

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO**

ÂNGELO BONALUME

**DA OPERACIONALIDADE DA APLICAÇÃO JUDICIAL
DOS PRINCÍPIOS, CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS E
CLÁUSULAS-GERAIS NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO**

CAXIAS DO SUL

2012

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO

ÂNGELO BONALUME

DA OPERACIONALIDADE DA APLICAÇÃO JUDICIAL
DOS PRINCÍPIOS, CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS E
CLÁUSULAS-GERAIS NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade de Caxias do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Ambiental e Sociedade na Linha de Pesquisa Direito Ambiental e Novos Direitos.

Orientador: Pós-Dr. Leonel Severo Rocha

CAXIAS DO SUL

2012



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
**"Da Operacionalidade da Aplicação Judicial dos Princípios, Conceitos
Legais Indeterminados e Cláusulas-Generais no Direito Ambiental
Brasileiro."**

Ângelo Bonalume

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, Trabalho e Desenvolvimento.

Caxias do Sul, 10 de maio de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Sérgio Augustin (Orientador)
Universidade de Caxias do Sul

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

Prof. Dr. Adir Ubaldino Rech
Universidade de Caxias do Sul

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

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
Biblioteca Central



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.uces.br

Entidade Mantenedora: Fundação Universidade de Caxias do Sul – CNPJ 88 648 761/0001-03 – CGTE 029/0089530

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

B697d Bonalume, Ângelo

Da operacionalidade da aplicação judicial dos princípios,
conceitos legais indeterminados e cláusulas-gerais no direito
ambiental brasileiro / Ângelo Bonalume. – 2012.

87 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul,
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012.

“Orientação: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha”

1. Direito ambiental – Técnicas jurídicas. 2. Direito ambiental.
3. Meio ambiente – Medidas legislativas. 4. Norma jurídica.
5. Hermenêutica. I. Título.

CDU 2.ed.: 349.6.06

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito ambiental - Técnicas jurídicas	349.6.06
2. Direito ambiental	349.6
3. Meio ambiente – Medidas legislativas	502.14
4. Norma jurídica	340.13
5. Hermenêutica	340.132

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

Dedico esta dissertação aos meus pais Vanda e Ambrósio, ao meu mano Gustavo e, à Nicole, pelo constante apoio e incentivo.

Agradeço ao professor Doutor Leonel Severo Rocha, orientador deste trabalho, pela dedicação e paciência, aos demais professores do mestrado da Universidade de Caxias do Sul, pelos ensinamentos e aos colegas de Curso pela prova de amizade e coleguismo.

“O que resta para os intelectuais é interpretar tais significados em benefício daqueles que não são da comunidade que está por trás dos significados; mediar a comunicação entre “províncias finitas” ou “comunidades de significado”.”

Zigmunt Bauman

RESUMO

O advento do Estado Democrático de Direito Ambiental exigiu a positivação de um novo direito desformalizado, isto pode ser constatado em face da proliferação de conceitos legais indeterminados, cláusulas gerais e princípios gerais de direito nas compilações legais que tratam da questão ambiental, em especial a Constituição Federal, em seu Art. 225, verdadeira cláusula geral. Neste trabalho será analisada a substituição do modelo de aplicação silogística das normas, por um modo de caráter tópico-material-concretizante, no qual o valor que surge como norte da atividade jurisdicional passa a ser a equidade em lugar do valor sacralizado da segurança jurídica. Tal mudança de senso comum teórico tem como consequência o surgimento de um Poder Judiciário mais ativista, que através da abertura da textura da legislação, bem como do sistema jurídico, tem o dever de concretizar as normas jurídicas de direito ambiental através da chamada judicialização das políticas ambientais. Somente aliadas à conscientização ambiental da sociedade, tais mudanças de ordem teórica e prática serão possíveis, porque as decisões do Poder Judiciário são reflexos das decisões da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: técnica legislativa, princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, hermenêutica tópico-material-concretizante, judicialização da política, consciência ambiental da sociedade.

ABSTRACT

The advent of Democratic State of Environmental Law demanded positivization of a new right desformalized, this can be seen in the face of the proliferation of indeterminate legal concepts, general clause and general principles of law in legal compilations dealing with environmental issues, especially the Federal Constitution, in its article 225, true general clause. This paper will analyze there placement of the application model of syllogistic rules by way of a character topic-material-concrete, in which the value comes as the north of the judicial activity, becomes the place of the equity value of legal certainty sacralized. This change common sense theory has as consequence the emergence of a more activist judiciary that by opening the texture of the legislation and the legal system, has a duty to implement the legal framework of environmental law by calling judicialization of politics environment. Only together with the environmental conscientization of society, such changes will be theoretical and practical as possible, because the decisions of the judiciary are reflections of society's decisions.

KEYWORDS: legislative technique, principles, general clauses, indeterminate legal concepts, hermeneutic topic-material-concrete, judicialization of politics, environmental awareness of society.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DA OPERACIONABILIDADE DA APLICAÇÃO JUDICIAL DOS PRINCÍPIOS, CONCEITOS LEGAIS INTETERMINADOS E CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO AMBIENTAL	12
1.1 A aplicação judicial das ferramentas legislativas contemporâneas	13
1.2 A inépcia do raciocínio axiomático-dedutivo (silogístico) para a concretização das ferramentas legislativas contemporâneas	15
1.3 A Tópica Jurídica com processo adequado para a concretização das ferramentas legislativas contemporâneas	21
1.3.1 Análise comparativa das correntes formalistas (axiomático-dedutiva), e Tópica – retórica para a aplicação do Direito	25
1.4 Técnica legislativa casuística – de cunho analítico-formalista (normativista)	28
1.5 Técnica legislativa contemporânea – de cunho pragmático-substancialista (não-casuística)	30
2 A TÉCNICA LEGISLATIVA ADOTADA PELA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA E O PAPEL DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL NA SUA CONCRETIZAÇÃO	33
2.1 Espécies de ferramentas normativas forjadas através da nova técnica legislativa contemporânea	33
2.1.1 Princípios gerais de Direito	35
2.1.2 Conceitos legais indeterminados	40
2.1.3 Cláusulas gerais	42
2.2 Vantagens e desvantagens da adoção da técnica legislativa contemporânea pelo Direito Ambiental Brasileiro	44
2.3 Estado Democrático de Direito Ambiental e concretização da Legislação Ambiental Brasileira	47

3 PODER JUDICIÁRIO E A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS DE DIREITO AMBIENTAL: O ART. 225 DA CF/88 COMO PARÂMETRO TÓPICO PARA A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DA CONSCIENTIZAÇÃO AMBIENTAL DA SOCIEDADE	53
3.1 Efetividade das normas de Direito ambiental constitucional e o senso comum teórico dos juristas	58
3.2 O Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito Ambiental – A Judicialização das Políticas Ambientais	65
3.3 A conjuntura atual, novo papel do Poder Judiciário e conscientização ambiental da sociedade	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

INTRODUÇÃO

Nesta dissertação será analisada a substituição do modelo de aplicação silogística das normas, por um modo de caráter tópico-material-concretizante, no qual o valor que surge como norte da atividade jurisdicional passa a ser a equidade em lugar do valor sacralizado da segurança jurídica.

O primeiro capítulo tratará da operacionabilidade da aplicação judicial dos princípios, conceitos legais inteterminados e cláusulas gerais no direito ambiental. Inicia-se pela análise da aplicação judicial das ferramentas legislativas contemporâneas; verifica-se a inépcia do raciocínio axiomático-dedutivo (silogístico) para a concretização das ferramentas legislativas contemporâneas; a tópica jurídica com processo adequado para a concretização das ferramentas legislativas contemporâneas. Uma análise comparativa das correntes formalistas (axiomático-dedutiva), e tópica – retórica para a aplicação do direito; a técnica legislativa casuística – de cunho analítico-formalista (normativista) e a técnica legislativa contemporânea – de cunho pragmático-substancialista (não-casuística).

A técnica legislativa adotada pela legislação ambiental brasileira e o papel do estado de direito ambiental na sua concretização, serão abordados no segundo capítulo. Analisa-se as espécies de ferramentas normativas forjadas através da nova técnica legislativa contemporânea: princípios gerais de direito; conceitos legais indeterminados; cláusulas gerais. Vantagens e desvantagens da adoção da técnica legislativa contemporânea pelo Direito Ambiental Brasileiro, e, encerra-se o segundo capítulo com um estudo sobre o Estado Democrático de Direito Ambiental e a concretização da Legislação Ambiental Brasileira.

No terceiro capítulo, analisar-se-á o papel do Poder Judiciário na concretização das normas jurídicas de direito ambiental; o art. 225 da CF/88 como parâmetro tópico para a concretização da legislação ambiental materializada, através da chamada judicialização das políticas ambientais; a efetividade das normas de direito ambiental constitucional e o senso comum teórico dos juristas; a conjuntura atual, novo papel do poder judiciário e conscientização ambiental da sociedade.

1 DA OPERACIONABILIDADE DA APLICAÇÃO JUDICIAL DOS PRINCÍPIOS, CONCEITOS LEGAIS INETERMINADOS E CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO AMBIENTAL

Nas últimas décadas, os estudiosos e operadores do direito evidenciaram a ultrapassagem da técnica legislativa casuística como centro de gravidade da atividade legiferante do direito positivo moderno. Proclamou-se a conveniência da adoção de uma legislação por meio de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, afastando-se, assim, da técnica de regulamentação por *fattispecie*.

Tal fato mostrou-se inevitável, pois uma das principais características da sociedade contemporânea é a complexidade das relações sociais e também a transitoriedade dos fatos sociais que mudam constantemente, cada vez mais rapidamente.

A técnica casuística, que foi o modo de legislar predileto dos legisladores oitocentistas está em decadência, visto que as mesmas mostram-se ineptas para acompanhar as mudanças das relações sociais contemporâneas.

Hodiernamente, constatam-se em legislações recentes que tratam de Direito Ambiental, destacamos a Lei 6.938 de 1.981, conhecida como Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei dos Crimes Ambientais – Lei n.º 9.605/98, bem como no paradigmático art. 225 da Constituição Federal de 1988; o surgimento de uma nova técnica legislativa que prioriza o emprego de normas jurídicas cujas hipóteses legais são delineadas com termos propositadamente vagos e genéricos.

Em pleno século XXI não é mais admissível legislar-se apenas por normas de natureza casuística, formando, assim, uma espécie de sistema fechado.

A técnica legislativa contemporânea se faz por meio de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais que tornam o sistema jurídico móvel, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e do regramento do direito positivo, conferindo assim, uma maior discricionariedade ao aplicador da lei, que pode moldar os fatos sociais, extremamente complexos e em constante mutação, ao Direito.

Os juristas tradicionais não estão acostumados a lidar com estas novas ferramentas legais, uma vez que estão acostumados a enxergar o fenômeno jurídico com lentes axiomático-dedutivas, o que acarreta na inaplicabilidade das mesmas.

Através da aplicação silogística das normas jurídicas, as ferramentas legislativas contemporâneas correm o risco de tornarem-se verdadeiras “letras mortas” na legislação.

Com o recurso ao raciocínio tópico-retórico, podemos entender e aplicar de forma correta as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, pois estas ferramentas legais são sempre caracterizadas, como pontos de erupção de equidade, e conseqüentemente, do raciocínio tópico nas compilações legislativas.

A aplicação da equidade, ou seja, da tópica jurídica está sempre presente, implicitamente, no momento em que o jurista depara-se com os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais – tal como o termo *meio ambiente ecologicamente equilibrado* – e deve particularizar tais indeterminações e generalidades do conceito legal ao caso concreto particular (problema jurídico).

1.1 A aplicação judicial das ferramentas legislativas contemporâneas

Hodiernamente, compreende-se que aplicar a lei é concretizá-la; a moderna teoria hermenêutica concretista deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado Liberal¹.

Na vida do direito, a interpretação, pois, já não se volta para a vontade do legislador ou da lei, mas sim, se volta a vontade do intérprete, ou seja, o juiz. O juiz já não é mais a boca da lei, no dizer de Montesquieu, mas o criador do direito no caso concreto; houve um deslocamento interpretativo do legislador para o julgador.

1 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998, p.434.

Para a aplicação do direito já não são suficientes os parâmetros interpretativos antropomórficos da vontade do legislador ou animista da vontade da lei, mas impõem-se uma nova visão sistemática da aplicação do direito².

[...] o processo de transformação que marca o direito da sociedade pós-industrial, no sentido de uma jurisdição, isto é, crescente importância do juiz ou do direito jurisprudencial, e de uma racionalização do processo, no sentido de que a razão jurídica dá lugar à razão prática e o direito no processo de sua construção, pois o pensamento jurídico contemporâneo se vem caracterizando como um pensamento prático-jurisprudencial. Ao juiz é hoje reconhecido um largo poder de apreciação, que ele exerce ao analisar o sentido e o alcance da regra jurídica, a partir de uma pré-compreensão, no sentido que lhe dá a corrente hermenêutica. A interpretação não é só descoberta do significado de um texto, implica, também, a criatividade do interprete. E esse poder judicante encontra maior campo de realização nas chamadas cláusulas gerais³.

A utilização das novas ferramentas legislativas (princípios, conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais) exige o afastamento do raciocínio axiomático-dedutivo, que se traduz em uma espécie de sistema jurídico fechado, que supõe para aplicação de suas regras o raciocínio axiomático-dedutivo.

As consequências que daí resultam são desastrosas no campo do raciocínio, da metodologia, e, portanto, da aplicação das ferramentas legislativas contemporâneas. Caso utilizado o raciocínio axiomático-dedutivo para aplicação destas novas ferramentas legais, estarão as mesmas condenadas a permanecer emudecidas num inútil e eterno limbo⁴.

A inépcia do raciocínio axiomático-dedutivo para a concretização destas novas formas legislativas será analisada no próximo item (1.2), analisando-se subsequentemente a Tópica Jurídica como processo adequado para a correta aplicação das mesmas (1.3), realizando uma análise comparativa entre a tópica e o raciocínio lógico-dedutivo na aplicação do direito no item (1.3.1), para ao final do capítulo abordar em linhas gerais, as principais características das duas formas de

2 ISERHARD, Antônio Maria. **A idéia de sistema jurídico e o novo código civil: uma contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do direito**. Anuário do programa de pós-graduação em direito: UNISINOS, 2001, p.289.

3 AMARAL, Francisco. *A equidade no Código Civil brasileiro*. In ARRUDA, Alvim; CEZAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos controvertidos no novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 197/198.

4 MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado : sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 355.

redigir compilações legais; através de uma *técnica legislativa casuística* - formalista (1.4); ou de uma *técnica legislativa contemporânea* – substancialista (1.5).

1.2 A inépcia do raciocínio axiomático-dedutivo (silogístico) para a concretização das ferramentas legislativas contemporâneas

Este tipo de raciocínio jurídico foi forjado conjuntamente com a formação do Estado Liberal, mais precisamente na Revolução Francesa com a Escola da Exegese. Para esta escola hermenêutica, que tinha como função primordial criar uma teoria de aplicação jurídica para o Código de Napoleão, o sistema jurídico é um sistema fechado, ou seja, todo o Direito:

[...] está completo no Código, uma vez estabelecidos os fatos basta formular o silogismo judicial, cuja premissa maior deve ser formada pelas regras jurídicas incidentes, e a premissa menor pela comprovação de que foram cumpridas as condições ou pressupostos previstos na regra. Assim, a decisão sempre estará previamente formulada na lei. À doutrina cabe apenas elaborar uma dogmática que permita oferecer ao juiz um instrumental em que seja possível a visualização do conjunto das regras de onde retirar a premissa maior do silogismo judicial. A passividade do juiz frente à lei faz parte da regra do jogo, pois satisfaz a necessidade da segurança jurídica. A este sistema, como condição do que se compreendia por segurança jurídica, são fundamentais a completude e a coerência, isto é, a ausência de vagueza, lacunosidade e ambigüidade do sentido das regras jurídicas, de modo que aí não cabem nem conceitos cuja formulação semântica seja vaga e que exijam para a aplicação, a utilização de formas de heterointegração, entre elas as cláusulas gerais⁵. (grifo nosso)

Esta espécie de raciocínio jurídico – axiomático-dedutivo, ganhou muita força com o surgimento da chamada filosofia analítica, da qual surgiu a chamada *matriz analítica do direito*, que tem como maiores expoentes os autores Hans Kelsen e Norberto Bobbio.

Para o professor Leonel Severo Rocha⁶ existem três matrizes bases da teoria jurídica, a matriz teórica pragmático-hermenêutica, que tem como maiores representantes os autores Hart, Dworkin e Habermas, a matriz sistêmica, que tem

5 MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p.194-195.

6 ROCHA, Leonel Severo(Org). **Paradoxos da Auto-Observação. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea.** Curitiba: JM, 1987, p. 19.

como maior expoente Luhmann, e a matriz analítica a qual está associada à formulação de uma espécie de linguagem rigorosa para o direito, para que o labor hermenêutico fosse por quase completo anulado, dando ênfase na produção do efeito segurança na aplicação do direito.

Conforme Leonel Severo Rocha⁷:

A filosofia analítica (teoria geral do direito) possui um vasto leque de aplicações. O projeto de construção de uma linguagem rigorosa para a ciência foi adaptado para o direito, principalmente, por Hans Kelsen e Norberto Bobbio. Estes autores podem ser considerados neo-positivistas, pois postulam uma ciência do direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto direito. Trata-se de uma meta-teoria do direito, que, ao contrário, do positivismo legalista dominante na tradição jurídica (que confunde direito e lei), propõe uma ciência do direito como uma meta-linguagem distinta de seu objeto.

Tal linha teórica - matriz analítica identifica o sistema jurídico como um sistema fechado, pois dá ênfase exagerada ao ordenamento jurídico, aos seus aspectos internos, assim como fez Hans Kelsen⁸, ao construir um sistema auto-referente e fechado.

O grande risco do pensamento sistemático fechado é antepor a coerência do sistema jurídico, ideologicamente pressuposta à avaliação concreta das situações particularizadas. Isso ocorre quando se supõe que todas as respostas estão já previstas nas premissas dogmáticas do sistema, podendo ser alcançadas por meio da atividade mental da subsunção. A tópica, pelo contrário, reintroduz na metodologia jurídica questões de avaliação, (o raciocínio tópico será abordado no próximo item – 1.3)⁹.

A tradição do pensamento jurídico ocidental esta edificada sob os princípios da lógica formal. Nesta linha de pensamento as normas são abstrações da vida social, e a aplicação das normas jurídicas consiste em estabelecer as relações lógico-subsumtiva entre os conceitos contidos na norma e os fatos. Com efeito, as

7 ROCHA, Leonel Severo et all. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 16.

8 KEGEL, Patricia Luiza. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*, In.ROCHA, Leonel Severo(Org). **Paradoxos da Auto-Observação. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea**. Curitiba: JM, 1987, p. 64-65.

9 MARTINS-COSTA, op, cit., p. 364.

raízes desse logicismo se encontram no intelectualismo racionalista, que conduziu a jurisprudência ao positivismo legalista da escola da exegese.

A lógica formal subsuntiva e falsamente sistêmica não dá conta do fenômeno jurídico em toda sua complexidade e extensão, notadamente na concretização de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados¹⁰.

Sobre a inapacidade da matriz analítica com seu pretensão rigor formal e busca cega ao efeito segurança, de resolver os problemas da atual sociedade, extremamente complexa e volátil, escreve Leonel Severo Rocha¹¹:

[...] a analítica é uma matriz ainda bem centrada nos aspectos descritivos e estruturais do direito. Portanto, bem limitada politicamente, por uma noção de Estado ultrapassada, gerando também consequências teóricas graves, devido a sua incapacidade de pensar uma complexidade social mais ampla.

Sobre a relação existente entre o raciocínio axiomático-dedutivo e sua inépcia para a aplicação judicial das ferramentas legislativas contemporâneas, que se utilizam de uma linguagem natural na formulação de suas hipóteses legais, cabe consignar as observações feitas pela professora Claudia Rosane Roesler¹² em estudo seu feito sobre Viehweg:

[...] aspecto que Viehweg menciona é o uso da linguagem natural. Segundo a autor, “hoje está claramente estabelecido que a linguagem unifica uma pleora quase ilimitada de horizontes de entendimento, que variam continuamente. A linguagem apreende incessantemente novos pontos de vista inventivos, à maneira tópica”. Esta sua característica torna-a flexível e adaptável às cambiantes necessidades da convivência humana. Torna, contudo, os termos e conceitos pouco confiáveis do ponto de vista dedutivo.

Para uma melhor caracterização do raciocínio axiomático-dedutivo para aplicação do Direito exporemos os principais postulados característicos desta corrente de pensamento jurídico, usando-se dos ensinamentos do professor Luis Alberto Warat¹³:

Para a corrente formalista (axiomático-dedutiva) da aplicação do

10 PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 75.

11 ROCHA, 2005, op, cit., p.18.

12 ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p.158.

13 WARAT, Luis Alberto. **Mitos e Teorias na Interpretação da Lei**. Porto Alegre : Síntese, 1979, p. 49 a 51

direito: A única fonte do direito é a lei;

As normas positivas constituem um universo significativo auto-suficiente, do qual se pode inferir por atos de derivação racional, soluções para todos os tipos de conflitos normativos;

O ato de interpretação é um ato de conhecimento e não de vontade, uma atividade mecânica através da qual o juiz, mediante a aplicação das regras de cálculo lógico, obtém certas conclusões logicamente deriváveis das premissas normativas;

O raciocínio jurídico responde às regras do silogismo demonstrativo;

Os códigos não deixam nenhum arbítrio ao interprete. Este não faz o direito porque já o encontra realizado;

As determinações metajurídicas não têm valor, devendo-se encontrar as soluções dentro do próprio sistema jurídico;

Os conflitos normativos são somente aparentes devendo o juiz mediante procedimentos lógico-dedutivos adequados supera-los, mostrando-nos em suas soluções a coerência profunda do ordenamento positivo;

A linguagem jurídica é formal e, portanto, precisa; possui um unívoco sentido dispositivo;

O juiz é neutro, imparcial;

Do ordenamento jurídico extrai-se uma certeza total sobre as condutas proibidas e permitidas. O homem comum não pode ter dúvidas nem temores em relação a ser sancionado por uma conduta permitida pelo ordenamento jurídico;

As normas jurídicas são esquemas conceituais abstratos e inflexíveis, ficando descartado como irrelevante tudo aquilo que as mesmas não prescrevem;

As normas sempre determinam com precisão, porque elas não podem permitir e proibir simultaneamente uma mesma conduta, sob pena de violar o princípio normativo da não contradição;

O direito é um modelo axiomático, um sistema completo, dotado de plenitude hermética, do qual se pode extrair conclusões para todas as hipóteses;

A ciência jurídica deve estudar, sem formular juízos valorativos o direito positivo vigente. A atitude científica dos juristas baseia-se na aceitação sem questionamento do direito positivo vigente;

O conhecimento do direito é um saber desvinculado de toda preocupação sociológica, axiológica, econômica, política ou antropológica. As teorias jurídicas produzem um conhecimento ideologicamente neutro;

Desqualifica-se a possibilidade de que nos atos decisórios vinculados à produção jurídica existam componentes irracionais ou compromissos ideológicos;

Assim, conclui-se, pelas razões aludidas acima, que o senso comum teórico dos juristas tradicionais criou o mito da auto-suficiência e da plenitude lógica do sistema jurídico, bem como, somente compreende a aplicação das normas jurídicas como uma operação exclusivamente do tipo lógico-subsumtivo¹⁴.

De acordo com os estudos de Claudia Rosane Roesler à respeito da tópica jurídica de Viehweg:

A expressão mais precisa de sistematização, de acordo com Viehweg, é obtida pelo uso do método axiomático. Com ele são ordenados, conforme a sua dependência lógica, de um lado os enunciados, de outro os conceitos de uma área qualquer. Viehweg examina exemplificativamente então como, a partir do método axiomático, poderia ser construído um sistema de um determinado direito civil. Somente quando tal tarefa estivesse integralmente cumprida e todos os demais ramos do direito pudessem ser também a ela submetidos, poder-se-ia falar em uma fundamentação lógica do direito positivo e do direito como sistema em sentido lógico¹⁵.

A ciência do direito, ao utilizar a lógica formal, esqueceu suas origens retóricas e ligadas à vida prática, este fato mostrou-se um equívoco, pois, os juristas ao trocarem a lógica do direito pela lógica formal, reduziram a tarefa do intérprete a uma simples operação de subsunção silogística semelhante, em seu rígido automatismo, as operações aritméticas¹⁶.

Ocorre que hodiernamente verifica-se um retorno do senso comum teórico dos juristas ao fato, à realidade vital concreta, ao pluralismo, às influências sociológicas, em suma, atualmente a aplicação do direito tem a necessidade de encontrar a solução justa para os casos em debate, repelindo toda e qualquer pretensão formalista.

É o que se nota neste julgado¹⁷:

14 MARTINS-COSTA, op. cit., p.30.

15 ROESLER, op.cit., p. 158.

16 PORTANOVA. op. cit., p. 95.

17 Idem, p. 96.

Von Ihering, um dos juristas mais objetivos de que se tem notícia, considerou, de uma feita, que seria desconhecer a própria essência do Direito, incorrendo-se, por isso mesmo, em grave equívoco, pretender-se que, em nome da lógica, se fizesse da jurisprudência a matemática do Direito. E complementava o ensejo: “A vida não deve ceder aos princípios, mas à vida”, explicitando, ainda, não caber, de modo algum, à simples lógica, mas à vida e aos sentimentos jurídicos, a determinação do que efetivamente devesse ser. (Apelação Cível n° 1.90.155.069. Câmara de Férias, Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Voto vencido do Juiz Antonio Carlos Stangler Pereira).

Ultrapassando o raciocínio axiomático-dedutivo (silogístico), vemos atualmente surgir no senso comum teórico dos juristas uma espécie de nova racionalidade jurídica, um novo *logos*, mais adequado à realidade do Direito sob as seguintes denominações: lógica do razoável, lógica material, teoria da argumentação, lógica jurídica concreta, entre outras¹⁸.

Apesar das inúmeras denominações acima elencadas, que no fundo representam uma mesma corrente ideológica, para o melhor desenvolvimento da pesquisa, adotamos a chamada corrente tópica-retórica, corrente de pensamento essa, que tem como destaque o autor Theodor Viehweg que com seu livro *Tópica e Jurisprudência*, escrito em 1952, investiga os fundamentos da ciência do Direito sob nova perspectiva.

O método tópico-retórico vincula-se a um expressivo pensamento jurídico surgido na Alemanha por volta dos anos 50 deste século. Trata-se de uma proposta que pretende revitalizar a dogmática jurídica, devolvendo-lhe sua dimensão jusnaturalista. Este ponto de vista teórico fundamenta-se no trabalho de Theodor Viehweg. Seus estudos procuram mostrar as íntimas conexões existentes entre o pensamento argumentativo, a dogmática jurídica e os processos de interpretação da lei. A dogmática jurídica, suporte dos processos interpretativos, é uma teoria de pensamentos por problemas, que recorre a um estilo retórico (apoiado na Tópica), distinto do pensamento dedutivo-sistemático¹⁹.

No próximo item (1.3) será analisado o papel da tópica jurídica na concretização das novas ferramentas legislativas, para no item seguinte (1.3.1)

18 PORTANOVA. op. cit., p. 97.

19 ROCHA, Leonel Severo, WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.p. 93-94.

estabelecer uma comparação entre as correntes formalistas (axiomática – dedutiva), e a corrente tópica – retórica, na aplicação do Direito atual.

1.3 A Tópica Jurídica com processo adequado para a concretização das ferramentas legislativas contemporâneas

O juiz e o operador do Direito em geral, ao manusearem cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados e princípios gerais de direito, inevitavelmente estarão utilizando-se do raciocínio tópico para a concreção destes modelos legislativos contemporâneos.

O reconhecimento de que o Direito é vocacionado à resolução de problemas concretos levou a que, em obra do início dos anos cinquenta - *Tópica e Jurisprudência*, seu autor, Theodor Viehweg, propusesse que determinadas questões devem ser necessariamente levadas em conta quando se examina o conceito de sistema aberto e os modos de raciocínio que lhe são pertinentes.

Trata-se das questões atinentes ao raciocínio tópico, o qual mostra-se sendo como o meio de pensamento jurídico mais apto para a devida concretização das ferramentas legais contemporâneas²⁰.

Para uma melhor caracterização do nascimento da tópica jurídica, e de suas linhas mestras de raciocínio, transcrevemos este trecho:

Em 1953, após meses trancado em um Mosteiro arruinado pela 2ª Guerra Mundial, Theodor VIEHWEG brindou-nos com a clássica obra “Tópica e Jurisprudência”. A base filosófica da obra de VIEHWEG sustenta-se em VICO e no trecho do “Órganon”, no qual ARISTÓTELES traça a estrutura básica da argumentação tópica. A tópica, com resume o autor, é a técnica do pensamento problemático. A tópica amplia a dimensão política do pensamento jurídico, já que um dos seus pressupostos metodológicos é a legitimação do direito pela aceitação da premissa por parte do interlocutor. É através da utilização de argumentos típicos, denominados *topoi*, que se obtém uma solução jurídico-política para o problema.

Para o autor, a Jurisprudência deve se apresentar da seguinte forma:

- a) A estrutura do sistema jurídico deve se adequar ao problema;
- b) As partes integrantes da Jurisprudência devem se ligar ao problema e só podem ser atendidas a partir do problema.

20 MARTINS-COSTA, op, cit., p 356.

c) Qualquer implicação dos conceitos da Jurisprudência que se afaste do problema deve ser evitada. A tópica é, portanto, uma tentativa inicial de organizar as manifestações “livres” do Poder Judiciário, buscando uma sustentação política, através do argumento, da decisão judicial.²¹

A tópica Jurídica recorre a uma técnica de pensamentos por problemas nascidos no campo da retórica e distinta do pensamento axiomático-dedutivo vigente em outras ciências, tais como a matemática. Através da tópica desenvolveu-se uma teoria sobre as praticas dogmáticas e a atividade judicial. A tópica utiliza diretrizes retóricas (tópicos) que não são princípios lógicos, mas lugares comuns revelados pela experiência, aptos a resolverem problemas vinculados a círculos problemáticos concretos²².

As ferramentas legislativas contemporâneas – cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, de acordo com o pensamento tópico, seriam sempre caracterizados como *topoi*, ou seja, como pontos de partida de uma argumentação jurídica.

Ao utilizar-se da tópica jurídica, os aplicadores do Direito estão operando com bases retóricas o pensamento jurídico, ou seja, raciocinar no campo do direito, interpretar as normas, para esta escola, não é mais do que operar com as diretrizes retóricas.

Para que seja possível a aplicação tópica das normas jurídicas, estas necessitam serem dotadas de certa vagueza semântica, tais como são caracterizadas as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados.

Tal constatação é corroborada pelo pensamento de juristas contemporâneos, como podemos notar neste trecho:

Segundo Viehweg a interpretação do direito positivo só é possível recorrendo a métodos que restrinjam e flexibilizem as normas que integram o ordenamento jurídico. Nesta perspectiva as operações tópicas permitiriam uma aproximação prudencial dos fatos ao direito e do direito aos fatos. Lembre-se, ainda, que a tópica pertence ao campo da lógica dialética. É que o raciocínio tópico produz uma conclusão, que tem como premissa, opiniões acreditadas ou verossímeis. Na conclusão, portanto, não se demonstra a verdade nela afirmada senão que seria que se cria um efeito de verdade, algo em que se pode acreditar com verdadeiro. Afinal, veja-se que através

21 ROESLER, op.cit., p. 161.

22 WARAT, op, cit., p. 86.

do tópico–retórico aflora o inequívoco caráter político-ideológico da atividade decisória²³.

Existem autores que adotam posições eminentemente críticas em relação à aplicabilidade do raciocínio tópico no direito, admitem sua aparição setorial, na integração de certas lacunas e no manuseio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, como uma espécie de complementação mútua entre o pensamento tópico e o axiomático-dedutivo, mas não acreditam que o raciocínio tópico possa dar conta da totalidade da compreensão do fenômeno jurídico, bem como da aplicabilidade de certas normas, tais como as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados.

Podemos citar com exemplo de autor que adota esta posição crítica em relação ao raciocínio tópico o estudioso alemão Claus Wilhem Canaris, e podemos notar seu ponto de vista pela transcrição deste trecho:

[...] embora, desta forma, a tópica não possa abarcar, com correição e no fundamento a estrutura da Ciência do Direito, há no entanto áreas nas quais ela tem uma função legítima a desempenhar. Elas surgem sobretudo onde faltem valorações legais bastantes e onde, por isso, não haja espaço para o pensamento sistemático. Nessas áreas, a tópica é, por um lado, um mero recurso e um primeiro passo para uma determinação sistemática, representado também, por outro, o único processo justificado. Este último caso verifica-se, sobretudo onde a própria lei remeta, em branco, para o “common sense” e deixe ao juiz a determinação das máximas da “actuacao correcta” e onde a lei requeira erupções da “tendência individualizadora” da justiça contrária ao sistema e, por isso, exija a orientação ao caso concreto – de acordo com a tópica. A oposição entre o pensamento sistemático e a tópica não é, assim, exclusivista. Ambas as formas de pensamento antes se completam mutuamente interpenetrando-se, até, em parte²⁴.

Na aplicação do direito se pensarmos somente em termos axiomáticos dedutivos, o raciocínio jurídico, frente aos novos problemas, tende a sua refutação, congelado que estaria nos petrificados esquemas da lógica-dedutiva e no pré-constituído aparato dogmático. Por esta razão, se afastando do raciocínio tópico, o progresso do direito dependeria exclusivamente da intervenção legislativa inovadora, a qual em regra, opera por via de rupturas sistemáticas.²⁵

23 Idem, p. 87.

24 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 288/289.

25 MARTINS-COSTA, op, cit., p. 358.

O uso racional das novas ferramentas legislativas criadas pela técnica contemporânea tem como principal atributo evitar o congelamento do direito que deve estar sempre se atualizando conforme os fatos sociais se modificam.

Para concluir a análise sobre a tópica, cabe consignar que em suma, esta corrente de pensamento recorre a uma técnica de raciocínio por problemas, conformado e explicável pela retórica, diferente do raciocínio axiomático-dedutivo, conformado e explicado pela lógica formal, do qual tratamos no item anterior.

E a respeito desta característica da corrente tópica ser uma espécie de pensamento por problemas, dizem os autores Luis Alberto Warat e Leonel Severo Rocha:

O problema a investigar permite mais de uma resposta e requer um entendimento preliminar. Por esta razão, a solução tópica de um problema jurídico pertence ao campo do dialético e não do apodítico, ou seja, não proporciona uma solução certa (evidente), mas apenas opinável (derivada do senso comum). Nesta perspectiva, uma decisão jurídica não pode nunca ser definitivamente justificada, ela é apenas definível.²⁶

O raciocínio tópico é um estilo de pensamento problemático, que mediante ajustes concretos e particulares, a partir de *topoi* procura resolver problemas. O *topoi* são diretrizes com valor cambiante segundo as determinações da prática. Raciocinar em direito ou aplicá-lo, é operar com estes princípios ao redor dos quais se ordena todo o particularismo das normas²⁷

Trata-se, assim, de um pensamento orientado e apto para a devida concretização das novas ferramentas legislativas que surgiram na contemporaneidade do direito, modelos legislativos estes que se plasmam nos princípios gerais de direito, cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.

Sobre as principais características do método tópico- problemático e a sua importância devido ao caráter aberto e indeterminados de certas normas constitucionais, tais quais as que tratam dos bens ambientais, escreveu Canotilho:

O método tópico-retórico, no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas: (1), caráter prático da interpretação constitucional, dado que, como toda interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) caráter aberto, fragmentário ou indeterminado da lei constitucional; (3) preferência pela discussão do

²⁶ ROCHA, Leonel Severo, WARAT, Luis Alberto, Op, Cit., p.94.

²⁷ PORTANOVA, op, cit., p. 97.

problema em virtude da “open texture” (abertura) das normas constitucionais que não permitem qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo.²⁸

No próximo item será realizada uma pequena análise comparativa entre as duas correntes de pensamento jurídico que influenciaram e ainda influenciam na devida concretização das cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados contidos na legislação hodierna, a saber, as correntes formalista (axiomático-dedutiva) e tópico - retórica de compreensão e aplicação do Direito.

1.3.1 Análise comparativa das correntes formalistas (axiomático-dedutiva), e Tópica – retórica para a aplicação do Direito.

Pelo que pode ser constatado nos itens anteriores, existem na contemporaneidade do estudo do direito duas principais correntes de compreensão do fenômeno jurídico.

Baseados nos ensinamentos de Luis Alberto Warat em seu livro *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei* faremos por ora, para completar nosso breve estudo sobre a aplicação das ferramentas legais contemporâneas, uma pequena análise entre as correntes formalistas (axiomático-dedutiva) e tópico – retórica para a aplicação do Direito, através de um quadro comparativo:

Em relação á:	Corrente formalista (axiomático-dedutiva)	Corrente tópica – retórica
A linguagem do direito positivo	Afirma ser uma linguagem lógico-formal, portanto unívoca e precisa. Utiliza-se da técnica legislativa casuística.	Afirma estar a linguagem do direito formulada em linguagem natural, portanto vaga e ambígua . utiliza-se da técnica legislativa contemporânea. Ex: Clausulas gerais e conceitos legais indeterminados.
As fontes do direito	A única fonte do direito é a lei.	Fontes são todos os motivos determinantes das decisões

28 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.195.

		judiciais.
Ao papel do juiz na aplicação do direito	Afirma que seu trabalho é mecânico, responde a um ato de conhecimento, ou seja, um silogismo aristotélico. Exige a figura do juiz neutro, que não cria o direito.	Seu trabalho seria concretista, respondendo a um ato de vontade, valorativo, ou seja, uma aplicação tópica do direito. Os juízes criam o direito.
Aos valores que devem prevalecer na aplicação do direito	Exaltam o valor da segurança jurídica.	Exaltam o valor da equidade, ou seja, da aplicação do valor justiça na resolução do caso concreto.
A ciência do direito	Estuda sem formular juízos de valor o direito positivo vigente para explicar sua sistemática.	Considera que só se pode construir uma ciência do direito a partir do estudo dos casos concretos (problemas jurídicos) e a partir do estudo dos argumentos dos órgãos judiciais com base em suas sentenças.
A estrutura lógica do raciocínio jurídico	Axiomático-dedutivo (silogístico)	Tópico – retórico (parte do caso concreto para a resolução do problema jurídico com base em <i>topoi</i>)
Sobre a natureza da prova	Mediante a prova alcança-se a verdade dos fatos	Não se alcança a verdade senão a verossimilhança dos fatos alegados.

Percebemos pelo cotejo, que o quadro comparativo permite, que as duas correntes de pensamento jurídico - axiomático-dedutiva e tópica-retórica, possuem idéias contrárias em relação à aplicação das normas jurídicas, bem como na compreensão do fenômeno jurídico como um todo.

Acreditamos que somente a corrente tópico-retórica de aplicação do direito pode dar conta do desafio hermenêutico de concretização das cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados e princípios gerais de direito.

O grande mérito da tópica jurídica foi o de romper com a idéia segundo a qual deve sempre ser necessariamente justo o resultado obtido de modo conforme – logicamente conforme – àquela totalidade cerrada e abstrata, qual seja o sistema axiomático-dedutivo. É preciso examinar, na prática do direito, em sua aplicação, a superação deste modelo.

Na aplicação das ferramentas legislativas contemporâneas, tais como as cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, o processo de pré compreensão do intérprete envolve uma estrutura tópica na medida em que há uma seleção – embora não, ou nem sempre, explícita – dos pontos de vista que desencadearão o rumo a ser tomado na resolução do caso concreto.

Esses pontos de vista, que são os topoi, não se ancoram na estrutura axiomática – dedutiva, nem constituem verdades aporéticas. Nesse sentido o pensamento tópico é um pensamento operativo, voltado para a concreção do direito, porque o aplicador renuncia a estabelecer um vínculo conceitual abstrato com um sistema fundado em critérios ordenativos “superiores” e “inferiores” ou com um sistema de enlaçamentos entre a *fattispecie* mais geral e a mais concreta.

O juiz, ao aplicar o direito desenvolve, mais propriamente, um pensamento pragmático, operando mediações entre as ralações de finalidade da norma e as suas diversas implicações, considerando a que se apresenta como a mais convincente.²⁹

29 MARTINS-COSTA, op, cit., p. 371.

1.4 Técnica legislativa casuística – de cunho analítico-formalista (normativista)

A técnica legislativa casuística foi o modo de legislar predileto e predominante durante o movimento codificatório do século XIX – que almejava a lei “*clara, uniforme e precisa*”, como pregava o iluminista Voltaire.³⁰

A principal característica deste modo de legislar é a legislação por meio de tipificação de condutas, também conhecida como regulação por *fattispecie*. Esta técnica é muito cara para o direito penal e tributário, os quais são regidos pelo princípio da legalidade estrita (tipicidade). O legislador fixa de modo mais possível completo, certos pressupostos fáticos – hipótese legal da norma; e indica também de forma precisa, as conseqüências jurídicas – estatuição; destes pressupostos fáticos, utilizando-se muitas vezes de listas exemplificativas ou taxativas na legislação, formando uma espécie de sistema fechado.

Tal método legislativo limita por demais a função hermenêutica do aplicador do direito, restringindo assim sua margem discricionária no momento de determinar o sentido e o alcance das normas que por ele devem ser aplicadas. Este preferencialmente aplicará o direito através do processo lógico-mental conhecido como subsunção.

Para uma melhor compreensão do método casuístico de legislar cabe consignar que:

A casuística, também dita "técnica da regulamentação por *fattispecie*" é, portanto, a técnica utilizada nos textos normativos marcados pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*. Em outras palavras, nas normas formuladas casuisticamente percebe-se que o legislador fixou, do modo completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normatizados³¹.

O método casuístico mostra-se inepto para atender as novas exigências da sociedade contemporânea. O Direito contemporâneo está em crise; atualmente a estrutura jurídica vem sofrendo as duras conseqüências de uma diacronia. A sociedade de hoje é uma sociedade principalmente caracterizada pelo

30 MARTINS-COSTA. **O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro**. RT 753, jul/1998, P. 27.

31 MARTINS-COSTA, op, cit., p. 29.

“risco”; onde a velocidade impera, e todas as formas de “segurança” estão sendo relativizadas.

Em um mundo onde a segurança – no sentido moderno do termo – já não existe mais, não há porque se ter receio dos riscos causados pelo “novo tempo” das sociedades pós-industriais, com seu direito desformalizado, que abandonou a quimera da chamada segurança jurídica, que nada mais é do que uma figura pertencente a uma mitologia jurídica ultrapassada, forjada a mais de dois séculos pelos positivistas do velho continente.

A pesada estrutura jurídica se vê na necessidade de acompanhar o novo tempo das sociedades contemporâneas, onde o tempo destas e do velho direito não entram mais em sincronia.

Para melhor entender este descompasso entre a técnica legislativa casuística e as exigências da sociedade contemporânea, concorda-se que:

Por esta razão, nossa época viu irromper na linguagem legislativa indicações de programas e de resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social (o que tem sido chamado de diretivas ou “normas-objetivo”), permeando-a também terminologias científicas, econômicas e sociais que, estranhas ao modo tradicional de legislar, são, contudo, adequadas ao tratamento dos problemas da idade contemporânea. Mais ainda, os códigos civis mais recentes e certas leis especiais, têm privilegiado a inserção de certos tipos de normas que fogem ao padrão tradicional, não mais enucleando-se na definição, o mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação punctual e pormenorizada de suas conseqüências. Pelo contrário, estes novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. Por vezes --- e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas --- o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.³²

Conclui-se que o modo casuístico de legislar foi superado, mas não de forma completa. A técnica casuística ainda encontra lugar em diversas disposições legais contemporâneas, que por exigências de ordem técnica e prática, devem

32 MARTINS-COSTA, op, cit. p. 27-28.

ainda permanecer sendo redigidas conforme este modo de legislar. O caráter de determinação ou tipicidade que caracteriza a casuística vem sendo apontado como um dos principais, senão o principal fator de rigidez – e por conseqüência de envelhecimento das legislações³³.

No próximo item será analisado o modo de legislar que se contrapõe à casuística – a técnica legislativa contemporânea de cunho pragmático-substancialista, que é formada substancialmente por *cláusulas gerais* e *conceitos legais indeterminados*.

1.5 Técnica legislativa contemporânea – de cunho pragmático-substancialista (não-casuística)

Em uma sociedade contemporânea como a nossa, em pleno século XXI, não se admite mais legislar-se por meio de *fattispecies*, ou seja, através de normas que definam precisamente certos pressupostos e indiquem também de forma precisa suas conseqüências, formando assim uma espécie de sistema fechado.

A técnica legislativa contemporânea se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo.³⁴

Os códigos oitocentistas, como sistemas rígidos e fechados, impermeáveis às modificações econômicas e sociais, não tem mais lugar na sociedade hodierna. É preciso que os novos códigos sejam um sistema que não seja fechado, que não seja aberto, mas que seja móvel, isto é, dotado de mobilidade tal a ensejar aperfeiçoamento por meio do exercício, da aplicação e da interpretação das cláusulas gerais [...]³⁵

33 Idem, p. 29.

34 NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual extravagante em vigor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 140.

35 Idem, p. 139.

Esta nova postura metodológica dos legisladores provocou o que alguns autores chamam de *crise da técnica legislativa*, a qual é tradicionalmente associada à superação do modelo legislativo cerrado, tipificado nos códigos e vinculado à sua pretensão de plenitude e exclusividade.

Entra em cena na contemporaneidade, a regulação por princípios, cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados; ou seja, a técnica legislativa contemporânea não-casuística.³⁶

O surgimento desta nova técnica legislativa também é associada por alguns autores com o advento do Estado do Bem-Estar Social nos limiares do século XX conforme expõe o sociólogo do direito Roberto Mangabeira Unger³⁷:

[...] as circunstâncias do Estado de Bem-Estar (Estado Social) influenciam a ordem jurídica da sociedade pós-liberal de várias formas. Mas dois tipos de influência imediata parecem-nos particularmente importantes: O primeiro tipo de efeito é a rápida expansão do uso de normas ilimitadas e de cláusulas gerais na legislação, administração e jurisdição. Por exemplo, os tribunais podem ser encarregados de fiscalizar contratos inescrupulosos, tornar sem efeito o enriquecimento ilícito, controlar a concentração econômica de modo a manter a competitividade dos mercados, ou determinar se um órgão do governo agiu no interesse público. Essas prescrições indeterminadas sempre existiram na lei, mas rapidamente ganham proeminência devido às transformações... o segundo impacto importante do Estado de Bem-Estar sobre o direito é a transição de estilos de raciocínio legais formalistas para estilos teleológicos ou prudenciais, da preocupação com a justiça formal para um interesse na justiça processual e substantiva.

Também ensina Mangabeira Unger que, as causas imediatas dos movimentos pós-liberais na direção do raciocínio jurídico teleológico e da justiça processual ou substantiva relacionam-se diretamente com a dinâmica interna do Estado de Bem-Estar. Estes movimentos surgem como formas de lidar com o poder concentrado na ordem privada ou de corrigir os defeitos de um sistema de regras formais.

À medida que o governo assume responsabilidades gerenciais, tem que operar em áreas nas quais a complexidade e a variabilidade dos fatores relevantes de decisão parecem demasiado grandes para admitir regras gerais; daí, o

36 MARTINS-COSTA, 2000, p. 32-33.

37 MANGABEIRA UNGER, Roberto. **O Direito na Sociedade Moderna, contribuição à crítica da Teoria Social**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1979, p. 204.

recurso a normas vagas. Estas normas devem ser concretizadas e individualizadas pelas pessoas encarregadas da sua execução administrativa ou judicial³⁸.

A modificação da técnica legislativa nas compilações legais contemporâneas – pela a inserção de cláusulas gerais, e pela utilização na redação das leis de termos dotados de ampla vagueza semântica – os conceitos legais indeterminados; bem como na adoção de “normas-objetivo” pelas Constituições hodiernas que implementam políticas públicas, alterou substancialmente o tipo de raciocínio hábil á aplicação do direito, exigindo a convivência do tradicional raciocínio lógico-subsumtivo, com a chamada concreção ou concretização das normas jurídicas; com o que se tem um método de raciocínio produtivo³⁹.

Por fim resta concluir que a técnica legislativa casuística com a qual os operadores jurídicos brasileiros estão acostumados a trabalhar está em decadência, em virtude da positivação de recentes estatutos legislativos tal como a Lei 6.938 de 1.981, conhecida como Política Nacional do Meio Ambiente; bem como na paradigmática cláusula constitucional prevista no art. 225 da CF/88, que adotaram uma nova técnica legislativa de cunho desformalizado.

Esta técnica legislativa contemporânea prioriza o uso de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, que conferem uma maior discricionariedade ao aplicador da lei, moldando os fatos sociais, extremamente complexos e em constante mutação, ao Direito.

Tais ferramentas normativas mostram-se sempre como sendo pontos de erupção de equidade, acarretando uma crise na jurisdição de legalidade, uma vez que os juízos de legalidade de cunho lógico-formal, reduzidos a um mero silogismo aristotélico mostram-se ineptos para a concretização desta nova forma legislativa.

No próximo capítulo será analisada a nova técnica legislativa adotada especificamente pela legislação ambiental brasileira, bem como com suas respectivas definições e as espécies de ferramentas forjadas pela técnica legislativa contemporânea, a saber: os *princípios gerais de direito*, os *conceitos legais indeterminados* e as *cláusulas gerais*. Para ao final do capítulo abordar a questão do surgimento de um Estado Democrático de Direito Ambiental e seu papel na concretização da Legislação Ambiental Brasileira.

38 MANGABEIRA UNGER, Roberto. op. cit., p. 206.

39 MARTINS-COSTA, 2000, p. 33.

2. A TÉCNICA LEGISLATIVA ADOTADA PELA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA E O PAPEL DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL NA SUA CONCRETIZAÇÃO

2.1 Espécies de ferramentas normativas forjadas através da nova técnica legislativa contemporânea

Podemos considerar como uma das principais características do direito moderno, a inclusão no corpo do seu sistema, de princípios gerais de direito, conceitos legais indeterminados, cláusulas gerais, ferramentas legais estas, que fazem parte de uma nova metodologia na arte de legislar; que é chamada por alguns autores de “técnica de legislar mediante cláusulas gerais”⁴⁰, por outros de “técnica abstractizante”⁴¹, mas por questões de ordem e coerência, apenas chamaremos de técnica legislativa contemporânea.

Para alguns autores, esta “desformalização” ou “materialização” do direito, esta mudança de metodologia na arte de legislar acompanha o surgimento de um novo paradigma jurídico, que Jurgüen Habermas⁴² chama de um “modelo social de direito”, como podemos ver neste trecho:

Um paradigma jurídico não consegue explicar o modo como os princípios do direito e os direitos fundamentais preenchem contextualmente as funções que lhe são atribuídas normativamente, a não ser que lance mão de um modelo de sociedade contemporânea. Um “modelo social do direito” (Wieacker) contém implicitamente uma teoria social do sistema jurídico; portanto, uma imagem que esse sistema constrói acerca de seu ambiente social. A partir daí, paradigma do direito esclarece o modo como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito devem ser entendidos e realizados no quadro de tal modelo. O direito formal burguês e o direito materializado do Estado Social constituem os dois

40 ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. De J. Batista Machado. 3.ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p. 188.

41 WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2 ed. Trad. A. M.: Botelho. Hespanha. Lisboa, Gulbenkian, 1967, p. 547.

42 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 241-242.

paradigmas jurídicos mais bem sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes.

Da mesma forma que esta nova técnica legislativa é associada ao advento de um Estado de perfil mais social e protetivo, alguns autores também associam o surgimento desta nova técnica legislativa com a abertura do sistema jurídico, em função das novas exigências sociais percebe-se que o legislador vem-se utilizando de técnicas legislativas que fogem do padrão tradicional com o objetivo de acompanhar melhor as transformações sociais, como observa Daniela Vasconcellos Gomes⁴³:

É a existência das diversas técnicas legislativas – regras, princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados – que permite a compreensão do direito como um sistema aberto. Se o modelo jurídico fosse formado apenas por normas precisas como as regras, estaríamos restritos a um sistema fechado – com uma disciplina legal exaustiva de todas as situações, alcançando a segurança, mas impedindo que novas situações fossem abarcadas pelo sistema. Por outro lado, a adoção somente de normas de maior amplitude seria impossível, pois diante de tal indeterminação, o sistema mostrar-se ia muito complexo e falível do ponto de vista da segurança jurídica. Diante da complexidade da vida contemporânea e da necessidade de constante atualização de preceitos, é que se apresenta o sistema formado por diversas espécies normativas, como a forma mais equilibrada na constituição de um sistema jurídico, para que seja possível acompanhar a constante evolução social.

Também alguns autores observam que o advento da técnica legislativa abstratizante que privilegia o uso de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios gerais de direito está ligado ao que convencionou-se denominar como “pós-positivismo”, ou “neo-constitucionalismo”.

Correntes teóricas estas, que, observando este advento de um novo direito desformalizado, o associam à uma espécie de virada principialista nas teorias jurídicas contemporâneas, criando uma série de expressões que visam expressar esta virada metodológica na técnica legislativa, como podemos ver no texto de Fábio de Oliveira⁴⁴:

43 GOMES, Daniela V. **Considerações acerca da concretização do direito diante da complexidade do sistema jurídico contemporâneo.** In: Revista de Direito Privado – vol. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.24.

44 OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios: O princípio Constitucional da Razoabilidade.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p.11.

Seja como for, o que mais interessa por ora é assinalar que são do pós-positivismo expressões como “Estado principialista” (BONAVIDES), “Hermenêutica de Princípios” (COELHO), “compreensão principial da constituição” (CANOTILHO), “principiologia jurídico-constitucional” (GUERRAFILHO), “dogmática principialista” (CLÉVE), “jurisprudência de princípios” (ENTERRÍA), e, “revolução principial” (ESPÍNDOLA). Preleciona Paulo Bonavides, as constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestais normativos sobre o qual assenta todo edifício jurídico dos novos sistemas jurídicos. A ciência do Direito passa por uma acentuada transformação onde institutos jurídicos são criados ou revisitados.

2.1.1 Princípios gerais de Direito

O conceito de principio geral de direito é polissêmico e polêmico, pesadamente carregado de historia⁴⁵. A diversidade das classificações da doutrina refletem justamente esta plurivocidade que o termo carrega. Apesar dessa ressalva, cabe consignar o que alguns autores entendem por principio geral de direito, para após, nos filarmos a uma conceituação apta ao desenvolvimento do objetivo desta pesquisa.

Para analisar o conceito de princípios gerais de direito, para uma melhor compreensão do termo, necessário se faz um levantamento da conceituação do termo fora do âmbito do saber jurídico, para após analisar as conceituações criadas no interior da ciência jurídica, que foram criadas por diferentes posturas metodológicas.

No dicionário de língua portuguesa de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, o termo princípio é definido da seguinte forma:

Princípio: [Do lat. *Principiu.*] S. m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem(...) 2. Causa Primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. Ext. Base; germe(...) 6. “filos”. Fonte ou causa de uma ação. 7. “filos”. Proposição que se põe no início de uma dedução, e

45 MARTINS-COSTA, op, cit., p. 316.

que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável [São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas, etc..]⁴⁶

Em estudo sobre o conceito de princípios constitucionais, Ruy Samuel Espíndola, fazendo uma análise sobre princípios jurídicos e constituição, cita conceituação de juristas estrangeiros. Percebe-se claramente que também na doutrina alienígena a conceituação de tal termo é tarefa árdua, senão vejamos:

Para o jurista Luis Diez-Picazo, “ a ideia de princípio deriva da linguagem da geometria, “ onde designa as verdades primeiras” (...). Exatamente por isso são princípios, ou seja, “porque estão ao princípio”, sendo” as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*. Nesta mesma linha de raciocínio, Clemente de Diego afirma que “ Princípio em general (*De primum capere o primum caput*), significa cierta idea de precedencia e procedencia, por lo que se dijo que era origen de alguna cosa o aquello de donde procedia”.⁴⁷

Mais adiante em seu estudo Ruy Samuel Espíndola⁴⁸ pondera que na ciência jurídica tem-se usado o termo princípio ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipos de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes, e conclui⁴⁹ que:

Essa polissemia não é benéfica neste campo do saber, em que a confusão de conceitos e idéias pode levar à frustração da práxis jurídica ou à sonegação, por uma prática equívoca, de direitos ou de situações protegíveis pelo sistema jurídico posto.

Para o mesmo autor.⁵⁰, ao se tratar de princípio, no campo específico das ciências humanas, particularmente no Direito, devemos distinguir claramente entre a norma e o texto que a contempla:

Deve-se distinguir claramente entre norma e o texto da norma; a norma do discurso sobre a norma; as categorias de normas que veiculam princípios. E mais: os princípios constantes nas normas

46 HOLANDA FERREIRA, Aurélio, B de. **Novo dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1393.

47 ESPÍNDOLA, Ruy S. **Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

48 Idem, p. 55.

49 Ibidem.

50 Idem, p. 56.

devem distinguir-se dos princípios próprios à interpretação das normas. E ao se realizar esse exercício de distinção, chega-se à conclusão de que a noção de princípio antes apontada é apenas o primeiro momento de uma indagação teórica tendente a dar conta dos grandes problemas que são colocados aos operadores do Direito, no momento de lidarem com os “princípios de direito”.

Em estudo sobre o controle das decisões judiciais, no caso de julgados que se utilizem de princípios gerais de direito e os “conceitos jurídicos vagos” - assim denominados pela autora; Teresa Arruda Alvin Wambier⁵¹ conceitua princípios gerais de direito assim:

Princípios são em nosso entender “normas fundantes”. Intuímos a existência de princípios examinando um ordenamento jurídico neles inspirados, principalmente porque nem sempre são expressamente formulados. Desempenham, portanto, além de outros papéis, o de regras interpretativas, já que se o ordenamento positivo, de certo modo, se cria e se estrutura a partir de princípios, a estes deve o intérprete recorrer quando extrai o sentido a regra positiva, para, com isso, dar coesão, unidade e imprimir harmonia ao sistema.

Ao diferenciar regras de princípios, em famosa obra, José Joaquim Gomes Canotilho⁵² afirma que:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível” fáctica ou jurídica.

Segundo Genaro Carrió⁵³,

[...] o conceito de “princípio jurídico” está vinculado, na linguagem corrente, a pelo menos sete focos de significação. Assim, com a idéia de “núcleo básico” ou “característica central” de algo; de “regra, guia, orientação ou indicação”; de “origem” ou “causa geradora”; com as noções de “finalidade, objetivo, propósito ou meta”; com as idéias de “premissa”, ou “axioma”, ou “verdade teórica postulada como evidente”; com o sentido de “verdade ética inquestionável”; e

51 WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de direito estrito e da ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.58-59.

52 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Ed. Almedina, 1998, p. 1239.

53 CARRIÓ apud MARTIS-COSTA, 2000, p. 316.

finalmente, com as idéias de “máxima, aforisma, provérbio ou peça de sabedoria prática que nos vem do passado e que traz consigo o valor da experiência acumulada e o prestígio da tradição.

Como se vê a polissemia que cerca o termo “princípio” acarreta grande confusão, e esta confusão se acentua quando analisamos as acepções do termo no idioma inglês, no qual se expressam autores de grande importância na teoria jurídica contemporânea, como Hart e Dworkin.

De acordo com o pensamento de Ronald Dworkin ⁵⁴:

[...] há distinção lógica entre as regras (*rules*) e os princípios, porque umas e outros obedecem a diferentes dimensões. “Ambos os conjuntos de *standards* apontam a decisões particulares referentes à obrigação jurídica em determinadas circunstâncias, diferindo, contudo, no caráter da orientação que dão. As regras são aplicáveis à maneira das disjuntivas”, enquanto os princípios, “nem sequer os que mais se assemelham as regras, estabelecem conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente, quando satisfeitas as condições previstas”. Por essa razão, afirma Dworkin, os princípios atuam numa dimensão estranha à dimensão das regras, que é a dimensão do peso ou da importância. O intérprete, ao aplicar a norma que consigna um princípio, deve ter em conta o seu *peso*, podendo um mesmo princípio ser ou não “aplicado” num determinado caso concreto, sem perder, contudo, a sua validade no sistema.

Apesar dos argumentos levantados pela respeitável doutrina acima exposta, nos filiamos na conceituação proposta por Claus-Wilhelm Canaris⁵⁵, para quem princípios gerais de direito são regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. Os princípios gerais de direito não se encontram positivados no sistema normativo. São regras estáticas que carecem de concreção. Têm como função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas.

Ou seja, princípios jurídicos são os pensamentos diretores de uma regulação jurídica existente ou possível, não constituindo por si mesmos regras suscetíveis de aplicação, embora possam transformar-se posteriormente em regras jurídicas, por via da interpretação⁵⁶.

54 DWORKIN apud MARTINS-COSTA, 2000, p. 318-319.

55 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 93.

56 MARTINS-COSTA, Judith. **As clausulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. RT 680, jun./1992, p. 49.

Quando se inclui determinado princípio geral de direito no ordenamento jurídico de um país, este deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como cláusula geral⁵⁷

Os princípios gerais de direito para nós sempre são extra-legais, assim, as diversas classificações que a doutrina tem empreendido nessa difícil problemática (princípios positivados e não-positivados), passam por caminhos mais tortuosos para chegar-se a solução parecida: o princípio positivado não é regra de interpretação, ou seja, tornam-se cláusulas gerais, e a respeito destas falaremos no item 2.1.3.

Para uma melhor caracterização dos princípios gerais de direito serão elencados agora alguns exemplos:

- todos são iguais perante a lei;
- ninguém deve ser punido por seus pensamentos (*cogitationis poenam nemo patitur*);
- diz-me o fato e te darei o direito (*narra mihi factum dabo tibi jus*);
- o princípio pelo qual ninguém é obrigado a citar os dispositivos legais nos quais ampara sua pretensão, pois se presume que o juiz os conheça;
- ninguém está obrigado ao impossível (*ad impossibilia nemo tenetur* ou *impossibilium, nulla obligatio est*).

No próximo item serão analisados os conceitos legais indeterminados, delineando as diferenças existente entre esta ferramenta normativa e as demais forjadas pela técnica legislativa contemporânea, a saber – princípios jurídicos e cláusulas gerais.

57 NERY JUNIOR, op, cit., p. 141.

2.1.2 Conceitos legais indeterminados

Se já foi tarefa árdua conceituar os princípios gerais, muito mais sutil será a definição desta ferramenta legislativa chamada conceitos legais indeterminados.

Para tal propósito, é necessário que se faça uma análise comparativa entre os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais, pois ambas as ferramentas normativas são enunciações abstratas feitas pela lei, que exigem valoração para que o juiz possa preencher seu conteúdo, o que pode causar confusão, pois tais modos de se legislar assemelham-se muito, mas não se confundem, diferenciando-se, contudo, uma da outra, pela finalidade e eficácia.

Bem mais complexo é o discrimine entre as cláusulas gerais e os chamados conceitos jurídicos indeterminados porquanto ambos, como bem assinalou Karl Engisch, pertencem ao plano dos conceitos de direito equitativo e não ao plano do direito estrito, contrapondo-se, pois, formal e metodologicamente, à casuística. Os conceitos indeterminados podem se reportar tanto a realidades valorativas quanto a realidades fáticas. Por sua vaguidade e ambigüidade são muitas vezes polissêmicos, daí permitindo razoável dose de liberdade por parte do aplicador da lei no momento de sua aplicação⁵⁸.

Nas últimas décadas assistiu-se um alargamento significativo de espaço nas compilações legais, de conceitos legais indeterminados no sistema jurídico brasileiro. Para um esclarecimento inicial cabe consignar que:

Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Em todo o caso devemos considerar como tais os conceitos numéricos [especialmente em combinação com os conceitos de medida e os valores monetários: 50 km, prazo de 24 horas, 100 marcos].⁵⁹

Para Daniela Vasconcellos Gomes⁶⁰ em estudo sobre o sistema jurídico contemporâneo, conceitos jurídicos indeterminados são:

58 MARTINS-COSTA, 2000, op. cit., p. 51.

59 ENGLISH, op. cit., p. 173.

60 GOMES, Daniela V. Op cit. p. 22.

Os conceitos jurídicos indeterminados também têm a característica de abranger uma maior quantidade de fatos e consequências jurídicas em suas proposições, vez que utilizam intencionalmente termos cujo sentido necessita de participação e valoração do magistrado no momento da aplicação do Direito para ser verdadeiramente determinado. São normas expressas por proposições que precisam de um preenchimento valorativo, o que acontecerá na avaliação do caso concreto, através de atos de valoração. Tais atos de valoração jurídica fazem dos aplicadores do Direito verdadeiros criadores do Direito – o legislador do caso concreto.

Para nós os conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre se relacionam com a hipótese de fato posta em causa.

Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Preenchido o conceito legal indeterminado, a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora. Distinguem-se das cláusulas gerais pela finalidade e eficácia. A lei enuncia o conceito indeterminado e dá as consequências dele advindas⁶¹.

Tanto nos conceitos legais indeterminados e nas cláusulas gerais haverá por parte do juiz uma atitude valorativa; em ambos os casos o legislador afastou-se da técnica legislativa casuística em sua redação.

Nos conceitos legais indeterminados, todavia, o grau de generalidade e abrangência da hipótese legal é bem menor do que nas cláusulas gerais, nestas a atitude de subsunção à hipótese legal que ainda subsiste na aplicação dos conceitos legais indeterminados, é substituída pela atividade de criação judicial.

No próximo item serão analisadas as cláusulas gerais, a qual se apresentam como sendo dentre todas as ferramentas legais estudadas, a que acarretou maiores mudanças tanto no sistema jurídico contemporâneo, como na forma de aplicação judicial do direito hodierno.

61 NERY JUNIOR. Op, cit., p. 141.

2.1.3 Cláusulas gerais

Estabelecidas as principais características dos princípios gerais e dos conceitos legais indeterminados nos itens anteriores; mais fácil fica, assim, a definição das cláusulas gerais, instrumento legislativo este, que se apresenta como a principal e mais significativa inovação da técnica legislativa contemporânea.

Para uma primeira caracterização cabe consignar que com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as das cláusulas gerais são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir⁶².

As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato⁶³, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz⁶⁴.

Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela sua finalidade e eficácia, estes uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já possuem uma conseqüência jurídica predeterminada na lei, cabendo ao juiz, apenas aplicar a solução preestabelecida na norma.

As cláusulas gerais, ao contrário, não possuem uma conseqüência jurídica previamente prevista pela lei, permitindo, assim, ao juiz criar a conseqüência jurídica para o caso concreto.

Corroborando nossas afirmações, pondera Francisco Amaral⁶⁵ que:

São as chamadas cláusulas gerais, disposições normativas abertas, fluidas, vagas, que permitem ao juiz criar, com maior liberdade, a norma jurídica adequada ao caso concreto que enfrenta, indicam um critério de justiça mas não impõe regras, delegando ao interprete a função de criá-las. As cláusulas gerais são preceitos jurídicos vazios ou incompletos que, graças à sua generalidade e abstração, podem abranger um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento a uma conseqüência jurídica.

62 WIEACKER, op, cit., p. 476-477.

63 ENGLISH, op, cit., p. 120-121.

64 NERY JUNIOR, op, cit., p. 142.

65 AMARAL, op, cit., p. 198.

Seguindo a mesma corrente de pensamento, a qual nos filiamos, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁶⁶ analisando a cláusula geral da *abusividade* no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, concorda que:

A cláusula geral do Direito é uma norma jurídica que serve para avaliar a conduta, mas não define essa conduta. É norma em branco que atribui ao aplicador a função de estabelecer, caso a caso, qual a conduta devida, isto é, qual o comportamento esperado do cidadão, naquelas circunstâncias e naquela relação. Essa determinação é feita pelo operador à vista do valor que a norma quer proteger. Estabelecida assim a regra de conduta para o caso, o juiz a confrontará com o comportamento realmente praticado. Da desconformidade entre a conduta efetiva e a conduta prevista (na regra definida para o caso, pelo juiz), resultará o conhecimento da ilicitude dessa conduta. ... As cláusulas gerais do ordenamento jurídico são janelas abertas no sistema, que servem tanto para a elaboração de preceitos jurídicos, de outro modo dificilmente alcançáveis, como para a inserção de fatores nele ausentes, inclusive metajurídicos. Esta também não se confunde com os princípios jurídicos, nem com os conceitos jurídicos indeterminados. Conforme explicou Judith Martins-Costa, os princípios são pensamentos reitores de uma relação jurídica existente ou possível, em relação aos quais as cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios de sua vaguidão e ambiguidade, apenas permitem ao operador estabelecer a coincidência ou não entre o acontecimento real e o modelo normativo; estabelecida essa premissa, a solução já está predeterminada.

As cláusulas gerais têm função instrumentalizadora, porque vivificam o que se encontra previsto abstratamente nos princípios gerais de direito e conceitos legais indeterminados. São instrumentos normativos mais concretos e efetivos do que os aludidos institutos. Cláusula geral não é princípio, tampouco regra de interpretação, é norma, fonte de direitos e obrigações⁶⁷.

No próximo item serão analisados os aspectos favoráveis e desfavoráveis da adoção da técnica legislativa contemporânea pelo Direito Ambiental Brasileiro.

66 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor*. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**/ Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Seção do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 14-15.

67 MARTINS-COSTA, 1992, op. cit., p. 50.

2.2 Vantagens e desvantagens da adoção da técnica legislativa contemporânea pelo Direito Ambiental Brasileiro

A nova técnica legislativa acarretou diversos efeitos, serão analisados neste item os pontos positivos, bem como os pontos negativos da adoção das cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados pelo sistema de direito ambiental brasileiro.

Imperiosa se faz a menção de Franz Wieaker, autor alemão que ao fazer uma análise dos aspectos favoráveis e desfavoráveis da adoção da “técnica abstratizante” do BGB chega a conclusões que podem ser aplicadas de forma analógica ao estudo do impacto desta mesma técnica legislativa no sistema jurídico brasileiro.

Wieaker aponta como aspecto vantajoso da técnica legislativa contemporânea o incremento de mobilidade no sistema jurídico, e por “sistema móvel” acompanhamos o entendimento de Canaris⁶⁸, para quem:

O “sistema móvel” esta, legislativamente, entre a formação de previsões normativas rígidas, por um lado, e a cláusula geral, por outro. Ele permite confrontar de modo particularmente feliz, a polaridade entre os “mais altos valores do Direito”, em especial a “tendencia generalizadora” da justiça e a “individualizadora” e constitui, assim um enriquecimento valioso do instrumentário legislativo. Ele não deve, contudo, ser exclusivamente utilizado, antes representando uma possibilidade legislativa entre outra ligadas entre si.

Além de deixar o sistema jurídico com maior mobilidade, abrandando a norma conceptual casuística⁶⁹, tal técnica legislativa evita o engessamento da lei, conferindo ao sistema atualização permanente, prolongando, assim, a aplicação das normas jurídicas, amoldando-as necessidades da vida social, econômica e jurídica.

Wieaker⁷⁰. além de apontar os pontos positivos da técnica legislativa contemporânea, elogia a jurisprudência alemã pela forma adulta e responsável como aplicou as cláusulas gerais do BGB no período nazista anterior à primeira guerra

68 CANARIS, op, cit., p. 282.

69 NERY JUNIOR, op, cit., p. 143.

70 WIEACKER, op, cit., p. 545-546.

mundial e na recessão econômica do pós-primeira guerra mundial, como podemos notar no trecho seguinte:

As cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*. O legislador transformou o seu trabalho – através da referencia à “boa-fé”, aos bons costumes, aos hábitos do tráfego jurídico, à justa causa, ao caráter desproporcionado, - em algo de mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de esperar. A jurisprudência alemã mostrou-se suficientemente adulta para satisfazer as exigências que as cláusulas gerais colocam à “obediência inteligente” do juiz (Heck) quando ela, a partir das crises da primeira guerra mundial, começou, com uma calma e refletida ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social e, assim, a adaptar a ordem jurídica burguesa à evolução social. Assim, ela adquiriu uma função totalmente nova do direito judicial posterior à segunda guerra mundial⁷¹.

O aspecto desfavorável da aplicação das ferramentas normativas criadas pela técnica legislativa contemporânea é que elas acarretam uma certa insegurança jurídica no sistema jurídico⁷², pois conferem um leve grau de incerteza nos jurisdicionados dada possibilidade do juiz criar a norma pelo preenchimento valorativo dos conceitos vagos que tais ferramentas carregam, podendo, assim, servir para facilitar a manipulação política para o recrudescimento de idéias retrogradadas e danosas à sociedade democrática, além de poderem servir como instrumento de dominação para regimes totalitários como foi o regime nazista da Alemanha, bem como pela economia capitalista extremada, uma ameaça atual.

Essas desvantagens foram apontadas por Wieacker⁷³, como podemos constatar no trecho abaixo:

O reverso das cláusulas gerais foi de há muito notado. Se a disciplina dogmática do juiz se torna mais rigorosa, dá-se uma tentativa de “fuga para as cláusulas gerais” (Hedemann), para uma jurisprudência voltada exclusivamente para a justiça e liberta da obediência aos princípios; em épocas de predomínio da injustiça elas favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência

71 Idem.

72 NERY JUNIOR, op, cit., p. 143.

73 WIEACKER, op, cit., p.546-547.

e o oportunismo político. Mesmo abstraindo destas épocas de degenerescência, elas possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais frequente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício. Todas estas manifestações se baseiam no facto de a cláusula geral não permitir e, ao mesmo tempo, esvaziar de sentido qualquer atividade subjuntiva, desde que ela, por seu lado, não remeta para a situação bem definida de uma técnica judicial firme. Enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica refletida do seu correto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas.

Após a ponderação feita entre as vantagens e desvantagens chega-se ao final deste item concluindo-se que é preciso, agora, que a doutrina e a jurisprudência as reconheçam e apontem as potencialidades das ferramentas normativas criadas pela técnica legislativa contemporânea (em especial as cláusulas gerais), não as tomando como formulas vazias, preceitos destituídos de valor vinculante ou meros conselhos ao intérprete, como poderiam parecer a um pensamento exegético⁷⁴.

Passamos agora, no próximo item, a analisar o papel do Estado Democrático de Direito Ambiental na concretização das normas de direito ambiental no Brasil.

74 MARTINS-COSTA, 1998, op, cit., p. 38.

2.3 Estado Democrático de Direito Ambiental e concretização da Legislação Ambiental Brasileira

É preciso que todos os elementos do Estado - democrático e social; estejam presentes para se tenha um Estado Democrático de Direito Ambiental. O Estado de Direito tem que ser democrático e o Estado democrático tem que ser de direito, e ambos devem dar prioridade ao enfoque ambiental. Assim, esse Estado Democrático de Direito Ambiental tem que reunir esses elementos inseparáveis e indispensáveis.

A consciência de todos os cidadãos sejam eles integrantes do poder público ou da sociedade privada, é que vai levar a um estado de justiça ambiental, pois se o Poder Judiciário tiver essa consciência – ambiental; será mais fácil depois, através da jurisprudência e doutrina favoráveis à preservação do meio ambiente, concretizar soluções aos problemas jurídicos que envolvam o tema ambiental.

Como visto anteriormente no item 2.1.1; muito importante é a observação de princípios meta-jurídicos, e não só do gênero – regras; do qual derivam as espécies: cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, pois os princípios estão radicados na idéia de justiça, já as regras podem obedecer um conteúdo meramente formal apenas.

No Direito Ambiental, podemos elencar como os princípios mais importantes, os que estão previstos na cláusula geral do artigo 225 da Constituição Federal, artigo este que deve ser utilizado como parâmetro tópico para futuras decisões envolvendo matéria ambiental:

Princípio da Prevenção,⁷⁵ que enfoca a participação de todo o Estado, os cidadãos, a sociedade, para enfatizarem atitudes que visem a inibição de atos atentórios ao meio ambiente, está previsto na Constituição Federal, artigo 225, § 1º, inciso V, que como ressaltado anteriormente é cláusula geral e parâmetro tópico para decisões judiciais.

Princípio da Participação: a sociedade e o Estado atuam juntos em cooperação para a resolução dos problemas das degradações ambientais. É importante a participação de diversos setores sociais na hora das formulações das

⁷⁵ Também é chamado de *princípio da precaução*. Porém, neste trabalho, será designado por *prevenção* por entender que a prevenção é mais abrangente que a precaução, por ter um sentido mais genérico.

políticas ambientais, como por exemplo a participação em audiências públicas para o estudo prévio de impacto ambiental. Esse princípio está previsto também na cláusula geral consubstanciada no artigo 225, § 1º, inciso IV.

Princípio da Responsabilização: serve para complementar os princípios da prevenção e participação, pois isolados não funcionam, que prevê a responsabilização civil e penal dos agentes que agredir ou ameaçarem de lesão o meio ambiente. Está previsto na Constituição Federal, na cláusula geral e parâmetro tópico do artigo 225, § 3º.

Também no Estado Democrático de Direito Ambiental, as funções estatais devem ter prerrogativas mais abrangentes do que do Estado Liberal e do Estado Social. Essas funções estatais foram ampliadas e incorporam agora novos valores como argumenta Amandino Teixeira Nunes Júnior⁷⁶, quando fala das funções do Estado Democrático de Direito Ambiental: “A ética ambiental, defesa e proteção efetiva do meio ambiente, promoção da qualidade de vida, educação ambiental e gestão ambiental participativa, assim como a democracia ambiental”.

E o mesmo autor⁷⁷, a seguir complementa:

Importa sublinhar que o Direito evoluiu com a própria sociedade. Assim, esta evolução social, que culmina com o surgimento do Estado Ambiental de Direito, provocará também mudanças nos institutos e nas categorias jurídicas com renovação dos direitos preexistentes e a emergência dos novos direitos.

Logo, com essas funções ampliadas, o Poder Judiciário e a sociedade devem conscientizar-se, através da educação e do consequente desenvolvimento de uma ética ambiental nesse novo Estado – Democrático de Direito Ambiental; (que dá ênfase à proteção ao meio ambiente), para viabilizá-lo e garanti-lo com a máxima efetividade de suas normas.

As funções desse Estado devem ser realizadas por meio de medidas concretas na área da educação e conscientização ambiental, que visam a provocar estímulo de condutas participativas e solidárias em prol da preservação do meio ambiente sadio.

76 NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. **O Estado ambiental de direito**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 589, 2005.

77 Idem.

Dentre essas funções estão presentes a repressora e a promotora, características de um Estado liberal e de um Estado social, respectivamente, que permanecerão em um Estado democrático voltado para o meio ambiente, porém com suas prerrogativas ampliadas em favor do meio ambiente sadio, com vistas a reprimir sua degradação, bem como promover a educação e a conscientização ambiental na sociedade.

Uma outra função é a questão da redefinição do Direito de Propriedade sobre os recursos naturais, pois a degradação do meio ambiente afeta a todos, independentemente de suas ações. Logo, a propriedade sobre os recursos naturais tem que prestar uma função social e ambiental, para o seu mau uso não interfira na qualidade de vida das pessoas.

Como o Estado Democrático de Direito Ambiental está fundado em um contrato sócio jurídico que é a Constituição, a partir da conscientização ambiental da sociedade e do Poder Judiciário, bem como da percepção por parte desses atores do seu papel na ampliação das funções do Estado, pode-se rever esse contrato dando mais importância agora ao meio ambiente e à sua conservação.

É preciso reavaliar a forma de cumprimento desse contrato, dando-lhe o enfoque necessário para sanar problemas da atualidade, tais como os problemas ambientais.

A concretização das normas jurídicas ambientais prevê mudanças significativas nas estruturas das sociedades organizadas, nos atores sociais como ONGs, juristas, administradores, empresários e etc. Ao se pensar assim, estar-se-á pensando em um Estado Democrático Ambiental⁷⁸ onde o bem ambiental deve pertencer à coletividade.

Ressalta-se aqui novamente a importância do Poder Judiciário nesse Estado voltado para a preservação do meio ambiente, o qual deverá proceder a uma mudança paradigmática na percepção de sua função, para uma efetiva concretização da legislação ambiental redigidas geralmente com abundância de

78 A idéia de um Estado de Direito Ambiental ainda é bastante recente. Por esse motivo, acredita-se na idéia de um Estado Democrático de Direito, porém voltado à resolução dos problemas ambientais. Por esse motivo, é sempre utilizada a expressão Estado Democrático de Direito com enfoque ambiental, pois um Estado ambiental puramente dito subentenderia que o Estado Social se realizou, o que não é a realidade brasileira, que precisa da realização dos dois para diminuir os problemas sociais e os emergentes problemas ambientais. Devido a isso é que um Estado Democrático de Direito poderá solucionar os problemas sociais e, com enfoque ambiental, solucionará os problemas nessa área.

conceitos jurídicos indeterminados, e tem como cláusula geral de maior importância o artigo 225 da Constituição federal, que deve servir como parâmetro tópico interpretativo para o nosso Poder Judiciário. Assim, estas normas jurídicas não ficarão à mercê dos formalismos e das morosidades, verdadeiros obstáculos a uma tutela jurisdicional ambiental.

A ambiguidade e a chamada “textura aberta”⁷⁹ das normas legais e principalmente as normas constitucionais de direito ambiental, aliada a um sentimento social e ambiental do juiz, na medida em que é chamado a corrigir os desvios na execução das finalidades escritas na Constituição, tem o condão de afastar o juiz da clássica neutralidade.

Sobre essa reforma necessária de mentalidade do Poder judiciário, escreveu Dalmo de Abreu Dallari⁸⁰:

É indispensável essa reforma de mentalidade para que o sistema judiciário não seja, como denunciou Marcel Camus, “uma forma legal de promover injustiças”. O excesso de apego à legalidade formal pretende, consciente ou inconscientemente, que as pessoas sirvam à lei, invertendo a proposição razoável e lógica, segundo a qual as leis são instrumentos da humanidade e como tais devem basear-se na realidade social e serem conformes a esta. Do mesmo modo, a valorização exagerada de autores e doutrinas, característica de uma das expressões do racionalismo do século dezenove denominada “dogmatismo”, induz a contradição semelhante, pois pretende que a pessoa humana se adapte à racionalidade intelectual, mesmo que isso represente uma agressão às pessoas reais e concretas. Ao contrário dessas distorções, os juízes e todo aparato judiciário devem atuar visando proteger e beneficiar a pessoa humana, procurando assegurar a pessoa humana, procurando assegurar a justiça nas relações entre as pessoas e os grupos sociais.

Fica claro que o papel do Poder Judiciário não pode ser entendido como um ditador de políticas públicas, que passa a exercer funções executivas, mas um fiscalizador e cumpridor dos preceitos constitucionais que não estão sendo observados.

O Poder Judiciário, com essas atitudes, não quer assumir funções dos outros poderes, mesmo porque não se pode esperar que o Poder Judiciário resolva todos os problemas da sociedade. Foi a Constituição, visando a uma sociedade

79 HART. H.L.A

80 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 85-86.

mais justa, que tornou o Estado intervencionista, com o objetivo de diminuir as diferenças sociais.

A ampliação do Direito Constitucional, e conseqüentemente do Direito Ambiental, conferiu uma enorme esfera de poder aos órgãos jurisdicionais, através do controle dos atos administrativos e do controle da constitucionalidade das leis, ocasionando uma inevitável supremacia do Poder Judiciário.

Em razão disso é que o Poder Judiciário assumiu uma posição intervencionista, que é muito importante na busca pela concretização dos preceitos constitucionais indispensáveis ao exercício da cidadania em especial a cláusula geral prevista no artigo 225 da Constituição Federal, incluindo aqui a defesa ao meio ambiente e a uma vida saudável com qualidade.

Por isso tem fundamental importância a educação da sociedade para o desenvolvimento de uma cidadania ambiental, pois a exigência ética da sociedade refletirá no Poder Judiciário através de suas decisões, e a sociedade poderá exigir uma postura mais ambiental dos juizes.

Fato, esse, que não pode ser realizado se a própria sociedade não tiver a necessária noção da consciência ambiental, para que haja uma maior preocupação com a preservação do meio ambiente. Ou seja, a sociedade, tendo essa consciência ambiental, poderá exigir a mesma atitude do Poder Judiciário, que como espelho da sociedade, fará com que suas decisões estejam sempre voltadas para a diminuição dos problemas ambientais e para o conseqüente aumento na qualidade de vida atual, garantindo-a às gerações futuras.

Como os precedentes julgados servem de base de dados às decisões futuras, os juizes utilizarão esses dados para suas sentenças. Logo, a interpretação da lei ambiental ficará ligada a esses precedentes; que deverão ter como parâmetro típico a cláusula geral do artigo 225 da Constituição Federal, e esse fato poderá ser utilizado positivamente em outros processos que envolvam questões ambientais. Isso somente será alcançado se for mudado o pensamento dos juristas em relação aos problemas ambientais e às soluções para os casos concretos.

Com uma visão mais ambiental, ou seja, voltada para a resolução ou diminuição dos problemas ambientais, as decisões precedentes com base no “topos”

previsto no referido artigo 225, servirão de paradigmas, e serão proferidas favoravelmente à preservação do meio ambiente.

Não se espera, entretanto, que os juízes tomem esta decisão de forma particular, mas que essa decisão seja um reflexo dos anseios de toda a sociedade, que, consciente e educada ambientalmente, terá no exercício dessa cidadania ambiental um papel importante, para que se possa exigir a mesma consciência por parte dos juízes. Idéia semelhante é a de Solange S. Silva-Sanches⁸¹, quando fala do papel da sociedade:

A formação de uma esfera societária capaz de adquirir institucionalidade própria e no interior da qual as ações do Estado e dos atores econômicos vão ser julgados de acordo com a compreensão que os atores sociais e políticos irão ter dos seus próprios interesses, assim como do interesse da sociedade como um todo.

Isso será um reflexo nas decisões do Poder Judiciário, de que a sociedade atual está sentindo em relação aos problemas ambientais. Com isso, ver-se-á agora como o Poder Judiciário poderá ajudar na concretização das normas jurídicas de direito ambiental, bem como o art. 225, da CF/88, pode vir a ser parâmetro tópico para a aplicação da legislação ambiental.

81 SILVA-SANCHEZ, Solange S. **Cidadania ambiental: novos direitos no Brasil**. São Paulo: Humanitas, 2000. p. 60.

3. PODER JUDICIÁRIO E A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS DE DIREITO AMBIENTAL: O ART. 225 DA CF/88 COMO PARÂMETRO TÓPICO PARA A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DA CONSCIENTIZAÇÃO AMBIENTAL DA SOCIEDADE

Como foi visto no item 3.3 do capítulo anterior, com o desenvolvimento do Estado e com as alterações de seu perfil, temos agora um Poder Judiciário mais ativista. Em razão disso, o Poder Judiciário tem a responsabilidade e o dever de tornar as normas jurídicas ambientais mais efetivas em situações concretas. Portanto a concretização das normas jurídicas de direito ambiental é uma função e uma obrigação que o Poder Judiciário deve assumir, para que o meio ambiente seja preservado para as gerações futuras.

Convém deixar claro que não se espera que os juízes tomem uma decisão a partir de posição particular – subjetivismos; mas, que essa decisão seja o reflexo do que a sociedade anseia.

Sobre esta questão muito bem coloca Leonel Severo Rocha, ao comentar a crise do normativismo jurídico, e a resposta da matriz hermenêutica para tal crise, levando em conta a participação de intérpretes oficiais e não- oficiais do direito, na criação jurisprudencial:

Pode-se dizer, então, que uma das respostas à crise do normativismo é uma teoria hermenêutica que coloca a importância de compreender o Direito além da norma, com uma participação maior dos operadores do Direito e dos intérpretes não- oficiais, dos intérpretes que fazem parte da sociedade.⁸²

É a sociedade com cidadãos educados e conscientizados ambientalmente que servirá de base para suas decisões, pois a formação desses cidadãos equipara-se à importância de termos um Poder Judiciário bem-estruturado bem como um Estado com instituições democráticas sólidas.

Um Poder Judiciário consciente de seu dever acerca dos problemas ambientais é de essencial importância, para que a qualidade de vida atual e das futuras gerações seja mantida através da preservação do meio-ambiente.

82 ROCHA, 2005, Op, Cit., p. 21.

E isso é possível neste século XXI, devido à alteração do perfil do Poder Judiciário com a evolução do Estado de cunho liberal para um Estado de cunho socioambiental de perfil intervencionista.

Concorda-se com J.J. Gomes Canotilho,⁸³ que diz que é possível concretizar o direito ambiental constitucional através de uma interpretação jurídico-constitucional atribuindo um significado a uma ou várias expressões lingüísticas escritas na Constituição.

Para este constitucionalista, interpretar a Constituição é uma tarefa que se impõe a todos os aplicadores das normas constitucionais, incluindo-se as normas jurídicas ambientais; sejam eles os legisladores, os tribunais ou a administração, não restringindo essa tarefa apenas aos juristas. Logo, todos aqueles que estão incumbidos de aplicar e concretizar a legislação ambiental devem buscar o resultado que seja constitucionalmente, socialmente e ambientalmente mais justo, utilizando um procedimento racional e controlável democraticamente, também fundamentando essa decisão de forma racional e controlável, para preservarmos o valor da segurança jurídica.

Toda interpretação e aplicação – concretização - da norma jurídica ambiental deve levar em conta os conceitos de ordenação e realidade, no âmbito político, social e econômico, pois uma análise isolada, sem observar todos os fatores conjuntamente, não apresenta condições de responder aos problemas que surgem contemporaneamente.

Nesse mesmo sentido, explica Rogério Gesta Leal:⁸⁴ “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside no fato de que a relação por ela regulada venha a ser concretizada na realidade.”

Atualmente a preocupação com o meio ambiente é mundial, isso se deve ao fato que a agressão/preservação do meio ambiente interfere na vida de todos habitantes do planeta, independentemente de condutas locais.

Entretanto, a Constituição por si não realiza nada, ela pode e deve impor medidas, e essas medidas serão tidas como efetivamente realizadas se a

83. CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit.p.1.201.

84 LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 139.

ordem nela estabelecida orientar para condutas adequadas. E a conduta a ser adotada é a prevista no *caput* do artigo 225 do Constituição Federal, uma verdadeira cláusula geral que foi criada para auxiliar na preservação do meio ambiente e para servir de parâmetro tópico para a atividade jurisprudencial brasileira em matéria ambiental.

Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho⁸⁵ entende que a norma jurídica contitucional é uma regra genérica e abstrata, e representa um resultado intermediário do processo concretizador, mas não é ainda imediatamente normativa. Para passar da normatividade mediata para a normatividade concreta, a norma jurídica precisa se revestir com um caráter de norma de decisão. Assim, uma norma jurídica adquire uma verdadeira normatividade quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir.

O sujeito concretizante é essencial, pois é ele que põe a norma em contato com a realidade. A concretização deve sempre estar voltada à normatização. O jurista concretizador deve trabalhar sempre a partir do texto da norma, ele tem que aplicá-la de acordo com os princípios constitucionais ambientais, positivados na cláusula geral do artigo 225 da Constituição Federal.

O Judiciário e os órgãos administrativos, conscientes da necessidade da preservação do meio ambiente, sempre procurando evitar danos a ele, utilizarão como parâmetro tópico o artigo 225 da Constituição Federal, considerando assim o meio ambiente como um direito fundamental, e o referido artigo 225 uma verdadeira cláusula geral de direito ambiental.

Num ordenamento jurídico, cuja Constituição escrita é considerada uma ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, pressupõe-se, como ponto de partida normativo da tarefa de concretização-aplicação das normas constitucionais, a consideração de norma como elemento primário do processo interpretativo; a captação do conteúdo semântico do texto constitucional como tarefa primeira da hermenêutica jurídico-constitucional, independentemente do sentido que se quer dar ao elemento literal, o processo concretizador da norma da Constituição começa, então, a atribuição de dar significado aos enunciados lingüísticos do Texto Constitucional.

85 CANOTILHO. Op. cit., p. 1206.

Para J.J.Gomes Canotilho,⁸⁶ a norma de decisão é medida concretamente aplicável, não é autônoma, independe da norma jurídica, nem é uma decisão voluntária do sujeito concretizante, mas deve basear-se, e conduzir-se pela norma jurídica geral.

Assim, considerar o direito ambiental, como direito ao meio ambiente preservado, é um direito fundamental, pois as normas do Direito Fundamental protegem determinados bens ou domínios existenciais. Ingo Wolfgang Sarlet também considera direito ambiental um direito fundamental ao afirmar: “Certo é que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225 da CF) pode ser enquadrado nesta categoria (direitos de terceira dimensão), em que pese sua localização no texto, fora dos títulos dos direitos fundamentais.”⁸⁷

Aqui, o objeto de proteção é o meio ambiente; logo, é a qualidade de vida dos entes na Terra. E, sendo um direito fundamental, o direito a meio ambiente sadio e preservado é também uma cláusula geral, redigido com abundância de conceitos jurídicos indeterminados, o que deixa o jurista, na hora da decisão, com muito mais possibilidade de adaptação da norma ao caso concreto.

Entra-se aqui na metodologia da arte de legislar, como visto anteriormente nos itens (1.5) e (2.1) a qual reconhece, ao lado dos preceitos jurídicos em que a hipótese de aplicação é descrita com específica particularidade, outras formas de expressão legislativa que concedem maior autonomia ao intérprete.

São as chamadas cláusulas gerais, que são disposições normativas abertas, vagas, que permitem ao juiz criar com maior liberdade a norma jurídica adequada ao caso concreto que enfrenta. Elas indicam um critério de justiça, mas não impõem regras, delegando ao intérprete a função de criá-las.

As cláusulas gerais são preceitos vazios ou incompletos que, graças à sua generalidade e abstração, podem abranger o mais vasto grupo de situações, com possibilidade de ajustamento a uma consequência jurídica; seriam normas jurídicas em que a hipótese de fato e a condição de aplicação seriam muito amplas e até indeterminadas, como a formulação de grande generalidade, levando a que o

86 CANOTILHO, op. Cit., p. 1206.

87 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.70.

Direito, no caso concreto, decorra não apenas da subsunção, mas também do recurso aos valores no sistema e à própria vontade do intérprete; logo, as cláusulas gerais têm como principal característica a relatividade de seu conteúdo.

O Poder Judiciário, justamente, em função da liberdade interpretativa proporcionada pela positivação de um direito desformalizado, consubstanciado em conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, tem o dever de assumir questões relativas à preservação do meio ambiente, bem como à efetivação concreta das normas ambientais brasileiras, principalmente a cláusula geral do artigo 225 da Constituição Federal. Essa é a opinião de Dworkin, segundo Oscar Vilhena Vieira⁸⁸:

Tendo os princípios conteúdo moral, que envolve questões de justiça e equidade, Dworkin entende que os juízes não só podem como devem realizar – e, de fato, realizam – investidas na esfera do debate moral, a fim de decidir casos concretos. Cláusulas abertas da constituição – como a do devido processo legal ou da igualdade – remetem o magistrado, obrigatoriamente, à esfera dos conceitos morais; “desta forma, uma corte que assume o ônus de aplicar essas cláusulas integralmente como direito, deve ser uma corte ativista, no sentido de que deve estar preparada para enquadrar e responder a questões referentes à moralidade política.

Vejamos agora como a efetividade das normas de direito ambiental, em particular a efetividade das normas constitucionais de direito ambiental – cláusula geral do artigo 225; está relacionada ao chamado senso comum teórico no direito, atrelado ao valor da segurança jurídica, bem como à práticas hermenêuticas ultrapassadas e insuficientes.

88 VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da impretada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio A. da. (Org). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.232.

3.1 Efetividade das normas de Direito Ambiental Constitucional e o senso comum teórico dos juristas

Devido ao êxito político do Estado social europeu, os constituintes brasileiros importaram tal modelo de direito e Estado, na expectativa de que com leis a realidade brasileira melhoraria. Mas o fato é que o Brasil não possui as mesmas condições políticas, econômicas e históricas da Europa. Essa é uma das principais causas da ineficiência das normas de direito ambiental previstas na Constituição Federal, em particular, da cláusula geral do artigo 225.

Por isso, pode-se dizer que nunca se pode extrair uma normalidade de uma normatividade, mas o que se observa é justamente o oposto, a normatividade é extraída da normalidade; isso explica um pouco a ineficácia de nossa Constituição, pois a elaboração de um texto constitucional não é suficiente para a realização efetiva dos direitos por ele preconizados. E, por essa razão, as normas de direito ambiental constitucional precisam ser vivenciadas; é necessária uma interpretação tópico-concretizante da constituição para que as tornem eficazes

É nesse sentido que vários juristas ressaltam a importância de um pensar constitucionalizante no Brasil, para que haja um resgate das promessas feitas na Constituição e que ainda não atingiram um lugar de destaque na mente dos juristas brasileiros. O pensamento dominante dos juristas nacionais dá demasiada importância à doutrina e dogmática jurídica, em detrimento da jurisprudência. Nesse sentido, Plauto Faraco de Azevedo⁸⁹ escreve:

No que tange aos métodos interpretativos, ao interpretar a norma ambiental, como qualquer outra norma jurídica, o juiz tem que estar consciente de que os métodos formam um todo que apenas artificialmente pode ser cindido. Todos eles constituem modos de aproximação do sentido e alcance das normas gerais. Todavia, a opção final, no sentido de privilegiar tal ou qual método, faz-se sempre em conformidade com o resultado que se deseja atingir.

A Constituição, no Estado Democrático de Direito Ambiental, tem a tarefa de garantir os direitos fundamentais; e os Poderes da República – em especial o Poder Judiciário, têm o dever de concretizar as normas jurídicas nela prevista.

89 AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Do Direito Ambiental: reflexões sobre seu sentido e aplicação**. In: FREITAS, Vlademir P. de (Org.). *Direito ambiental em evolução n.º 1*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 293.

Porém, ao que parece, o Judiciário e os juristas brasileiros não têm uma pré-compreensão do que seja esse novo papel. Há um novo paradigma tentando superar o velho, baseado em um modelo liberal de direito, uma espécie de paradigma sócio-ambiental de direito.

A grande maioria dos juristas brasileiros não está voltada para uma interpretação ambiental de acordo com a Constituição, não existe essa pré-compreensão no pensamento de nossos juristas. Estes estão inseridos, encobertos pelo que professor Luiz Alberto Warat denomina de senso comum teórico dos juristas.

Esse sentimento inserido no pensamento dos juristas, faz parte de uma linha que não permite interpretações, trazendo uma certa acomodação aos juristas, que encontram nesse modelo uma forma mais fácil, trivial, cotidiana de julgar os problemas jurídicos, e isso acaba por reproduzir o direito, não lhe trazendo avanços.

Esse sentimento comum teórico encobre, impede que sejam produzidas decisões autônomas, trazendo grande prejuízo à concretização das normas de direito ambiental.

Embora o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito Ambiental seja de caráter intervencionista, como se viu anteriormente; e uma de suas funções é concretizar a Constituição, incluído-se as normas ambientais, tais como a cláusula geral do artigo 225; o que se nota na prática, é que isso não ocorre.

O que acontece é que os juristas brasileiros em geral, inclusive o Poder Judiciário, não perceberam a mudança de paradigma da filosofia de consciência para a filosofia da linguagem. Logo, as práticas jurídicas e doutrinárias brasileiras, no campo da hermenêutica e filosofia jurídica, não tiveram alteração.

Os juristas não perceberam o fato de o Direito ser considerado uma linguagem, e continuaram com “*paradigma hermenêutico de cunho metafísico-essencialista*”.⁹⁰

Esse paradigma, ainda presente na cultura jurídico-brasileiro, está baseado na prática jurídica reprodutiva que os juristas comodamente aceitam em suas atividades, através da dogmática jurídica. Essa forma de agir rotinizada, banalizada do Direito, é chamada de “senso comum teórico dos juristas”.

90 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 55.

O sentimento comum teórico está presente em nosso dia a dia laborativo, mas não percebemos sua presença, como uma espécie de “inconsciente coletivo”. Começamos a entender que a doutrina jurídica e a dogmática, tentam, para facilitar a atividade jurídica tanto forense quanto acadêmica, coisificar o mundo jurídico.

O sentimento comum teórico dos juristas – hoje de caráter dogmático; estabelece conceitos para cada situação previamente, o que acaba tornando confortável e cômoda a vida profissional do jurista. Isso acaba fazendo com que esse jurista entre em uma rotina na atividade jurídica, tornando-a meramente reprodutiva, sem a preocupação de explicar, compreender.

O jurista, estando dentro do sistema, não se dá conta de que está imerso nesse sentimento comum teórico, nem tem consciência das contradições do sistema jurídico, o que faz com que as interpretações sejam feitas afastadas da realidade social. Esses fatos sociais, analisados pelo Poder Judiciário, tornam-se abstração jurídica na mente do aplicador do Direito que está inserido num sentimento comum teórico apartado da realidade.

Esse senso comum teórico dogmático no Direito, é duramente criticado por vários juristas, que apontam estar a hermenêutica jurídica utilizando a Constituição como parâmetro para a solução dessa reificação do Direito, que somente se reproduz escondendo o verdadeiro objeto atrás de conceitos feitos pela dogmática jurídica, ainda presa ao velho paradigma da filosofia da consciência. O jurista age assim em nome de um mito: a segurança jurídica.

O termo segurança jurídica há muito tempo não apresenta um conceito unívoco, uma significação pacífica entre os juristas. Ora é apresentado como um valor, ora como um princípio, para alguns, como Hans Kelsen, a segurança jurídica seria uma ilusão criada pelos juristas. Para juristas mais críticos como Roberto Lyra Filho, a segurança jurídica é nada mais do que “um dos grandes mimos do positivismo jurídico”⁹¹.

Certo é que o valor da segurança jurídica — pode-se notar que adoto uma perspectiva ideológica em relação ao termo, ou seja, o conceito de segurança jurídica é antes de tudo um valor fruto da ideologia juspositivista — é fortemente ligado à ideologia do positivismo jurídico, ideologia esta, diretamente ligada ao

91 LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 37.

advento do Estado Liberal, e sua consolidação nos séculos XVIII e XIX. A ideologia juspositivista sustenta como valores supremos: a ordem, a igualdade formal, e a segurança jurídica, e tais valores representam uma sustentação ideológica a favor do Estado Liberal.

A segurança jurídica é uma, das diversas representações ideais, com função retórica, cuja finalidade é “garantir condições de reprodução do padrão de dominação vigente e, ao mesmo tempo, ocultar este papel mediante a pretensa autonomia e exterioridade do direito”⁹².

Tais representações ideais devem ser abandonadas, e retiradas da pré-compreensão dos juristas brasileiros, sob pena da crise do Direito, e da sociedade brasileira somente se agravar.

Para Luis Alberto Warat⁹³ o conceito de segurança jurídica é fruto do pensamento iconoclasta dos formalistas (positivistas), e também, coloca que:

[...] a posição epistemológica do realismo serviu para desnudar a mensagem ideológica do formalismo, destruir o mito da segurança jurídica e alertar-nos sobre as propriedades da linguagem em que as normas são formuladas, revelando a função prescritiva não manifesta das correntes doutrinárias e dos tribunais. Serviu, também, para mostrar-nos, ao sublinhar a flexibilidade significativa da linguagem jurídica, a necessidade de contrapor à segurança o valor equidade, tal valor, muitas vezes, não pode ser satisfeito quando se acredita que a ordem positiva proporciona uma segurança absoluta...O ceticismo desta corrente frente as normas não deve ser entendido negativamente, pois se pode ver que por tal caminho o julgador rompe com o culto da legalidade formal em benefício da equidade. Destruído o fetiche da segurança deixar-se-ia de identificar o justo com o legal. Desaparecendo esta identificação, haverá menos inconvenientes em colocar o Direito a serviço dos processos de transformação social... Exaltando o valor segurança o racionalismo pagaria um preço desnecessário porque a segurança jurídica é inalcançável e sua concreção, mítica. Sua ilusão, sem embargo, nos engana de forma tal que impede em muitas circunstâncias a plena realização da equidade.

Para concluir, Luis Alberto Warat⁹⁴ analisa que a tensão valorativa entre a segurança e a equidade dilui-se argumentativamente na medida em que se preserva uma aparente segurança, na medida em que se mostra retoricamente que as soluções de equidade, as divergências decisórias, são produtos derivados e

92 FARIA, José Eduardo. (org.) **Direito e justiça. A função social do Judiciário**. São Paulo: Atica, 1989, p.24

93 WARAT, Luis Alberto. **Mitos e Teorias na Interpretação da Lei**. Porto Alegre : Síntese, 1979. p. 47-48.

94 Idem, p. 58.

controlados pelo próprio sistema. Os componentes irracionais das decisões não criam insegurança enquanto podem ser ideologicamente sentidos como racionais.

A materialização do Direito com o advento do Estado Democrático de Direito Ambiental, e a conseqüente positivação de conceitos jurídicos indeterminados (cláusula geral do artigo 225 da Constituição Federal), clama para que a comunidade jurídica dê o devido valor à concretização dos conceitos jurídicos indeterminados contidos nas normas de direito ambiental inseridas tanto na Constituição Brasileira de 1988, quanto na legislação infraconstitucional pátria, elevando como valor supremo do ordenamento jurídico brasileiro não a segurança jurídica — calculabilidade das decisões judiciais — mas sim o valor da equidade, da efetividade dos direitos sociais, culturais, econômicos e principalmente ambientais, estes sim, valores merecedores de proeminência e posição suprema no ordenamento jurídico brasileiro, visto a crise social e ambiental vivida por este país, em rumos cada vez mais perigosos, tal proeminência de ordem axiológica, somente poderá ser satisfeita, se não nos apegarmos excessivamente ao fetiche da segurança jurídica.

Sobre a questão da proeminência axiológica do valor “segurança jurídica” sobre outros valores no Direito, tais como a “equidade”, alerta o autor alemão Jürgen Habermas⁹⁵:

Todavia, o lugar privilegiado que este valor ocupa no direito formal burguês não se justifica pelo fato de a calculabilidade das conseqüências jurídicas das próprias ações ser funcionais para a organização do intercâmbio social numa economia de mercado. A questão de saber, por exemplo, se certas políticas do Estado Social, que só podem ser realizadas com o auxílio de conceitos jurídicos indeterminados, deveriam ser obtidas numa certa medida às custas da calculabilidade de decisões judiciais, é uma questão de ponderação moral de princípios distintos.

O ordenamento jurídico brasileiro precisa de valores próprios, adequados a nossa realidade social, nossos valores jurídicos devem ser de um direito pós-liberal, o que distingue o direito do período pós-liberal é, antes de tudo, o abandono de tais ideais (segurança jurídica) – uma mudança de rumo que, a

95 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, Volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 198-199.

despeito de sua aparente insignificância, indica alterações de convicção humana e da ordem social⁹⁶.

O recurso da equidade, como critério intermediador no processo de realização do Direito, pode deixar clara a inadequação da norma jurídica, devido, por exemplo, a um processo de mudanças sociais que exige uma reflexão sobre o Direito e sobre sua aplicação. Diz-se, pois, que a equidade é a consciência do Direito.

Assim, nota-se desde já duas principais funções para a equidade. Uma delas é proporcionar um critério para a interpretação jurídica, concedendo ao intérprete maior autonomia, e a outra é constituir-se como consciência do Direito, um impulso para as respectivas mudanças, buscando um novo direito como solução justa para casos concretos.

Quanto à sua natureza, a equidade é uma espécie de princípio inspirador do Direito, que visa à realização da perfeita igualdade material, transformando-se em modelo jurídico quando aplicado pelo órgão judicial a um conflito de interesses específico. A equidade não é fonte de direito, pois não se configura com o poder de criar normas jurídicas. É, antes de tudo, um critério de decisão de casos singulares que se apresenta sob a forma de uma cláusula geral – como é o caso do artigo 225 da Constituição Federal. A principal função da equidade é interpretativa, no sentido de adequar a regra no caso concreto, recorrendo aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, de modo a não realizar a justiça no caso concreto, mas sim o direito no caso concreto.

Essa ponderação moral de princípios (valores), no Brasil, tem a obrigação ética de pender para o lado do valor jurídico da equidade e para a eficácia dos direitos ambientais, através da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados (tarefa da hermenêutica jurídica), que tais direitos (cláusulas gerais) abrigam. Ideais como a segurança jurídica devem ser relegados a segundo plano na hierarquia axiológica da pré-compreensão jurídica da comunidade jurídica brasileira, composta por juristas, na maioria, imbuídos de uma pré-compreensão subjetiva do Direito, conservadora e européia.

96 MANGABEIRA UNGER, Roberto. Op. cit., p. 210.

A hermenêutica vem tentar compreender a relação entre fato e norma, aplicando ao caso não a solução “importada” de um livro jurídico, mas sim de acordo com a Constituição.

A Constituição é que deve servir de parâmetro tópico para os juristas resolverem seus litígios. Assim, crê-se que ela terá êxito na concretização dos direitos ambientais por ela prometidos.

A Constituição tem que ser vivida, para que possa ser concretizada e se tornar um meio eficaz na realização dos direitos nela inseridos. Principalmente os direitos fundamentais coletivos, com direito a um meio ambiente sadio, previsto na cláusula geral do artigo 225 da Constituição Federal, o qual, mesmo não estando no rol dos direitos fundamentais, é um direito fundamental para Ingo Sarlet⁹⁷:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados os direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se a proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida.

Agora, no próximo item, vejamos como que através da materialização do direito, proporcionada pela positivação das ferramentas legislativas abordadas por esta pesquisa – veja a cláusula geral do artigo 225 da Constituição Federal, surgiram condições de possibilidade para que o Poder Judiciário pudesse exercer suas funções com caráter mais intervencionista, através da chamada judicialização da política.

97 SARLET, op. cit., p.50-51.

3.2 O Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito Ambiental – A Judicialização das Políticas Ambientais

Como o Estado assumiu, devido às críticas ao modelo liberal, uma postura mais intervencionista de defesa ao meio-ambiente, houve o aumento da função do Poder Executivo, e em consequência um aumento também das funcionalidades do Poder Judiciário, acentuando a responsabilidade e a importância do juiz.

Essa preponderância do Poder Executivo fez com que ele interferisse na esfera legislativa, muitas vezes assumindo o papel do Poder Legislativo, e fez com que o Poder Judiciário se tornasse mais ativista para justamente corrigir esta espécie de transposição de competências e funções entre os poderes da República.

É devido a esses aspectos que hoje em dia o Poder Judiciário está assumindo papéis que não seriam seus, de acordo com a teoria clássica da separação dos poderes. Devido à mudança de um Estado Liberal – Mínimo; para Estado Democrático de Direito Ambiental -Intervencionista, verifica-se um deslocamento do centro das decisões para o Poder Judiciário.

A função do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito Ambiental foi alterado e ampliado frente aos imperativos constitucionais atuais, que estão sendo desrespeitados pelos poderes que realmente deveriam implantar políticas públicas adequadas, que seriam em primeiro plano o Poder Executivo e em segundo o Legislativo; diante de um quadro de descumprimento dos programas especificados pela Constituição, dentre eles as políticas ambientais previstas na cláusula geral do artigo 225.

Então, surge o Poder Judiciário como um “instrumento para o resgate dos direitos não realizados”, como diria o Prof. Dr. Lenio Luiz Streck,⁹⁸ que também defende a ideia de uma postura mais ativista do Poder Judiciário perante os problemas ambientais.

Como já visto, no Estado Democrático de Direito Ambiental, o Poder Judiciário tem um papel de fundamental importância na concretização das cláusulas

⁹⁸ STRECK, op.cit., p. 45.

gerais e conceitos jurídicos indeterminados; bem como na manutenção dos direitos já conquistados, pois o Poder Judiciário pode servir como resistência à medidas dos Poderes Legislativo e Executivo que representem retrocesso, ou limitação dos direitos ambientais.

O Poder Judiciário começou a suprir a falta de atuação dos demais poderes, utilizando mecanismos expressos na Constituição, que impõe aos juízes certa avaliação das leis, tornando-os não meros aplicadores da letra fria da lei, mas fiscalizadores, críticos às leis, interpretando-as de acordo com a Constituição, e tendo como valor maior a ser perseguido no labor hermenêutico a equidade e justiça, e não apenas ao efeito de segurança jurídica.

Isso eleva o Poder Judiciário no âmbito da relação dos três poderes, tornando-o um guardião das normas constitucionais ambientais.

A Constituição do Estado Democrático de Direito Ambiental passa a ser a norma suprema, o que há alguns anos atrás não era pensado. Com esse novo paradigma, o perfil do Poder Judiciário alterou-se. Passou-se a ver que o Poder Judiciário pode ajudar no desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, o Judiciário pode obrigar que sejam cumpridos deveres fundamentais ambientais por parte das autoridades que se omitiram de cumpri-los

Novamente vale salientar que o papel do Poder Judiciário frente à Constituição é fazer com que esta se torne eficaz na concretização dos direitos fundamentais ambientais, previstos na Constituição principalmente na cláusula geral do artigo 225 da Constituição Federal.

Assim sendo, o papel do Poder Judiciário, na concretização do Texto Constitucional, mais precisamente na concretização dos direitos ambientais liga-se também ao tema da judicialização da política. Isso porque devido à falta de vontade dos poderes políticos (Executivo e Legislativo), para que a Constituição e os direitos ambientais e sociais sejam implementados no Estado brasileiro, faz-se necessária uma intervenção por parte do Poder Judiciário – visto seu novo papel no Estado Democrático de Direito Ambiental, consagrado pela nossa Constituição – nos demais poderes do Estado, forçando-os a uma implementação (concretização) dos direitos fundamentais ambientais contidos na Carta Magna.

A Constituição, na cláusula geral do artigo 225, expressa a preocupação com a preservação do meio ambiente, e isso também deve ser posto em prática quando da aplicação e concretização do direito voltado para a preservação do meio ambiente e, como consequência, o aumento da qualidade de vida no presente e a garantia de vida saudável também para as gerações futuras.

Esse fenômeno chamado de judicialização da política que, em países como o Brasil, é um fenômeno necessário e útil para a efetiva concretização dos direitos ambientais, principalmente porque há falhas e omissões na implementação das políticas públicas que são objetivo do Estado Democrático de Direito Ambiental como um todo.

Também, sobre o tema judicialização da política valemo-nos dos ensinamentos de Luiz Werneck Vianna⁹⁹, que expressa-se assim ao falar do Poder Judiciário:

A expansão do direito e do Poder Judiciário, em uma sociedade que jamais conheceu, de fato, a liberdade, se reveste, portanto, de uma dupla inspiração. De um lado, nasce, como em outros contextos nacionais contemporâneos, da ocupação de um vazio deixado pela crise das ideologias, da família, do Estado e dos sistema de representação; de outro, reitera uma prática com raízes profundas na história brasileira, em que o direito, como instrumento de ação de uma *intelligentzia* jurídica, se põe a serviço da construção da cidadania e da animação da vida republicana.

Em razão disso é que o Poder Judiciário assumiu uma posição intervencionista, característica de um Estado de Bem -Estar. Assumiu essa posição, pois também é dever do Poder Judiciário a busca pela concretização dos preceitos constitucionais indispensáveis ao exercício da cidadania.

No Brasil, por os direitos fundamentais ambientais serem apenas uma promessa expressa na Constituição, não-concretizada na vida real, é que a judicialização da política torna-se um importante meio para a realização desses direitos, pois, através de ações previstas na Constituição, como por exemplo a ação civil pública, pode-se utilizar o Judiciário para a realização e o desenvolvimento de políticas públicas.

⁹⁹ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro : ed. Revan, 1999, p. 153.

É possível, através do Poder Judiciário, fazer com que os outros poderes cumpram seus deveres. Como no nosso País a prática parlamentar e as atividades do Poder Executivo quase nunca dão às políticas públicas uma finalidade social e também ambiental, é que o Poder Judiciário, cumprindo o papel de concretizador da Constituição e fiscalizador, onde há omissão dos outros poderes, assumiu essa função.

Essa função é criticada por alguns, por não haver legitimidade por parte do Poder Judiciário ao tomar certas medidas. Os direitos fundamentais ambientais estão expressos na Constituição – veja a cláusula geral do artigo 225. O que falta é a concretização real de tais direitos ambientais, pelo Poder Público, em todas as suas esferas, assim como uma conscientização da sociedade sobre a importância dessa tarefa de proteção ao meio ambiente. Isso também expressam Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas¹⁰⁰:

É dizer, a lei de nada adiantará se não houver uma vontade firme de vê-la cumprida. Para que isto ocorra é decisiva a atuação do Poder Público. É importante, também, a participação popular, agindo através de organizações não governamentais ou provocando a ação dos órgãos governamentais.

Já existem normas para o exercício dos direitos fundamentais ambientais. Não há uma concretização, uma implementação de tais normas por parte do Poder Executivo e Legislativo, que devido à crise em diversos setores do Estado, de ordem burocrática e orçamentária, não conseguem fazer com que suas políticas públicas sejam implementadas.

E é nessas omissões que o Poder Judiciário deve atuar como controlador, fiscalizador dos outros poderes. Portanto, se o Poder Executivo não cumpre as tarefas sociais, no Estado Democrático de Direito Ambiental, a formulação das políticas públicas não está somente nas mãos da administração, e deve o Poder Judiciário forçar tais políticas, pois a Constituição os legitima para isso. Entretanto, eles não podem ficar inertes diante de uma evidente omissão na realização dos direitos constitucionais ambientais e fundamentais.

100 FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**. 6. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, p. 27.

No Brasil, os direitos fundamentais, em especial o direito a um meio ambiente sadio estão expressos na Constituição – cláusula geral do artigo 225; mas não são concretizados; e, devido à crise do Estado há um número maior de omissões por parte do Poder Legislativo e Executivo, o que leva o Poder Judiciário, no seu novo papel de concretizador da Constituição, a enfrentar tais problemas, que não chegam a estar fora da sua alçada, pois a implementação de políticas públicas seria tarefa dos outros poderes e não do Poder Judiciário. Porém, esses poderes não cumprem seu papel, ficando o Judiciário com essa responsabilidade.

Esse fato vem se alterando, pois o Poder Judiciário já está assumindo seu novo papel no Estado Democrático de Direito Ambiental, como explica Andréas J. Krell:¹⁰¹

Ao mesmo tempo, podemos observar que a antiga resistência do Poder Judiciário Brasileiro a assumir seu papel no processo de judicialização da política vem perdendo força, sendo que muitos Juízes já vem abandonando, progressivamente, o cânon que lhe vinha de décadas de positivismo jurídico kelsiano, para finalmente assumir a sua função importante na realização na própria justiça social.

Por isso, a chamada judicialização da política vem aumentando cada vez mais no Brasil, e a todo momento o Poder Judiciário é acionado para realizar (concretizar) políticas públicas ambientais que não são cumpridas pelos poderes competentes para tal.

Para isso é necessário também que os juízes tenham uma formação e um conhecimento mais técnico sobre o assunto, para poderem ter a real noção das conseqüências do seu julgamento para o meio ambiente e assim não ficarem preso à decisões dogmáticas do senso comum, mas sim produzir decisões importantes para a preservação do meio ambiente saudável. Adalberto Carim Antônio¹⁰² também, expressa essa preocupação:

O julgador, encarregado de levar à cabo essa árdua incumbência, deve deter conhecimentos técnicos desse recente, mas pujante ramo da ciência jurídica que é o Direito Ambiental. O magistrado de formação mais vetusta, certamente terá dificuldades para abarcar o

101 KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo W. (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. p. 58-59.

102 Juiz de Direito da Vara Especializada do Meio Ambiente e de Questões Agrárias do Estado do Amazonas.

especial caráter multidisciplinar do Direito Ambiental e sua interação de campos como biologia, química, engenharia ambiental, etc.¹⁰³

Esse é apenas um exemplo diante de tantos outros que vemos todos os dias, alguns mais complexos, como no caso em que o Supremo Tribunal Federal obriga a utilização de verba tributária para o fim que foi criado, pois foi criado para um fim específico, e sua verba era destinada a fins diversos do estabelecido pela lei.

Porém, nossos magistrados e os tribunais ainda estão presos a um antigo paradigma de cunho individualista, característico ainda do Estado liberal, e não estão totalmente inclinados a proferir decisões em favor da preservação da natureza, ou seja, em prol de toda a coletividade. Muitos, devido ao acomodamento do senso comum, conforme visto anteriormente, por causa de sua facilidade ao decidir, sem que se produza concretamente os efeitos que a lei gostaria de alcançar e que a sociedade acredita. É nesse sentido que Boaventura de Souza Santos¹⁰⁴ diz:

As novas gerações de juízes e magistrados deverão ser equipados com conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos, políticos) sobre sociedade em geral e a administração da justiça em particular. Esses conhecimentos tem de ser tornados disponíveis e, sobretudo, no que respeita aos conhecimentos de administração e justiça em nosso país, esses conhecimentos tem ainda de ser criados.

Já surgem exemplos do que é possível ser realizado de positivo em relação à preservação do meio ambiente, com a instalação de uma vara especializada em meio ambiente no Estado do Amazonas. Essa vara ambiental e também uma formação do jurista mais voltada para os problemas ambientais tornam mais efetivo o Direito Ambiental, como verificou Adalberto Carim Antônio¹⁰⁵: “Tal iniciativa do Judiciário amazonense modifica o perfil do poder, rompendo em definitivo com as covardes alusões à perda da imparcialidade tão característica da ‘justiça velha’ e inoperante.”

103 ANTÔNIO, Adalberto Carim. Vara ambiental: uma realidade. In. FREITAS, Vladimir P. de. (Org.). **Direito Ambiental em evolução n.º 2**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 14-15.

104 SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p.180.

105 ANTÔNIO, op, cit., p.13.

Com essas atitudes, o Poder Judiciário certamente não quer assumir as funções dos outros poderes, mesmo porque não se pode esperar que o Judiciário resolva todos os problemas da sociedade.

Foi a Constituição, visando a uma sociedade mais justa, que tornou o Estado intervencionista, com o objetivo de diminuir as diferenças sociais. Esse papel é dos Poderes Executivo e Legislativo, porém esses poderes não estão cumprindo o que está expresso na Constituição. Logo, cabe ao Poder Judiciário concretizá-los, forçando o Poder Público a realizar políticas públicas que cumpram os preceitos constitucionais, como salienta Augusto do Amaral Dergint:¹⁰⁶

A garantia da liberdade desloca-se da lei para a Constituição e o guardião desta sociedade democrática, paradoxalmente, não será nenhum órgão constituído por mandatários eleitos, mas sim o órgão burocrático como o Judiciário.

O papel do Judiciário não pode ser entendido como ditador de políticas públicas, passando a exercer funções executivas, mas sim o de um fiscalizador e cumpridor dos preceitos constitucionais que não estão sendo observados.

Em razão disso é que o Poder Judiciário assumiu uma posição intervencionista, característica de um Estado Social, pois também é dever do Judiciário a busca pela concretização dos preceitos constitucionais indispensáveis ao exercício da cidadania, assumindo um papel de efetivo Estado Democrático de Direito Ambiental.

Vejamos agora como que não basta somente que o Poder Judiciário concretize as políticas ambientais previstas na Constituição e operacionalizadas através principalmente do exemplo paradigmático da cláusula geral do artigo 225, mas é necessário que também a sociedade civil se conscientize ambientalmente, para que as decisões do Poder judiciário sejam justamente reflexo de uma sociedade civil ambientalmente educada.

106 DERGIN, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 18.

3.3 A conjuntura atual, novo papel do Poder Judiciário e conscientização ambiental da sociedade

Como visto anteriormente, houve alterações no perfil do Estado e, conseqüentemente, do Poder Judiciário, que assumem papel de suma importância na tentativa de uma transformação da sociedade. Com relação à busca por uma maior eficácia e concretização do Direito Ambiental, explicitam Bolzan de Moraes e Lênio Streck¹⁰⁷: “A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais.”

Sendo assim, verificou-se a importância do Poder Judiciário na observação e concretização das normas constitucionais ambientais, e também as limitações para que isso possa ocorrer de maneira eficiente.

Nota-se que o Poder Judiciário não pode transformar a sociedade sozinho. A lei, no Estado Democrático de Direito Ambiental, também é instrumento de transformação social, assim como a comunidade que, tendo acesso à educação e através da solidariedade, dará início a uma reestruturação social, a um avanço, para que haja diminuição da depredação da natureza e de alterações danosas ao meio ambiente, fazendo com que haja garantias de melhoria à qualidade de vida atual, preservando-a para as gerações futuras.

E é importante a consciência do Poder Judiciário, pois suas decisões servem de paradigmas para outras decisões. Estando elas protegendo o meio ambiente sadio, certamente outras decisões no mesmo sentido surgirão como expressa Plauto Faraco de Azevedo¹⁰⁸ ao dizer:

Na interpretação e aplicação da norma ambiental percebe-se nitidamente a politicidade da função judicial. A atividade do Poder Judiciário não se exaure como amiúde se pretende, na subsunção da lei aos fatos, o que pode levar aos excessos e surpresas da lógica formal aplicada ao direito. O processo hermenêutico sofre decisiva influência da idéia prévia que o intérprete tenha no direito, da vida e dos interesses em questão.

107 STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 94.

108 AZEVEDO, op.cit., p. 291.

Essa idéia é também observada e defendida por Paulo Stein,¹⁰⁹ que, a partir de exemplos concretos, pode afirmar: “O variado pessoal do Tribunal e sua natureza especializada (e uso substancial de testemunhas capacitadas) teve sucesso em gerar o conhecimento e precedentes necessários para facilitar uma tomada de decisões ambientais mais conscientes e melhores.” E segue dizendo o mesmo autor: “A criação de um tribunal especializado também elevou a conscientização pública e industrial em questões ambientais e de planejamento.”¹¹⁰

Logo, é muito importante que se destaque também o papel da sociedade, que, através da solidariedade e de uma mudança de pensamento, ou seja, de uma nova ética, formada mediante educação voltada para a consciência dos problemas ambientais, deve buscar suprir esta ausência do Estado.

É hora de repensarmos a nossa forma de agir, e se é do Estado a responsabilidade por todas as ações voltadas para a preservação do meio ambiente. A sociedade como um todo deve ajudar-se. Deve haver uma reintrodução da solidariedade na sociedade.

O Estado é visto como o único prestador de benefícios sociais, e isso gera uma certa acomodação e passividade da sociedade diante dos problemas ambientais, pois essa crê que seria do Estado, unicamente, o dever de resolver tais questões. Ora, isso deve ser mudado no pensamento de toda a sociedade. Agindo solidariamente, a sociedade civil e o Estado juntamente têm grandes chances de diminuir os problemas ambientais atuais e futuros.

A sociedade civil precisa ser recuperada e conscientizada de seu valor no Estado Democrático de Direito Ambiental atual, para que, juntamente com ele, possa lutar contra os problemas ambientais. É preciso que haja uma reintrodução da solidariedade na sociedade, como pensa Rosanvallon¹¹¹: “Como remediar isto? Não há outra via possível senão aproximar a sociedade de si mesma. Trata-se de torná-la mais densa, de multiplicar os locais intermédios de composição social, de reinserir os indivíduos em redes de solidariedade diretas.”

109 Justice Paulo Stein, Juiz do Tribunal de Terras e Meio Ambiente de New South Wales, Austrália.

110 STEIN, Paulo. **Direito ambiental mito ou realidade? um tribunal especializado em meio ambiente: uma experiência australiana.** In: FREITAS, Vladimir P. de. (Org.). **Direito Ambiental em evolução n.º 1.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 230.

111 ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-Providencia.** Trad. de Joel Pimentel de Ulhoa. Goiânia: Ed. da UFG, 1997. p. 90.

Essa reintrodução da solidariedade na sociedade é de vital importância para o Estado, pois este sozinho não tem condições de atender a todos os encargos que emergem dia a dia, e o Estado também assumiu uma postura solidária.

A partir dessa mudança de mentalidade por parte do Estado, do Poder Judiciário e da sociedade civil, principalmente pelos operadores jurídicos encarregados de aplicar o Direito, é que se poderá pensar em um meio ambiente sadio e preservado para as gerações futuras, como também salienta Adalberto Carim Antônio:¹¹²

Assim, os juízes, que também são cidadãos, destinatários desta fundamental tarefa, principiam incorporar uma posição mais condizente às necessidades prementes de seus jurisdicionados, sequiosos por qualidade de vida em um mundo de atmosfera cada vez mais suja, de mares e solo extremamente contaminados.

Já se pode analisar, a partir da evolução das concepções de Estado, das alterações do perfil do Poder Judiciário, que torna-se de suma importância a participação da sociedade no reconhecimento e na efetivação do Direito Ambiental.

A História nos tem mostrado que o Estado e a sociedade, nos moldes como atualmente se apresentam, nunca mostraram-se tão preocupados com os problemas ambientais como hoje em dia. Devido a isso, é fundamental o processo de conscientização e educação ambiental de toda a sociedade. Esta, juntamente com o Poder Judiciário, mais ciente de seu papel importante na efetivação e concretização dos direitos ambientais, poderá fazer com que haja maior preservação da natureza, havendo a conquista de um meio ambiente sadio e a conseqüente melhora da qualidade de vida.

A conscientização ambiental atingindo a todos, aqui especificamente o Poder Judiciário e a sociedade, trará muitos benefícios na preservação do meio ambiente, pois o Poder Judiciário, com essa consciência ambiental, certamente terá suas decisões sempre voltadas para o bem da coletividade, na intenção de preservar a qualidade de vida e assegurar um meio ambiente sadio.

A sociedade, tendo essa consciência, mudará suas atitudes no dia-a-dia, preocupando-se também em preservar o meio ambiente, deve desenvolver atitudes que envolvem uma maneira mais solidária de viver em sociedade.

112 ANTÔNIO, op. cit., p. 13.

Essa solidariedade deve vir por parte da sociedade entre seus agentes e também do Estado, com o pensamento agora voltado para à conservação da qualidade de vida e de um meio ambiente sadio também às gerações vindouras.

A sociedade, por seu comportamento, pode mudar o futuro, que pode ser incerto devido ao aumento dos problemas ambientais, ou pode ser visto com esperança pelas gerações futuras, se a mudança de comportamento atingir grande parte da sociedade e também os órgãos estatais, principalmente o Poder Judiciário.

Esse comportamento já está sendo alterado, como foi visto nos capítulos anteriores, e a preocupação com a diminuição dos problemas ambientais é tema que vem sendo muito discutido.

Isso leva-nos a crer que o atual período é propício para que a sociedade, o Poder Judiciário, enfim todo o Estado estejam voltados para a resolução dos problemas ambientais, com o intuito de ter uma melhora na nossa qualidade de vida, preservando o meio ambiente.

Mostra-se que o Poder Judiciário atualmente, devido às alterações de seu perfil, tem fundamental importância na concretização e efetivação dos direitos ambientais. A criação de uma jurisprudência favorável à coletividade e a conservação do meio ambiente, podem desenvolver uma consciência ambiental nos futuros magistrados e a partir daí, reestruturar o comportamento da sociedade diante da natureza.

Essa sociedade, desde séculos atrás, já vem demonstrando preocupação com os problemas ambientais, e agora se vê diante de uma situação preocupante, pois a degradação da natureza e a conseqüente diminuição da qualidade de vida, como por exemplo a poluição do ar e das águas, estão ameaçando a vida futura na terra.

Isso leva a sociedade atual a pensar profundamente em como deve se comportar para que possa diminuir os danos ao meio ambiente. Com isso, desenvolve-se uma preocupação, uma conscientização começa a surgir. Assim, tende-se a desenvolver uma nova ética na sociedade, voltada para a preocupação com a preservação do meio ambiente.

A sociedade está alerta para os riscos de comportamentos inadequados que, se mantidos, certamente comprometerão a qualidade de vida

atual e poderão condenar as gerações futuras a um meio ambiente totalmente poluído. E o descumprimento dessas promessas, levam a pensar em um novo modo de relação, entre Estado e cidadãos e o meio ambiente, diferenciada do modelo liberal clássico.

O risco eleva a consciência ambiental da sociedade como expressa Ulrich Beck:¹¹³

A percepção dos riscos ecológicos globais leva muitos a adotar uma posição fatalista. [...] . O que mais chama a atenção nos conflitos provocados por estes riscos é o fato de que âmbitos de decisão antes despolitizados tornam-se politizados em função da percepção pública dos riscos.

Torna-se necessário um novo modelo de organização social, sendo a consciência do risco que está vivendo, sob a égide de um modelo puramente econômico que não dá espaço para a conscientização e, ao mesmo tempo, concretização das necessidades ecológicas ambientais que estão surgindo. Estas precisam ser vistas com a importância que merecem, pois o ambiente em que vivemos é tão importante quanto pensarmos em como viver.

Não adianta, portanto, termos todos os problemas sociais resolvidos e não termos ar puro para respirar, ou praias e lagos para nadar, e o que ainda é mais importante e vital: não teríamos mais água potável suficiente na Terra.

É preciso pensar preventivamente, pois dessa maneira protegeremos e teremos consciência da importância que é o meio ambiente para a qualidade de vida atual no planeta.

Essa é a importância de a sociedade ter consciência do risco, da eminente crise ambiental que vem sendo ocultada.

A proteção ao ambiente tem que ser mais abrangente e urgente que a normatização do Direito Ambiental; é preciso termos mecanismos para proteger e prevenir, não apenas reparar os danos ambientais, pois o que realmente importa ao meio ambiente é a melhora da qualidade de vida e a sua conservação e preservação.

A reparação pecuniária, apesar de servir à própria preservação, não é bem vista, pois não temos como mensurar monetariamente um dano ao meio

113 BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo respostas à globalização. Trad. de André Caroni. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 175.

ambiente e repará-lo, pois tal fato poderá demorar anos para mostrar seus efeitos ou até mesmo alterar para sempre o ecossistema local, trazendo prejuízos atuais e às próximas gerações.

É certo que precisamos repensar a relação do homem, da sociedade com a natureza, é necessário constituir um novo vínculo entre a sociedade e a natureza, pois a relação do homem com a natureza, que é de domínio, demonstra que, se assim continuar, logo a natureza não terá condições de renovar-se, esgotando seus recursos naturais, afetando a vida da sociedade atual e também comprometendo a vida futura.

Neste mesmo sentido diz José Roque Junges:¹¹⁴

Trata-se de superar a mentalidade moderna que vê o ser humano como independente e desconectado do seu ambiente vital, posicionado acima e diante da natureza reduzida a objeto, para compreendê-lo inserido numa rede de interdependências bióticas e sociais, dos quais dependem a sua sobrevivência e o crescimento vital, humano e espiritual.

Essa sociedade, em busca de sua satisfação pessoal, alimentada pelo consumo desmedido e desnecessário, encontra-se diante de um dilema: de um lado há a necessidade de proteção e preservação dos recursos naturais, que estão sendo ameaçados justamente por este consumo em excesso; de outro lado, a sociedade encontra-se seduzida pelos apelos das indústrias e pelos próprios costumes que caracterizam a sociedade atual, de ser consumista e extremamente individualista.

Chega-se assim a um impasse, pois, o consumo desmedido só gera mais depredação ao meio ambiente, tornando a qualidade de vida atual e futura ameaçada. É importante destacar que uma parte da sociedade já tem consciência dessa ameaça e começa a mobilizar-se com mais intensidade e também começa a ser mais ouvida.

Esse papel de alerta é visto positivamente por Solange S. Silva-Sânches¹¹⁵, que também considera importante a participação da sociedade na discussão sobre os problemas ambientais, veja-se:

114 JUNGES, op. cit., p. 65-66.

115 SILVA-SANCHEZ, op. cit., p. 27.

A problemática ambiental coloca, pois, novas questões para a sociedade contemporânea. Abre um caminho para construção de uma cidadania coletiva: um novo exercício de cidadania, que vai além das limitações da cidadania construída no marco liberal.

Os homens têm uma ética muito peculiar, que muda conforme o tempo e as necessidades. Atualmente, é preciso fazer com que ética e moralmente o homem aceite a natureza e o meio ambiente não como objeto, uma coisa, mas como seres vivos, indivíduos.

Agindo dessa maneira, o homem poderia aceitar mais facilmente todas as decisões tomadas em favor da natureza. O homem continua pensando que a razão lhe dá um grau de superioridade em relação à natureza. O homem com a desculpa da “evolução” destrói a natureza de forma impiedosa.

A ética capitalista de criar necessidades, de extremo consumo, é muito mais perversa que qualquer animal em sua busca pela sobrevivência, pois ele só mata para alimentar-se, já o homem mata por vários motivos além da alimentação.

É necessária também a realização dos direitos sociais, vistos por alguns com superior importância no direito ambiental. Acredita-se que os dois direitos tenham fundamental importância para o pleno desenvolvimento do homem e do meio que o cerca.

É preciso certamente resolver esses problemas sociais; porém, para os teóricos mais voltados aos direitos do meio ambiente, essa importância é de mesmo teor para os dois direitos, como expressa o autor Fritjof Capra:¹¹⁶

[...] o aumento e a aceleração da destruição do meio ambiente natural no mundo inteiro é tão grave quanto, se não mais grave que os efeitos sociais. A meta central da teoria e da prática econômica atuais – a busca de um crescimento econômico contínuo e indiferenciado – é claramente insustentável, pois a expansão ilimitada no planeta finito só pode levar à catástrofe.

Esse alerta serve para que a cada dia novas pessoas conscientizem-se de que na natureza todos são atores de essencial importância, e que não basta apenas que o Poder Judiciário se torne mais ativista no sentido de concretizar os direitos ambientais, nem tampouco que se mude o senso comum

116 CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida saudável*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Pensamento, 2002. p. 157.

teórico dos juristas, abandonando antigos valores como o da segurança jurídica mitificada, em substituição por valores novos, como o da equidade, mas é de fundamental importância que a sociedade se conscientize ambientalmente, assim, as decisões do Poder Judiciário serão um reflexo do que a sociedade anseia para si, e para as próximas gerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hoje, porque o Estado em que vive não lhe assegura os direitos e as garantias que entende merecer, o homem, como ser social, quer uma alternativa viável, e essa alternativa, fruto de longos e profundos estudos dos cientistas sociais e políticos, pode estar no proposto Estado Democrático de Direito Ambiental, com o enfoque intervencionista apresentado neste trabalho, representado por um Poder Judiciário ativista, que reflita os anseios ambientais da sociedade, através da operacionalização de ferramentas legislativas contemporâneas, em especial a cláusula geral prevista no artigo 225 da Constituição Federal.

Também a partir do estudo da evolução do estado que passou de um Estado do Bem-Estar para um Estado Democrático de Direito Ambiental e das suas conseqüentes transformações, decorrentes desse avanço, percebe-se que o valor da segurança jurídica já não é mais absoluto, em vista da conseqüente materialização do Direito, que exigiu a positivação de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, como visto neste trabalho, em especial a cláusula geral prevista no artigo 225 da Constituição Federal.

Assim com a relativização do valor da segurança jurídica, as políticas do Estado Democrático de Direito Ambiental, principalmente as previstas na cláusula geral do artigo 225, encontram condições de possibilidade para sua realização.

A materialização do Direito, clama para que a comunidade jurídica dê o devido valor à concretização dos Direitos Ambientais contidos na Constituição Brasileira de 1988 – em especial na cláusula geral do artigo 225, elevando assim, como valor supremo do ordenamento jurídico brasileiro, não a segurança jurídica, mas o valor ético da equidade, da efetividade dos direitos ambientais, merecedores de proeminência e posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro.

Acreditando que também a hermenêutica jurídica desempenha um papel importantíssimo na concretização dos direitos ambientais, e que a norma por si só não garante a realização desses direitos, necessitando – de acordo com o

trabalho apresentado – de atuação ativa do Judiciário frente à Constituição, no que se refere à sua interpretação e à conseqüente concretização das normas jurídicas de direito ambiental, em especial na concretização da cláusula geral do artigo 225.

Chega-se, portanto à conclusão de que, apesar da mudança de papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito Ambiental, este não conseguirá concretizar os direitos ambientais se não houver uma mudança no senso comum teórico, e na consciência dos juristas brasileiros, sentimento este, de caráter conservador e inapto para realizar a concretização dos direitos ambientais.

E por fim, não basta somente que o Poder Judiciário concretize as políticas ambientais previstas na Constituição e operacionalizadas judicialmente principalmente através do exemplo paradigmático da cláusula geral do artigo 225, mas é necessário que também a sociedade civil se conscientize ambientalmente, para que as decisões do Poder Judiciário sejam justamente reflexo de uma sociedade civil ambientalmente educada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor*. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**/ Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Seção do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- AMARAL, Francisco. *A eqüidade no Código Civil brasileiro*. In ARRUDA, Alvim; CEZAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos controvertidos no novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2003.
- ANTÔNIO, Adalberto Carim. **Vara ambiental: uma realidade**. In. FREITAS, Vladimir P. de. (Org.). *Direito Ambiental em evolução n.º 2*. Curitiba: Juruá, 2001
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicómacos**. V, 10; Retórica I, 13. Madrid, Alborada, 1989.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. e GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica – alternativas para o direito**. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Do Direito Ambiental: reflexões sobre seu sentido e aplicação**. In: FREITAS, Vlademir P. de (Org.). *Direito ambiental em evolução n.º 1*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- BAUMAN, Zigmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo respostas à globalização. Trad. de André Caroni. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de M. Pugliesi, E. Bini e C. E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CALAMADREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra D. F. Barbery. Campinas, SP: Bookseller, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Ed. Almedina, 1998.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida saudável**. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Pensamento, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais**. Coimbra: Studia Universitaria, 1993.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. De J. Batista Machado. 3.ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

ESPÍNDOLA, Ruy S. **Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FARIA, José Eduardo. (org.) **Direito e justiça. A função social do Judiciário**. São Paulo: Atica, 1989ª.

FARIAS. Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). **Direito ambiental em evolução 1**. 2ª ed. Curitiba : Juruá, 2002.

_____. **Direito ambiental em evolução 2**. 2ª ed. Curitiba : Juruá, 2002

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a**

natureza. 6. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método, Volume I e II**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GALVÃO, Rodrigo (coord.). **Elementos de técnica legislativa: teoria e prática**. Florianópolis: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, Volume I e II**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio, B de. **Novo dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

ISERHARD, Antônio Maria. **A idéia de sistema jurídico e o novo código civil: uma contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do direito**. Anuário do programa de pós-graduação em direito: UNISINOS, 2001.

JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. **Responsabilidade civil do estado por danos ambientais**. (Brasil-Portugal) São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: Introdução á problemática científica do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: RT, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia Jurídica I**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 10ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

MAGALHÃES, Juraci Perez. **A evolução do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Oliveira Mender, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado : sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. RT 680, jun./1992.

_____. **O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro**. RT 753, jul/1998.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. **O Direito na Sociedade Moderna, contribuição à crítica da Teoria Social**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1979.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

MÜLLER, Friederich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-Observação. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea**. Curitiba: JM, 1987.

_____. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

ROCHA, Leonel Severo et all. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo, WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. **Direito ambiental e meio ambiente do trabalho. Dano, Prevenção e Proteção Jurídica**. São Paulo: LTr, 1997.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-Providencia**. Trad. de Joel Pimentel de Ulhoa. Goiânia: Ed. da UFG, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **A Constituição concretizada: Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed.rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHAPP, Jan. **Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica**. Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre, Fabris, 1985.

SILVA, Virgílio A. da. (Org). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico – jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 2. ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria**

geral do Estado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

_____. **O Direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro : ed. Revan, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de direito estrito eda ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001,

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e Teorias na Interpretação da Lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2 ed. Trad. A. M.: Botelho. Hespânia. Lisboa, Gulbenkian, 1967.