

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
MESTRADO EM DIREITO

FABRICIO DOS SANTOS VIEIRA

**TUTELA JURISDICIONAL CIVIL AMBIENTAL E A GARANTIA DO DIREITO
FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO**

CAXIAS DO SUL
2014

FABRICIO DOS SANTOS VIEIRA

**TUTELA JURISDICIONAL CIVIL AMBIENTAL E A GARANTIA DO DIREITO
FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Ambiental e Novos Direitos.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Lunelli

**CAXIAS DO SUL
2014**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS - BICE - Processamento Técnico

V658t Vieira, Fabricio dos Santos

Tutela jurisdicional civil ambiental e a garantia do direito fundamental
ao meio ambiente ecologicamente equilibrado / Fabricio dos Santos
Vieira. - 2014.

92 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de
Pós-Graduação em Direito, 2014.

Orientação: Prof. Dr. Carlos Alberto Lunelli

1. Direito ambiental. 2. Meio ambiente – Aspectos legislativos. 3.
Hermenêutica. 4. Tutela jurisdicional. I. Título.

CDU 2.ed. : 349.6

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito ambiental	349.6
2. Meio ambiente – Aspectos legislativos	502.14
3. Hermenêutica	340.12
4. Ideologia	316.75
5. Tutela jurisdicional	347.643

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Márcia Servi Gonçalves – CRB 10/1500



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

"Tutela Jurisdicional Civil e Ambiental e Garantia do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado".

Fabício dos Santos Vieira

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Ambiental e Novos Direitos

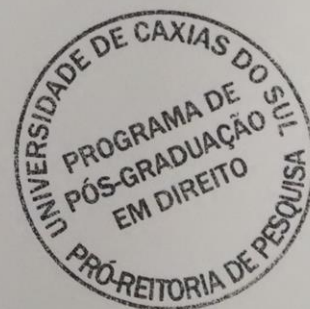
Caxias do Sul, 18 de Março de 2014.

Prof. Dr. Carlos Alberto Lunelli (Orientador)
Universidade de Caxias do Sul

Profa. Dra. Jaqueline Mielke Silva
IMED – Faculdade Meridional

Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira
Universidade de Caxias do Sul



CIDADE UNIVERSITÁRIA

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – B. Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Telefone / Telefax (54) 3218 2100 – www.ucs.br

Entidade Mantenedora: Fundação Universidade de Caxias do Sul – CNPJ 88.648.761/0001-03 – CCETE 028/00000000

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Doutor Carlos Alberto Lunelli pela orientação sempre precisa.

À Professora Doutora Mara de Oliveira pela extrema generosidade.

Aos colegas da Turma XII e demais professores do Programa, além, claro, da incansável Francielly.

E, por fim, agradeço a minha esposa, Sabrina, pela compreensão e apoio.

RESUMO

A preocupação com as questões relacionadas à manutenção da qualidade do ambiente ganhou, nas últimas décadas, a atenção dos mais diversos ramos do conhecimento, dentre eles o direito, ainda fortemente influenciado pela dicotomia público/privado, na qual o bem ambiental não tem seu espaço claramente definido, visto seu caráter difuso que, por vezes, não encontra espaço nessa relação. O panorama tem mudado, notadamente a partir da constitucionalização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que representou, ao mesmo tempo, tanto um avanço legal em relação ao reconhecimento da importância do tema como também se constituiu em forte base axiológica para a produção e interpretação legal. A demonstração inequívoca de sua importância se dá quando o paradigma de Estado é rediscutido, permitindo-se falar, inclusive, em Estado socioambiental de direito ou Estado ambiental de direito. Abordagem que, não obstante ser incipiente, colabora com a consolidação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos princípios a ele relacionados, os quais ganham nova vida no ambiente neoconstitucionalista, ao servirem como parâmetro avaliativo na aplicação das leis e como marcadores doutrinários e jurisprudenciais cada vez mais presentes. Opera-se uma verdadeira revolução em termos de interpretação constitucional. Porém, para se verificar como isso influencia o operador do direito, na tentativa de criar uma nova mentalidade que vise a concretização do direito fundamental, é necessária a busca de elementos relativos aos mecanismos de compreensão e interpretação. Mecanismos dados pela hermenêutica e, ainda, como a ideologia influencia a formação da compreensão prévia do intérprete que, se moldada no sentido de proteger eficazmente o meio ambiente, torna-se tão importante quanto a própria constitucionalização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A alteração da compreensão do intérprete se faz ainda mais necessária quando se depara com o paradigma privatista no qual o processo civil está imerso, não dando a devida eficiência aos meios processuais de tutela do bem ambiental. A ideia de uma cognição exauriente impede a adoção de medidas prévias, por muitas vezes necessárias, focando mais na reparação do que na prevenção do dano ao meio ambiente. Para tanto, o advento de um processo civil metodologicamente pragmático se coaduna com a necessidade da proteção do meio ambiente ao dar nova dimensão a conceitos como acesso à justiça e legitimação das partes na proteção dos direitos difusos.

Palavras-chave: Constitucionalização. Hermenêutica. Ideologia. Efetividade.

RESUMEN

La preocupación por las cuestiones relacionadas con el mantenimiento de la calidad del ambiente tiene ganado, en las últimas décadas, la atención de las más distintas áreas del conocimiento, incluyendo el derecho, todavía muy influenciado por la dicotomía público/privado, donde el bien ambiental no tiene su espacio definido de manera clara. Su carácter es difuso y por veces no hay espacio en esta relación. El escenario ha cambiado significativamente desde la constitucionalización del derecho fundamental a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, que representó, al mismo tiempo, el desarrollo en el reconocimiento de la importancia del tema y también se constituyó una sólida base axiológica para la producción e interpretación legal. La demostración inequívoca de su importancia ocurre cuando se vuelve a visitar el paradigma del Estado. Es posible hablar, incluso en Estado socio ambiental de derecho o Estado ambiental de derecho. Enfoque que, aunque inicial, colabora con la consolidación del derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado y principios relacionados con él, los cuales obtienen una nueva vida en el ámbito neoconstitucionalista, cuando sirven como parámetro de evaluación de la aplicación de las leyes y cómo, cada vez más presentes, marcadores doctrinales y jurisprudenciales. Ocurre una verdadera revolución en la interpretación constitucional. Sin embargo, para ver cómo esto influye en el operador del derecho, en su intento de crear una nueva mentalidad que busque lograr el derecho fundamental, es necesaria la búsqueda de características relacionadas a los mecanismos conexos a la comprensión e interpretación. Mecanismos proporcionados por la hermenéutica y, aún, cómo la ideología influye en la formación de la comprensión previa del intérprete que, si moldeada para proteger eficazmente el medio ambiente, se muestra tan importante como la constitucionalización del derecho fundamental a un medio ambiente ecológicamente equilibrado. Cambiar el entendimiento del intérprete es aún más necesario cuando se enfrentan el paradigma privatista donde el proceso civil se encuentra inmerso. Este paradigma no da la eficiencia adecuada a los medios procesuales para la protección ambiental. La idea de un conocimiento exhaustivo impide la adopción de medidas preliminares, pues, a menudo, es necesario, centrándose más en las reparaciones que la prevención de daños al medio ambiente. Por lo tanto, el advenimiento de un proceso civil metodológicamente pragmático es consistente con la necesidad de proteger el medio ambiente, dando nueva dimensión a conceptos tales como el acceso a la justicia y la legitimidad de las partes en la protección de derechos difusos.

Palabras-clave: Constitucionalización. Hermenéutica. Ideología. Eficacia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A ALTERAÇÃO DO PARADIGMA DE ESTADO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.	10
1.1 O ‘ESVERDEAMENTO’ DO ESTADO E DO DIREITO.....	10
1.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL ...	22
1.3 NEOCONTITUCIONALISMO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	28
2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E SUA INFLUÊNCIA NA FORMATAÇÃO DO SISTEMA LEGAL ...	37
2.1 ELEMENTOS DE HERMENÊUTICA GERAL E JURIDICA	37
2.2 A INFLUÊNCIA DA IDEOLOGIA NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS.....	45
2.3 COMPREENSÃO DA NORMA JURIDICA AMBIENTAL.....	54
3 TUTELA JURISDICIONAL CIVIL DO MEIO AMBIENTE E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO.....	62
3.1 A EVOLUÇÃO METODOLOGICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	62
3.2 O PROCESSO CIVIL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO.....	69
3.3 PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL EM RELAÇÃO A TUTELA AMBIENTAL	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
REFERÊNCIAS	89

INTRODUÇÃO

Talvez não exista na atualidade área mais instigante para o direito do que a ambiental. O panorama de incerteza e a multidisciplinariedade da temática fazem com que o operador do direito sinta-se em terreno movediço, constantemente em mutação, sendo dele exigido conhecer diversas áreas do saber humano.

As questões ambientais, colocadas de lado até bem pouco tempo, ganharam maior dimensão no século passado quando os países desenvolvidos, que atingiram níveis socioeconômicos elevados após a Segunda Guerra Mundial, passaram a se preocupar com a manutenção das condições que propiciaram a oferta de bens e com os efeitos do aumento exponencial do consumo.

Nesse contexto foram talhados novos termos, como sustentabilidade, desenvolvimento sustentável, racionalidade ambiental, etc., porém, em um mundo desigual tal preocupação pareceu hipócrita, de países que atingiram uma qualidade de vida elevada tentando impedir que os países em desenvolvimento o fizessem. Essa tensão afetou a adoção de medidas de proteção ambiental mais eficazes, postergando-as em algumas décadas no Brasil.

Em que pese o protelamento de medidas relacionadas à manutenção da qualidade do ambiente, houve diversos avanços científicos que deram maior credibilidade às discussões antes travadas, aumentando a pressão pela preservação ambiental, levando a edição de medidas legais. O ápice deste movimento foi a constitucionalização do direito ao meio ambiente, ocorrida em diversas cartas constitucionais pelo mundo e no Brasil em 1988.

A constitucionalização do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental demonstrou um amadurecimento da discussão sobre a temática ambiental, a qual prosseguiu, inclusive com a defesa por parte de renomados doutrinadores de que surgira um Estado Ambiental, sob as mais diversas nomenclaturas.

O fato é que, independentemente da mudança do paradigma estatal, a inclusão do direito ao meio ambiente na Constituição ampliou a possibilidade de atuação dos atores sociais em sua defesa, especialmente considerando que a doutrina neoconstitucionalista ganhou grande difusão sobrevalorizando as regras insculpidas na Carta Constitucional, em detrimento da legislação ordinária, engessada diante do caráter mutável do bem tutelado. A interpretação e aplicação das regras constitucionais entraram em nova fase, o que ensejou a rediscussão sobre a forma de compreensão da norma jurídica.

Os temas relacionados a processos interpretativos, a compreensão da norma e a influência da ideologia sobre o direito, foram alimentados no ambiente propiciado pelo neoconstitucionalismo, o qual, ao reaproximar o direito das questões éticas, permitiu uma diversidade interpretativa antes inexistente, especialmente com relação ao direito ambiental, de crescente importância.

A hermenêutica filosófica foi impulsionada por Gadamer e a ideia de uma compreensão previa do interprete é extremamente útil para a demonstração da influência da ideologia na criação e aplicação normativas. Deve-se ter este fator em mente para que a compreensão da norma de cunho ambiental seja adequada, pois é possível a conscientização do indivíduo sobre a importância da manutenção do meio ambiente sadio, o que geraria um concepção prévia da temática mais benéfica com vistas à consecução do direito.

Não se trata de uma “nova consciência”, mas de um sopesamento de valores que resulte com a preservação ambiental entre as prioridades, necessária para a manutenção da própria vida. E não a preservação romântica, ecocêntrica, mas sim àquela cujos parâmetros são dados pela linha ética do antropocentrismo alargado aliado à racionalidade ambiental.

Um dos ramos do direito que mais se beneficia com essa alteração de mentalidade certamente é o do direito processual civil. Extremamente arraigado em uma ideologia privatista, possui imensa dificuldade em tutelar o bem ambiental através de seus instrumentos. A ideia de julgamento após cognição exauriente torna inefetivas as medidas que visam a proteção do meio ambiente. Tal fato se verifica no momento em que o maior sucesso da tutela civil em relação ao meio ambiente se dá no âmbito da responsabilidade civil, mormente no que se trata da reparação de dano já constituído.

Existem bons meios, como a ação civil pública, mas também deve existir uma alteração no modo como o direito ambiental é encarado, especialmente em relação a urgência das medidas necessárias para se garantir a efetividade da tutela. Neste aspecto, a discussão sobre uma nova fase metodológica do direito processual civil, a pragmática, ganha importância, no momento em que a preocupação com a efetividade exsurge como norteador do processo, abandonando a matriz racionalista e colaborando na consecução do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1 A ALTERAÇÃO DO PARADIGMA DE ESTADO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Com o aumento da consideração das questões relacionadas ao meio ambiente, ocorrida durante o século XX, houve uma alteração no modo com o que o tema é tratado, agora mais cientificamente e menos teluricamente.

O novo método de abordagem, calcado em estudos e análises científicas, influenciou a produção legislativa e a aplicação do direito em todo o mundo. No Brasil, o ápice se deu em 1988 com a constitucionalização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fomentando a discussão sobre uma eventual alteração do paradigma estatal.

O direito ao meio ambiente, agora constitucionalizado, deve ser observado de forma efetiva tanto pelos legisladores quanto pelos operadores de direito, inclusive devido ao ganho de eficácia proporcionado às normas constitucionais com o advento do neoconstitucionalismo, o qual amplia a utilização do texto constitucional na esfera judicial.

1.1 O ‘ESVERDEAMENTO’ DO ESTADO E DO DIREITO

Para o entendimento do processo histórico-social relacionando ao aumento da relevância das demandas ambientais na formação do arcabouço legal, bem como na formulação de políticas públicas estatais, torna-se necessário compreender o modelo de desenvolvimento constituído pela sociedade moderna, de matriz eminentemente liberal-individualista. A discussão relaciona-se a formação e atuação do Estado, pois, em um panorama de superação da sociedade industrial e com o advento de uma sociedade globalizada na produção, no consumo e nos efeitos da degradação ambiental, fica evidente a necessidade de uma adaptação na sua atuação, com vistas a uma maior efetividade da proteção ambiental.

A face mais visível desta realidade, em termos de discussão acadêmica, está na tentativa de formulação de um novo paradigma de Estado, com as mais diversas nomenclaturas, mas com um mesmo contexto que enseja a sua formulação teórica: o de existência de uma crise ambiental, dada pelo esgotamento dos modelos desenvolvimentistas levados a efeito nas últimas décadas. Modelos que levaram a uma redução na disponibilidade de recursos naturais sendo a devastação ambiental consequência neste processo, como afirma Morato Leite e Patrick Ayala:

Essencialmente, a crise ambiental configura-se num esgotamento dos modelos de desenvolvimento econômico e industrial experimentados. De fato, o modelo proveniente da revolução industrial, que prometia o bem-estar para todos, não cumpriu aquilo que prometeu, pois, apesar dos benefícios tecnológicos, trouxe, principalmente, em seu bojo, a devastação planetária indiscriminada.¹

A crise do modelo desenvolvimentista tem outras faces, entre elas a necessidade de superação da visão mecanicista cartesiana, iniciada com as descobertas científicas ocorridas desde o século XVII, a qual influenciou o modo de pensar ocidental, fragmentando o processo de compreensão do mundo pelo homem.²

Esta visão não mais se coaduna com as complexas relações efetuais da ação humana sobre a natureza e sobre a perspectiva de fragmentação do pensar, viver e perceber que se estruturou a sociedade industrial. Com o modo de produção capitalista e a perspectiva liberal, o aparato legal a legitimou e, ao mesmo tempo em que nos trouxe o desenvolvimento de tecnologias amplamente difundidas, esta visão também está na raiz da má utilização dos recursos ambientais e na sua degradação, não pela essência de sua formulação, mas pelo crescimento constante da demanda fomentada por um processo de circulação de bens e de consumo exponencialmente aumentado.

Nesse íterim, o projeto de modernidade baconiano, aprimorado pelo racionalismo cartesiano e sua influência nas ciências foi posteriormente legitimado pelas teorias de formação do Estado, tendo a realidade jurídica primado pela propriedade privada. O apogeu desta estrutura sociopolítica ocorreu no século XIX, com a Revolução Industrial, a partir das descobertas técnico-científicas que edificaram a sociedade industrial gerando aumento da produção e do consumo, com maior utilização dos recursos naturais e, conseqüentemente, o agravamento da degradação ambiental.³

As discussões relacionadas à utilização racional dos recursos naturais iniciaram no final do século XIX, baseadas em novas perspectivas do mundo surgidas pelo progresso do homem, o qual deixou de viver apenas para suprir suas necessidades básicas e passou a buscar melhores condições de vida. Já no âmbito político, as teorias marxistas ganharam adeptos com rapidez, sobrevivendo a necessidade de reconfiguração das forças políticas de um mundo marcado pela desigualdade social e econômica gritantes. Em síntese, havia um contexto de progressiva degradação ambiental aumentada pelo desenvolvimento constante das forças

¹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 22.

² CAPRA, Fritjof. Teia da vida: uma nova concepção científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1984. p. 34.

³ OST, François. A Natureza a Margem da Lei: A Ecologia À Prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 80.

produtivas, guiadas pela maximização de lucros da economia capitalista e dos excedentes nas economias socialistas, em uma realidade que permitia antever possíveis problemas causados por esse fato, porém todos devidamente ignorados até bem pouco tempo.

A relação diretamente proporcional entre o aumento das necessidades de consumo e o aumento da degradação ambiental é explicada por Leff em definição que remete ao conceito de fragmentação, de Capra, antes mencionado:

A visão mecanicista da razão cartesiana converteu-se no princípio constitutivo de uma teoria econômica que predominou sobre os paradigmas organicistas dos processos de vida, legitimando uma falsa ideia de progresso da civilização moderna. Desta forma, a racionalidade econômica, banuiu a natureza da esfera de produção, gerando processos de destruição ecológica e degradação ambiental.⁴

A esta altura fica mais claro o esgotamento do modelo produtivo capitalista clássico, mas, por vezes, o paradigma vigente torna-se incapaz de proporcionar respostas aceitáveis para os novos fenômenos surgidos e o período precedente a mudanças paradigmáticas é sempre rico em incertezas e imprecisões conceituais até a formulação de teorias que, legitimamente aceitas pela sociedade em geral e comunidade científica em particular, passam a ser base para o novo paradigma.

Paradigmas são conceituados por Thomas Kuhn como “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.⁵ Neste sentido, em uma abordagem epistemológica do paradigma e sua alteração, é válida a transcrição de Lorenzetti:

São denominados paradigmas os modelos decisórios que têm um status anterior à regra e condicionam as decisões. O vocábulo tem sido amplamente utilizado em numerosos campos filosóficos e científicos com diferentes acepções, mas em nosso caso refere-se unicamente ao modelo de pré-compreensão que guia as ações humanas em um determinado tempo e lugar.⁶

O que se entende por crise é a sensação de perda dos referenciais, ocorrida na transição de paradigmas, em um dado momento histórico, e que impulsiona a reorientação das formas de pensamento.⁷

⁴ LEFF, Enrique. Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 15.

⁵ KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 1991. p. 13.

⁶ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Teoria Geral do Direito Ambiental. São Paulo: RT, 2010. p. 19.

⁷ BERNARDES, Márcio de Souza. O desenvolvimento sustentável como princípio constitucional: a conjugação entre desenvolvimento e meio ambiente no estado democrático de direito. Dissertação (Mestrado em Direito) - UNISC. Santa Cruz do Sul, 2005. p. 20.

Essa reorientação, atualmente, tem por base o desenvolvimento de uma maior consciência ecológica onde o meio ambiente constitui objeto de relevante importância, havendo o reconhecimento de um direito ao ambiente sadio constituído a partir da expressão de um valor inerente à dignidade humana visando a superação do impasse, que consiste na conciliação do desenvolvimento econômico e social com a proteção do meio ambiente.

Obviamente a discussão é eivada de ideologia e a condenação definitiva da perspectiva antropocêntrica adotada no século XVII e XVIII, demonstra-se inadequada, visto que uma característica comum observada em autores da época é o deslumbamento diante das possibilidades geradas pelas tecnologias de domínio e apreensão do ambiente natural e a inconsciência da finitude dos recursos naturais.

Isto é claramente exposto por Francis Bacon em sua fábula sobre “Nova Atlântida”, quando afirma as bases de uma República Científica como melhor formatação do Estado moderno, onde o poder seria exercido por sábios cujo objetivo é chegar a um domínio integral da natureza, com vistas a melhorar a sorte dos homens.⁸

Desta forma, é questionável a crítica a um pensamento, de uma época, plenamente justificável pelo contexto de sua inserção. A noção de finitude dos recursos, obviamente, não fazia parte do pensamento renascentista, pois não havia o porquê disso, dadas as condições de vida espartanas.

Em um modelo epistemológico socioambiental, estão implícitos princípios fundamentais que controlam e comandam o conhecimento científico, repercutindo, desta forma, em políticas e ações globais que discutem os impactos dos avanços proporcionados pelas novas tecnologias.

Neste sentido, Leff discorre sobre a evolução do conceito de desenvolvimento sustentável, novo paradigma a ser perseguido, mitigando a racionalidade econômica então em voga. Em um primeiro momento, o conceito de ‘ecodesenvolvimento’, apresentado por Ignácy Sachs na Conferência de Estocolmo, em 1972, foi o primeiro a defender a concepção de que o desenvolvimento deve atender ao objetivo de eficácias econômicas, representadas pelo aumento de riqueza, simultaneamente com os requisitos de ordem ecológica, social, cultural e espacial. Este marco merece destaque, pois:

Naquele momento é que foram assinalados os limites da racionalidade econômica e os desafios da degradação ambiental ao projeto civilizatório da modernidade. A escassez, alicerce da teoria e prática econômica, converteu-se numa escassez global

⁸ OST, François. Op. Cit. p. 36.

que já não resolve mediante o progresso técnico pela substituição de recursos escassos por outros mais abundantes.⁹

Mas foi somente a partir da década de 1980 que o desenvolvimento sustentável passou a nomear a teoria do ecodesenvolvimento, sendo consagrado por sua definição clássica, qual seja: atender às necessidades do presente, sem comprometer a possibilidade das gerações futuras em atender suas próprias necessidades.

O fato mais importante a se destacar nessa formulação é a consciência de solidariedade intergeracional, no qual o princípio ético norteia o processo de desenvolvimento, tornando-se um conceito chave a ser observado, porque efetivamente permite a alteração da compreensão da problemática ambiental e o rompimento da matriz ideológica individualista clássica, mesmo que sem seu abandono, em verdadeiro subterfúgio psicológico, como bem aponta Jonas:

(...) o destino imaginado dos homens futuros, para não falar daquele do planeta, que não afeta nem a mim, nem a qualquer outro que ainda esteja ligado a mim pelos laços de amor ou convívio direito, não exerce a mesma influência sobre o nosso ânimo.¹⁰

Em um processo de evolução continuada da discussão sobre o tema, merece destaque o Relatório Brundtland, de 1987, que reconhece a nossa dependência existencial em face da biosfera e destaca o quadro de desigualdade social na base do projeto de desenvolvimento econômico e social vigente, no qual poucos países consomem e esgotam boa parte dos recursos naturais ao passo que a maioria vive com a perspectiva da fome. A importância disto está na maturação da ideia de desenvolvimento sustentável, que passa também pela correção, ou ao menos minoração, da desigualdade social e da falta de acesso a direitos sociais básicos.¹¹

Neste momento, quando considerado o homem e o meio ambiente em uma relação de interdependência, a resposta sobre o que se vai tutelar e como, depende de uma opção ideológica que reside em saber se o que se pretende é salvaguardar a natureza enquanto bem

⁹ LEF, Enrique. Op. Cit. p. 16.

¹⁰ JONAS, Hans. O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2006. p. 72.

¹¹ FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 93.

para o homem, ou enquanto bem em si mesma.¹² E, nesta linha, abrem-se duas grandes correntes de pensamento: a antropocêntrica e a ecocêntrica.

Resumidamente, sob o prisma do antropocentrismo, mostra-se marcante a visão de que o mundo gira em torno das necessidades humanas e os bens naturais são considerados veículos para sua satisfação.

De outro lado, o ecocentrismo diverge dessa visão, negando a hierarquia do homem em relação ao meio ambiente, integrando-o como parte da biosfera:

A opção por uma ética ecocêntrica corresponde, pois, à consideração valorativa do Homem enquanto parte integrativa da Natureza. O princípio antropocêntrico é substituído por um princípio biocêntrico, não no sentido em que o valor da Natureza se substitui ao valor do Homem, mas sim no sentido em que o valor radica na existência de uma comunidade biótica em cujo vértice nos encontramos.¹³

Em termos econômicos, o movimento do ecocentrismo propõe restrições ao desenvolvimento com base na manutenção do meio ambiente, sendo produzidos apenas os bens e serviços necessários para a sociedade, medindo a eficiência empresarial de acordo com a afetação dos recursos naturais.

Neste íterim, é pertinente observar que retroceder e viver em “harmonia com a natureza” não é uma possibilidade, pois o ser humano, por suas próprias características evolutivas, altera a natureza para que ela se adapte aos seus desejos, atingindo um grau de desenvolvimento que torna impossível abandonar o padrão conquistado, sob pena de colapso da estrutura econômica social.¹⁴

Observando a característica básica das duas teses, verifica-se a inadequação das mesmas, dada pela simplificação de suas fórmulas em um contexto social e econômico complexo. Tal fato permite a ascensão de uma “terceira via”, encontrada a meio caminho entre a visão utilitarista e a ecocêntrica pura. O ambiente não é protegido por si só, mas também não é mero instrumento do bem estar do homem:

O ambiente deve ser preservado porque é condição de existência dos seres humanos, os quais, por sua vez, são dele parte integrante. O homem fica, assim, investido na

¹² GOMES, Carla Amado. Direito ambiental: o ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente. Curitiba: Juruá, 2010. p. 15.

¹³ SEMDIM, José Cunhal. Responsabilidade Civil por danos ecológicos. Da reparação do dano através da restauração natural. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 94 APUD GOMES, Carla Amado. Op. Cit. p. 16.

¹⁴ FARIAS, André Brayner de. Élan vital, natureza e ecologia: elementos para uma ética e uma estética ambiental Bergsoniana. In CARNEIRO, Marcelo Carbone e GENTIL, Hélio Salles (orgs.). Filosofia Francesa Contemporânea. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. p. 425.

responsabilidade de promoção e não de perturbação (grave e irreversivelmente lesiva) do equilíbrio ecológico.¹⁵

Na definição acima está o pensamento central do chamado antropocentrismo alargado, onde não há uma renúncia da posição central ocupada pelo homem consciente das limitações objetivas da natureza e da fragilidade da própria existência.

Aspecto que merece destaque quando adotada essa visão ética, é aquele apontado por Bourg, quando afirma que o antropocentrismo alargado está na base do reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, devendo ser resguardado como patrimônio comum da humanidade, colocando-o como projeto patrimonial a ser legado para o futuro, não reduzido a dimensões materiais.¹⁶

Os teóricos defensores do Estado Ambiental entendem que a inclusão do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição de 1988 criou um novo paradigma interpretativo, transcendendo o Estado Democrático de Direito, devendo ser encarado como um propulsor para a efetivação de um Estado no qual a dimensão ecológica ocupa um lugar central no processo republicano e democrático.

Cabe ressaltar a observação de Michel Serres,¹⁷ para quem há uma insuficiência da visão tradicional do fenômeno político, no qual se encontra um paradigma legitimador do Estado e da sociedade civil, decorrentes do próprio contratualismo clássico, tendo como ponto de partida uma relação senhorial e arrogante do homem em face da natureza, propondo uma substituição do contrato social para o contrato natural. Neste caso, o homem reconstrói sua relação com a natureza, renunciando ao contrato social clássico para firmar um novo pacto com o mundo, ou seja, o contrato natural, a partir de uma revisão antropológica, pois como visto, o antropocentrismo tradicional, em síntese autorreflexiva com o contratualismo clássico, tem como única preocupação o bem estar do homem, posto como centro ou medida do universo, sendo-lhe por isso destinadas todas as coisas.

Amplia-se, assim, a interpretação da questão democrática vez que as possibilidades não se esgotam em modelos estanques, mas compartilham a realidade e tais modelos não fornecem soluções para as múltiplas dimensões dos problemas que a sociedade pós-industrial enfrenta.

¹⁵ GOMES, Carla Amado. Op. Cit. p. 20.

¹⁶ BOURG, Dominique. Os sentimentos da natureza. Lisboa: Piaget, 1997. p. 258 APUD STEIGLEDER, Annelise Monteiro, Responsabilidade Civil Ambiental, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 94.

¹⁷ SERRES, Michel. O Contrato Natural. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. p. 20.

Neste sentido, é interessante buscar o processo histórico de formatação do Estado Moderno iniciado pelo Estado Liberal de Direito, com suas bases teóricas lançadas por Locke e Montesquieu, que se caracterizou pela difusão dos direitos fundamentais, separação dos poderes, império das leis e movimentos constitucionalistas que impulsionaram e balizaram o desenvolvimento do hemisfério ocidental.

Nas declarações de Independência Americana e de Direitos Francesa, do século XVIII, estão claramente presentes os ideais liberais, adotando como pontos centrais as concepções de liberdade e cidadania. Tais documentos conferiram ao sujeito social a possibilidade de exercer direitos e de ser respeitado em sua vontade perante os demais membros da sociedade, além da proteção contra a atuação arbitrária do Estado. No dizer de Vasco Pereira: “em causa estava a proteção dos indivíduos contra o Estado, que obrigava a abstenção dos poderes públicos na esfera das pessoas, garantidos pelos direitos fundamentais”.¹⁸

No paradigma de Estado Liberal ocorre uma divisão entre o que é público, materializada pelos direitos da comunidade estatal, segurança jurídica, representação política, direitos ligados às coisas do Estado, enquanto na parte privada encontram-se os direitos à vida, à liberdade, à individualidade familiar, à propriedade e o mercado. Cumpre observar a clara separação entre Estado e sociedade, onde as questões ambientais estão afetas aos direitos de propriedade e aos conflitos de vizinhança sendo, portanto, estritamente privadas.

Do ponto de vista da divisão orgânica do poder, verifica-se que a relação entre os três poderes pautou-se por um sistema de freios e contrapesos, no qual o poder limitava o poder, no exercício de suas faculdades. Com relação à formação legal, sob a influência do paradigma liberal, a constituição escrita é configurada como um pacto político que representa esquematicamente o Estado Burguês.

No entanto, o contexto mundial muda após o término da Segunda Grande Guerra. O aviltamento econômico das potências europeias e a necessidade de redefinição da esfera civil, ocasionou a complementação da antiga concepção liberal dada pelo implemento de medidas que garantissem a intervenção estatal nas esferas econômica e social com vistas a uma melhora na condição geral da população. Esse fenômeno foi bem sintetizado por Sarlet e Fensterseifer na seguinte passagem:

(...) a exacerbação da liberdade individual e de uma dimensão eminentemente patrimonialista do ideal liberal reproduziu no âmbito social um quadro de injustiça

¹⁸ SILVA, Vasco Pereira da. Verde Direito: o direito fundamental ao ambiente. In DAIBERT, Arlindo (org.). Direito Ambiental Comparado. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 22.

(...) a ideia de liberdade passou a incorporar uma dimensão real e substancial ao seu conteúdo e vincular-se a ideia de igual liberdade de todos, bem como o Estado passou da condição de “inimigo” para a de “amigo” dos cidadãos, que alguns dos seus direitos fundamentais – notadamente os direitos sociais – passaram a ser exercidos não mais contra o Estado, e sim promovidos e garantidos através da atuação estatal.¹⁹

Neste momento surgem os direitos sociais, motivados pelo ideal social democrata, os quais exigem do Estado ações positivas destinadas à mitigação de desigualdades, mediante a retribuição dos bens disponíveis na sociedade. Ou seja, a passagem da fórmula liberal ao Estado Social, em sentido amplo, se deu com a contestação da ausência do Estado em momentos de crises, como afirma Lunelli, “tal situação acarreta uma modificação da perspectiva do Estado, o qual deveria deixar de ser mero espectador das relações socioeconômicas, passando a agir, positivamente, surgindo, em vista disso, o Estado Social”.²⁰

Em síntese, o desenvolvimento do movimento democrático e o surgimento de um capitalismo monopolista, bem como o aumento nas demandas sociais e políticas, possibilitaram o surgimento de uma nova fase do constitucionalismo, ou seja, a inauguração do Estado Social de Direito.

Este modelo forneceu a materialização de direitos anteriormente formais, trazendo em seu bojo uma releitura dos primeiros direitos chamados de fundamentais, esses já existentes no paradigma de Estado Liberal, agregando a ideia de deveres sociais, com a criação de uma consciência jurídico-política, com a percepção da existência do indivíduo em uma comunidade, gerando, além de intrínsecas obrigações morais, obrigações jurídicas, pois não há garantia jurídica real dos direitos fundamentais sem o cumprimento de um mínimo de deveres do homem e do cidadão. Isto fica claro no contexto da Constituição de 1988, onde o Estado é constituído por uma ordem de liberdade limitada pela responsabilidade.²¹

Pressupõe-se, neste contexto, o desdobramento da legalidade estrita através de um conjunto de leis sociais e coletivas que possibilitaram o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado das relações sociais, de modo a satisfazer o mínimo material de igualdade.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 133.

²⁰ LUNELLI, Carlos Alberto. Por um novo paradigma processual nas ações destinadas a proteção do bem ambiental: a contribuição do Contempt of Court, in Estado Meio Ambiente e Jurisdição. Carlos Alberto Lunelli e Jeferson Marin (orgs.). Caxias do Sul: EDUCS, 2012. p. 148.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Op. Cit. p. 136.

Ao poder executivo foram atribuídos novos mecanismos jurídicos e legislativos de intervenção direta e imediata, no qual o direito é interpretado como um sistema de regras e de princípios aperfeiçoáveis, consubstanciado em valores fundamentais.

No Estado Social, o poder judiciário não se limitou à tarefa mecânica de aplicação da lei, mas a uma aplicação construtiva do direito material, de forma a alcançar as perspectivas do ordenamento jurídico positivo, cabendo ao juiz a tarefa de garantir a igualdade e a justiça no caso concreto.

Entretanto, o Estado Social de Direito não forneceu uma solução à questão da igualdade, embora ultrapassasse sua percepção puramente formal, mas sem base material. Com relação à problemática ambiental, Vasco Pereira da Silva assinala que “O Estado Social desconheceu em absoluto o problema da ecologia, imbuído como estava da ‘ideologia otimística’ do crescimento econômico, qual ‘milagre’ criador de progresso e qualidade de vida”.²²

Neste momento, desenvolveu-se um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, com um conteúdo próprio onde estariam presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídicas e a preocupação social. Vislumbra-se, assim, o surgimento dos direitos amparados no princípio da solidariedade, impondo ao Estado à realização de ações positivas destinadas a proteção das coletividades. Neste último momento, já não basta a proteção da liberdade e da igualdade.²³

No paradigma do Estado Democrático de Direito, consagram-se os direitos difusos, enquanto os direitos consagrados nos modelos precedentes passam por uma revisão e adequação ao novo modelo, em uma lógica constitutiva e estrutural dirigida à criação das condições necessárias de colaboração entre entidades públicas e privadas.²⁴

Desta forma, os direitos difusos apresentam-se como direitos de solidariedade, os quais não visam à tutela individual contra determinados atos do Estado - típico do Estado Liberal - e muito menos à proteção coletiva de determinados grupos sociais, característica dos direitos de segunda geração – consolidados no Estado Social – mas sim à proteção do gênero humano.

²² SILVA, Vasco Pereira da. Op. Cit. p. 18.

²³ MARCON, Fernanda. A construção discursiva dos Direitos Fundamentais: Uma análise a partir da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas. 2006. 3 v. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós- Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 65.

²⁴ SILVA, Vasco Pereira da. Op. Cit. p. 23.

Note-se que os direitos difusos são decorrentes da complexidade das relações econômicas, sociais e políticas, pois ultrapassam o âmbito das relações individuais ou de grupos determinados.

Através do esgotamento de paradigma social e tendo em vista os problemas surgidos das tentativas de superar a oposição existente entre o Estado Social e o formal burguês criou-se uma nova compreensão de modelo constitucional de Estado, no qual todos os atores envolvidos e afetados deveriam construir um ordenamento que atendesse as tendências e as estruturas sociais.

Uma observação pertinente, tendo em vista o caráter difuso do direito ao meio ambiente equilibrado, é que um Estado verdadeiramente democrático, sob esta perspectiva, deve incentivar e criar mecanismos inclusivos nos processos de regulamentação institucional, como aponta Wolkmer, “o pluralismo jurídico comunitário (...) se constitui numa estratégia democrática de integração que procura promover e estimular a participação múltipla das massas populares e dos novos sujeitos coletivos de base.”²⁵

No mesmo sentido Zagrebelsky acentua a transformação do processo decisório promovida pela alteração paradigmática de Estado, pois, se o modelo anterior se assentava sobre uma estrutura jurídica, política e social que pressupunha uma certa homogeneidade cultural, modernamente não se pode olvidar da perspectiva multicultural, com o devido diálogo em sociedades abertas e plurais.²⁶

O contexto sócio-político, com o fortalecimento do *status* material do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas legislações infraconstitucionais, os infortúnios ambientais crescentes e a ecologização do Direito, tem demandado uma transformação no papel do Estado, com a necessária adaptação do conceito de cidadania e com a inclusão da consciência da necessidade do uso racional dos recursos naturais.²⁷

É neste momento em que se verifica o aumento do número de adeptos de um novo modelo de Estado, o qual emerge a partir do redimensionamento do papel do Estado na sociedade, em prol de um meio ambiente sadio e equilibrado.

²⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. São Paulo: Alfa ômega, 1994. p. 206.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Madri: Trotta, 1995. p. 17.

²⁷ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado Ambiental de Direito. Revista de Informação Legislativa. Distrito Federal: Senado Federal. p. 297.

Neste sentido, Canotilho²⁸ informa que o Estado Constitucional Ecológico foi defendido, inicialmente, pelo alemão Rudolf Steinberg, em sua obra *Der Ökologische Verfassungsstaat*. Posteriormente várias denominações surgiram, entre outras: Estado Pós-Social (Vasco Pereira, José Manuel Pureza, Daniel Sarmento), Estado de Direito Ambiental (Morato Leite), Estado de Ambiente (Peter Häberle) e Estado Ambiental (Michael Klopfer).²⁹

Em que pese a existência de diversas nomenclaturas, importante é a característica comum aos modelos que impõe o dever ao Estado, quando tratar das funções fundamentais de sua organização, de moldar formas mais adequadas para a gestão dos riscos, por ser impossível a eliminação total dos mesmos, pois são inerentes ao próprio modelo que serve de base para a sociedade. O que se deve buscar é a gestão responsabilizada dos riscos.³⁰

Outra função observada é a juridicização de instrumentos contemporâneos preventivos e precaucionais, de forma a garantir a preservação ambiental diante de danos e riscos abstratos, potenciais e cumulativos. Deve-se discutir, ainda, a noção de direito integrado no que concerne ao direito ambiental, pois, quando se defende a ideia de meio ambiente como um macrobem, acaba por ser inevitável sua integração com outros ramos de conhecimento.

Extraí-se, portanto, que a problemática ambiental deve receber um tratamento diferenciado por todas as áreas de conhecimento, inclusive no âmbito dos estudos sobre o Estado, haja vista que é condição para a sobrevivência das presentes e futuras gerações.

Em linhas gerais, o Estado Ambiental de Direito constitui um conceito de cunho teórico-abstrato, que abrange elementos jurídicos, sociais e políticos na persecução de uma condição ambiental capaz de favorecer a harmonia entre os ecossistemas e, consequentemente, garantir a plena satisfação da dignidade para além do ser humano.³¹

Não obstante o Estado Ambiental de Direito ser, em um primeiro momento, uma abstração teórica, por vezes criticada pela filosofia política, o tratamento que a Lei Fundamental de um determinado país confere ao meio ambiente pode aproximar ou afastar o seu governo dos avanços propostos por este modelo de Estado ao servir, simultaneamente, de

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (Org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 114.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Op. Cit. p. 94.

³⁰ LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira. As novas funções do direito administrativo em face do estado de direito ambiental. In: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). Grandes temas de direito administrativo. Campinas: Millenium, 2009. p. 438.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Op. Cit. p. 174.

meta e parâmetro. Outrossim, é importante buscar o tratamento dispensado ao tema ambiental pela Constituição Brasileira de 1988.

1.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi o primeiro dos diplomas constitucionais brasileiros a versar deliberadamente sobre o meio ambiente, dispensando à matéria um tratamento amplo e diferenciado. A partir de um capítulo especificamente dedicado ao tema, o constituinte definiu o que viria a se tornar o núcleo normativo do direito ambiental brasileiro.

A proteção constitucional do meio ambiente, entretanto, é mais extensa, abrangendo uma série de outros dispositivos que, direta ou indiretamente, relacionam-se a valores ambientais de forma sistêmica. Nesse mesmo sentido, Benjamin menciona que o capítulo que versa sobre o meio ambiente nada mais é do que o ápice ou a face mais visível de um regime constitucional que se dedica, de forma difusa, à gestão dos recursos ambientais.³²

Observa-se, num pretenso Estado de Direito Ambiental, princípios estruturantes, como o da precaução, o da prevenção, o da responsabilização, do poluidor pagador, da participação, da cidadania, o da informação, o da proibição do retrocesso ecológico e o do mínimo existencial ecológico. No entanto, ao analisar todos esses princípios, percebe-se que a solidariedade acaba inserida, seja de forma transversal, seja direta, em todos os demais. Por conta disso o princípio da solidariedade é o fundamento teórico-jurídico do Estado de Direito Ambiental, ou seja, um dos princípios fundantes do novo paradigma estatal, o que não exclui, por conseguinte, os demais.³³

Na leitura da Constituição Federal de 1988, verifica-se o tratamento do princípio da solidariedade como objetivo da República em seu artigo 3º, I, ao prever a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária.” No inciso IV do mesmo artigo, visualiza-se outro objetivo que comprova a preocupação do constituinte originário com a solidariedade, ao estabelecer a “erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais”. Como se vê, os dispositivos estabelecem um novo marco normativo-constitucional ao consolidar a solidariedade como princípio da Carta Magna.

³² BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.). Op. Cit. p. 79.

³³ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Hermenêutica e meio ambiente: uma proposta de Hermenêutica Jurídica Ambiental. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 82.

Ainda o art. 225 da Constituição Federal, núcleo do ambientalismo constitucional, cuida da solidariedade ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. Não restam dúvidas de que tal dever está diretamente relacionado ao princípio da solidariedade ao dividir os encargos e responsabilidades na equidade geracional, não se olvidando que este encontra guarida em tratados internacionais de direitos humanos de matéria ambiental, ratificados pelo Estado brasileiro, em virtude da cláusula de abertura do §2º, do art. 5º, da Constituição Federal.

Mesmo antes da expressa constitucionalização da proteção ao meio ambiente, a inexistência de previsão legal não inibiu o legislador de promulgar leis e regulamentos, os quais resguardavam os processos ecológicos, muito devido a ação dos movimentos conservacionistas internacionais aliados às pressões externas pela preservação do patrimônio natural, surgidas principalmente entre as décadas de 1970 e 1980. O país passou a adotar políticas ambientais de proteção e conservação de forma mais efetiva, utilizando-se de diversos mecanismos legais, destacando-se como marco norteador fundamental a Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), traduzida numa série de princípios, objetivos e instrumentos como o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e, posteriormente, a criação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).

Em que pese a preocupação ambiental crescente e o aparato legal constituído, historicamente os esforços têm se concentrado, quase que exclusivamente, no aspecto econômico, deixando à margem os planos social, ambiental e cultural também relevantes na discussão e redefinição de conceitos como qualidade de vida e preservação dos recursos naturais.

Isso se deve, entre outros fatores, às limitações dadas pelo aparato legal constituído com essa finalidade, compostos de instrumentos de natureza extremamente privatista. Mas uma mudança se vislumbra com a constitucionalização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Alguns benefícios da constitucionalização do ambiente são arrolados por Benjamin e divididos de acordo com seu caráter:

Alguns (benefícios) apresentam caráter substantivo, material ou interno, isto é, reorganizam a estrutura profunda de direitos e deveres, assim como da própria ordem jurídica. Outros, diversamente, relacionam-se com a afirmação concreta ou implementação das normas de tutela ambiental – são benefícios formais ou externos.³⁴

³⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. Op. Cit. p. 89-99.

Entre os substantivos, pode-se destacar a inclusão da proteção ambiental no rol dos direitos fundamentais, o que, invariavelmente, modifica a sua dimensão, deixando de ser um interesse menor. Segundo o autor, em conjunto com outros benefícios substantivos, principalmente o dever de não degradar e a ecologização do direito à propriedade, “os mais recentes modelos constitucionais elevam a tutela ambiental ao nível não de um direito qualquer, mas de um direito fundamental, em pé de igualdade com outros também previstos no quadro da Constituição”.³⁵

No julgado a seguir, percebe-se a validação desta posição no Supremo Tribunal Federal, ao afirmar a característica transindividual do direito ao meio ambiente equilibrado e a consagração do princípio da solidariedade como informador dos direitos de terceira geração:

O direito à integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos Econômicos, sociais e culturais) - que se identificam como liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.³⁶

Destarte, está claro que esta fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nada mais é do que uma irradiação do direito à vida, requisito de todos os outros direitos fundamentais. Direito à vida aqui entendido como o direito de preservação desta e, em consequência, o direito à garantia de sobrevivência das gerações futuras.³⁷

É imprescindível a consagração do art. 5, § 1º, que dá aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, não só no sentido normativo de cada direito fundamental extraído do texto constitucional, mas também na observação pelo

³⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. Op. Cit. p. 93.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Deferimento da segurança por unanimidade pelo Tribunal Pleno. Julgamento em 30.10.1995. Acórdão em Mandado de Segurança nº 22.164/SP. Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira x Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça, 17.11.1995. Ementário 1809-05. p. 1155 a 1189.

³⁷ DUARTE, Marise Costa de Souza. Meio ambiente sadio: direito fundamental em crise. Curitiba: Juruá, 2007. p. 86.

legislador ordinário de seu dever em sistematizar a matéria, dando efetividade ao conteúdo do preceito.

Somente assim se materializará o direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental, pois se atenderá aos privilégios da fundamentalidade, quais sejam, a sua universalidade e indisponibilidade, traduzindo a representação que uma ordem valorativa obteve, implicando a sua validade em todos os âmbitos do direito proporcionando diretrizes para a legislação, para a administração e para a justiça.

Ao se falar em Estado Ambiental de Direito, ou suas outras denominações, deve-se salientar que esta teorização ainda é muito incipiente e deverá ser melhor trabalhada e fundamentada por seus defensores. Porém, isto não impede a apropriação da importância do princípio da solidariedade para estas construções, cuja consideração permite tratar de uma “versão reduzida” das teorias sobre alteração do modelo estatal. Nesta versão, mesmo não havendo alteração do paradigma filosófico-político do Estado Democrático de Direito, torna-se inescapável a observação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como informador do sistema legal, dada a sua importância contextual.

O Estado Ambiental de Direito é definido como uma forma de Estado que pressupõe a aplicação do princípio da solidariedade econômica e social no fim específico de atingir um desenvolvimento sustentável, orientado na busca pela igualdade substancial entre os cidadãos, por meio do controle jurídico e do uso racional do patrimônio natural.³⁸

Sua formação pressupõe funções essenciais, como o modelamento de formas adequadas à gestão dos riscos ambientais com a finalidade de evitar a irresponsabilidade organizada, e principalmente a criação de instrumentos preventivos e precaucionais, típicos do Estado pós-social, inscritos no art. 225 da Constituição Federal de 1988. Tal complexidade exige a introdução de institutos jurídicos que garantam a preservação ambiental.

Nesse sentido, alerta Morato Leite:

A otimização dos objetivos do Estado de Direito Ambiental não representa necessariamente uma solução para os problemas ecológicos vivenciados pela modernidade. Esta discussão, todavia, tem utilidade para a identificação de carências e deficiências jurídicas que interferem na qualidade da proteção do meio ambiente.³⁹

Ou seja, a maior valia da discussão reside no fomento ao processo de transformação no qual o Estado e sociedade possam influenciar o cenário ambiental, se aparelhando jurídica e institucionalmente para assegurar o equilíbrio ecológico como requisito à qualidade de vida.

³⁸ CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994. p. 248 APUD LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (Org.). *Op. Cit.* p. 170.

³⁹ Idem. p. 174.

Isto ocorre, dentre outros modos, com a inserção de disposições constitucionais nos quais se encontram os valores e os postulados básicos da comunidade, uma vez que nas sociedades de estrutura complexa, a legalidade representa a racionalidade e os objetivos do meio.

Como se observa, o Estado Ambiental apresenta características que lhe conferem funções ampliadas quando comparado ao Estado Liberal e ao Estado Social, considerando, sobretudo, a preservação do meio ambiente e a promoção da qualidade de vida, como valores fundamentais de uma democracia e de uma nova forma de cidadania.

Para efetivação dos direitos advindos desse processo de amadurecimento dos cidadãos, torna-se imprescindível que o Poder Judiciário proceda a uma mudança de paradigmas na percepção de sua própria posição e função para a concretização dos princípios da prevenção, da participação e da responsabilidade, evitando que o formalismo e a morosidade processual tornem-se obstáculos a uma plena tutela jurisdicional ambiental.

Mas nenhum desses princípios alcança o valor do princípio da solidariedade, sendo ele o fundamento teórico-jurídico de um Estado Ambiental, princípio fundante do novo paradigma estatal, o que não exclui os demais, tendo com eles uma relação interdependente.⁴⁰

A importância do princípio da solidariedade fica demonstrada em um contexto de crise ambiental, pois esta não ocorre de forma isolada, o que leva a constatar que a eventual lesão não pode ser vista sob o enfoque do indivíduo, mas também em uma dimensão coletiva, destacando-se os direitos que perpassam a esfera privada e se subordinam a interesses da maioria em prol do bem-estar social, em virtude da titularidade ser indefinida ou indeterminável. Nesse contexto o princípio da solidariedade surge como instrumento que obriga a garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às gerações futuras assumindo, nesse aspecto, a dimensão intergeracional.

Certamente este fato constitui um grande desafio aos juristas, na medida em que trata do relacionamento entre as diversas gerações e, nesse sentido, é possível traçar um paralelo com o princípio da solidariedade intergeracional rawlsiano, pelo qual surge para o homem de hoje, em virtude da ética da alteridade, o dever de agir responsavelmente para com as gerações futuras. Para Rawls, a solidariedade intergeracional se consubstancia na formulação de um princípio de poupança do capital real, que abarca a preservação dos recursos ambientais.⁴¹

A inclusão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na Carta Constitucional gera consequências, porquanto, diante do caráter principiológico dos direitos

⁴⁰ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Op. Cit. p. 82.

⁴¹ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 354-365.

fundamentais, é inevitável a colisão entre eles, como ocorre entre o direito ao meio ambiente e o direito à propriedade, por exemplo, levando à necessidade de técnicas interpretativas adequadas.

A mutabilidade é uma característica necessária da legislação ambiental, tendo em vista as ameaças oriundas do processo econômico, como o avanço tecnológico e científico que permitem um melhor entendimento dos processos ambientais. Tal circunstância faz com que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sofra severa prospecção sobre o seu conteúdo, considerando o caráter adaptativo do bem tutelado.

Neste sentido, merece destaque a interpretação constitucional, vista como tarefa de concretização, pela qual a norma jurídica não se limita a seu texto, abrangendo ainda uma dimensão que supera os aspectos linguísticos, relacionada com a realidade social. A normatividade, portanto, deve ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e justificação intersubjetiva.⁴²

Essa nova abordagem constitucional demanda uma construção teórica que faça a devida adaptação dos institutos jurídicos aos padrões firmados pela Constituição ao fixar cânones de interpretação para as normas infraconstitucionais. Surge um novo viés hermenêutico da ordem jurídica, tendo como inovação a consideração do valor da sustentabilidade, o qual invade a esfera pública e privada por conta da ecologização e da observação do princípio da solidariedade. Inovação que se dá no contexto, segundo Barroso, de advento de um período pós-positivista onde ocorre a superação da antítese entre positivismo e jusnaturalismo, com a distinção das normas jurídicas entre regras e princípios, tendo como conteúdo precípua os valores.⁴³

Apesar dos princípios jurídicos não estarem necessariamente expressos na ordem jurídica, nada impede que o juiz, no momento da decisão, realize a captação de um novo princípio por indução e sustente que o mesmo foi violado pelo administrador público, pelo legislador ou pelo particular.

Esta nova abordagem do texto constitucional, que permite um maior dimensionamento dos instrumentos de proteção ambiental com a inclusão do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em seu texto, surge num contexto de discussão denominado neoconstitucionalismo.

⁴² BELCHIOR, Germana Parente Neiva e KRELL, Andreas Joachim. Os princípios da ponderação e da proporcionalidade: instrumentos para solucionar conflitos normativos que envolvem o direito fundamental a um meio ambiente sadio. Anais do CONPEDI São Paulo, realizado em novembro de 2009. p. 2723.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 6. p. 4.

1.3 NEOCONSTITUCIONALISMO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Situada a discussão na dimensão constitucional, especialmente no caráter principiológico dos direitos fundamentais, entre eles o do meio ambiente ecologicamente equilibrado, é necessária a abordagem da temática relacionada à utilização de princípios, inclusive em detrimento do texto legal, pois no momento em que estão em conflito, ao utilizar-se da ponderação, o julgador traz grande carga subjetiva na apreciação do caso.

O movimento de sobrevalorização dos princípios e constitucionalização dos direitos chamado de neoconstitucionalismo(s)⁴⁴ foi bem sintetizado, em seus fundamentos, por Humberto Ávila na seguinte passagem:

Pode-se apontar algumas discussões fundamentais desse movimento de teorização e aplicação do direito constitucional, grosso modo: princípios em vez de regras (ou mais princípios que regras); ponderação no lugar da subsunção (ou mais ponderação do que subsunção), justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); mais poder judiciário em vez de poder executivo e legislativo; maior aplicação de forma direta da constituição em substituição a lei.⁴⁵

Nesta esteira, importante analisar o contexto histórico e filosófico da ascensão do neoconstitucionalismo, tendo em vista sua importância em relação à interpretação do direito, naturalmente influenciada por esta nova visão do direito constitucional.

Seu nascimento se deu na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, sendo marcada por uma maior aproximação entre o constitucionalismo e a democracia. Tem como referências a Lei Fundamental de Bonn de 1948 e a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, momento a partir do qual teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. No Brasil, o renascimento do direito constitucional ocorreu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, pós ditadura militar, com a promulgação da Constituição de 1988. Segundo Barroso, sob a Constituição de 1988, o

⁴⁴ Expressão utilizada por Paolo Commaucci ao afirmar que, por tratar-se de tema relativamente recente, há grande diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas, o que autoriza a utilização do termo neoconstitucionalismo(s). COMMANDUCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo: Um Análisis Metateórico in CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003. p. 75.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Nº 17. Salvador, março de 2009. p. 3.

Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração.⁴⁶

O processo de formulação das constituições contemporâneas busca a reunião de duas funções fundamentais, apontadas por Santiago Sastre Ariza:

En primer lugar, la noción de poder constituyente va perdiendo su significado revolucionario o su agresividad y se va asociando cada vez más al concepto de legalidad constitucional, es decir, a la posibilidad de una legalidad superior a la ordinaria y que, por tanto, es capaz de limitar al legislador. En segundo lugar, la Constitución aparece como un marco normativo regido por el principio del pluralismo en que se establecen las reglas del juego democrático, pero esto no impide que pueda desempeñar una importante función directiva para el futuro, ya que en ella se establecen los principios fundamentales que deben regir la comunidad.⁴⁷

A perda do caráter revolucionário da constituição é explicada por Comanducci, de forma bastante clara, quando traça um paralelo entre o constitucionalismo tradicional e o neoconstitucionalismo, ao colocar a limitação do poder estatal em segundo plano tendo por objetivo principal a garantia dos direitos fundamentais. Isto porque o poder estatal não é mais visto com suspeita e até se caracteriza pelo apoio ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, modelo com afirmação progressiva no ocidente.⁴⁸

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo, momento em que ocorre a superação dialética da antítese entre jusnaturalismo e positivismo, caracterizando-se pela distinção das normas jurídicas em regras e princípios com conteúdo valorativo, ou seja, além da normatividade alcançada pelos princípios, percebe-se que os valores fazem parte do Direito. No dizer de Barroso:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.⁴⁹

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. p. 6. Disponível em www.luisrobertobarroso.com.br. Acesso em 03.07.2012.

⁴⁷ Tradução livre do autor: em primeiro lugar, a noção de poder constituinte está perdendo o seu significado revolucionário ou agressividade e, cada vez mais, é associado ao conceito de legalidade constitucional, isto é, a possibilidade de uma legalidade acima do normal e, portanto, capaz de limitar o poder legislativo. Em segundo lugar, a Constituição aparece como um quadro regulamentador regido pelo princípio do pluralismo em que as regras do jogo democrático são estabelecidas, mas isso não a impede de desempenhar um importante função diretiva para o futuro, uma vez que estabelece os princípios fundamentais para governar a comunidade. ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neconstitucionalismo. In CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003. p. 240.

⁴⁸ COMANDUCCI, Paolo. Op. Cit. p. 85.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. p. 19.

Cabe lembrar que o jusnaturalismo moderno ocorre a partir do século XVI, com o intuito de superar o dogmatismo medieval e aproximando a lei da razão, transformou-se na filosofia natural do Direito, ao fundar-se na crença em princípios de justiça universalmente válidos. Nesta percepção, os princípios tinham uma função meramente informadora e esclarecedora do texto legal, ocupando uma esfera abstrata, inspiradora de um ideal de justiça, cuja eficácia se limita a uma dimensão ético-valorativa do direito.

Teve grande importância ao influenciar várias teorias como o contratualismo, o iluminismo e o racionalismo, os quais fundamentaram as Revoluções Liberais do século XVIII e as codificações, pois, segundo Bobbio, estas são resultado da positivação do direito natural, influenciadas pelo desejo de segurança jurídica dos particulares frente ao Estado.⁵⁰

Ironicamente, este movimento de codificação iniciado na Europa e influenciado pelo direito natural foi a causa de seu abandono, pois passou-se a considerá-lo metafísico e anticientífico. Houve a ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX, que aspirava a objetividade científica equiparando o Direito à lei, afastando-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça, dominando o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Nele, os princípios tinham função puramente garantidora da inteireza dos textos legais, com o intuito de suprir os vácuos normativos que as leis não conseguiam realizar.⁵¹

Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade e, ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ética e os valores começam a retornar ao Direito, como afirma Figueroa, o direito adquiriu forte carga axiológica, se rematerializando e, no aspecto material da constitucionalização, verifica-se a tendência entre os juristas em ver o sistema jurídico vinculado a moral.⁵²

Tal fato, aliado à superação histórica do jusnaturalismo e ao fracasso político do positivismo, abriram caminho para um conjunto amplo de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. Como afirma Barroso “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”.⁵³

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 119.

⁵¹ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Op. Cit. p. 59.

⁵² FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In CARBONELL, Miguel (org.). op. Cit. p. 165.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 12.

Ainda segundo Barroso,⁵⁴ três foram as grandes transformações do conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional, quais sejam: o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Com relação à força normativa da Constituição, uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição do *status* de norma jurídica à norma constitucional, superando-se o modelo que vigorou na Europa até início do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, sendo que a concretização de suas propostas ficava condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador.

Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição, panorama alterado no processo de reconstitucionalização que sobreveio à Segunda Guerra Mundial, pois, atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição, o reconhecimento de sua força normativa e do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, ou seja, “as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”.⁵⁵

Outro fator apontado pelo autor é a expansão da jurisdição constitucional, ocorrida após 1945, sendo que antes vigorava, na maior parte da Europa, um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral.

A partir do final da década de 1940, a onda de reconstitucionalização, alicerçou um novo modelo, inspirado pela experiência americana, dada pela supremacia da Constituição e, em sua fórmula envolvendo a constitucionalização dos direitos fundamentais imunizados em relação ao processo político majoritário, sua proteção passou ao Judiciário. Inúmeros países europeus adotaram um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. Assim aconteceu, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), continuando uma crescente adesão ao modelo de tribunais constitucionais pelos países da Europa continental e naqueles em que aconteceram reformas democráticas, como a

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a Construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 262.

⁵⁵ Ibidem.

instituição dos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982).⁵⁶

Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*. No Brasil, o controle de constitucionalidade existe de modo incidental desde a primeira Constituição Republicana, de 1891.

Antes da Constituição de 1988 o instrumento de controle de constitucionalidade era a denominada ação genérica, de caráter abstrato e concentrado, introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. A Carta de 1988 expandiu sobremaneira a jurisdição constitucional ao ampliar o rol de legitimados à propositura, além de criar novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁵⁷

E, por fim, a nova interpretação constitucional, modalidade de interpretação jurídica que leva em conta a força normativa da Constituição, reconhecendo as normas constitucionais como normas jurídicas, compartilhando seus atributos e, por este motivo, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito.

Porém, o fato é que as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Princípios de natureza instrumental e não material, consubstanciados em pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais.

Ainda seguindo o raciocínio de Barroso, são eles: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo, aliás pelo contrário:

É no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente

⁵⁶ Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, antes sob o jugo comunista, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003).

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a Construção de um novo modelo. p. 264/265.

ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional.⁵⁸

E a partir desta constatação deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, apresentando diferenças em relação ao processo interpretativo tradicional.

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: a) quanto ao papel da norma – cabe a ela oferecer no seu relato abstrato a solução para os problemas jurídicos; b) quanto ao papel do juiz - cabe a ele identificar no ordenamento jurídico a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida, ou seja, a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato, pois no modelo convencional as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias, assim: a) quanto ao papel da norma - verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre encontra-se no relato abstrato do texto normativo e, muitas vezes, só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema e dos fatos relevantes, analisados topicamente; b) quanto ao papel do juiz - já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo, pois o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Estas transformações levaram a necessidade de criação de categorias com as quais trabalha essa nova interpretação constitucional, destacando-se, dentre outras, as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras,

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. p. 47.

comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios, no dizer de Alexy:

(Princípios) são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.⁵⁹

Uma elucidativa explicação sobre a diferenciação das possibilidades fáticas e jurídicas foi procedida por Steinmetz, ao afirmar que a “as possibilidades fáticas são determinadas pelas circunstâncias empíricas do âmbito concreto de aplicação, e as possibilidades jurídicas, por princípios ou regras opostos”.⁶⁰

A existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural no constitucionalismo contemporâneo. As constituições modernas são documentos dialéticos, consagrando bens jurídicos que, por vezes, se contrapõem, havendo choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor, por exemplo.

Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o direito aplicável ao caso concreto, o que demonstra que na verificação da existência de colisões de normas constitucionais há a necessidade de ponderação, pois a subsunção não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos (hierárquico, cronológico e da especialização) quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária.

A ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá a escolha do direito que irá

⁵⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

⁶⁰ STEINMETZ, Wilson. O caso da ‘farra do boi’: uma análise a partir da teoria dos princípios. In STEINMETZ, Wilson; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação. Caxias do Sul: EDUCS, 2011. p. 80.

prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. De qualquer forma o conceito chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade.⁶¹

Nesse ínterim de enorme importância se reveste a argumentação, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos casos difíceis, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador.⁶²

Considerando que nem todos os casos são passíveis da técnica de ponderação e reafirmando a utilidade da teoria dos princípios, cabe a transcrição do alerta feito por Steinmetz:

Nem todo o caso para o qual há direitos ou princípios constitucionais com referibilidade temática é um caso de colisão de direitos ou princípios e que, por esta razão, demandaria ponderação judicial. Se, de um lado, a teoria dos princípios é útil para identificar hipótese de colisão real de princípios ou entre princípios e regras, de outro, ela também é adequada para verificar as colisões aparentes. Colisões reais demandam ponderação; colisões aparentes não.⁶³

Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento, pois a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador e, para tanto, deve utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, tendo pretensão de universalidade, já que decisões judiciais não devem ser casuísticas e, ainda, deve levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

Quando se trata das decisões judiciais, um dos problemas conceituais relativos ao neoconstitucionalismo, como método, é aquele gerado pelo entendimento de que toda decisão jurídica se deriva, em última instância, de uma norma moral. Neste ponto vale o esquema elaborado por Comanducci,⁶⁴ ao questionar qual norma moral irá fundamentar a decisão, vê quatro soluções possíveis: a) que se trate de uma norma moral objetiva verdadeira (no sentido

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição - fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 183.

⁶² GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. O direito fundamental ao meio ambiente e a ponderação. In STEINMETZ, Wilson; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Op. Cit.* p. 65.

⁶³ STEINMETZ, Wilson. *Op. Cit.* p. 73.

⁶⁴ COMANDUCCI, Paolo. *Op. Cit.* p. 94/95.

de correspondência a fatos morais); b) que se trate de uma norma moral objetiva racional (aceitável por um interlocutor racional); c) que se trate de uma norma moral subjetivamente escolhida e d) que se trate de uma norma moral intersubjetivamente aceita.

Em um segundo momento passa a analisar as premissas apontadas: a primeira solução apresenta problemas ontológicos e epistemológicos, pois o juiz escolheria uma norma que acreditaria moral, o que redundaria na terceira hipótese. A segunda solução apresenta o mesmo problema da primeira, ressaltado o epistemológico, pois o juiz precisaria ainda escolher uma entre as várias teorias morais possíveis, ou seja, a solução também se reduz a terceira. A quarta solução, como os juízes não têm como precisar normas morais aplicáveis em um sociedade, também remete a terceira.

A terceira solução, por sua vez, equivale a deixar completamente nas mãos do julgador o modo de fundar e justificar sua decisão. A lei, seria supérflua, porque inútil (caso concorde com a lei moral) ou proibida (caso a contrarie), mas esta terceira hipótese (e as duas primeiras a ela reduzida) poderia ser interpretada de forma limitada e, no caso em que o juiz tenha que justificar a escolha de uma tese, dentre duas admissíveis juridicamente, deve escolher a opção que está justificada por uma norma moral.

Aponta que, caso superados os problemas epistemológicos, ainda permanecem dois tipos de problemas: em primeiro lugar não existe uma homogeneidade moral na sociedade, com normas morais compartilhadas em grande número; em segundo lugar normas compartilhadas normalmente estão afirmadas em princípios jurídicos, o que torna a justificação moral inútil, pois a justificação por princípios jurídicos já é a utilizada.

Até aqui, procurou-se estabelecer o panorama fático do *status* adquirido pela proteção ambiental a partir de ampla discussão em nível internacional e seus reflexos no constitucionalismo brasileiro, especialmente com as alterações promovidas pelo movimento do neoconstitucionalismo no que tange à interpretação constitucional, fator extremamente importante para consolidação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Porém, esta é apenas uma face da discussão, sendo necessária a abordagem dos aspectos gerais relativos a criação, entendimento e aplicação da norma como processo ideológico. Eivado de conteúdo subjetivo e pré-conceitual, a norma ambiental tem grande possibilidade de eficácia caso haja uma alteração no modo de agir dos operadores do direito com a formação de uma nova compreensão da necessidade de sua efetivação.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E SUA INFLUÊNCIA NA FORMATAÇÃO DO SISTEMA LEGAL

Os aspectos relacionados a interpretação e compreensão, próprios das ciências do espírito, têm no direito intensa aplicabilidade, pois nele garantem a materialização de ideias próprias em condutas prescritas ou não proibidas. Dessa forma, torna-se importante a verificação de tais aspectos e de como a consolidação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado os influenciou.

Para tanto, deve-se compreender alguns elementos hermenêutica filosófica, especialmente aqueles fundamentados na obra de Gadamer e seu conceito de pré-compreensão, em que pese a discussão acerca da correção do termo, por trazer subsídios a demonstração da influência do aspecto ideológico na formação do sistema legal. No caso em questão, o foco é a influência da ideologia na interpretação das normas e como isto reflete na concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As adaptações interpretativas - e até ideológicas (observação do antropocentrismo alargado, ênfase a racionalidade ambiental) – passam pela consolidação de uma compreensão prévia do intérprete que observe e favoreça a manutenção do ambiente sadio, o que deve ser fomentado em vários aspectos, desde a educação ambiental até a disponibilização de informações precisas quanto ao estado de degradação ambiental e o seu impacto.

2.1 ELEMENTOS DE HERMENÊUTICA GERAL E JURÍDICA

O termo hermenêutica provém do grego *hermeneuin*, que significa declarar, anunciar, interpretar, esclarecer, levar à compreensão. Na tradição cultural ocidental, surge ligada às questões relacionadas à interpretação do texto bíblico.⁶⁵

No uso do termo hermenêutica é possível distinguir três sentidos diferentes. Assim, ao lado daquele que o toma como significando de dizer, exprimir ou afirmar, existem ainda outros dois: hermenêutica como explicar ou explicação, sentido este que atribui particular realce ao aspecto discursivo da compreensão, à dimensão explicativa do intérprete, mais do que à sua dimensão expressiva; e hermenêutica como tradução ou traduzir de uma língua para a outra, de um sistema simbólico para outro.⁶⁶

⁶⁵ SCHIMIDT, Lawrence. *Hermenêutica*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2013. p. 12.

⁶⁶ *Idem*. p. 18.

De toda a sorte, o problema fundamental da hermenêutica é o da compreensão, próprio do mundo da cultura e das ciências ou dos saberes que lhe dizem respeito. Isso porque, enquanto as ciências da natureza explicam, procurando determinar as relações causais que ligam os fenômenos ou a regressão causal de um fenômeno particular a leis gerais, as ciências da cultura ou do espírito compreendem as realidades culturais, apreendendo o seu sentido.⁶⁷

A experiência hermenêutica e a compreensão que a constitui, apresentam uma estrutura circular chamada de “círculo hermenêutico”. A compreensão do sentido ou do conteúdo singular é condicionada pela compreensão do todo em que se integra, sendo, por sua vez, a compreensão do todo mediada ou condicionada pelo conteúdo singular. Aplicado o conceito a um texto, por exemplo, a hermenêutica indicará que o significado das palavras que o compõem só é alcançado a partir do contexto de sentido do próprio texto, o qual, por sua vez, apenas poderá ser compreendido a partir do significado das palavras que o constituem e da combinação delas.⁶⁸

No breve esboço histórico efetuado por Gordin,⁶⁹ verifica-se que a hermenêutica surgiu com as questões suscitadas pela interpretação do Antigo Testamento, tendo se desenvolvido após o advento do cristianismo para abranger também o Novo Testamento.

Ganhou maior destaque a partir dos séculos II e III d.C, devido ao confronto entre a escola de Antióquia, que considerava, exclusivamente, o sentido literal dos Livros Sagrados, e a escola de Alexandria, que procurava neles um sentido espiritual, recorrendo, para isso, a uma exposição simbólico-alegórica. Orígenes (185-254) e Santo Agostinho (354-430) procuraram considerar esses dois modos de interpretar, tendo Agostinho distinguindo diversos sentidos no texto Bíblico.

A reforma luterana, rompendo com o ensino tradicional da Igreja Católica, defendia o regresso à pura palavra da Escritura, devendo o seu sentido ser procurado por cada intérprete, processo que o racionalismo iluminista reforçará ao excluir o caráter de revelação sobrenatural e de mistério de toda a interpretação do texto sagrado, que deveria ser entendido como mera religião racional ou num sentido exclusivamente moral.

Nessa época surge a primeira tentativa de construção de uma teoria geral da hermenêutica procurando determinar as regras para a compreensão de qualquer texto e não apenas das Sagradas Escrituras. Friederich Schleiermacher iniciou o estudo da hermenêutica,

⁶⁷ SCHIMIDT, Lawrence. Op. Cit. p. 19.

⁶⁸ Idem. p. 34.

⁶⁹ GRONDIN, Jean. Introdução à Hermenêutica Filosófica. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 48-87.

por ele entendida como ciência da compreensão linguística, com vistas ao uso prático do texto falado ou escrito.

Na linha metodológica da hermenêutica inscrevem-se, posteriormente, Wilhelm Dilthey, que via nela a teoria da compreensão de formas objetivas históricas, cuja estrutura e legalidade devem ser apreendidas, a partir de uma vivência e, em meados do século XX, Emílio Betti, que buscou, assim como Schleiermacher, criar uma teoria geral da interpretação.

Ao lado desta corrente, de caráter essencialmente metodológico, com Heidegger surgiu, na primeira metade do século XX, uma corrente ontológica ou filosófica da hermenêutica, como interpretação da primeira compreensão do homem em si e também do ser, linha que prosseguiu com seu discípulo Hans-Georg Gadamer e também com Paul Ricoeur, que a concebia como hermenêutica fenomenológica.

Mais recentemente, assistiu-se ao aparecimento de uma nova corrente no pensamento hermenêutico, no âmbito da denominada Escola de Frankfurt, agora de sentido crítico e dialético, com Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas.

Para o presente estudo, reafirma-se a importância da hermenêutica filosófica de Gadamer, pois, ao afirmar a existência de condições decisivas para interpretação, pode ser cotejado com a discussão sobre a ideologia nela presente, a qual justifica e reproduz uma forma de compreensão.

Hans-Georg Gadamer, partindo da ontologia de Heidegger, procurou recuperar o projeto de Schleiermacher de uma hermenêutica geral (agora de base ontológica e não mais epistemológica) e também retomar o debate sobre as ciências do espírito aberto por Dilthey.

Começando por notar que o fenômeno da compreensão e da correta interpretação do compreendido não é um problema específico da metodologia das ciências do espírito, pois o conceito de hermenêutica transcende em muito as fronteiras do conceito de método da ciência moderna, lembra que, desde a antiguidade, houve uma hermenêutica jurídica e uma hermenêutica bíblica, que respeitam mais ao modo de comportamento do juiz ou do sacerdote do que à teoria das respectivas ciências. Tal intento foi sintetizado por Lunelli:

Limitar as ciências do espírito a um método significa aprisioná-las e negar-lhes a possibilidade de existência, porque implica usurpar da compreensão a sua essência. Diante de uma realidade que precisa ser compreendida não pode existir o método. Existem, sim, diferentes e complexas formas de abordagem, que passam pela percepção do fenômeno da compreensão a partir de sua dimensão hermenêutica.⁷⁰

⁷⁰ LUNELLI, Carlos Alberto. A superação do paradigma racionalista e a possibilidade de inclusão do comando mandamental na sentença condenatória. Tese (Doutorado em Direito) – Unisinos, São Leopoldo, 2001. p. 43.

Gadamer afirmava que compreender e interpretar textos não é unicamente uma instância científica, mas algo que pertence a experiência humana do mundo, evidenciando que, na sua origem, o problema hermenêutico não é um problema metodológico.

Para o filósofo, a hermenêutica não visa um método de compreensão que permita sujeitar os textos ao conhecimento científico, como qualquer outro objeto das ciências. Do mesmo modo, não se ocupa de constituir um conhecimento seguro, de acordo com o ideal metódico da ciência. Saber que tipo de conhecimento é esse e qual a sua verdade são os objetivos de sua obra, na qual procurou estabelecer os fundamentos de uma hermenêutica filosófica.⁷¹

Admitia Gadamer, assim como Heidegger, que o ser do homem enquanto existente é essencialmente histórico e a compreensão, como caráter ôntico da vida humana, tem na temporalidade o seu modo de ser próprio. Isso significa que o objeto da compreensão apresenta-se como algo que pertence a outro tempo, que se encontra a uma certa distância temporal daquele que compreende e lhe é transmitido pela tradição.

Assim, a pré-compreensão seria determinada ou quedaria dependente de três elementos ou condições fundamentais: o preconceito, a autoridade e a tradição, sendo esta:

(...) reabilitada para provar que podemos encontrar nela preconceitos legítimos...as tradições legam juízos e costumes de uma geração a outra. (...) A tarefa da compreensão hermenêutica é diferenciar os preconceitos legítimos de todos os ilegítimos que precisam ser criticados abandonados.⁷²

Se é inegável que quem pretende compreender um texto não pode, desde o início, entregar-se ao acaso das suas próprias opiniões prévias e ignorar a opinião do texto, mas deve estar receptivo, desde o princípio, à alteridade do mesmo texto, também não se pode, no entanto, esquecer ou ignorar que aquela receptividade inclui uma matizada incorporação das próprias opiniões prévias e preconceitos. Por isso a importância de aquele que quer compreender se dê conta das suas antecipações, a fim de que o texto possa apresentar-se na sua alteridade e tenha a possibilidade de confrontar a sua verdade com as opiniões prévias daquele que o compreende. Somente o reconhecimento do caráter preconceituoso de toda a compreensão permite conferir a sua verdadeira dimensão ao problema hermenêutico.

⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 31-36.

⁷² SCHIMIDT, Lawrence. Op. Cit. p. 148/149.

Gadamer advertia, contudo, que os preconceitos, por ele considerados como primeira condição da compreensão, deveriam ser entendidos como juízos formulados antes de serem examinados ou considerados todos os elementos ou aspectos que definem ou constituem uma situação:

“Preconceito” não significa, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ela possa ser valorizado positivamente ou negativamente. É claro que o parentesco com o *praejudicium* latino torna-se operante nesse fato.⁷³

Também a noção de autoridade teria de ser entendida como assente no reconhecimento e, conseqüentemente, numa ação da razão que consciente dos seus limites atribui ao outro uma perspectiva mais acertada, significando reconhecimento e não obediência. Desta forma, o que está consagrado pela tradição e pelo passado goza de uma autoridade tornada anônima.

O ser histórico e finito está determinado pelo fato e, conseqüentemente, pelo todo do processo histórico, fazendo com que a autoridade do transmitido, mesmo do que não se aceita razoavelmente, exerça poder sobre a ação e sobre o comportamento. Deste modo, a compreensão deveria ser pensada menos como uma ação de uma subjetividade do que uma deslocação para um acontecer da tradição em que o passado e o presente encontram-se em contínua mediação.⁷⁴

É aqui que se insere a questão do círculo hermenêutico ou da estrutura circular da compreensão, entendido não já como círculo metodológico, mas como movimento estrutural ontológico da compreensão: a compreensão do texto encontra-se continuamente determinada pelo movimento antecipatório da pré-compreensão. Esse círculo não se reveste de natureza formal, não é subjetivo nem objetivo, mas descreve a compreensão como interpenetração de dois movimentos, o da tradição e o do intérprete.⁷⁵

Daí o porquê da tarefa da hermenêutica não ser o desenvolvimento de um processo de compreensão, mas a iluminação das condições em que se compreende, tendo em conta que estas condições não se reduzem a processos ou métodos e os preconceitos e opiniões prévias, que ocupam a consciência do intérprete, são algo dado e não estão a sua disposição.

O intérprete não tem condições de distinguir, por si mesmo, os preconceitos que tornam a compreensão possível daqueles que a impedem e geram os mal entendidos. Só a

⁷³ GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit. p 407.

⁷⁴ Idem. p. 416-428.

⁷⁵ SCHIMIDT, Lawrence. Op. Cit. p. 150.

distância no tempo permite distinguir entre esses dois tipos de preconceitos, distinção que constitui a verdadeira questão crítica da hermenêutica.⁷⁶

Por outro lado, o sentido de um texto supera o seu autor e está sempre determinado pela situação histórica do intérprete, não devendo a compreensão ocorrer como comportamento meramente reprodutivo, sendo também criativo.

Merece destaque o conceito de horizonte hermenêutico, como âmbito da visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto de um determinado ponto, como qualquer coisa no qual se penetra progressivamente e se desloca conjuntamente. A situação do intérprete implica sempre dois horizontes: o do intérprete e o próprio de cada época a que ele se desloca na sua tarefa hermenêutica, cabendo a situação hermenêutica obter o horizonte correto para as questões com os quais o intérprete se depara frente a tradição.

Notava o autor de Verdade e Método que:

O horizonte do presente está num processo de permanente formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova, constantemente, todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição de que precedemos. O horizonte do presente não se forma, pois, à margem do passado.⁷⁷

Assim, não existe um horizonte do presente por si mesmo nem existem horizontes históricos a serem conquistados, pelo que “compreender é sempre o processo de fusão desses dois horizontes pretensamente dados por si mesmos”,⁷⁸ consistindo a tarefa hermenêutica em não ignorar ou ocultar essa tensão, mas em desenvolvê-la conscientemente, pois na realização da compreensão verifica-se uma verdadeira fusão horizôntica.

Com efeito, o processo hermenêutico é um processo unitário, englobando a compreensão, a interpretação e a aplicação. Assim, a interpretação não é um ato complementar e posterior à compreensão, pois compreender é sempre interpretar. Ou seja, a interpretação é a forma específica da compreensão, tal como a linguagem e os conceitos constituem um momento estrutural interno da compreensão.

A esse propósito, deve-se lembrar que o estreito parentesco que ligava a hermenêutica filosófica à jurídica e à teológica assentava, precisamente, no reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda a compreensão. Na verdade, na

⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit. p. 400-405.

⁷⁷ Idem. p. 457.

⁷⁸ Ibidem.

hermenêutica jurídica, é constitutiva a tensão existente entre o texto da lei e o sentido que alcança a sua aplicação no momento concreto da interpretação judicial.

A lei não exige ser entendida historicamente, mas deve ser entendida de acordo com as pretensões que ela própria mantém. Deve ser compreendida, em cada momento e em cada situação concreta, de uma maneira nova e distinta. Deste modo, para Gadamer, na interpretação jurídica, o sentido do texto e a sua aplicação a um caso concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário, pelo que separar “a função cognitiva da função normativa é cindir, definitivamente, o que, claramente, é uno”.⁷⁹

Gadamer ia mais longe, sustentando que a hermenêutica jurídica revestia-se de um significado paradigmático de toda a interpretação, ao recordar por si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito.⁸⁰

O jurista toma o sentido da lei a partir e em virtude de um determinado caso concreto, tendo que pensar também em termos históricos, embora o componente histórico seja para ele apenas um meio para adaptar o sentido de uma lei a seu caráter originário. O jurista não fica sujeito à intenção dos que elaboraram a lei, podendo admitir que as circunstâncias mudaram e que, conseqüentemente, a função normativa da lei terá que ser determinada de novo, pois a tarefa da interpretação jurídica consiste na aplicação concretada lei.

Daí que, na relação entre passado e presente, na mediação jurídica que a interpretação judicial do direito realiza, o decisivo seja o significado jurídico da lei e não o seu significado histórico, pois, nos seus trabalhos prático-normativos, o que o jurista tenta realizar é a manutenção do Direito como um processo contínuo e a salvaguarda da tradição da ideia jurídica.⁸¹

Entendia Gadamer que o processo hermenêutico-jurídico não só apresentava evidentes afinidades com a hermenêutica filosófica e religiosa, como também com a hermenêutica histórica, com a qual vinha a coincidir no essencial. Em toda a compreensão histórica está implicado que a tradição que chega ao intérprete fala sempre no presente e carece de ser compreendido na mediação entre o passado e o presente, mais ainda, como essa mediação, tal como lhe cabe realizar uma certa aplicação, pois também ela serve à validade de um sentido, na medida em que supera, expressa e conscientemente, a distância temporal que separa o intérprete do texto, superando, assim, a alienação de sentido que o texto experimentou.

⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit. p.464.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Idem. p.483-486.

A hermenêutica jurídica seria o caminho que possibilitaria reconstituir a velha unidade do problema hermenêutico, a qual radicaria naquilo que seria verdadeiramente comum a todas as suas formas. Ou seja, o sentido que se trata de compreender só se concretiza e se completa na interpretação, mas, ao mesmo tempo, esta atividade interpretativa mantém-se presa ao texto, pois a aplicação, que aparece em todas as formas de compreensão, não significa aplicação ulterior, a um caso concreto, de uma dada generalidade, mas sim a primeira verdadeira compreensão da generalidade que cada texto vem a ser para o intérprete. Nesse sentido, a compreensão é uma forma de efeito reconhecendo-se a si mesma como efetiva.⁸²

No que se refere à experiência, por haver se restringido à ciência, esta havia desatendido a sua historicidade interna e ignorado que é experiência da finitude humana e, nessa medida, experiência da historicidade. Daí que a hermenêutica traz a relação com a tradição, pois é ela que tem que aceder à experiência.

Notava Gadamer, contudo, que a experiência não é um simples acontecer que possa conhecer-se e dominar-se, mas é linguagem, pelo que a compreensão da tradição entende o texto transmitido como um conteúdo de sentido livre de toda a dependência dos que opinam e não como manifestação vital de alguém.⁸³

Na estrutura da experiência hermenêutica encontra-se a dialética da pergunta e resposta, já que no centro daquela está o diálogo com o texto, razão pela qual o fenômeno hermenêutico encerra em si o caráter original da conversa.

Daqui resultaria que o processo hermenêutico é um processo linguístico e que a linguisticidade determina não só o objeto hermenêutico mas também a realização hermenêutica, pois a linguagem é o meio universal em que a compreensão se realiza, sendo a interpretação a forma de realização da compreensão.

Toda a interpretação desenvolve-se por meio da linguagem, a qual pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a linguagem do próprio intérprete. Desse modo, o fenômeno hermenêutico apresenta-se como um caso especial da relação entre pensar e falar, assim como a interpretação vem a constituir um círculo fechado na dialética do perguntar e responder, pois “a dialética da interpretação sempre precedeu a dialética da pergunta e resposta. É esta que determina a compreensão como um acontecer”.⁸⁴

⁸² GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit. p. 403-414 e 464- 488.

⁸³ SCHIMIDT, Lawrence. Op. Cit. p. 168/169.

⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit. p. 684.

Esse conjunto de tomadas de posição no domínio hermenêutico, designadamente à ideia da natureza linguística de toda a compreensão e interpretação, abria caminho, no pensamento de Gadamer, à sua concepção da linguagem como fio condutor da inflexão ontológica da hermenêutica e como horizonte de uma ontologia hermenêutica cuja tese central era a de que o mundo só é mundo enquanto acede à linguagem.

A sua verdadeira existência reside no fato de nela se representar o mundo, ou seja, que a humanidade original da linguagem significa, igualmente, a linguisticidade originária do estar-no-mundo do homem, pelo que da relação entre linguagem e mundo depende o horizonte adequado à linguisticidade da experiência da hermenêutica, bem como a peculiar objetividade do mundo. Para Gadamer, a linguagem aparecia, pois, como o centro em que se reúnem o eu e o mundo, em que ambos surgem na sua unidade originária.

2.2 A INFLUÊNCIA DA IDEOLOGIA NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

O ato de conhecer pressupõe três elementos: o eu que conhece, a atividade que o eu cognoscente desenvolve e o objeto a que se dirige a atividade desenvolvida. A relação dessa tríade é que origina o conhecimento.

O sujeito cognoscente é aquele que, por ser dotado de racionalidade, revela-se sujeito ativo do conhecimento. Nesse sentido o homem é o único ser presente da natureza capaz de criar projetos, representar algo que não está neste tempo ou neste espaço, e antecipa o que não ocorreu, ou mesmo o que não existe. No dizer de Luiz Carlos Salgado, “as representações de tudo que está em volta do homem, fá-las este por ideias, interiorização da coisa do pensamento”.⁸⁵

A atividade é o elemento de ligação entre o sujeito e o objeto. Pode ser definida como tudo o que o sujeito cognoscente, comandado pela mente, desenvolve para interagir com o objeto.

Por sua vez, o objeto cognoscível é intrinsecamente ligado ao sujeito, pois ambos encontram sua onticidade em um processo de mútua referência, ou seja, pela presença recíproca de um perante o outro.⁸⁶

⁸⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. Revista do TCE/MG. Jul./set de 1996. p. 17/18.

⁸⁶ FALCÃO, Raimundo Bezerra. Hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 13.

O objeto pode assumir as mais variadas formas, tangíveis ou intangíveis, sendo que Falcão divide os objetos de conhecimento em quatro classes, denominando-as de ontologias regionais.⁸⁷

Com relação a essa divisão, uma referência importante é o conceito de objeto cultural, sendo o Direito um deles, pois se constitui na alteração da natureza humana para dar-lhe um sentido de convivência entre os homens, limitando a liberdade inerente à natureza humana.

A esta altura impende uma reflexão: na formação do conhecimento existem três elementos: sujeito cognoscente, objeto cognoscível e atividade; sujeito que somente pode ser o homem, único ser dotado de racionalidade, que realiza a conduta tendo como fator determinante o valor, com vistas a atingir determinado objeto. O valor⁸⁸ é, pois, o fator determinante da conduta, preexistindo ao objeto e, satisfeitos esses requisitos, há o conhecimento.

Com relação à interpretação, tudo o que existe e passa pela mente do homem pensante, a ela se submete, podendo ser considerada como atividade ou ato de captação do sentido. Percebe-se, deste modo, que a interpretação está intimamente ligada ao conhecimento, pois dela se utiliza o homem para captar o sentido, verificando-se, portanto, em um primeiro momento o conhecimento e, posteriormente, com a captação do sentido do objeto cognoscível, a interpretação.⁸⁹

Partindo-se do pressuposto de que tudo é interpretável, pois tudo clama pelo ato ou atividade de apreensão do sentido, pode-se afirmar que a diferença entre as ciências da natureza e as ciências sociais radica-se mais no grau de relevância que o sentido tem para a verificação ou esclarecimento do ‘verdadeiro’, do que na ausência ou presença propriamente ditas da captação de sentido, pois a interpretação da natureza é mais explicativa, enquanto a da cultura (incluindo aqui o direito) é mais compreensiva.⁹⁰

Dentro desta ideia de sistematização da compreensão, o círculo hermenêutico aparece como demonstração inequívoca do processo, pois ele se dá no instante em que o sujeito, por meio da pré-compreensão, participa da construção do sentido do objeto, devidamente moldado, ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete. Lamego afirma que:

⁸⁷ As ontologias regionais são os objetos ideias, objetos naturais, objetos culturais e objetos metafísicos.

⁸⁸ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. p. 18.

⁸⁹ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Coimbra: Coimbra, 1987. p. 17-19.

⁹⁰ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Op. Cit.* p. 84.

A pré-compreensão representa uma antecipação de sentido do que se compreende, uma expectativa de sentido determinada pela relação do intérprete com a coisa no contexto de determinada situação. A pré-compreensão constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão.⁹¹

Reafirma-se que a pré-compreensão assume especial importância em Gadamer, para quem o pré-juízo funciona como pressuposto que preside toda a compreensão. O círculo da compreensão não é um cerco em que se movimenta qualquer tipo de conhecimento, devendo pertencer, necessariamente, à estrutura do sentido. O processo hermenêutico tem, necessariamente, pressupostos subjetivos (pré-compreensão) e objetivos (contexto), estando ambos inter-relacionados no círculo hermenêutico.⁹²

Também é importante analisar a relação entre conhecer, interpretar e compreender. Interpretação é a captação do sentido do objeto conhecido para depois compreendê-lo. O sentido é o que se articula como tal na interpretação e que, na compreensão, já se prelineou como possibilidade de articulação. Percebe-se que os processos são intrínsecos:

Primeiro se conhece, depois se capta o sentido, mediante a interpretação, após se compreende. A compreensão é a busca pelas interpretações. Quando se compreende, diz-se que se está tentando interpretar algo, que não é absoluto, único. Trata-se da própria manifestação da espiral hermenêutica, que a cada volta dada se tem uma nova interpretação e, conseqüentemente, uma nova compreensão.⁹³

A inserção da norma jurídica nesse ciclo ocorre quando ela é analisada na condição de objeto cultural, limitador da liberdade humana visando uma convivência pacífica entre os componentes de uma sociedade. Desta relação de conhecimento, uma vez que captado o sentido da convivência social, tem-se a interpretação, fazendo com que, no caso do direito, a hermenêutica possa ser conceituada como área que tem por objeto as técnicas de interpretação referentes as regras de conduta interferentes na relação interpessoal.⁹⁴

Dessa maneira, o direito acaba ligado umbilicalmente com a hermenêutica, pois sua existência, enquanto significação, depende da concretização ou da aplicação da norma em cada caso concreto. Para exemplificar: quando uma lei é criada, pode-se dizer que há uma finalidade imposta pelo legislador. No entanto, como objeto cultural, a lei está submetida a inesgotabilidade do sentido, cabendo ao intérprete a captação do sentido que lhe for conveniente, de acordo com sua pré-compreensão, seja para buscar a finalidade do legislador

⁹¹ LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 135.

⁹² GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.* p. 81.

⁹³ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Op. Cit.* p. 111.

⁹⁴ *Idem*, p. 119.

ou não.

No que concerne a racionalidade da decisão judicial, vale a transcrição de Habermas:

A hermenêutica tem uma posição própria na teoria do direito, porque ela resolve o problema da racionalidade da jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da tradição (...) a hermenêutica, desdobrada em teoria do direito, mantém a pretensão de legitimidade da decisão judicial. A indeterminação de um processo de compreensão circular pode ser reduzida paulatinamente pela referência a princípios. Porém estes princípios só podem ser legitimados a partir da história efetiva de forma de vida e do direito, na qual o próprio juiz se radica de forma contingencial.⁹⁵

No mesmo sentido vale o entendimento de Eros Grau ao afirmar que a interpretação do direito é constitutiva e não simplesmente declaratória, pois não se limita a uma mera compreensão dos textos e dos fatos, visto que a missão do aplicador do direito não se restringe a fazer com que a norma em abstrato estipulada pelo legislador se concretize, mas sim tem por função captar um sentido, mediante a interpretação, para determinar seu alcance.⁹⁶

E como o intérprete pode saber o que escolher ante a multiplicidade de sentidos da norma jurídica? A aplicação da norma é ato de cognição ou volitivo? Quais as razões que levarão o interprete, ser axiológico, a optar por determinado sentido? Algumas regras da hermenêutica são hábeis para conferir condições de seletividade entre os sentidos possíveis e, nesse ínterim, a hermenêutica recebe um forte auxílio da lógica jurídica, em que pese a diferença quanto ao objeto de investigação.

A existência da lógica jurídica se justifica se forem encontradas formas ou estruturas no discurso ou linguagem normativa (no caso, jurídica) próprias do direito. São as forma apofânticas e deônticas.⁹⁷

A forma deôntica refere-se a um dever-ser objetivo, caracterizada pela norma, a qual traz uma estrutura lógica, cognoscente da conduta, estando assim formalizada. Isso justifica a formalidade da lógica jurídica, com o intuito de acolher o objeto jurídico, o qual é deôntico, porque normativo, agindo na formalização do direito positivo.

Porém o conteúdo do direito é dinâmico, estando em constante transformação, tendo alterado o sentido na captação da norma de acordo com uma série de variáveis e, neste

⁹⁵ HABERMAS, Jurgem. Direito e democracia. Entre a faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 248.

⁹⁶ GRAU, Eros Roberto Grau. Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 22. APUD BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Op. Cit. p. 45.

⁹⁷ VILANOVA, Lourival. Logica jurídica. São Paulo. Bushatsky, 1976. p. 84/85.

momento, visualiza-se a forma apofântica, do ser, do concreto, do que efetivamente ocorre na realidade, o que nem sempre corresponde a norma deôntica.⁹⁸

Em uma tentativa mais clara de relacionar os dois conceitos, pode-se dizer que o apofântico é que permite a justiça e equidade das decisões judiciais, por meio do movimento indutivo.⁹⁹ Ou seja, a norma é criada pelo legislador, permanece no campo deôntico, do dever-ser, formando uma espécie de moldura, a qual não poderá nunca ser engessada, este um dos intentos do positivismo jurídico, como já visto. Isto porque a caberá ao intérprete o preenchimento desta moldura, com a captação de um ou vários sentidos, guiados por meio da hermenêutica jurídica.

Nesse contexto, a relação entre segurança jurídica e justiça, dedução e indução, é clássica, haja vista que “em todo sistema jurídico coexistem dois valores éticos-sociais: A justiça e a segurança”,¹⁰⁰ como diz Parente:

O direito deve adequar-se à sociedade (por meio da indução em prol da justiça), assim como a sociedade deve conformar-se ao direito (realizado pela dedução, garantindo a segurança jurídica). Trata-se do equilíbrio clássico que deve ocorrer no estado democrático de direito. Por óbvio, que, ao se defender o estado de direito ambiental, dita relação é revista pra se moldar ao novo valor que irradia pela ordem jurídica: na sustentabilidade.¹⁰¹

No contexto aberto de formação do significado da norma, não se pode olvidar que o processo de interpretação é, invariavelmente, influenciado pela ideologia, cuja conceituação mais bem sucedida é formulada por Karl Mannheim, em seu livro *Ideologia e Utopia*, quando deu à complexa significação da palavra ideologia uma certa organização sociológica. Para o autor, ideologia é um conjunto das concepções, ideias, teorias, que se orientam para a estabilização, ou legitimação, ou reprodução da ordem estabelecida. Ou seja, todas aquelas doutrinas que consciente ou inconscientemente, voluntária ou involuntariamente servem à manutenção da ordem estabelecida, enquanto que as utopias, ao contrário, são aquelas ideias, concepções, teorias que aspiram uma outra realidade, uma realidade ainda inexistente e têm, portanto, uma dimensão crítica ou de negação da ordem social existente, tendo uma função subversiva, crítica e até mesmo revolucionária.¹⁰²

⁹⁸ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Op. Cit. p. 114.

⁹⁹ O raciocínio jurídico por indução parte do individual (relações sociais, incluindo os costumes, valores e jurisprudência) para o geral (norma jurídica).

¹⁰⁰ SOUZA, Carlos Aurelio Mota. Poderes éticos do juiz. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. p. 19.

¹⁰¹ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Op. Cit. p. 122.

¹⁰² MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986. p. 16.

Diante dessa definição é possível afirmar que ideologia e utopia são duas formas de um mesmo fenômeno, o qual se manifesta de duas maneiras distintas, podendo se expressar num primeiro caso ideologicamente e em outro, utopicamente. Assim, Mannheim utiliza esse fenômeno em relação às classes sociais como “ideologia total”, o definindo de dois modos: a) ideologia total como conjunto de ideias, formas de pensar relacionados à posições sociais de grupos ou classes; b) ideologia em sentido estrito, que é a forma conservadora que essa ideologia total pode tomar, em oposição à forma crítica que ele chama de utopia.

Portanto, Mannheim, partindo de uma concepção particular para uma total de ideologia, busca demonstrar que um grupo reunido de indivíduos tende a forçar a modificação do mundo envolvente da natureza e da sociedade ou procura perpetuá-lo sob uma dada condição, sob um determinado aspecto. Tal conceito admite dois aspectos que são antagônicos, o primeiro transformador e o segundo conservador de mundo em que ambos atuam nas formações sociais específicas, utilizados como fator de legitimação.

Ricoeur busca conceituar ideologia apontando alguns traços fundamentais: a) a partir de Max Weber, a ideologia aparece como uma ação social ou uma relação social; quando o comportamento de alguém é significativo e orientado pelo outro (o grupo a que está filiado), sendo necessário que esse grupo social saiba construir uma imagem de si próprio, isto é, saiba se representar; b) teoria da motivação social. A ideologia funciona no grupo social como aquilo que justifica e projeta certa imagem nas instituições: “a ideologia é sempre mais que um reflexo, na medida que também é justificação e projeto”¹⁰³; c) toda ideologia é simplificadora e esquemática porque procura dar uma visão de conjunto de si como uma visão de mundo:

Pode-se afirmar que toda ideologia é, por excelência, o reino dos ismos: liberalismo, socialismo, etc. é possível que só haja ismos, para o próprio pensamento especulativo, por assimilação a este nível de discurso: espiritualismo, materialismo, etc.¹⁰⁴

À partir do quarto traço, Ricoeur começa a tratar dos caracteres negativos geralmente vinculados a uma ideologia: d) o código interpretativo de uma ideologia é algo em que os homens habitam e pensam do que uma concepção que possa ser expressada: “Para utilizar outra linguagem, direi que uma ideologia é operatória e não temática. Ela opera atrás de nós, mais

¹⁰³ RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e Ideologias*. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 79.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

do que a possuímos como um tema diante de nossos olhos. É a partir dela que pensamos, mais do que podemos pensar sobre ela”.¹⁰⁵

O quinto traço agrava essa condição não reflexiva e não transparente da ideologia, pois refere-se à inércia que caracteriza o fenômeno ideológico: “significa que o novo só pode ser recebido a partir do típico, também oriundo da sedimentação da experiência social”.¹⁰⁶

Em outro momento, ao concordar com os conceitos de ideologia e utopia formulados por Mannheim, Ricoeur afirma que a estrutura ontológica da pré-compreensão precede e comanda todas as dificuldades propriamente epistemológicas das ciências sociais sob o nome de preconceito, de ideologia, de círculo hermenêutico:

Essas dificuldades epistemológicas – aliás, diversas e irreduzíveis umas às outras -, possuem a mesma origem. Elas são devidas à estrutura mesma de um ser que não se encontra jamais na posição soberana de um sujeito capaz de separar de si mesmo a totalidade de seus condicionamentos.¹⁰⁷

Nesse sentido busca definir uma forma de validação do discurso explicativo das ciências sociais, abandonando a ideia de reflexão total ou saber total das diferentes ideologias e utilizando o discurso da hermenêutica da compressão histórica. Assim, estabelece algumas proposições com o intento de conferirem um sentido aceitável ao par ciência-ideologia.

A primeira proposição afirma que todo saber objetivante sobre a posição do indivíduo na sociedade, numa tradição cultural é precedido por uma relação de pertença, que jamais poderá ser refletida inteiramente, pois “antes de qualquer distancia crítica, pertencemos a uma história, a uma classe, a uma nação, a uma cultura”.¹⁰⁸ Para o autor, ao assumir essa pertença o homem assume o primeiro papel da ideologia, por ele definido como a função mediadora da representação de si, além do que a condição ontológica da pré-compreensão excluiria a reflexão total e, por conseguinte, a posição privilegiada de um saber não ideológico.

A segunda proposição afirma que se o saber objetivante é sempre secundário relativamente à relação de pertença, não obstante pode constituir-se numa relação de relativa autonomia. Isto porque a crítica somente é possível em virtude do distanciamento pertencente à relação de historicidade. Nesse sentido, a própria hermenêutica exige uma demarcação crítica entre pré-compreensão e preconceito:

¹⁰⁵ RICOEUR, Paul. Op. Cit. p. 80.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Idem. p. 103.

¹⁰⁸ Ibidem.

Compete à condição de uma de uma consciência exposta à eficácia da história só compreender com a condição da distância, do distanciamento (...) a meus olhos, a mediação dos textos é de um valor exemplar, sem igual. Compreender um dizer significa, antes de tudo, opor-se a ele como um dito, acolhê-lo em seu texto, desligado do autor.¹⁰⁹

E formula o enunciado da segunda proposição: “o distanciamento, dialeticamente oposto à pertença, é a condição de possibilidade de uma crítica das ideologias, não fora ou contra a hermenêutica, mas na hermenêutica”.¹¹⁰

Na formulação de sua terceira proposição, Ricoeur assume a tese de Habermas segundo a qual todo saber está baseado num interesse, inclusive a teoria crítica das ideologias, que se funda no interesse de emancipação, de uma comunicação sem limites e sem entraves. Porém esse interesse funciona como uma ideologia ou utopia, sendo impossível saber qual das duas, mas não se deve olvidar que não há um corte total no sistema de interesses, não havendo, portanto, verdadeiro corte epistemológico:

Eis, pois, minha terceira proposição: a crítica da ideologias, fundada por um interesse específico, jamais rompe seus vínculos com o fundo por pertença que se funda. Esquecer esse vínculo inicial é cair na ilusão de uma teoria crítica elevada ao nível do saber absoluto.¹¹¹

O direito, como ciência social e como produção da linguagem, se encontra a todo o momento com a ideologia e, desse encontro, cabe uma reflexão filosófica dos contornos e potencialidades dele próprio, como fenômeno ideológico.

Para tanto, resta ainda identificar o sentido da ideologia num ponto de vista individual, reforçando a questão da necessidade da ideologia e da ascensão ideológica, pois atualmente a criação do Direito está muito relacionada e muito pressionada pela realidade vivencial da sociedade e prova disto é que as questões processuais se estruturam em modelos e atitudes utilitaristas, caracteristicamente representadas por um individualismo ideológico-representativo.

Segundo Ovídio Baptista a ideologia, de um ponto de partida individualista contém, intrinsecamente, alguns riscos, entre eles:

A tendência que temos de atribuir a nossos opositores a condição de ideológicos, na suposição implícita de que dispomos de um “Ponto de Arquimedes”, como se houvesse o acesso privilegiado à verdade absoluta (...) O “outro” é que não conseguiria atingir a “nossa” verdade, tida como única e, enquanto verdade,

¹⁰⁹ RICOEUR, Paul. Op. Cit. p. 104/105.

¹¹⁰ Idem. p. 106.

¹¹¹ Ibidem.

eternamente válida. É a marca do pensamento conservador. Tudo o que questiona a “realidade”, construída pelo pensamento conservador, é ideológico, no sentido do irreal, pois a visão conservadora supõe que nosso “mundo” seja o único possível.¹¹²

E, nesse sentido, cumpre observar que o direito está tomado pelo pensamento conservador e nele nitidamente a ideologia, em seu sentido representativo, tem grande força e se alastra por questões teóricas e científicas até questões práticas do cotidiano.

Esse aspecto negativo, no entanto, é um dos pontos de partida para o entendimento do direito como fenômeno ideológico, partindo do pressuposto que as ideologias, no dizer de Wolkmer:

Não são superficiais, irrelevantes ou nefastas. (...) não se pode apenas visualizar seu aspecto negativo de distorção e com isso descartar sua função e minimizar sua operacionalidade, ainda que sob novas roupagens e rotulações nos horizontes do atual estágio das sociedades pós-industriais e globalizadas.¹¹³

A ligação entre ideologia e direito fica ainda mais nítida quando observada a formação epistemológica jurídica, extremamente ideologizada, mesmo tentando transparecer cientificidade o que, por si, não garantiria a sua não influência. Afirma Raymond Boundon, ao referir-se aos efeitos epistemológicos no conhecimento científico, que “não somente o conhecimento científico está ao abrigo das crenças não demonstradas, como não poderia existir sem elas”,¹¹⁴ ou seja, a ideologia se desenvolve mesmo no coração do trabalho científico.

Portanto, retomando a proposta ideológica de Mannheim e os dois estratos em que se divide a ideologia, pode-se dizer que o Direito, como fenômeno ideológico, apresenta outros dois aspectos que de certa forma derivam do antagonismo que foi demonstrado, um interno e outro externo que se relacionam; dizer a ideologia interna do Direito é defini-lo em suas características historicamente aceitas pelo senso comum como essenciais; dizer a ideologia externa é vincular essa caracterização com as formas históricas dominantes do saber e atuar.

¹¹² SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro, Forense, 2004. p. 8/9.

¹¹³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 189.

¹¹⁴ BOUDON, Raymond. *A ideologia ou a origem das ideias recebidas*. São Paulo: Editora Ática, 1989. p. 188.

2.3 COMPREENSÃO DA NORMA JURIDICA AMBIENTAL

Por mais que a Constituição permaneça, em muitos pontos, inalterada, e até mesmo as normas infraconstitucionais, o intérprete deve perceber o movimento dialético do Direito, formado por raciocínios jurídicos não apenas dedutivos, mas também indutivos, o que justifica a necessidade da existência de uma hermenêutica jurídica ambiental, pois:

Afirmar que meio ambiente é um conceito jurídico indeterminado significa dizer que cabe ao intérprete o preenchimento do seu conteúdo, já que seus elementos e fatores estão em constante transformação. (...) Verifica-se, pois, que é inevitável uma zona periférica cinzenta em torno da sua definição.¹¹⁵

A ideia de pré-compreensão em Gadamer, que afirma que este pré-conceito funciona como pressuposto subjetivo hermenêutico que preside toda a compreensão, caso adaptada ao direito, constata que, no processo de tomada da decisão jurídica, a ação interpretativa parte de um conjunto de conceitos e conhecimentos prévios, os quais, de certa forma sedimentados, possibilitam alcançar suas conclusões com um mínimo de previsibilidade. Também deve ser considerada na obra de Gadamer a assunção da tradição humanista, conforme explicado por Jean Grondin:

Pois, no seio dessa tradição é que foram formulados os conceitos capazes de fazer jus a pretensão cognitiva das ciências do espírito. Segundo Gadamer, essa tradição ainda era muito viva na época anterior a Kant, antes que fosse reprimida pela dominação heterônoma do conceito de método.¹¹⁶

Como Gadamer observou, o modelo da hermenêutica jurídica mostrou-se fecundo, pois:

Quando se sabe autorizado a realizar a complementação do direito, dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto legal, o que faz o jurista é exatamente aquilo que ocorre em qualquer tipo de compreensão. A velha unidade das disciplinas hermenêuticas recupera seu direito e se reconhece a consciência da história efetual em toda prática hermenêutica, tanto na do filólogo como na do historiador.¹¹⁷

Isso significa que o sentido da aplicação já está anteriormente presente em toda forma de compreensão. A aplicação é a real compreensão do próprio comum que o texto significa para o intérprete, sendo uma forma de efeito e, se sabe a si mesma como tal efeito.

¹¹⁵ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Op. Cit. p. 29.

¹¹⁶ GRONDIN, Jean. Op. Cit. p. 183.

¹¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit. p. 504.

Feitas essas considerações, vislumbra-se que uma hermenêutica jurídica satisfatória, em termos de efetivação do Direito Ambiental, é proposta por meio de princípios de interpretação que objetivam a busca de soluções justas e constitucionalmente adequadas para a interpretação de normas ambientais, influenciadas por uma nova pré-compreensão ambiental.

Acerca da função dos princípios interpretativos, esclarece Marmelstein:

O papel principal dos princípios de interpretação é precisamente ajudar a encontrar respostas racionalmente fundamentadas, com base em parâmetros constitucionais aceitados, além de possibilitar maior transparência e objetividade na argumentação jurídica e no processo decisório, conferindo maior legitimidade à argumentação judicial.¹¹⁸

Utilizam-se, para tanto, os princípios da solidariedade, respaldados pelos princípios da precaução, o da prevenção, os princípios da responsabilização e do poluidor-pagador, os da democracia, da cidadania, o da informação, o da proibição do retrocesso ecológico e o do mínimo existencial ecológico, merecendo destaque, ainda, os princípios de interpretação constitucional, dentre dos quais destacam-se o princípio da razoabilidade, o princípio da ponderação e o princípio da proporcionalidade, os dois últimos próprios para lidar com a colisão entre direitos fundamentais, levando-se em conta que todos os princípios acabam interligados, um dando suporte ao outro para fundamentar as tomadas de decisões do intérprete.

A razoabilidade, a ponderação, a proporcionalidade e a precaução são especialmente importantes em uma hermenêutica jurídica ambiental, na medida em que o princípio da precaução tem natureza material e instrumental, manifestando-se, ainda, em *in dubio pro ambiente* como forma de garantir o mínimo existencial ecológico, especialmente na colisão do direito ao meio ambiente com outros direitos fundamentais. Em tal cenário, o intérprete constitucional deve analisar a evolução social, própria da dialética do Direito, preenchendo as molduras deônticas dispostas na Constituição, de acordo com o contexto social, tendo em vista que os critérios tradicionais de antinomias não são suficientes para lidar com a colisão de direitos fundamentais, o que implica na necessidade de uma técnica específica de solução.

O direito fundamental ao meio ambiente possui um conteúdo essencial oriundo de sua natureza principiológica, não absoluto, nem imutável. É maleável, sendo definido pelo intérprete no momento de sua aplicação, mediante os princípios da ponderação e da proporcionalidade. Os princípios da precaução, do mínimo existencial ecológico e da

¹¹⁸ MARMELESTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008. p. 362.

proibição do retrocesso ecológico terão, também, um papel imprescindível na delimitação do núcleo essencial do direito ao meio ambiente.¹¹⁹

A ponderação é realizada em um momento anterior ao princípio da proporcionalidade buscando balancear os interesses, os valores e os bens envolvidos na colisão. Nesta fase, os princípios vão tomando forma, concretizando-se de acordo com as peculiaridades dos fatos. Após dar um peso específico aos interesses tidos como relevantes, encerra-se a fase do balanceamento e parte-se para a utilização do princípio da proporcionalidade, qual seja, para a aplicação proporcional dos meios mais adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito para a solução. Esse balanceamento está submetido a um controle racional, apesar de ser inevitável uma margem de subjetividade do intérprete.¹²⁰

De todo modo, fica claro que os princípios não têm como oferecer respostas únicas e exclusivas, haja vista que, como visto na hermenêutica filosófica, o sentido a ser captado da norma é inesgotável. Mesmo que o jurista utilize todos os princípios interpretativos, ainda assim haverá margem para subjetividade e arbitrariedade.

Apesar de todas as dificuldades inerentes às questões existenciais e complexas do fenômeno hermenêutico, o intérprete deve fundamentar suas decisões e suas escolhas com base em argumentos que possam ser racionalmente justificados nos ditames de uma nova ordem constitucional, com intenso viés ecológico.

Neste contexto de alteração da perspectiva de análise da proteção ao meio ambiente, observa-se que o sistema jurídico clássico, construído para a tutela dos direitos individuais, não conseguiu dar respostas completas às complexas relações sociais travadas na sociedade atual exigindo a construção de uma nova ordem jurídica, a qual passou a proteger, de forma diferenciada, os direitos difusos e coletivos, criando novas formas de tutela, com a expectativa que estas sejam capazes de dar respostas mais efetivas, nessa configuração de prioridades, advinda da ascensão do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como informador do sistema jurídico.

A ascensão deste novo direito quebra o paradigma tradicional exigindo uma nova compreensão dos conceitos e institutos jurídicos tradicionais e, conseqüentemente, uma revisão do direito processual, onde os conceitos de legitimidade, de coisa julgada, dentre outros, devem ser adequados para tutelá-lo sob a égide da difundida ideia de solidariedade, pois o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não nasceu do contrato social ou

¹¹⁹ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Op. Cit. p. 134.

¹²⁰ Idem, p. 136.

da cidadania, mas sim da necessidade de se tutelar o seu objeto com vistas a assegurar a vida, como fim supremo.

Acerca deste desafio, esclarece Lunelli:

A prestação da tutela jurisdicional ambiental apresenta-se como um dos desafios do Estado contemporâneo. A ideologia que permeia o processo, dando-lhe nítido comprometimento privatista é, certamente, um dos entraves que se apresentam para a efetiva tutela do bem ambiental.¹²¹

Com relação à ideologia, esta traz, como uma das afetações na modernidade, o não alcance da autocompreensão de sua historicidade, pois tem-se, muitas vezes, as verdades atuais confundidas com os pressupostos paradigmáticos sobre as quais são construídas, tornando muito difícil o processo de alteração do paradigma¹²², situação extremamente complicada em um contexto de incerteza dado pela constante evolução da ciência.

O “entreve” descrito por Lunelli, oriundo de uma ideologia privatista que permeia a tutela jurisdicional, mostra-se ainda mais severo quando cotejada com o contexto de sua inserção, como afirma Mannheim:

Uma teoria será, portanto errada se, em uma dada situação prática, usar conceitos e categorias que, utilizados, impediriam o homem de se adaptar àquele estágio histórico. Normas, modos de pensamento e teorias antiquados e inaplicáveis tendem a degenerar em ideologias, cuja função consiste em ocultar o real significado da conduta, ao invés de revelá-lo.¹²³

Tal assertiva torna-se ainda mais evidente quando se trata do meio ambiente, em que a manutenção de uma ideologia privatista favorece o interesse de diversos agentes econômicos, os quais possuem interesse na proteção frágil do bem ambiental com vistas a uma maximização de resultados econômicos.

Os bens resguardados sob o direito ambiental tradicionalmente são tratados como *res nullius*, ou seja, bens que não pertencem a ninguém e, como qualquer indivíduo pode ter acesso a eles livremente, ninguém seria responsável pela sua degradação. Como exemplos de *res nullius* o Direito Romano apontava as águas dos rios, dos mares e oceanos, o ar atmosférico, os pássaros e animais silvestres. A mudança na compreensão das normas ambientais, trazidas pela consecução do princípio constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, faz com que, atualmente, estes bens sejam considerados como

¹²¹ LUNELLI, Carlos Alberto. Por um novo paradigma processual nas ações destinadas a proteção do bem ambiental: a contribuição do Contempt of Court. p. 148.

¹²² SILVA, Ovídio Baptista da. Op. Cit. p. 22.

¹²³ MANNHEIM, Karl. Op. Cit. p. 121.

res omnium, coisa de todos, a todos cabendo o dever de preservá-los e defendê-los, para assegurar a vida com qualidade para as gerações atuais e futuras.

Isso se torna ainda mais claro quando verificado que a mudança de paradigma constrói-se a partir da Constituição, em sua visão antropocêntrica alargada, na qual todo o sistema de Direito Ambiental cotejado com as normas constitucionais, aponta, desde logo, à existência de um direito subjetivo ao ambiente, autônomo e distinto de outros direitos também constitucionalmente protegidos, determinando que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado surja como direito subjetivo inalienável pertencente a qualquer pessoa.¹²⁴ Esse novo tratamento jurídico cria a oportunidade para uma tutela diferenciada do meio ambiente, como uma categoria especial de bem jurídico, em razão de sua importância para a preservação da vida das gerações atuais e futuras.

A efetivação de uma rede de proteção ambiental eficiente passa pela alteração do modo como enxerga-se o bem ambiental, tanto na relação direta entre o homem e o ambiente quanto na interação coletiva com ele. Cada vez mais observam-se mecanismos legais nesse sentido, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988, porém de nada vale a tentativa de sistematização de uma rede protetiva se não houver uma alteração na postura do intérprete.

Invariavelmente, tal postura passa pela formulação e amadurecimento de uma ética ambiental, pois, se os valores e as percepções sociais são modificados, transforma-se, cedo ou tarde o quadro jurídico que rege a sociedade.

As visões éticas na relação entre o homem e o ambiente dividem-se em duas grandes categorias: a ecocêntrica e a antropocêntrica. Porém, para que se efetue uma adequada regulação jurídica do meio ambiente, deve-se superar as visões extremadas da relação homem-natureza, pois elas não são capazes de dar respostas satisfatórias às novas necessidades socioambientais.

Sem deixar de lado as importantes contribuições legadas pelo antropocentrismo clássico e pelo ecocentrismo, deve-se consolidar o chamado antropocentrismo alargado a fim de se promover a inclusão de novos valores na relação homem-natureza (como a noção de sustentabilidade e de gerações futuras) o que permitirá entender e redefinir a função e a localização do homem no meio ambiente e, de acordo com o viés ético adota, há a alteração na pré-compreensão do intérprete.

¹²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Procedimento Administrativo e defesa do ambiente. In: Revista de Legislação e Jurisprudência, n. 3802, Coimbra. p. 9.

A visão mais adequada é aquela dada pelo antropocentrismo alargado, pois o bem ambiental já está protegido pela tutela jurídico-ambiental atualmente. Ademais o antropocentrismo alargado inclui a responsabilidade do homem com a natureza, o qual não pode vê-la como simples objeto devendo, ainda, considerar seu atos em relação às gerações futuras, considerando o caráter intergeracional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com relação a intertemporalidade, inclui-se a preocupação de Jonas em dar um caráter de responsabilidade à ética ambiental, em virtude da vulnerabilidade do meio ambiente, apontando uma necessidade de preocupação com o futuro construído em terreno incerto e inseguro, por meio da ‘heurística do medo’.¹²⁵ Nesse sentido coloca como primeiro dever a visualização dos efeitos a longo prazo:

O que deve ser temido ainda não foi experimentado e talvez não possua analogias na experiência do passado e do presente. Portanto o malum imaginado deve aqui assumir o papel do malum experimentado. Como esta representação não acontece automaticamente, ela deve ser produzida intencionalmente: portanto, obter uma projeção desse futuro torna-se o primeiro dever, por assim dizer, introdutório, daquela ética que buscamos.¹²⁶

O segundo dever seria mobilizar o sentimento adequado à representação com o objetivo de ultrapassar o individualismo clássico, “pois o destino imaginado dos homens futuros, que não afeta nem a mim, nem a qualquer outro que ainda esteja ligado a mim pelos laços de amor ou convívio direito, não exerce a mesma influência sobre o nosso ânimo”.¹²⁷

O autor alemão deixa claro que trabalha justamente com o que ainda não existe, baseado em um princípio de responsabilidade independentemente da ideia de direito.¹²⁸ No contexto de observação de tal princípio a ética antropocêntrica alargada, que adquire um viés intergeracional, se apresenta como um novo caminho possível na relação entre homem e ambiente, com a construção de uma nova pré-compreensão das questões ambientais.

Outro fator importante a ser observado é que, indubitavelmente, uma influência decisiva neste processo é a criação de uma racionalidade ambiental, conceito trazido por Enrique Leff e assim enunciado:

¹²⁵ Heurísticamente deve ser entendido como como método analítico para desconhecimento das verdades científicas.

¹²⁶ JONAS, Hans. Op. Cit. p. 72.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Idem. p 89.

A racionalidade ambiental incorpora novos princípios e valores que impedem que suas estratégias possam ser avaliadas em termos do modelo de racionalidade gerado pelo capitalismo. Trata-se de analisar as possibilidades de realização dos propósitos e os objetivos ambientais 'antes as restrições que se antepõem a seu processo de construção, a institucionalização dos mecanismos do mercado, dos interesses econômicos, da razão tecnológica e da lógica de poder'.¹²⁹

Esta racionalidade é construída mediante a articulação de quatro níveis de racionalidade: substantiva, teórica, técnica ou instrumental e cultural. A substantiva refere-se a um sistema de valores que normatizam as ações e orientam os processos sociais para a construção de uma racionalidade ambiental amparada “nos princípios do desenvolvimento ecologicamente sustentável, socialmente equitativo, culturalmente diverso e politicamente democrático”.¹³⁰ Uma racionalidade teórica possibilitará a construção de conceitos que articulam os valores da racionalidade substantiva fundada em um produtividade ecotecnológica de um potencial ambiental de desenvolvimento.

A racionalidade técnica, por sua vez, produz os vínculos funcionais e operacionais entre os objetivos sociais e as bases materiais do desenvolvimento sustentável e, neste momento, Leff destaca a importância dos procedimentos jurídicos para a defesa dos direitos ambientais e de meios ideológicos e políticos que legitimem a transição para uma racionalidade ambiental, incluindo as estratégias de poder do movimento ambiental. Por fim, a racionalidade cultural, que deve ser entendida como “um sistema de significações que produzem a identidade e a integridade internas de diversas formações culturais”.¹³¹

Em resumo, a racionalidade ambiental é decisiva para o fenômeno hermenêutico, pois partirá de uma nova compreensão ambiental que, por sua vez, influenciará a captação do sentido mais conveniente a concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Também é necessário tratar a compreensão específica do intérprete operador do direito, uma compreensão jurídico-ambiental. Cabe lembrar que a compreensão do operador do direito é formada pelas leis, em sentido lato, pela doutrina e pela jurisprudência, por constituírem elementos de necessário conhecimento prévio a atuação e, ao querer se tratar de uma nova compreensão específica ambiental, tem-se o foco na ecologização do direito, através de todo seu instrumental.

¹²⁹ LEFF, Enrique. Op. Cit. p 129/130.

¹³⁰ Idem. p. 130.

¹³¹ Ibidem.

Porém para se trabalhar a nova compreensão do intérprete ambiental devem ser observadas, obrigatoriamente, algumas hipóteses,¹³² entre as quais, destaque-se: a) o conceito de bem ambiental envolve várias dimensões (natural, artificial, cultural e do trabalho); b) a ordem jurídico-ambiental possui diversos conceitos vagos e indeterminados, cujo sentido deve ser preenchido pelo intérprete; c) o ordenamento jurídico brasileiro adotou a visão antropocentrista alargada e intergeracional do meio ambiente; d) o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição de existência dos demais direitos e, pela sua natureza eminentemente principiológica, caracteriza-se como uma moldura deôntica a ser preenchida pelo intérprete na avaliação do caso concreto, influenciado pela sua pré-compreensão e pela realidade social (apofântico).

Resta saber como isto é possível no campo de atuação do direito processual civil, provavelmente o ramo do direito mais arraigado a conceitos individualistas e privatistas, que vão de encontro a necessidade de uma nova realidade de proteção jurídica do bem ambiental que surge a partir da constitucionalização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, passando pela alteração do modo de compreensão da norma ambiental.

¹³² BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Op. Cit. p. 126.

3 TUTELA JURISDICIONAL CIVIL DO MEIO AMBIENTE E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Após os apontamentos efetuados acerca da compreensão e interpretação da norma jurídica em geral e ambiental em particular, inclusive com a verificação da influência da ideologia na formação do entendimento prévio do intérprete, resta saber como o processo civil foi influenciado pela constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Parte-se da ideia de que uma ruptura com o paradigma privatista é necessária, tendo em vista a sua insuficiência na tutela dos direitos difusos, como a proteção ao meio ambiente. Nesse contexto, verifica-se o amadurecimento metodológico do direito processual, especialmente após o advento da fase neoprocessualista, ensejando, inclusive, a discussão sobre uma novo estágio, o pragmático, demonstrando a preocupação com a efetividade da tutela, abandonando-se a matriz racionalista, o que é de grande importância para a proteção e defesa do bem ambiental.

3.1 A EVOLUÇÃO METODOLÓGICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Para que a tutela ambiental tenha real efetividade no âmbito do processo civil, torna-se inescapável a necessidade de se buscar uma matriz de análise diversa do racionalismo, pois esta dá ao processo a característica preponderantemente individual, não conseguindo tratar adequadamente os relações processuais em que se discute algum direito difuso, como o direito ao meio ambiente.

Com esta intenção, Vicente de Paula Ataíde Jr., propõe um método pragmático de processo que, entre outras características, possui intensa carga antirracionalista.

O autor classifica o pragmatismo como o quinto estágio do método processual, antecedido pelo a) sincretismo ou imanentismo; b) autonomismo ou processualismo; c) instrumentalismo; e d) neoprocessualismo ou formalismo-valorativo.¹³³ Resumidamente:

a) sincretismo ou imanetismo - também conhecido como a fase do praxismo, corresponde à pré-história do direito processual. O processo era visto apenas como uma realidade exterior, e por isso constantemente era confundido com o procedimento, pois

¹³³ ATAÍDE Jr. Vicente de Paula. Processo Civil Pragmático. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 21.

definiam apenas como sucessor de atos, sem levar em consideração a relação jurídica que se formava entre os sujeitos do processo.¹³⁴

Sem a autonomia, o processo era conhecido apenas como meio de exercício do direito subjetivo material, com pouca participação dos juízes, sem o desenvolvimento de conceitos e muito menos de métodos. Essa fase perdurou até o século XIX, quando os alemães iniciaram os estudos do processo como ciência jurídica autônoma.

b) autonomismo ou processualismo - também ficou conhecido como o período processualista, ou ainda para outros doutrinadores a era conceitualista do processo. Foi marcado pelo desenvolvimento da ciência autônoma do processo e dos principais institutos do direito processual civil.

Essa fase teve como principal precursor o processualista Oskar Von Bulow, sendo que a partir da sua obra, “Teoria dos Pressupostos Processuais e Exceções Dilatórias”, o processo deixou de ser mero procedimento, convertendo-se em uma relação jurídica processual abstrata, regido pelos institutos próprios do direito processual.¹³⁵

Deste modo, passou-se a entender que, ao lado das relações jurídicas de direito material, existe outra relação jurídica na qual se envolvem outras pessoas e que possui outros pressupostos, com ele não se confundindo.

As bases do direito processual civil foram lançadas nessa época, pois, a partir dos estudos dessa ciência, foram conceituados os principais institutos do processo, como o litisconsórcio, a litispendência, a coisa julgada, e outros de caráter eminentemente técnico.

O direito processual desenvolveu-se tanto que acabou por distanciar-se do direito material. Preocupava-se apenas com os institutos processuais, sem considerar a efetivação do resultado material discutido no processo. O processo foi tomado por uma visão introspectiva, afastando-se da realidade.

O cientificismo marcante da fase autonomista acabou por transformar o estudo do direito processual civil em algo tipicamente formalista, dogmático e dissociado dos dados da experiência e dos problemas reais do cotidiano forense. Sua preocupação era:

(...) frequentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar as “normas” de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas. As reformas eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema

¹³⁴ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 32.

¹³⁵ Idem. p. 36.

judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população.¹³⁶

No entanto, essa “asepsia” da ciência processual, isolada da contaminação do direito material e dos influxos da experiência,¹³⁷ começou a ser questionada em face das novas exigências que passaram a pesar sobre o processo e o seu direito, especialmente após as transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas a partir da Segunda Guerra Mundial, as quais redundaram em uma aproximação do direito com a moral, adentrando o espaço da relações humanas, onde se concretizam as diversas acepções éticas.

c) instrumentalismo - a fase da instrumentalidade do processo ainda sustenta a ideia de uma separação funcional entre direito material e o direito processual, articulada durante o período da autonomia processual. A diferença advém da existência de uma relação cíclica de interdependência, de modo que o direito material só se concretiza por meio do direito processual:

O Direito só é após ser produzido. E o Direito se produz processualmente. Quando se fala em instrumentalidade do processo não quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função, que é a de co-protagonista. Forçar o operador jurídico a perceber que as regras processuais não de ser interpretadas e aplicadas de acordo com a função, que é a de emprestar efetividade às normas materiais.¹³⁸

Observa-se que o processo deixa de ser meramente técnico para se tornar um instrumento em busca de paz social e justiça. E isso só se torna possível, a partir do momento em que a jurisdição adota uma nova postura em relação ao legalismo.

Antes, o juiz tinha por missão efetivar as regras de forma substancial, competindo-lhe apenas declarar o direito prescrito em lei, não levando em consideração o resultado efetivo do processo. Atualmente espera-se do juiz o compromisso com a justiça, buscando, por meio da hermenêutica, construir o direito no caso concreto, oferecendo às partes uma solução adequada do conflito e, conseqüentemente, gerando um sentimento de justiça.¹³⁹

¹³⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 10.

¹³⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MARIN, Jéferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. Ação condenatória, pretensão material e a efetividade do processo: as matrizes racionalistas do direito processual sob interrogação. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 175, set. 2009. p. 346.

¹³⁸ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011. p. 26.

¹³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001. Volume 1. p. 61.

Dito isso, compreende-se que o escopo do direito processual é a efetividade na demanda, como instrumento de pacificação e de acesso à justiça. Ou ainda, o processo passa a ser visto de um ângulo externo, passando pela análise de seus resultados, se práticos e eficazes.

Assim, o direito material é visto como um valor e o direito processual como o instrumento, que deverá servir a este valor, levando em consideração os escopos sociais, políticos e jurídicos. Em relação ao marco social, o processo se presta à persecução da paz social; no âmbito político, o processo fornece afirmação da autoridade do Estado, bem como dá liberdade ao cidadão; e na esfera jurídica, o processo visa concretizar o direito discutido.

140

d) neoprocessualismo ou formalismo-valorativo – Vicente de Paula afirma que esta fase ainda está em desenvolvimento, pois trata-se de um estudo recente do direito processual e seu viés constitucional. É assim nomeado:

(...) exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta dos direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual. As premissas deste pensamento são exatamente as mesmas do Neoprocessualismo, que, aliás, já foi considerado um formalismo ético, na feliz expressão de Rodrigues Uribe. Embora seja correto afirmar que se trate de uma construção teórica que nasce do contexto histórico do Neoconstitucionalismo, o formalismo-valorativo, pauta-se, também, no esforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação, que é decorrência dos princípios do devido processo legal e da boa-fé objetiva. Agrega-se, aqui, o aspecto da moralidade, tão caro a boa parte dos pensadores “neoconstitucionalistas”.¹⁴¹

Logo, o formalismo-valorativo trouxe a aplicação do processo por meio das normas tipo-princípios e tipo-postulados. Com isso, o direito processual passou a ser dominado pelos valores de justiça, participação leal, segurança e efetividade, que tornaram-se as suas bases axiológicas.

A relação com o neoconstitucionalismo se dá na medida em que o processo deve compreender e utilizar as técnicas processuais, a partir das bases constitucionais reafirmadas por ele, no intuito de promover e garantir os direitos fundamentais.

A constitucionalização do processo é vista sob duas dimensões: a primeira refere-se à incorporação de textos constitucionais nas normas processuais, sendo que a aplicabilidade do direito processual está condicionada aos princípios fundamentais elencados na constituição; a

¹⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. p. 38.

¹⁴¹ DIDIER Jr, Fredie. Op. Cit. p. 33.

segunda dimensão vislumbra as normas infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais.¹⁴²

Essa fase do processo civil é, para a maior parte da doutrina, a atualmente existente, inclusive por sua relação com o fenômeno neoconstitucionalista, dado em um ambiente pós-positivista. Porém, para Vicente de Paula, é necessário avançar. E este avanço vem representado por uma nova fase metodológica, qual seja, o pragmatismo.

Baseia sua tese, em grande parte, na obra do Prof. Ovídio Batista, especialmente na sua busca pela superação do paradigma racionalista. Desde a sua fundação científica, no século XIX, o direito processual civil não conseguiu se desvencilhar da confiança nos procedimentos da razão para determinar as crenças e técnicas do seu campo. Mesmo nas elaborações mais refinadas do instrumentalismo ou do neoprocessualismo, o processo não deixa de se constituir em um objeto lógico-ideal, construído pelos conceitos formulados pelos juristas, a partir do direito positivo ou da Constituição.

Como adverte Ovídio Batista da Silva, o direito processual continua a meditar sobre as mesmas estruturas herdadas do direito romano da *cognitio extra ordinem* e do direito canônico, reduzindo-se a uma simples estrutura lógica vazia de sentido, abstrata e conceitual.¹⁴³

Consequência disso é que o direito processual civil acaba estruturando categorias marcadas pela virtude da eternidade e justificadas como sendo da natureza das coisas. Essa situação concretiza a esperança iluminista dos juristas em tornar o processo civil objeto de uma ciência processual pura e universal e, para isso, orientada pela lógica matemática.¹⁴⁴

A ciência processual passou a ser daquelas ciências que não dependem de experiências, mas de definições, não das demonstrações dos sentidos, porém da razão. As soluções processuais preconizadas pela doutrina, influenciando as manifestações legislativas, são produtos do pensamento, sem qualquer testagem empírica. O objeto das pesquisas jurídicas é o direito positivo, afastando a interferência dos métodos das ciências sociais e econômicas, o que comprometeria a pureza do método jurídico.¹⁴⁵

Dessa forma, todas as respostas foram condicionadas pela adequação ao sistema lógico do direito processual. O debate sobre a verdade das proposições jurídico-processuais se limita ao juízo de subsunção aos conceitos e ao sistema formado por eles. Uma proposição jurídica somente é considerada verdadeira se decorrer logicamente do sistema formulado pela

¹⁴² DIDIER Jr, Fredie. Op. Cit. p. 33.

¹⁴³ SILVA, Ovídio Baptista da. Op. Cit. p. 90.

¹⁴⁴ Idem. p. 91.

¹⁴⁵ Idem. p. 84/85.

ciência. Caso assim não se proceda, o conhecimento produzido não pode ser considerado científico e, portanto, não pode reclamar validade universal.

Apesar do menosprezo pela experiência e pelos dados empíricos, distanciando a produção jurisdicional dos anseios sociais e levando a um quadro de ineficiência processual ao induzir uma percepção de crise da Justiça, com o descrédito social no Poder Judiciário, os juristas não conseguiram propor uma nova metodologia que escapasse às limitações do paradigma racionalista. Continuaram a pensar o processo a partir da sua dogmática, propondo modificações ao nível legislativo. Insistem em pensar o direito na medida dos textos normativos, sobre a qual recaem suas meditações científicas.¹⁴⁶

A pesquisa não foi ampliada para se utilizarem os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia e resiste-se a aprender com outras culturas.¹⁴⁷ O ensino jurídico, em todos os seus níveis de produção do saber, permanece perpetuando os critérios estabelecidos pelas filosofias racionalistas, no “seu grandioso projeto de transformar o Direito numa ciência exata, destinada a resolver as complexas questões humanas como quem resolve teoremas geométricos.”¹⁴⁸

Para Vicente de Paula, a proposta neoprocessualista do formalismo-valorativo, não obstante legue uma nova valoração para as regras processuais a partir dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais, acrescentando qualidade à prestação jurisdicional, não apresenta uma metodologia global que permita enfrentar os diversos problemas do processo contemporâneo, notadamente o da morosidade e o da ineficiência.¹⁴⁹

Nenhuma das metodologias processuais forneceu ferramentas capazes de superar os entraves cotidianamente experimentados na prática processual, por derivarem do esgotado paradigma racionalista.¹⁵⁰ Os conceitos do neoprocessualismo não bastam para um direito essencialmente prático como o processual. A instrumentalidade prometeu efetividade, mas não deu os meios para consegui-la; não disse de que maneira deve-se agir para tornar o processo efetivo. O neoprocessualismo apenas retornou aos conceitos para torná-los melhores. Assim:

(...) é o momento de uma transição paradigmática. Não se trata aqui de uma transição compreendida na eterna disputa entre o garantismo processual e o ativismo judicial, como refere JORGE W. PEYRANO. Nem mesmo à concernente aos

¹⁴⁶ ATAÍDE Jr. Vicente de Paula. O novo juiz e administração da justiça: repensando a seleção, a formação e a avaliação dos magistrados no Brasil. Curitiba: Juruá, 2006. p. 29-34.

¹⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. Cit. p. 12.

¹⁴⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. Op. Cit. p. 50.

¹⁴⁹ ATAÍDE Jr. Vicente de Paula. Processo Civil Pragmático. Tese (Doutorado em Direito). p. 44.

¹⁵⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. Op. Cit. p. 49.

câmbios oriundos da passagem do Estado Legislativo para o Constitucional, ou as influências do constitucionalismo no direito processual, já bem retratados pelos neoprocessualistas. De forma mais ampla, e em um sentido positivo, trata-se de um movimento para fora do paradigma racionalista.¹⁵¹

Essa transição representaria a assunção de uma metodologia processual desligada do racionalismo, que não dependa tanto de conceitos ou de abstrações teóricas e que desincorpore do “seu discurso qualquer forma de dogmatismo ou de autoridade”,¹⁵² não fragmentando o fenômeno processual a partir de visões parcializadas:

Um método francamente antiformalista, que se desprenda da necessária correspondência entre as soluções processuais e o sistema construído pela ciência processual. Um método que avalie a verdade das proposições de seu campo de conhecimento através do contato com o mundo empírico. Uma metodologia do direito processual que inclua as técnicas de investigação das ciências sociais e econômicas para melhor avaliar a adoção de uma ou de outra solução.¹⁵³

A principal diretriz antirracionalista é não descartar uma solução processual apenas porque ela não corresponde a um conceito, sistema ou regra do direito processual. Trata-se de uma diretriz geral, que deve nortear todas as ações do pragmatista nos caminhos do processo civil: “o pragmatismo mede suas soluções pelo acerto de seus resultados”.¹⁵⁴

Por isso, não pode descartar, de antemão, qualquer solução que se demonstre operacional, apenas porque não há um enquadramento legal ou conceitual. Uma solução processual não precisa ser lógica para ser operacional. Nesse sentido, o autor defende que o método pragmático descende do realismo de Roscoe Pound, quando afirma que:

(...) há muitas atividades práticas cujos postulados não resistirão a um exame lógico crítico se exigirmos deles uma correspondência absoluta dos fenômenos com a teoria, mas que, não obstante, servem muito bem a seus propósitos práticos.¹⁵⁵

Essa diretriz se aplica não só nos casos em que o sistema legal não oferece uma pronta solução, como também quando a solução oferecida pelo sistema não é operacional, não funciona na prática ou está defasada.

¹⁵¹ ATAÍDE Jr. Vicente de Paula. Processo Civil Pragmático. Tese (Doutorado em Direito). p. 45.

¹⁵² ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A refundação do direito processual civil e os três desafios à dogmática processual: a tutela preventiva, a tutela coletiva e a virtualização do Judiciário. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 203, jan. 2012. p. 225.

¹⁵³ ATAÍDE Jr. Vicente de Paula. Processo Civil Pragmático. Tese (Doutorado em Direito). p. 46.

¹⁵⁴ Idem. p. 125.

¹⁵⁵ POUND, Roscoe. A minha filosofia. In: MORRIS, Clarence (org.). Os grandes filósofos do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 544. APUD ATAÍDE Jr. Vicente de Paula. Processo Civil Pragmático. Tese (Doutorado em Direito). p. 125.

A tutela do bem ambiental certamente sofre com esse fenômeno de não adequação das respostas processuais cabíveis. Sofreu mais, mas ainda sofre. Essa abertura representada pela inclusão da ideia de resultado prático da demanda certamente a favorece, visto que ainda paira sobre as questões relacionadas a proteção ambiental uma dose de incerteza, incompatível com o racionalismo do processo civil.

Um marco para a maior efetividade dos direitos relacionados ao meio ambiente foi a inclusão, no Princípio 10 da Carta da ECO 92, o qual afirma que a garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser buscada através de mecanismos judiciais.

3.2 O PROCESSO CIVIL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

De acordo como Princípio 10 da Conferência das Nações Unidas do Rio de Janeiro, de 1992, para a realização do direito fundamental ao meio ambiente deve ser proporcionado acesso a esfera judicial:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.¹⁵⁶

Essa disposição traz em si uma série de possibilidades de análise e, entre os mecanismos judiciais, encontram-se a ação civil pública e a ação popular, entre outras. Não se buscará a explanação de um tipo específico de instrumento, mas um apanhado das alterações paradigmáticas necessárias para concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no âmbito da tutela processual civil.

Primeiramente, cabe o alerta de que se o procedimento judicial é instrumento de realização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ele integra o feixe de posições fundamentais jurídicas do direito ao ambiente como um direito fundamental como um todo.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Declaração de Princípios da Eco 92.

¹⁵⁷ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Direito Fundamental ao Ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 130.

Também vale destacar que para se compreender o direito ao procedimento judicial, não se deve confundir ação e direito subjetivo público de invocar a tutela jurisdicional. A ação é a própria expressão dinâmica do direito subjetivo público que lhe é anterior e no qual ela se fundamenta, o que significa que a ação processual está fundada, segundo Ovidio Batista da Silva:

Na premissa de existir, como um plus logico, um direito subjetivo publico que a precede, por meio do qual o estado reconhece e outorga a seus jurisdicionados o poder de invocar a prestação jurisdicional. [...] Para a realização do direito material, o Estado, antes de tudo, deve verificar a existência do direito que teve sua titularidade afirmada por aquele que requereu a prestação jurisdicional. É, por esta razão, então, que se deve conceder “ação processual” inclusive àquele que não tem direito.¹⁵⁸

Os titulares de um direito fundamental ao ambiente estão proibidos de agir, de modo privado, contra os comportamentos negativos ou positivos e lesivos ou potencialmente lesivos ao direito fundamental, porém o Estado tem o dever de conferir a esses titulares idênticos resultados que seriam obtidos se o agir privado não fosse proibido. Dessa forma, todos os titulares de um direito fundamental têm o direito de provocar a movimentação do poder do Estado para que este realize o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, utilizando-se de todos os instrumentos processuais que estão adequadamente preordenados no sistema jurídico.

Porém, para se ter efetividade dos instrumentos relacionados à tutela ambiental, o processo civil necessita a superação de seu paradigma privatista, construído através de gerações, calcado na característica do Estado liberal de subordinação ao direito, quando se exige que sua atuação seja nos exatos limites do poder conferido pela lei, buscando limitar o poder do Estado e garantir um conjunto de direitos individuais.

A separação de poderes é o mecanismo capaz de garantir a liberdade pelo equilíbrio político e, nesse modelo, se privilegia o poder legislativo, representando o espaço institucional legítimo de limitação do poder estatal e de positivação dos direitos individuais por meio de um processo legislativo conduzido por representantes populares. Por predominar na doutrina liberal o poder legislativo, os poderes executivo e judiciário assumiram posições óbvias de subordinação.

Em um breve esboço histórico, pode-se afirmar que a lei, concebida como norma geral e abstrata, tinha por finalidade defender os cidadãos dos abusos típicos do Estado

¹⁵⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 77 e 86. APUD GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Direito Fundamental ao Ambiente. p. 130.

absolutista e garantir a estabilidade da ordem jurídica. Ao juiz cabia reproduzir a vontade da lei, dispensando a interpretação. Neste contexto, o processo civil afasta-se das ciências da compreensão, aproximando-se das ciências da demonstração. Com isso, a burguesia edifica seus ideais de segurança e certeza, necessários ao desenvolvimento da sua atividade, com o amparo da lei.

Esse paradigma racionalista acaba influenciando sobremaneira o processo civil, reduzindo-o a uma equação matemática, na medida em que o magistrado, com base num rito ordinário, fase a fase, busca, ao final, aplicar a lei a um caso concreto, encontrando a resposta como se fosse uma verdade matemática.¹⁵⁹

De fato, o paradigma liberal privilegia o papel das partes na condução processual, pressupondo cidadãos autossuficientes, que não precisam do auxílio estatal para defender seus direitos. O juiz possui um papel passivo, sem contato direto com as partes (de modo a garantir sua imparcialidade) apresentando-se somente no momento de proferir a decisão, sempre de acordo com os autos. Idealiza-se uma concepção de igualdade formal, que pressupõe a inexistência de disparidade entre os indivíduos, impossibilitando à atividade judicial compensar desigualdades sociais e econômicas.¹⁶⁰

Este ideário, calcado na ordem e estabilidade, racionalizou o poder judiciário, incumbindo-o de proteger o passado legislado e defendê-lo das interferências da política e dos valores que determinam as reais desigualdades sociais. Essa racionalização dos conflitos de ordem individualista traz consigo a incapacidade de juridicizar conflitos coletivos, como aqueles relacionados ao meio ambiente, o que não encontra respaldo dentro de um Estado democrático de direito, o qual, por definição, necessita da participação dos cidadãos – inclusive na esfera judicial - para o atingimento de sua finalidade.¹⁶¹

Nesse interim, também é importante demonstrar alguns aspectos da influência da ideia de direito de subjetivo. Em um primeiro momento, os direitos subjetivados eram protegidos diretamente por seus respectivos titulares se configurando como uma posição ‘jurídica’, que envolve a faculdade de agir, mas sem confundir-se com ela, pela qual o seu

¹⁵⁹ ISAÍIA, Cristiano Becker. Processo Civil e Hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012. p. 119/120.

¹⁶⁰ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 56-77.

¹⁶¹ LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de. O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 177.

titular detém o poder de exigir do Estado proteção, sempre que for lesionado ou ameaçado de lesão.¹⁶²

Tal fato faz com que a maior controvérsia acerca da natureza jurídica da ação passe pela necessidade de delimitar os contornos do direito subjetivo. Os romanos consideravam ação o direito de perseguir em juízo aquilo que era devido, conceito que corresponde à ação de direito material. Assim, equivocam-se os que tentam transportar o conceito romano de ação para o direito processual sem maiores cuidados, porquanto a *actio* ligava-se à pretensão de direito material e não processual.¹⁶³

Os principais argumentos pelos quais a ação processual não seria direito subjetivo centram-se no fato de que não se poderia aceitar a existência de um direito pertencente a todas as pessoas. Ainda porque se qualquer pessoa sabedora de que não tem direito pode propor uma ação e levá-la até o final, a ação seria um direito dos que não tem direito. Desta forma, a tradição jurídica romano-canônica eliminou os conceitos de pretensão e ação de direito material, dificultando o convívio com as formas de tutela preventiva, mantendo-se no paradigma racionalista e na rígida doutrina da separação dos poderes.

Ademais, no século XIX, a concepção do processo enquanto relação jurídica, estabelecida por Bulow, na fase metodológica autonomista, contribuiu para a hipertrofia da neutralidade da atividade jurisdicional em decorrência da ideologia liberal dominante. Assim, o processo civil é tomado como um instrumento jurídico puramente formal, abstrato, descomprometido com a história e com o tempo do direito, pretendendo-se perene como uma figura geométrica, resultado da força da formação cartesiana.¹⁶⁴

O processo civil, segundo Ovídio Baptista da Silva,¹⁶⁵ a partir das filosofias do século XVII, priorizou o valor “segurança” como exigência fundamental à construção de um poder judiciário eficiente. De fato, desde sua concepção, é essencial à legitimidade do procedimento ordinário o contraditório prévio, segundo o qual o juiz somente poderá julgar depois de ter ouvido as partes, em cognição exauriente, porque assim é que estará habilitado a descobrir a vontade da lei.

Essa ritualística nada mais é do que a representação do racionalismo, através do qual se entende possível alcançar a verdadeira vontade da lei, que teria um sentido unívoco prestes a ser demonstrado pelo juiz através do método adequado. Método esse que privilegia a

¹⁶² ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. Volume. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.182.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ ISAÍÁ, Cristiano Becker. Op. Cit. p. 122.

¹⁶⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.166/167.

cognição exauriente, fruto da idealização de um juiz “boca da lei” e motivo pelo qual se vê um impedimento à criação de uma genuína tutela preventiva, tão importante quando se trata dos riscos da degradação ambiental.

Nesse raciocínio, a satisfação de um direito pleiteado em juízo ocorre apenas por uma sentença dada após ampla e exaustiva atividade cognitiva, que o habilita a desvelar o “sentido da lei”. Essa sistemática racionalista pode ser apontada como responsável pela morosidade do processo civil como instrumento de efetivação de direitos.

A nova ordem constitucional e a nova concepção de Estado trouxeram outras necessidades para o direito processual, surgindo ondas de renovação para o sistema processual concebido no Estado liberal clássico, na medida em que é natural que o instrumento se altere para adaptar-se às mutantes necessidades funcionais e estruturais decorrentes da variação dos objetivos da sociedade, entre eles a proteção efetiva do bem ambiental.

Com o esgotamento do Estado liberal, ocorrido devido ao aumento das demandas sociais oriundas da cada vez maior desigualdade, passou-se a exigir do Estado uma postura mais ativa, que atendesse a dimensão social, primando pela intervenção e pela preocupação em assegurar aos cidadãos condições mínimas de dignidade. Neste sentido, aumentou a importância do poder executivo como uma “condição para efetivar políticas públicas por meio da capacidade de intervenção na economia”.¹⁶⁶

No novo modelo, o exercício da função jurisdicional assume uma nova função, pois o Judiciário precisa dar conta da multiplicação das demandas por direitos sociais, diante da ineficiência do Executivo, passando a adotar uma postura mais ativa, de aproximação com a sociedade. Isso exige uma atuação mais presente do magistrado, redefinindo os papéis da atividade jurisdicional, que deve atender à aplicação de um direito amparado em uma base principiológica.¹⁶⁷

Posteriormente, no Estado democrático de direito, tendo como pilar o princípio democrático, o direito serve a propósitos de transformação positiva da sociedade civil, na direção de uma maior igualdade de oportunidades e de realizações individuais e coletivas. Streck denomina esta faceta transformadora de *plus* normativo:

Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promovedora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a

¹⁶⁶ LUCAS, Douglas Cesar. Op. Cit. p. 180.

¹⁶⁷ Idem p. 182/183.

conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o *welfare state* não passou de um simulacro.¹⁶⁸

Nesse modelo, o Estado atua transformando a realidade, não se restringindo apenas a reparar as condições de existência, como o Estado social de direito. Daí que sobrevém a necessária releitura e adaptação do processo civil aos princípios constitucionalmente postos, superando valores que não se coadunam mais com a sociedade complexa e plural.

O atual processo é tomado como um instrumento formal, abstrato e em descompasso com a história. No entanto, isso deve ser alterado, ultrapassando-se a concepção cartesiana de direito e substituindo-a por uma compreensão hermenêutica que consagre os valores constitucionais. Neste sentido, Espíndola e Cunha aduzem que:

Sabendo que o paradigma liberal racionalista valorava o individualismo e a segurança jurídica, ao ponto de não aceitar tutelas preventivas sem uma cognição exauriente, não se deve, por outro lado, valorar a ponto máximo a efetividade da jurisdição, esquecendo-se a segurança jurídica. Assim, a fórmula para viabilizar a concretização dos princípios processuais constitucionais e dos direitos fundamentais pela metodologia de um processo jurisdicional democrático é a outorga de tutelas preventivas e tutelas coletivas, para além das tutelas repressivas e das tutelas individuais, sem eliminar estas, mas agregando-lhes aquelas, sob um novo olhar.¹⁶⁹

Observa-se a premente necessidade de uma releitura das normas jurídicas processuais aos princípios constitucionais, na medida em que somente com a devida interpretação da Constituição será possível almejar a efetivação dos direitos, aplicando seus princípios na readequação da legislação ao conteúdo e ao ideário do constituinte.

Neste ponto, deve-se dar maior valor à interpretação do juiz, afastando-o da “geometrização”, havendo a urgência na construção de uma jurisdição processual capaz de fazer valer os anseios populares por um Estado verdadeiramente democrático, possibilitando o protagonismo da Constituição como uma forma a constituir o resgate dos direitos sociais e da democracia. Insere-se aí a hermenêutica filosófica como saída para a libertação do pensamento jurídico e da processualística contemporânea racionalista, possibilitando ao processo civil apropriar-se de uma filosofia voltada à realidade prática, atendendo às necessidades do direito subjetivo material discutido em juízo.¹⁷⁰

¹⁶⁸ STRECK, Lênio. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, jan./jun. 2009. p. 66.

¹⁶⁹ ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes. *Op. Cit.* p. 90.

¹⁷⁰ ISAÍÁ, Cristiano Becker. *Op. Cit.* p. 342.

Diante deste panorama, a discussão sobre questões relacionadas aos elementos do processo ganham nova dimensão. Entre estes, destaca-se a discussão sobre a forma de proteção dos direitos difusos. Essa nova realidade, determinada pela revolta do objeto¹⁷¹, vem se constituindo como fascinante campo do Direito, exigindo do jurista uma nova postura tendo como objetivo dar respostas às demandas da sociedade no sentido de viabilizá-las.

A experiência moral da pessoa refletida na experiência jurídica, demonstra que há, no pensamento contemporâneo, uma tendência de superar a oposição individualismo/coletivismo, pois a pessoa somente atua e se explica autenticamente através das relações intersubjetivas, já que o indivíduo existe a partir da relação com o outro. Entretanto, é necessária uma separação entre o indivíduo e o outro para salvaguardar a responsabilidade moral de um em relação ao outro. O elemento que promove tal separação é a lei.¹⁷²

Tal observação faz com que a concepção comum de relação jurídica como a correspondência entre o direito de um sujeito e a obrigação de outro torne-se insuficiente. Na experiência jurídica as noções de dever e obrigação indicam a possibilidade de uma relação entre o direito de vários sujeitos. A dicotomia público-privada foi superada pela realidade:

La realtà nella quale viviamo è quella di una società de produzione di massa, di consumo di massa, di scambi de massa, di turismo di massa, de confliti o conflittualità di massa (in materia de lavoro, di rapporti frarrazze, religioni, ecc), per cui anche le violazioni contro le quali la 'giustizia' è intesa a dare protezione, sono evidentemente non soltanto violazioni di carattere individuale ma spesso anche di carattere coletivo, che convoglio ecolpiscono categorie, classi, collettività, sono insomma 'violazioni di massa'.¹⁷³

Por sua vez o processo, visto como categoria jurídica ou instituto fundamental do direito processual,¹⁷⁴ caracteriza-se, modernamente, por ser um método de trabalho referente

¹⁷¹ A partir dessa nova concepção de direitos, constata-se que não há uma preocupação central com a vontade ou o interesse do sujeito, uma vez que, por força da Constituição, o Direito Ambiental tutela direta e indiretamente o objeto do direito, ao contrário das situações subjetivas jurídicas tradicionais. Este é o conceito de revolta do objeto, consoante ensinamento de Luis Filipe Colaço Antunes, que consiste na doutrina de que o meio ambiente é tutelado a partir de qualidades determinadas do objeto, com vistas à segurança da vida humana.

¹⁷² BAGALONI, Luigi. La persona nell'esperanza morale e giuridica. APUD BARACHO Jr, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 261.

¹⁷³ Tradução livre do autor: A realidade em que vivemos é a de uma sociedade de produção em massa, consumo em massa, comércio em massa, turismo em massa, conflitos ou conflitualidade em massa (em relação a obras, religiões, etc.). As violações contra as quais a "justiça" tem a intenção de dar proteção, não são, evidentemente, apenas violações de caráter individual, mas muitas vezes também de caráter coletivo, que envolvem categorias, classes, coletividade, são "violações em massa" CAPELETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffuse. APUD BARACHO Jr, José Alfredo de Oliveira. Op. Cit. p. 262

¹⁷⁴ De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, o vocábulo *processo* exprime três ideias diversas, mas muito próximas e intimamente entrelaçadas: (a) o processo como sistema de princípios e normas constitucionais e legais coordenados por uma ciência específica, ou seja, o processo compreendido como direito processual; (b) o

ao exercício da jurisdição pelo juiz e dos poderes inerentes à ação e à defesa pelas partes litigantes. Trata-se, de uma entidade complexa que abrange diversos atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir a tutela jurisdicional e variadas situações jurídicas ativas e passivas que autorizam ou exigem a realização de referidos atos.¹⁷⁵

O conjunto de atos do processo constitui o procedimento; o conjunto de situações jurídicas ativas e passivas, das quais decorrem, para os sujeitos do processo (juiz e partes), poderes, faculdades, direitos, deveres e ônus, configura a relação jurídica processual.¹⁷⁶

Importante observar que, nos modelos de Estados democráticos de direito, tal como consagrado no Brasil, o processo deve ser eminentemente participativo. Isso no sentido de que incumbe ao processo contemplar, ao longo de todo o arco procedimental, intensa participação dos sujeitos da relação jurídica processual; não só daquele encarregado da manifestação da vontade estatal, representada pelo juiz, como também dos destinatários dos atos de poder praticados no desenrolar do procedimento, as partes.

Somente com ampla possibilidade de participação das partes na formação do convencimento do órgão jurisdicional e na produção dos atos decisórios, associada à legalidade do procedimento, tem-se por legítimo o exercício da jurisdição pela via do processo.

Pertinente invocar, neste passo, a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco:

Ao contrário dos atos negociais, que criam normas particulares inter partes e em princípio vinculam exclusivamente quem as criou (autonomia da vontade), os atos de poder projetam eficácia imperativa e inevitável sobre a esfera de direitos de pessoas diferentes daquelas que os realizam. Justamente porque imperativos e inevitáveis, não se originando da vontade dos destinatários nem dependendo do concurso dela, os efeitos dos atos de poder só se consideram democraticamente legítimos quando esses sujeitos hajam tido oportunidade de participar da sua formação.¹⁷⁷

No sistema processual, usualmente as normas que instituem e regem os procedimentos são portadoras de suficientes oportunidades de participação em contraditório e esse é o fator que as legitima. Elas próprias não teriam legitimidade quando deixassem de oferecer reais oportunidades de participar. Por isso, é falsa a impressão de que a observância

processo como modelo imposto pelos princípios e normas, vale dizer, como método de trabalho; e (c) o processo como realidade fenomenológica da experiência dos juizes e das partes em relação a cada um dos conflitos entre pessoas ou grupos, concretamente trazidos à apreciação do Estado-juiz (Instituições de direito processual civil, v. 2, p. 23-25).

¹⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume. 2. p. 24-26.

¹⁷⁶ Idem. p.26.

¹⁷⁷ Idem. p. 32.

dos procedimentos estabelecidos em lei fosse em si mesma um fator de legitimação dos atos de poder.

Em substância, o que legitima a outorga da tutela jurisdicional é a participação que o procedimento propiciou, em associação com a observância da legalidade inerente à garantia do devido processo legal. Um processo não será justo quando os sujeitos não puderam participar adequadamente ou quando, por algum modo, haja o juiz avançado além de seus poderes ou transgredido regras inerentes à disciplina legal do processo.

A participação de que se cuida, aqui, não é difícil de perceber, é a participação endoprocessual, ou seja, a participação que se realiza no processo, pelos sujeitos parciais da relação jurídica processual (as partes), durante o procedimento, como forma de influir nas mais diversas decisões proferidas pelo sujeito imparcial (o juiz).

No processo civil coletivo para a defesa dos direitos difusos, entre os quais se inclui o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a participação endoprocessual mostra-se igualmente importante, na condição de fator de legitimação da atuação do Estado-juiz e da outorga das tutelas jurisdicionais ambientais. Está-se diante de autêntica garantia da efetividade da participação pelo processo jurisdicional na defesa do meio ambiente. Uma vez mais, sem adequada participação no processo não se obtém verdadeira e efetiva participação pelo processo coletivo ambiental.¹⁷⁸

Anote-se, porém, que, sob a ótica da participação judicial ambiental, a participação no processo coletivo não é a de todos os destinatários diretos do exercício da jurisdição, como se dá, via de regra, no processo civil individual, dada a impossibilidade prática de reunir a totalidade dos cotitulares do direito ao meio ambiente - todos os membros da coletividade - no polo ativo da demanda.¹⁷⁹

A participação no processo, a que se refere, é a dos sujeitos legitimados ativamente para a propositura da demanda coletiva ambiental, vale dizer, conforme o caso, dos indivíduos e entes intermediários intitulados à participação pública ambiental por intermédio do processo jurisdicional, bem como dos indivíduos e entes intermediários legitimados para intervir nos processos instaurados.

Neste contexto o conceito de acesso à justiça se amplia, significativamente, no sentido de que o jurista deve preocupar-se com a efetividade do direito, Mauro Cappelletti e Bryant Garth lembram, ainda, que:

¹⁷⁸ MIRRA. Álvaro Luiz Valery. Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – USP, São Paulo, 2005. p. 389.

¹⁷⁹ Idem. p. 411.

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente.¹⁸⁰

Observe-se que o acesso à justiça em matéria ambiental, seja como expressão da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional relativamente a lesão ou ameaça de lesão a direitos de qualquer natureza, seja como corolário do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deve ser um acesso participativo, aqui entendido como a relação existente entre o acesso à justiça e a necessidade de maior participação dos cidadãos na gestão da coisa pública.

Isso implica a plena possibilidade dada a todos os cidadãos de participar da vida da comunidade e de influir no governo da sociedade, em vista do atendimento às demandas cada vez maiores e mais complexas do corpo social e da efetivação dos direitos fundamentais reconhecidos. Nesse contexto, pode-se afirmar que o acesso à justiça tornou-se uma questão de acesso ao poder e à igualdade social.¹⁸¹

A propósito, cumpre anotar que a própria Constituição Federal, ao cuidar de diversos instrumentos processuais capazes de propiciar a proteção jurisdicional do meio ambiente, como a ação popular,¹⁸² a ação civil pública,¹⁸³ o mandado de segurança coletivo¹⁸⁴ e as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade de leis e atos normativos,¹⁸⁵ tratou de estabelecer, no próprio texto constitucional, um nível mínimo de participação pela via do processo civil, ao atribuir, de forma discriminada, a legitimidade ativa ao cidadão, ao Ministério Público e a outros entes intermediários. Ao assumirem tal posicionamento, os constituintes de 1988 acabaram instituindo, no Brasil, um modelo verdadeiramente participativo de acesso à justiça em matéria ambiental, com a adoção de mecanismos de participação popular direta e semidireta na defesa do meio ambiente por intermédio do processo jurisdicional.

Portanto, embora se reconheça que cabe ao legislador infraconstitucional a disciplina do acesso à justiça em matéria ambiental, não resta dúvida de que, em virtude da constitucionalização do tema, o poder de apreciação legislativa encontra-se balizado pela

¹⁸⁰CAPPELLETTI Mauro; GARTH, Bryan. Op. Cit. p. 9.

¹⁸¹MIRRA. Álvaro Luiz Valery. Op. Cit. p. 425.

¹⁸²Art. 5º, LXXIII.

¹⁸³Art. 129, III, e § 1º.

¹⁸⁴Art. 5º, LXX.

¹⁸⁵Art. 103, VI.

previsão constitucional de tal natureza, uma vez obtido certo grau de realização do acesso participativo na matéria, fica vedada a adoção de medidas legislativas tendentes a aniquilá-lo ou a reduzi-lo, sem a contrapartida de alternativas capazes de manter o nível de participação judicial precedentemente instituído, pela aplicação do princípio da proibição do retrocesso.

E, a concretização do acesso à justiça em matéria ambiental de forma efetiva, tornou-se realidade com a disciplina do processo coletivo orientado para a tutela dos direitos e interesses difusos, fruto da necessidade de permitir o acesso à justiça para a proteção dos direitos e interesses transindividuais em geral,¹⁸⁶ entendidos como aqueles que ultrapassam a esfera meramente individual dos sujeitos de direitos e assumem dimensão coletiva e social, o processo coletivo trouxe importantes inovações ao sistema de direito processual civil, a fim de viabilizar o ingresso em juízo de indivíduos, grupos, classes e categorias de pessoas, bem como de entes estatais independentes, que se apresentam como porta-vozes de referidos direitos e interesses ou da coletividade por eles representada. Com isso, o processo civil passou a ser verdadeiro instrumento de participação popular na defesa de direitos transindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de natureza difusa.

A natureza participativa do processo civil, deve se dar não somente no que concerne à relação jurídica processual e ao procedimento, mas também no cumprimento da função de servir de canal para a participação de indivíduos, grupos e entes intermediários na direção da sociedade.

Como analisa Calmon de Passos, ao traçar a evolução do processo civil à luz da evolução do Estado Democrático contemporâneo:

¹⁸⁶ No direito brasileiro, chegou-se à regulamentação de três categorias de direitos e interesses que assumem dimensão supra-individual: (a) os direitos e interesses difusos, definidos como os direitos e interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, I, da Lei n. 8.078/1990); (b) os direitos e interesses coletivos, definidos como os direitos e interesses transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, II, da Lei n. 8.078/1990); e (c) direitos e interesses individuais homogêneos, definidos como os direitos e interesses subjetivos decorrentes de origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078/1990). Como se pode perceber, à luz do texto da Lei n. 8.078/1990, direitos e interesses verdadeiramente transindividuais são apenas os direitos e interesses difusos e coletivos; os direitos e interesses individuais homogêneos são direitos e interesses individuais, divisíveis e identificáveis no que concerne aos seus titulares. Assim, diversamente dos direitos e interesses difusos e coletivos, que são metaindividuais na sua essência e na forma judicial em que são exercidos, os direitos e interesses individuais homogêneos são considerados metaindividuais apenas na forma judicial de seu exercício. Daí dizer-se que, enquanto os direitos e interesses difusos e coletivos são essencialmente coletivos, os individuais homogêneos são apenas episódica, contingente ou acidentalmente coletivos, apresentando-se como tais somente quando tutelados coletivamente, pela via das ações coletivas MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Édís (Coord.). Ação civil pública (Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 438-439.

Acredito que estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo- á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger- se o indivíduo e as coletividades não só do agir contra ordem do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para a realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo.¹⁸⁷

Não é diversa a lição de Dinamarco, ao cuidar da efetividade do processo no Estado contemporâneo. Segundo o processualista, processo efetivo, modernamente, é aquele apto a cumprir não apenas a sua função jurídica, de realizar o direito material, como também a sua função social, de eliminar insatisfações com justiça e servir como meio de educação para o exercício e o respeito aos direitos, e, ainda, a sua função política, de servir, precisamente, de canal para a participação do cidadão comum nos destinos da sociedade política.¹⁸⁸

Com a consolidação da ideia de direitos difusos e coletivos, como a tutela do meio ambiente, dá-se um verdadeiro salto nas relações jurídicas, que agora enfatizam a efetividade, superam o procedimento e buscam garantir a todos o acesso à ordem jurídica justa. Dentro desse contexto, pondera Nelson Nery Júnior:

O direito do consumidor, do meio ambiente e a tutela dos direitos difusos e coletivos, constitui uma tendência de hoje, diferente da ocorrida no século passado, pois se tem propendido para a adoção de microssistemas que atendam determinada situação jurídica, com visão de conjunto de todo o fenômeno e imunes à contaminação de regras de outros ramos do direito, estranhas àquelas relações objeto de regramento pelo microssistema.¹⁸⁹

Esse microssistema embasa-se em princípios próprios e regras que o diferenciam do direito tradicional, bem como da maneira tradicional de tratar certos direitos, lembrando que a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, exigiu do jurista uma atitude criativa, a qual encontrou na elaboração de um microssistema uma resposta adequada para a especificidade e peculiaridade da tutela objetivada por tais direitos e, a partir do

¹⁸⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 95.

¹⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. p. 331.

¹⁸⁹ NERY Jr. Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 272.

tratamento dado a esses direitos pela Constituição pode-se falar na construção do microssistema, o qual deve ser entendido como:

Um conjunto de regras orgânicas e sistêmicas, dotadas de mecanismos de direito material e processual peculiares, capazes de promover a garantia constitucional da real tutela destes novos e complexos direitos, como é o caso do direito ao meio ambiente equilibrado e sadio. A construção do microssistema do Direito Ambiental vai exigir uma revisão no plano do direito material e do direito processual.¹⁹⁰

Esta nova visão, que passa pela incorporação à Constituição do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, garante a efetividade da justiça, com a garantia do acesso à ordem jurídica justa. Essa efetividade passa, entre outros fatores, pela construção de uma tutela diferenciada, com uma releitura das condições da ação, exemplificada na ação civil pública quando se altera o conceito tradicional de legitimidade para a causa e, igualmente, os pressupostos processuais e os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, até porque não faz sentido exigir-se que toda uma coletividade tenha que postular em juízo, quando a pretensão deduzida é comum, ligada por um interesse de natureza absolutamente indivisível, como é o caso dos direitos difusos.

Dado o panorama das alterações promovidas na compreensão do bem ambiental na seara dos bens coletivos, impende-se avaliar os seus mecanismos protetivos, os quais, em um primeiro momento, são compostos de um conjunto de órgãos públicos e organizações da sociedade civil com o intuito de proteção ao meio ambiente. Todavia, nem sempre isso é possível, sendo que diante da ameaça ou da verificação de um dano ambiental o direito processual civil oferecerá mecanismos de tutela, para a efetiva proteção do meio ambiente.

O sujeito de direito autônomo é substituído pela universalidade de titulares, que tem em comum uma situação de fato, que os toma, ao mesmo tempo, interessados e legitimados na tutela do direito em conflito. Assim ensina Nelson Nery Júnior:

O direito ao meio ambiente sadio e equilibrado não pode ser individualizado, já que sobre ele não pode haver exercício de direito subjetivo com a concepção individualista que dele temos como herança do liberalismo do século XIX. É, isto sim, *res omnium*, pertencente a toda a sociedade. Portanto, qualquer pretensão que se deduza em juízo buscando reparação por dano causado ao meio ambiente será difusa, pois se trata de direito cujo objeto é indivisível, sendo que os titulares desse direito são indetermináveis e ligados por circunstâncias de fato¹⁹¹.

¹⁹⁰ SOUZA, Paulo Roberto Ferreira. A tutela Jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. p. 94 In: <http://www.jurinforma.com.br/artigos/0233.htm>. Acesso em 20.08.2012.

¹⁹¹ NERY Jr. Nelson. Responsabilidade Civil e Meio Ambiente, p. 3 In: <http://www.jurinforma.com.br/artigos/0290.htm>. Acesso em 20.07.2012.

O conteúdo do interesse difuso pode referir-se a uma pluralidade de interesses individuais ou relativos a entes associativos. Diferencia-se do interesse pessoal em razão da indivisibilidade do direito tutelado, o qual vai além de um feixe de direitos individuais representando o interesse de um grupo não organizado, mas que tem em comum o interesse na tutela de determinado direito.

Diferencia-se, também, do interesse coletivo, porque este tem os seus titulares organizados, identificáveis e ligados entre si por uma relação jurídica base. O termo difuso, como adverte Nelson Nery Júnior, não é novo, posto que já era utilizado pela doutrina romanística e ainda se encontra "em pleno processo de desenvolvimento doutrinário nada havendo, ainda, de caráter definitivo".¹⁹²

A partir dessa nova concepção de direitos, constata-se que não há uma preocupação central com a vontade ou o interesse do sujeito, uma vez que, por força da Constituição, o Direito Ambiental tutela direta e indiretamente o objeto do direito, ao contrário das situações subjetivas jurídicas tradicionais.

A participação pelo processo civil em defesa do meio ambiente situa-se, indiscutivelmente, nesse contexto, considerada a proteção do meio ambiente um interesse difuso. Assim, a participação pública ambiental por intermédio do processo jurisdicional tem no sistema do direito processual civil coletivo o mecanismo apropriado, capaz de viabilizá-la. Ressalte-se que, inexistente no sistema pátrio legislação específica sobre a tutela jurisdicional do meio ambiente,¹⁹³ a participação judicial ambiental, mediante o processo coletivo, se dá com amparo na normativa genérica aludida, ou seja, essencialmente, com base na Lei da Ação Popular, na Lei da Ação Civil Pública e nas disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor, bem como nas normas relativas ao controle concentrado da constitucionalidade de leis e atos normativos.

Este fato não impede, porém, a participação pela via do mandado de segurança coletivo, nem a aplicação subsidiária ou analógica das demais normas especiais, relativas a temas diversos e específicos, dada a inter-relação existente entre todos os diplomas processuais que disciplinam a proteção jurisdicional dos direitos coletivos e difusos.

De toda sorte, a evolução verificada no processo civil, à partir de um método pragmática de aplicação, norteados pelos princípios constitucionais e visando a garantia dos

¹⁹²NERY Jr. Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. p. 114.

¹⁹³ A Lei n. 6.938/1981, sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, via de regra lembrada na matéria, apenas dispõe, à época de sua edição, sobre a legitimação ativa do Ministério Público para as ações de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, sem disciplinar, diretamente, outros aspectos processuais da matéria.

direitos fundamentais, também se dá pela alteração na forma como os agentes do processo o encaram. Este estímulo, em termos de tutela ambiental, se dá pela alteração da compressão previa do operador jurídico em relação a importância da garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado o que influencia a interpretação e a compreensão da norma processual, materializada através de uma hermenêutica voltada para concretização da proteção do meio ambiente.

3.3 PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL EM RELAÇÃO A TUTELA AMBIENTAL

Por certo deve ser característica do direito processual moderno o dinamismo. Sem movimento não há processo, esvaziando-se por completo a noção de direito processual. A qualificação desse movimento, a operacionalidade do processo é elemento constitutivo desse que é o “ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social.”¹⁹⁴

Ainda que se visualize o processo como uma relação jurídica, ou se tome a relação jurídica como categoria fundamental da teoria processual, tal concepção não oferece o elemento operacional, pois não permite perceber o movimento e a dinâmica como dados essenciais do fenômeno processual.

Um processo sem caráter operacional perde completamente a sua significação social. A operacionalidade não se confunde com celeridade, mais se aproximando de efetividade, mas com conteúdo peculiar: não é restrito ao aspecto jurídico, penetrando todas as dimensões do fenômeno processual. Operacional é um processo que funciona: atinge todos os seus fins definidos a cada momento histórico.

Quando se fala em método para o direito processual, não há como afastá-lo da operacionalidade. Um método processual deve dar conta dessa dimensão dinâmica. Tem que estar permeado pela constante preocupação operacional. Cada solução proposta pelo método deve passar por esse crivo. As soluções não operacionais, que conspiram contra a natureza dinâmica do processo, devem ser rejeitadas.

É preciso, portanto, perceber que o direito processual não pode ser estudado e produzido sem levar em consideração essa dinâmica que lhe é inerente. Esse elemento prático o faz diferente dos demais ramos jurídicos, os quais aceitam, em maior ou menor grau, ser

¹⁹⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. p. 1.

analisados numa dimensão estática. Talvez a operacionalidade do processo seja o melhor critério de diferenciação entre o direito processual e o direito material. Pontes de Miranda já dizia que o direito processual é “direito rente à vida e há de estar em contato permanente com a vida, a que ele serve, por ser, como os outros ramos do direito, processo de adaptação social, porém, mais do que os outros, dinâmico.”¹⁹⁵

É claro que reconhecer a dimensão operacional do processo não significa negar ou minorar as cargas axiológicas que o envolvem. O direito processual está permeado por valores, sobretudo constitucionais, os quais devem ser realizados na atividade processual. Os valores, concretizados como regras e princípios, impõem limites, mas também exigem ações positivas. Impedem, por exemplo, que o juiz decida sem a participação efetiva das partes. De outro lado, exigem que o processo tenha duração razoável.

Os limites estão quase sempre bem definidos em regras. As ações positivas, nem sempre o estão, constando, na maioria das vezes, de princípios ou de cláusulas gerais. Por conseguinte, garantir o respeito aos limites, para evitar a arbitrariedade, é caminho mais fácil do que implementar valores com dimensões positivas, porque tais valores não dependem apenas de regras, mas também da administração das diversas variáveis que compõem o seu resultado de ação.

Toda essa carga axiológica pode ser resumida em uma frase: o processo deve ser justo. Mas, ao contrário dos ramos do direito material, o direito processual não se exaure nas disputas axiológicas, na avaliação do bem ou do mal, na adoção deste ou daquele direito organizador da vida social.

Assim, não é possível afastar o direito processual da realidade empírica, do que acontece no “tumulto da vida forense”.¹⁹⁶ A administração do processo é um dado da experiência. E se a operacionalidade é componente essencial do sucesso das instituições processuais, torna-se impossível conhecer o direito processual apenas pela visão da dogmática, das leis ou dos conceitos jurídicos.

Segundo Vicente de Paula:

(...) um novo estágio metodológico deve, necessariamente, assumir essa complexidade do fenômeno processual. Administração, economia e sociologia compartilham o mesmo *locus* da experiência processual, cada qual fornecendo a sua medida de colaboração para a prática-com-êxito desse peculiar direito dinâmico. O fenômeno processual não se reduz à lógica jurídica, nem aos conceitos e sistematizações legais e doutrinárias. Num direito dinâmico, operacional, que

¹⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense; 1973. p. XLVII.

¹⁹⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. Op. Cit. p. 1.

trabalha com dados empíricos de administração de rotinas, chega a ser contraproducente – para não dizer ilógico – produzir soluções abstratas, saídas de formulações exclusivamente ideais. A proposta deve ser multimetódica. O pensamento, sozinho, desacompanhado da experiência, não pode produzir um bom direito processual.¹⁹⁷

Neste interim exsurge a influência da ideologia tanto no procedimento adotado como na decisão exarada, pois o dinamismo requerido do sistema jurídico é produzido pelo jurista prático, recaindo ao juiz, neste aspecto, papel mais importante do que o do legislador. Como afirma Capelletti, ao comentar a ligação entre a ideologia dominante no processo e a atuação individual do operador jurídico:

Todo hombre e ay también el juez, es llevado quizá fatalmente a dar un significado y un alcance universales, aunque no también transcendentales, a aquel orden de valores que él ha estado imprimiéndose en su conciencia individual; y así es llevado a leer ese orden, que es solo suyo, también en las *praeformatae regulae iuris*, que ciertamente no fueron y non son puestas sólo por él.¹⁹⁸

É inerente a condição humana o raciocínio e a atuação através de fórmulas dadas pela reiteração de práticas sociais e reprodução de pensamentos estabelecidos. Por vezes, é necessário evoluir neste processo, buscando a adaptação das categorias de pensamento à realidade vivida.

Pensando especificamente na questão ambiental e seus consectários, verifica-se a evolução do pensamento ético em relação ao tema, redundando em uma maior proteção legal, a qual atingiu status constitucional com a inclusão do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição de 1988.

A experiência da humanidade demonstrou a necessidade da preservação do meio ambiente, inicialmente como meio de fornecimento de matéria prima, mas agora por ela ele mesmo, como condição de manutenção da vida humana.

Essa nova visão, relativamente recente, ao ganhar mais importância e formar alguma homogeneidade de opinião em relação ao seu núcleo duro (preservação da natureza, das espécies animais, manutenção da qualidade da água), provocou uma alteração nos dispositivos legais com vista a assegurá-lo. Se está diante de uma primeira alteração ideológica, a qual

¹⁹⁷ ATAÍDE Jr. Vicente de Paula. Processo Civil Pragmático. Tese (Doutorado em Direito). p. 109.

¹⁹⁸ Tradução livre do autor: todo homem, e aí também o juiz, é levado fatalmente a dar um significado e alcance universais, ainda que não transcendental, para a ordem de valores impressa em sua consciência individual e, assim, é levado a ler esta ordem, é só sua, também nas *iuris regulae praeformatae*, o que certamente não foram e não serão postas por ele. CAPELETTI. Mauro. Processo, ideologias, sociedad. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974. p. 28.

elevou o bem ambiental de mero objeto de exploração humana a bem que deve ser resguardado, minimizando a visão antropocentrista inicial.

A segunda fase de alteração ideológica, se dá no momento que em que o direito ao meio ambiente passa a compor o catalogo de direitos fundamentais. Indubitavelmente aumenta a sua importância para o ordenamento jurídico, demonstrando o aumento de importância das questões relacionadas ao meio ambiente para a sociedade civil. Vale destacar que o acréscimo tal aumento se deu junto à formação de um modelo de Estado democrático de direito, o qual possui, como um dos valores fundamentais, o princípio da solidariedade.

Parece razoável afirmar que esta alteração ideológica promoveu uma alteração paradigmática do direito processual civil. A insuficiência de seus instrumentos tornou-se latente e surgiram mecanismos mais apropriados para a defesa dos interesses difusos, dentre eles a proteção ao meio ambiente.

Vê-se nesse processo de aumento da importância da questão ambiental uma alteração da ideologia privatista dominante no processo, inclusive com a relativização de alguns institutos tidos como sagrados, tal como a propriedade, que não é mais tida como absoluta, necessitando cumprir uma função social. Logicamente, isto influencia a concepção prévia que se tem sobre o meio ambiente. Este é o grande mérito da constitucionalização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: há uma naturalização de sua instituição, devendo ser cada vez mais observado.

A alteração da compreensão prévia do direito fundamental ao meio ambiente e sua necessária observação, em relação ao sistema jurídico, estabelece parâmetros interpretativos diversos, florescendo uma nova hermenêutica a qual visa a concretização do aludido direito.

No âmbito do processo civil, o maior entrave para sua concretização ainda se traduz pelo apego à tradição racionalista, impedindo, por vezes, a eficácia das medidas judiciais destinadas a esse fim. Observa-se uma alteração consistente e insistente nessa direção, mas ainda há muito o que se fazer, especialmente no que se refere ao aumento e garantia do acesso à justiça e à instituição de um modelo de processo coletivo eficiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema certamente é empolgante em suas diversas faces. A abordagem dada buscou a demonstração da necessidade de uma alteração da concepção do meio ambiente como requisito indispensável para a concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual, nesse interim, tem dupla função: ao mesmo tempo em que propicia uma nova abordagem do tema, dada a importância de sua constitucionalização, necessita que essa abordagem propiciada dê frutos, consubstanciados nos exemplos práticos de sua observância.

Destaca-se, ao lado da constitucionalização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o advento da doutrina neoconstitucionalista, que deu nova dimensão às regras e princípios insculpidos na Constituição, levando as decisões judiciais e a produção legal considerá-los cada vez mais. Também se destaca o amadurecimento da discussão sobre a temática ambiental, que levou ao debate sobre uma nova forma de o homem se colocar em relação ao meio ambiente, propiciando o aprofundamento dos assuntos ligados à ética ambiental, da qual surge, por sua vez, o questionamento sobre a racionalização da utilização dos recursos ambientais como meio para a sobrevivência da própria espécie humana.

A visão antropocêntrica levou a uma crise em termos de preservação dos recursos ambientais, tendo em vista a intensa exploração da natureza. A sua mitigação foi essencial para a construção de um novo paradigma interpretativo, através da alimentação do interprete de conceitos voltados a preservação dos recursos naturais.

Não se pode negar que um longo caminho foi percorrido, porém é mais longo o caminho a percorrer. Especialmente no que tange ao direito processual civil, uma mudança de mentalidade dos agentes processuais informados por uma ética ambiental e tendo menos vago o conceito de sustentabilidade, é essencial para a efetividade da proteção ambiental através de seus instrumentos.

A mitigação do ideário liberal individualista precede a abertura verificada em relação ao entendimento daqueles que podem postular. Neste sentido, o advento de uma doutrina mais substancial sobre os direitos difusos seria de extrema utilidade, ao passo que remodelaria a concepção de acesso à justiça.

A superação da dicotomia público/privado, tão presente no direito processual civil, vem sendo superada no momento em que mais pessoas ganham legitimidade para postular

perante o judiciário, especialmente com relação aos direitos de natureza coletiva, impulsionados pela doutrina processual constitucional e a implantação de meios de defesa eficazes.

Obviamente, a discussão sobre a aplicação dos instrumentos é, por sua vez, precedida por aquela relacionada à compreensão dos mesmos. A defesa de uma hermenêutica ambiental, por mais ambiciosa que seja, colabora com a consolidação de determinados conceitos e demarcação de um território específico da interpretação legal. Ao se nortear por um princípio vertical, como o da solidariedade, ajuda a estabelecer um novo padrão de pensamento, o qual, por sua vez, alimenta a pré-compreensão do intérprete da norma ambiental, de maneira possivelmente mais favorável a sua consecução do que seria aquela dada pela ideologia privatista própria do direito civil.

Uma visão de processo que se preocupe com a efetividade da tutela e cujos agentes tenham, previamente, uma compreensão da necessidade prioritária de proteção ao meio ambiente, faria com que se desse um salto em termos de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Porém isto não ocorrerá somente pelo direito. E nem pelo direito, se não forem considerados outros fatores, como aqueles dados pelas variáveis econômicas, sociais e científicas, as quais fazem com a realidade tratada mude constantemente. Esse fato, se esquecido, torna inócua a disciplina legal de proteção do bem ambiental, porque a eficiência da lei decorre, em muito, da interiorização do seu mandamento pelo agente. Uma prescrição desarrazoada perante a realidade está fadada a ineficácia.

O direito processual, com sua natureza prescritiva, ao mesmo tempo que apresenta dificuldade em mudar devido a reiteração de atos e preservação de dogmas dados pela sua natureza privatista, também demonstra facilidade de consolidação de uma eventual mudança, e pelos mesmos motivos. Se seus preceitos foram aplicados pelo operador jurídico - influenciado pela existência do parâmetro constitucional de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - logo a prática se consolidará, porque reiterada.

Resta estabelecido um círculo virtuoso, no qual a formação da consciência ambiental leva a tomada de decisões benéficas ao meio ambiente, que levam ao aumento da consciência ambiental. O impulso foi dado, cabe a todos manter a rotação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Traduzido por Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.
- ATAÍDE Jr. Vicente de Paula. *Processo Civil Pragmático*. Tese (Doutorado em Direito) – UFPR, Curitiba, 2013.
- _____. *O novo juiz e administração da justiça: repensando a seleção, a formação e a avaliação dos magistrados no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Nº 17. Salvador, março de 2009.
- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.
- BARACHO Jr, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a Construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição - fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 1999.
- _____. *Temas de direito constitucional*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica e meio ambiente: uma proposta de Hermenêutica Jurídica Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011 (formato E-Pub).
- _____, KRELL, Andreas Joachim. *Os princípios da ponderação e da proporcionalidade: instrumentos para solucionar conflitos normativos que envolvem o direito fundamental a um meio ambiente sadio*. Anais do CONPEDI São Paulo, realizado em novembro de 2009.
- BERNARDES, Márcio de Souza, *O desenvolvimento sustentável como princípio constitucional: a conjugação entre desenvolvimento e meio ambiente no estado democrático de direito*. Dissertação (Mestrado em Direito) - UNISC. Santa Cruz do Sul, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BOUDON, Raymond. *A ideologia ou a origem das ideias recebidas*. São Paulo: Editora Ática, 1989.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____, LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed. 2011.

CAPELETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

_____, GARTH Bryan. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CAPRA, Fritjof. *Teia da vida: uma nova concepção científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1984.

CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CARLIN, Volnei Ivo (Org.). *Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. Campinas, Millenium, 2009.

CARNEIRO, Marcelo Carbone e GENTIL, Hélio Salles (organizadores). *Filosofia Francesa Contemporânea*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003.

DAIBERT, Arlindo (org.). *Direito Ambiental Comparado*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. volume 1. São Paulo: Malheiros, 2001.

DUARTE, Marise Costa de Souza. *Meio ambiente sadio: direito fundamental em crise*. 1º Ed. Curitiba: Juruá, 2007.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *A refundação do direito processual civil e os três desafios à dogmática processual: a tutela preventiva, a tutela coletiva e a virtualização do Judiciário*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 203, jan. 2012

_____, CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes. *O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo*. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, janeiro/junho 2011.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais E Proteção Do Meio Ambiente*. Livraria do Advogado, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

GOMES, Carla Amada. *Direito ambiental: o ambiente como objecto e os objetos do direito do ambiente*. Curitiba: Juruá, 2010.

GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999

ISAÍÁ, Cristiano Becker. *Processo Civil e Hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual pela sentença (democrática) liminar de mérito*. Curitiba: Juruá, 2012.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: contraponto, PUC rio, 2006.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia. Entre a faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução de Antônio Correia. Coimbra: Coimbra, 1987.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Petrópolis: Vozes, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Teoria Geral do Direito Ambiental*. São Paulo: RT, 2010.

LUNELLI, Carlos Alberto. *Por um novo paradigma processual nas ações destinadas a proteção do bem ambiental: a contribuição do Contempt of Court*, in Estado Meio Ambiente e Jurisdição org. Carlos Alberto Lunelli e Jeferson Marin. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

_____. *A superação do paradigma racionalista e a possibilidade de inclusão do comando mandamental na sentença condenatória*. Tese (Doutorado em Direito) – Unisinos, São Leopoldo, 2001.

_____, MARIN, Jeferson Dytz. *O Paradigma Racionalista: Lógica, Certeza e o Direito Processual*. In: Jeferson Dytz Marin. (Org.). *Jurisdição e Processo III*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____, MARIN, Jeferson Dytz. *Educação e Cidadania na Ciência Jurídica: Os contributos da teoria da complexidade para alfabetização ecológica*. In: Carlos Alberto Lunelli. (Org.). *Direito, Ambiente e Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2010.

MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1986.

MARCON, Fernanda. *A construção discursiva dos Direitos Fundamentais: Uma análise a partir da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

MARIN, Jeferson Dytz . *A necessidade de superação da standardização do processo e a coisa julgada nas ações coletivas de tutela ambiental*. In: Carlos Alberto Lunelli; Jeferson Dytz Marin. (Org.). *Estado, Meio Ambiente e Jurisdição*. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

_____; MARIN, Karen Iirena Dytz . *Sustentabilidade na Pós-Modernidade: a busca do espaço e do crescimento num meio ambiente equilibrado*. In: André Karam Trindade; Angela Araújo da Silveira Espindola. (Org.). *Revista Direitos Fundamentais e Espaço Público*. Passo Fundo - RS: IMED, 2011.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública (Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – USP, São Paulo, 2005.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NERY Jr. Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

_____. *Responsabilidade Civil e Meio Ambiente*, p. 3 In: <http://www.jurinforma.com.br/artigos/0290.htm>. Acesso em 20.07.2012.

NUNES Júnior, Amandino Teixeira. *O Estado Ambiental de Direito*. *Revista de Informação Legislativa*. Distrito Federal: Senado Federal, p. 295-307, a. 41, n. 163, jul./set. 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

OST, François. *A Natureza a Margem da Lei: A Ecologia À Prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Democracia, participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense; 1973.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e Ideologias*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MARIN, Jéferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. *Ação condenatória, pretensão material e a efetividade do processo: as matrizes racionalistas do direito processual sob interrogação*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 175, set. 2009.

SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais*. Revista do TCE/MG. P. 17/18. Jul/set de 1996

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SERRES, Michel. *O Contrato Natural*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1991.

SILVA, Jaqueline Mielke. *O Direito Processual Civil como instrumento de realização de Direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

_____. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. (Org.) . *Princípios de Direito Ambiental: Articulações Teóricas e Aplicações Práticas*. Caxias do Sul: EDUCS, 2013.

_____. (Org.) . *Princípios do Direito Ambiental: atualidades*. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

SCHIMIDT, Lawrence. *Hermenêutica*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2013.

SOUZA, Carlos Aurelio Mota. *Poderes éticos do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

SOUZA, Paulo Roberto Ferreira. *A tutela Jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia*. Disponível em <http://www.jurinforma.com.br/artigos/0233.htm>. Acesso em 20.08.2012.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STEINMETZ, Wilson; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação*. Caxias do Sul: Educs, 2011.

_____. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. São Leopoldo, jan.-jun 2009.

VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*. São Paulo. Bushatsky, 1976.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. São Paulo: Alfa ômega, 1994.

_____. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madri: Trotta, 1995.