uma norma de direito fundamental ambiental.
25. O fundamento da norma de direito fundamental ao ambiente deverá ser formal e material. Formalmente a norma sustenta-se no enunciado normativo do artigo 225 da Constituição Federal, que expressa uma norma de direito fundamental.
26. Este fundamento formal justifica-se – como fundamento de direito fundamental – em razão da cláusula de abertura do artigo 5º, § 2º da

Constituição Federal, que permite, formalmente, a existência de direitos fundamentais não previstos nos catálogos de direitos fundamentais.

27. Para que a norma de direito ambiental expressa pelo enunciado normativo constitucional de direito ao ambiente fundamente-se formalmente como norma de direito fundamental, é necessário que haja um fundamento material que a justifique.
28. A norma impositiva de direito fundamental ao ambiente insculpida no artigo 225 da Constituição Federal realiza-se como tal em razão do princípio constitucional da preservação ambiental, em razão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e em razão do conjunto de subprincípios ambientais que lho estabelecem.
29. Ao se comprovar a existência de uma fundamentalidade material para a norma de direito fundamental ao ambiente, através de um princípio constitucional que se lhe dá suporte, a fundamentalidade formal está justificada em razão da cláusula de abertura do catálogo de direitos fundamentais do artigo 5º § 2º.
30. A norma de direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é norma de direito fundamental estabelecida formal e materialmente pelo artigo 225 da Constituição Federal.
31. Por se tratar de norma de direito fundamental ao ambiente, a norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da Constituição Federal realiza-se como uma garantia contra-majoritária que impede modificações em sua amplitude através do constituinte derivado.
32. O fato de haver norma constitucional fundamental ambiental não implica na existência de um direito fundamental ao ambiente sadio e

ecologicamente equilibrado. Existem normas de eficácia meramente objetiva que não atribuem direitos a nenhum legitimado, e realizam, apenas, deveres fundamentais.

33. A norma da disposição de direito fundamental do artigo 225 da CF/88 expressa uma norma de direito fundamental de eficácia objetiva e subjetiva, conquanto, além de estabelecer deveres constitucionais ambientais, atribui um direito fundamental a todos.
34. A norma do artigo 225 da Constituição Federal estabelece deveres ambientais autônomos, concretos e difusos, e deveres fundamentais ambientais, decorrentes da norma de direito fundamental ao ambiente.
35. A norma do artigo 225 da Constituição Federal atribui um direito fundamental ao ambiente a todas as pessoas.
36. As futuras gerações não possuem direito fundamental ao ambiente, mas apenas interesse jurídico na preservação do ambiente.
37. O direito fundamental ao ambiente é um direito fundamental como um todo, o que significa dizer que ele realiza-se como um direito a algo, como um direito de defesa, como uma igualdade e como um direito a um procedimento. Todas as expressões posíveis de um direito fundamental são exercitadas pelo direito fundamental ao ambiente.
38. O direito fundamental ao ambiente restringe-se através da atividade de ponderação, no processo de colisão com outros direitos fundamentais, e a face visível do direito ambiental fundamental é o resultado do embate entre diversos direitos fundamentais.

39. Há um núcleo essencial do direito fundamental que se constitui pela interdição do excesso e pela impossibilidade da prestação deficiente, dependendo da forma de expressão do direito fundamental.
40. O direito fundamental ao ambiente possui eficácia horizontal, pois é oponível a particulares. Esta característica está na essência da sua utilidade e na sua justificação como instrumento jurídico-ambiental pós-moderno. A *horizontalwirkung* do direito fundamental ao ambiente - através da *schutzpflicht* ecológica e da *drittwirkung* ambiental - representa a visão pós-moderna de um direito fundamental ambiental.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1990.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **RDA,** Rio de Janeiro: Renovar, p. 67-79.

_____. Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales*.* **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, v. 66, n. 22, p. 13-64, 2002.

_____. **Teoria de la argumentación jurídica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoria dell' argomentazione giuridica**. Milano: Dott. A. Giufferé Editore, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ANDRADE, Manuel. **Teoria geral da relação jurídica**, 6. reimp. Coimbra, Almedina, 2003. v. 1

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Dogmática Jurídica:** escorço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral.** uma perspectiva luso-brasileira. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ATALIBA, Geraldo. Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 13, p. 35-44.

ATIENZA, Manuel. **Introducion al derecho.** Barcelona: Barcanova, 1991.

AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato. **O estado de direito ambiental:** tendências. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico:** contribuição para uma psicanálise do conhecimento. 3. reimp. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia dos princípios constitucionais:** o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na constituição brasileira. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília: Imprensa Nacional, n. 45, p. 47-80, 1992.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, p. 23-29, 1981.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. **Globalização:** as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **O mal-estar na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. **O que é globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **O que é globalização? Equívocos do globalismos. Respostas à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: HESSE, Konrad. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BENJAMIN, Antônio Hermann de V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. In: **Textos, ambiente e consumo.** Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996, v. 1.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** São Paulo: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** 9. ed. Brasília: Editora UNB, 1997.

_____. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. _____**.** São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **Teoria della scienza giuridica.** Torino: Giapichelli, 1950.

BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos, 1993.

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

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996,

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos:** táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Artigo 225...São Paulo: Atlas, 2001.

BURNS, Edwar McNall. **História da civilização ocidental:** do homem das cavernas até a bomba atômica. Trad. Lourival Gomes Machado, Ourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1975.

CABO, Antônio; PISARELLO, Geraldo. Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

CAMPO, Javier Jiménez. **Derechos fundamentales:** concepto y garantías. Valladolid: ed. Trotta, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. **Direitos fundamentais e direito privado**. Lisboa: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada.** Lisboa: Coimbra, 1984. v. 1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: **Estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: **Estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Lisboa: Coimbra ed., 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: **Estudos em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004.

_____. **Proteção do ambiente e direito de propriedade:** crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 83.

_____. Rever ou romper com a constituição dirigente? defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,** São Paulo: RT, n. 15, p. 7-17, 1996.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido:** uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Trad. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARVALHO, Orlando. **Relação jurídica e direito subjetivo**, Lisboa: Coimbra Editora, 1981

CASALMIGLIA, A. **Introducción a la ciência jurídica**. Barcelona: Ariel, 1990.

CHOMSKY, Noam. **Neoliberalismo.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CORDEIRO, João Menezes. **Tratado de direito civil português.** Coimbra: Almedina, 1999.

COSTA, José Manoel M. Cardoso. O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: **Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.** São Paulo: Dialética, 2001.

CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizione di principio.** Milão: Laterza, 1952.

DELGADO, José Luís. **Interesses difusos e coletivos:** evolução conceitual - doutrina e jurisprudência do STF. **Revista Jurídica**, São Paulo: RT, n. 260, 1999.
DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: **Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 2001.

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

DINIZ, Maria Helena. **A norma constitucional e seus efeitos.** São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Norma constitucional e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DREIER, Ralf. **Derecho y justicia.** Santa Fé de Bogotá: Themis, 1994.

DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado.** São Paulo: Paz e Terra, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHRLICH, Eugen. **Fundamental, principles of the sociology of law.** New York: Arno Press, 1975.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1964.

ENTERRIA, Eduardo García de. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1985.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentas e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERRAJOLI, Luigi et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Editorail Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. **fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

_____. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Constituição de 1988:** legitimidade, vigência e eficácia e supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Forense, 1978.

_____. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão e dominação, São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**, São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FREITAS, Vladmir Passos. **A constituição federal e a efetividade de suas normas.** São Paulo: RT, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GALVÃO FILHO, Anísio Pires. **Direito fundamental ao ambiente.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991.

GOLDBALTT, David. **Teoria social e ambiente.** Lisboa: Piaget, 1996.

GONÇALVES, Reinaldo. **O nó econômico.** Rio de Janeiro: Record, 2003. (Os porquês da desordem mundial. Mestres explicam a globalização).

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais à proteção dos dados pessoais informatizados.** Lisboa: ROA, n. 3, 1991.

_____. **Os direitos fundamentais atípicos.** Lisboa: Aequitas, 1995.

GRAU, Eros Roberto. A constituição brasileira e as normas programáticas. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, Rio de Janeiro, n. 4.

GUASTINI, Riccardo. Três problemas para Luigi Ferrajoli. In: FERRAJOLI et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madri: Editorail Trotta, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 200?.

_____. **La garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid; Dykinson-Constitucional, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

HOBSBAWN, Eric. **O novo século**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

IPSEN Jorn. Handbuch der theorie und parxis der grundrechte apud STRADA, Alexei Julio. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.** Bogota: Universidad externato de Colombia, 2000, p. 90

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Perspectivas, 1970.

KIRCHMANN, Julius H. **La jurisprudência no es ciência.** Madrid: Instituto de Estúdios Políticos, 1949.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1983.

LAVAGNA, Carlo. **Istituzioni di diritto publico.** 6. ed. Torino, 1986.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade do risco***.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. In: **Portugal-Brasil ano 2000**. Lisboa: Coimbra Ed., 200?

LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática juridica.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília: UNB, 1980.

_____. **Sociología del riesgo**. Cidade do México: Triana Editores, 1998.

LYOTARD, Jean-François. **The post-modern condition**. Minneapolis, EUA: University of Minnesota Press, 1985.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador.** Coimbra: Almedina, 1990.

_____. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1983.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 68.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Ciência do direito:** conceito, objeto e método. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARX, Karl. **Questão judaica**. Rio de Janeiro: Jorge Zarah, 1996.

MARX, Karl; ENGELS, Joseph. **Manifesto do partido comunista**. 2002.

MATÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales:** teoria general. Madrid: Universidade Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1999.

MCCHESNEY, R. W. In: CHOMSKY, Noam. **Neoliberalismo.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, São Paulo: RT, n. 57-58, p. 233-256.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente.** São Paulo: RT, 2000.

_____. **Direito do ambiente:** doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967:** emenda nº 1 de 1969. T - I. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valerry**. L´action civile publique du droit brésilien et la reparation dudommage causé à l´evironnement.** Estrasburgo, França. Dissertação de Mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito de Estrasburgo, 1997.

_____. Princípios fundamentais do direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: RT, n. 2, p. 65.

MONCADA, Cabral. **Lições de direito civil**. 4. ed. Coimbra, Almedina, 1995.

MONGE, Cláudia Sofia Oliveira Dias. **Vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias.** Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 16.

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de m direito civil constitucional. In: **Revista de Direito Civil,** n. 65, p. 26, 1993.

MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

MOUFFE, Chantal. **La paradoja democrática**. Barcelona: Gedisa, 2003

_____. **O regresso do político.** Lisboa: Gradiva, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OSCAR, Aquino D. et al. **História das sociedades moderna das contemporâneas.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

OTERO, Paulo. Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais. **AAVV**, Lisboa: AB Uno, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREZ LUÑO, Atônio-Henrique. **Los derechos fundamentales.** Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ, Jesús González. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986.
PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**, São Paulo: Max Limonad, 1999.

PINTO, Paulo Cardoso Correia Mota. A proteção da vida privada e a constituição. **Boletim da Faculdade de Direito**, v. Comemorativo, p. 153-204, 2003.

_____. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: **Portugal-Brasil ano 2000.** Lisboa: Coimbra Ed. 200?

PINTO, Paulo Mota. **Direito civil**. Lisboa: Coimbra Editora, 2000

PORTANOVA, Rogério. Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: BELLO FILHO, Ney de Barros; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito ambiental contemporâneo.** São Paulo: Manole, 2004.

_____. Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: BELLO FILHO, Ney de Barros; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito ambiental contemporâneo.** São Paulo: Manole, 2004.

POZO, José Hurtado. **El princípio de legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad:** reflexiones sobre la dogmática penal. Bogotá: Nuevo Foro Penal, 1988.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSS, A. **Sobre el derecho y la justicia.** Buenos Aires: Eudeba, 1974.

RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental:** a aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 332.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. Portugal: Edições Afrontamento, 2000.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição. Problematização em nível constitucional è luz de um conceito material de direitos. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, n. 131, p. 5-30, 1996.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo (Org.) **A Constituição concretizada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

SARMENTO, Daniel**. A ponderação de interesses na constituição federal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMITT, Carl, **teoria de la constitución**. Madrid: Aliança, 1982, p. 175.

SEVCENKO, Nicolao. **A corrida para o século XXI:** no loop montanha-russa. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Vasco Pereira. A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**. Lisboa: Almedina, n. 29, 1987.

_____. Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional. Serviço nacional de saúde. Normas constitucionais programáticas. Imposições constitucionais. Inconstitucionalidade. **O Direito,** 1987.

_____. **Em busca do ato administrativo perdido.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. **Verde cor de direito:** lições de direito do ambiente. Lisboa: Almedina, 2001.

SOROS, George. **Globalização**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

SOUSA, Marcelo Rebelo; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da república portuguesa comentada.** Lisboa: Lex, 2000.

STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios:** a promessa não-cumprida de benefícios globais. Trad. Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002.

STRADA, Alexei Julio, “La Eficácia de los Derechos Fundamentales entre Particulares”, apud SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TAVARES; Maria da Conceição; FIORI, José Luís. **Desajuste global e modernização conservadora.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22.

TRINDADE, Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente:** paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 304.

_____. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

WARAT, Luís Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei.** Porto Alegre: Síntese, 1982.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor.** 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

ZOLO, Danilo. **Globalizzazione:** um mappa dei problemi. Bari: Laterza, 2004.