

Da crítica da dogmática jurídica à hermenêutica constitucional: reflexões sobre a (in)eficácia das normas de proteção do meio ambiente saudável

Wilson Levy¹

Há letra que mata e letra que vivifica ou até ressuscita. O Direito é, infelizmente, em muitos casos, simples letra morta, e a Justiça ainda mais, quando não se volve mesmo em letra que mata. Pelo rigorismo ou pelo laxismo, pela burocracia ou pela tortuosidade.

(*A constituição viva: cidadania e direitos humanos*,
Paulo Ferreira Cunha).

Resumo: O presente artigo pretende discutir a questão da ineficácia da proteção do meio ambiente saudável a partir da crítica da dogmática jurídica e da hermenêutica constitucional. Objetiva-se, com isso, verificar em que medida a moderna hermenêutica constitucional pode, através da consolidação de nova perspectiva e inserida num novo protagonismo do Poder Judiciário, contribuir para a superação do paradigma *liberal-individualista-normativista* que impera na prática jurídica brasileira e para contornar os problemas decorrentes da crise da dogmática jurídica na contemporaneidade.

Palavras-chave: Crítica da dogmática jurídica. Hermenêutica. Constituição. Meio ambiente. Direitos fundamentais.

Abstract: This article discusses the issue of ineffectiveness of protecting the healthy environment from the critique of dogmatic legal and constitutional hermeneutics. The objective is, thus, to determine the extent to which modern constitutional hermeneutics can, through the consolidation of new perspective and inserted into a new role of the judiciary, to help overcoming the liberal-individualist normative-paradigm practice that prevails in the Brazilian legal reality and to circumvent problems arising from the crisis in contemporary legal dogmatics.

Keywords: Criticism of dogmatic of law. Hermeneutics. Constitution. Environment. Fundamental rights.

¹ Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da USP, vinculado ao grupo de pesquisa Democracia, Justiça e Direitos Humanos – Estudos de Teoria Crítica, e da Associação Nacional de Direitos Humanos. Assistente Jurídico do Des. Renato Nalini, do TJ-SP. E-mail: wilsonlevy@gmail.com.

Introdução

Discutir a problemática da eficácia das normas protetoras do meio ambiente a partir de seu reconhecimento como componente constitucionalmente garantido da dignidade humana e, por correlato, dos Direitos Fundamentais, é de certa forma, lançar luz sobre um dos temas mais emergentes do mundo globalizado contemporâneo. Emergente, pois, ao não encontrar limites, a velocidade do contexto industrial pós-moderno, potencializada por uma cultura individualista e consumista,² toma de assalto os recursos naturais e os dizima em período desproporcionalmente menor do que o tempo levado para que a natureza os recomponha. Com isso, não poupa nem mesmo aquele que é considerado um bem essencial à existência saudável: o meio ambiente.

Em *terrae brasilis*, o cenário não é menos desanimador: O quarto maior poluidor do mundo, se contabilizadas as emissões de gases provocadas pelas queimadas, o país vê suas florestas, consideradas as maiores reservas de biodiversidade do mundo, serem devastadas em volume calculado em “campos de futebol”. Enquanto isso, padece do mesmo mal dos países em desenvolvimento que crescem sem planejamento, com a explosão de megalópoles industrializadas, carentes de saneamento básico e contumazes devastadoras de rios e da atmosfera, em que a poluição do ar representa, segundo estudos,³ cerca de dois anos a menos na expectativa de vida das pessoas.

² Importante reflexão sobre o assunto, que não será aprofundado neste artigo, pode ser encontrada na vasta produção do sociólogo francês Gilles Lipovetsky, da Universidade de Grenoble, da qual se extrai textos, como *A Era do Vazio – Ensaio sobre o Individualismo* (publicado pela Editora Manole em 2006) e *O Luxo Eterno* (publicado pela Editora Companhia das Letras em 2004). A obra de Eduardo C. B. Bittar, em especial sua tese de livre-docência, *O Direito na Pós-Modernidade* (2. ed., revista, atualizada e ampliada, publicada pela editora Forense Universitária em 2009) também é reveladora deste momento histórico, que se convencionou chamar “pós-modernidade”, em especial nas suas inter-relações com o Direito.

³ Anotícia, de 2002, é antiga: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG50233-6010,00-POLUICAO+DO+AR+PODE+TIRAR+ATE+DOIS+ANOS+DE+VIDA+DO+PAULISTANO.html>. Acesso em: 12.10.2009. O sucessivo incremento da quantidade de poluentes lançados pelo país na atmosfera pode significar ainda menos anos de vida.

É daí que emerge o problema que orienta esta reflexão: em que medida a hermenêutica constitucional pode dar conta do problema da ineficácia das normas protetoras do meio ambiente, em um cenário que é marcado, de um lado, pela complexidade das relações econômico-sociais, que tem por consequência a crua assertiva de que “*facticidade desmente a validade das normas*” (HABERMAS, 2002, p. 222),⁴ para utilizar expressão de Habermas em triste referência a uma “brasilização” do texto constitucional, e de outro por verdadeira prodigalidade de produção normativa que gera inclusive normas flagrantemente inconstitucionais?

O primeiro passo, decerto, passa pelo reconhecimento de que o tratamento normativo dado à matéria não pode passar incólume de críticas. Inserido numa dogmática jurídica viciada por aquilo que Luis Alberto Warat denominou *senso comum teórico dos juristas*, a eficácia das normas protetoras do meio ambiente torna-se objetivo de difícil consecução. Diagnosticar o problema e superar essas dificuldades, num país que é pródigo em produção normativa – produção que muitas vezes resulta em leis flagrantemente inconstitucionais – é tarefa complexa, mas que se pretende, ao menos, iniciar nesta reflexão.

Cabe também detectar em que medida a Constituição Federal está se convertendo em estranha à hermenêutica. É nesse sentido que é importante resgatar a previsão constitucional de tema que, na lição de José Renato Nalini corresponde ao “*primeiro direito intergeracional num texto fundante do Brasil*” (NALINI, 2008, p. 45). Com esse pano de fundo, a análise da (in)efetividade dos dispositivos contidos nas várias disposições contidas na Constituição pode contribuir para um movimento de retomada do prestígio que merece a matéria.

Dessa forma, este artigo será dividido em três pontos, a saber: a) direitos fundamentais e direito ambiental; b) crítica da dogmática

⁴ A citação do autor: “[...] o problema de Hegel retorna de outra maneira, quando consideramos aquelas sociedades em que o teor imaculado do texto constitucional não é mais do que a fachada simbólica de uma ordem jurídica imposta de forma altamente seletiva. Nesses países, a realidade social desmente a validade das normas, para cuja implementação faltam as condições efetivas e a vontade política. Uma semelhante tendência à ‘brasilização’ poderia até mesmo se apossar das democracias estabelecidas do Ocidente”.

jurídica; c) imbricações constitucionais e hermenêutica. Ao final, será apresentada uma breve conclusão, em que serão indicados os resultados desta investigação e se tentará solucionar o problema acima anunciado.

1 Delimitando o ponto de partida: o meio ambiente saudável como Direito Fundamental

Primeiramente, é importante estabelecer como marco reflexivo a convicção de que o meio ambiente saudável compõe, de maneira indissociável, o rol de direitos fundamentais e está inserto nos chamados *direitos fundamentais de terceira geração*. Na conceituação de Paulo Bonavides,

Os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado [são de interesse difuso]. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencial idade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, **ao meio ambiente**, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (BONAVIDES, 2001, p. 522, grifos nossos).

Tais direitos inauguram na ordem jurídica a noção de que sua interpretação e concretização devem escapar da esquemática consolidada na teoria do Direito, presa ao solipsismo e, portanto, à consagrada relação entre um sujeito cognoscente e um objeto cognoscível. Afirma-se isso pela evidente dificuldade de se identificarem esses elementos em face da complexidade das relações e da transversalidade e pluralidade de interesses envolvidos. Como patrimônio comum da humanidade, retomam também o caráter de elementos constitutivos do viver dignamente, ou seja, da *dignidade humana*.

Daí a moderna teoria constitucional consagra-los como *dignidade humana como referência ao outro*, asseverando expressamente que não há como pensar os direitos fundamentais a partir das ações e interesses do indivíduo, mas sim ponderando sua interconexão com todos os envolvidos. Cita-se, aqui, a reflexão de Peter Häberle, sobre o entendimento doutrinário e jurisprudencial de seu país em sede de direitos fundamentais e dignidade humana:

Os conceitos científico-sociais de identidade confortam, além disso, o reconhecimento jurídico que segue: na dignidade humana a “referência ao outro” é pressuposta. O reconhecimento da “igual dignidade humana dos outros” forma a ponte dogmática para o enquadramento intersubjetivo da dignidade humana de cada um, tal como dá conta a jurisprudência praticada pelo Tribunal Constitucional Federal [da Alemanha] sobre a imagem do homem ou como demonstra a concretização levada a efeito no catálogo de direitos fundamentais. (HÄBERLE, 2005, p. 127).

E prossegue:

Compreendido de modo científico-cultural isso abrange a perspectiva gene racional supra-individual: a conexão entre gerações institui uma comunidade responsável, à qual o indivíduo nem deve, nem pode, se subtrair. Nossos textos constitucionais positivos também têm tomado progressivamente consciência da perspectiva das gerações e lançam um olhar para o futuro de um povo e dos seus cidadãos “videntes” com dignidade humana. Isso também gera responsabilidades e deveres. Exemplo disso são os novos questionamentos da técnica genérica [e por que não do direito ambiental?] (HÄBERLE, 2005, p. 128, grifos nossos).

Ao mesmo tempo, parece evidente que a dignidade humana corresponde a “*verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica*” (MOTA PINTO, 2008, p. 89). É nesse sentido que Ingo Sarlet afirma que:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio

normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais” [aqui citando José Afonso da Silva, *A dignidade da pessoa humana...*, p. 92], exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.⁵

Segundo uma abordagem histórica, é possível apontar a rigidez dos direitos fundamentais como herança do pós-II Guerra Mundial, de forma a assegurarem-se às gerações presentes e futuras a garantia de impossibilidade de violação de tais direitos, diante das atrocidades que foram cometidas pelo regime nazista. No caso brasileiro, a CF/88 reforçou a indisponibilidade desses direitos com a minuciosa descrição de suas hipóteses no extenso art. 5º, reforçadas com a necessidade de superação do período histórico anterior, marcado pela violação sistemática dos direitos e garantias individuais e dos próprios direitos humanos.

Sobre essa rigidez dos direitos fundamentais, tem-se a análise de Luigi Ferrajoli, citado por Lenio Luiz Streck:

Para Ferrajoli, a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais – impondo obrigações e proibições aos poderes públicos – tem produzido efetivamente na democracia uma dimensão “substancial”, que se acrescenta à tradicional dimensão “política”, meramente “formal” ou “procedimental”. Com efeito, se as normas formais da Constituição – aquelas que disciplinam a organização dos poderes públicos – garantem a dimensão formal da democracia política, que tem relação com o “quem” e o “como” das decisões, suas formas substantivas – as que estabelecem os princípios e os direitos fundamentais – garantem o que se pode chamar de dimensão material da “democracia substancial”, uma vez que se refere ao conteúdo que não pode ser decidido e ao que deve ser decidido por qualquer maioria, obrigando a legislação, sob pena de invalidade, a respeitar os direitos fundamentais e aos demais princípios axiológicos por ela estabelecidos. (STRECK, 2005, p. 49).

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 88.

Dadas essas definições, nessa esteira, é indispensável mencionar a impossibilidade de o Poder Judiciário tutelá-los segundo uma ótica processual *liberal-individualista*, ou seja, como se fosse um mero conflito entre duas partes, a despeito de sua predominância no Brasil.⁶

Conclui-se, nesse sentido, que os direitos fundamentais não existem se não forem considerados segundo a perspectiva de uma comunidade (e dentro dela, da perspectiva *geracional*), o que implica dizer que sua interpretação não pode ser operada a partir de uma perspectiva individualista ou não contextualista, e que são dotados de profunda rigidez, na esteira das conquistas históricas nas quais se inserem. Reconhecidos como direitos fundamentais, não se pode olvidar de que os direitos do meio ambiente agregam em seu conjunto axiológico todas essas premissas.

Isso posto, passa-se para a análise do *mandamento de proibição de excesso* e da *proibição de retrocesso*.

A proibição de excesso (*Übermabverbot*) não foi acolhida expressamente pelo constituinte de 1988. Contudo, sua aplicação está garantida se se entender – como se deve efetivamente entender – que este é um princípio norteador do Estado Democrático de Direito, o qual foi (ou pretendia ser) inaugurado pelo texto constitucional.

⁶ Sobre isso, tem-se a crítica de Willis Santiago Guerra Filho: Verifica-se, contudo, que a processualística moderna, desenvolvida em moldes privatísticos, não apresenta um aparato conceitual e institucional capaz de dar conta da tarefa de garantir o respeito a tais direitos [do meio ambiente], não mais individuais, mas sim “comunitários”. O próprio conceito de “lide”, correspondente ao objeto do processo, do direito positivo e dogmática processuais brasileiros, nos termos clássicos: “conflito intersubjetivo de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita” –, não se aplica aos conflitos sociais em torno do meio ambiente e outros bens objetos de interesses coletivos ou difusos, pois se trata de conflitos “plurissubjetivos”, e a pretensão de se usufruir tais bens não pode ser propriamente questionada, pois há uma convergência da necessidade de todos partilharem deles. [...] Observa-se, assim, que é fundamentalmente na dimensão processual que há um déficit legislativo e doutrinário, responsável pela escassa efetividade das normas de direito material sobre meio ambiente, que em geral são bastante razoáveis, ficando-se na espera de que sejam observadas (GUERRA FILHO, 2001, p. 117).

Representa, de todo modo, um mecanismo destinado a preservar os direitos fundamentais, coincidindo com a própria essência do texto constitucional. Por lidar com questões de natureza transindividual, é essencial às discussões contemporâneas, como o próprio direito ambiental e sua já dita relação com interesses difusos e coletivos.

Na conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet, a proibição de excesso constitui um limite a eventuais limitações, adequações ou reformulações dos mandamentos fundamentais de uma Constituição, às quais não poderão, sob qualquer hipótese, ser excessivamente onerosas diante dos interesses sociais e coletivos (SARLET, 2007).

Para Guerra Filho, concordando com Joaquim Carlos Salgado, tal princípio bebe da fonte da teoria da justiça equitativa, igualdade proporcional, que remonta à teoria da justiça de Aristóteles, que parece mais adequada em face do problema em exame, ante a igualdade formal e suas distorções. Sua aplicação na prática jurisdicional, para o autor, parte da perspectiva de que ele:

Pressupõe a existência de valores estabelecidos positivamente em normas do ordenamento jurídico, notadamente naquelas com a natureza de um princípio fundamental, também requer um *procedimento* decisório, a fim de permitir a necessária ponderação em face dos fatos e hipóteses a serem considerados. Tal procedimento deve ser estruturado – e, também, institucionalizado – de uma forma tal que garanta a maior racionalidade e *objetividade* possíveis da decisão, para atender ao imperativo de realização de justiça que é imanente ao princípio com o qual nos ocupamos. Especial atenção merece, portanto, o problema do estabelecimento de formas de participação suficientemente intensiva e extensa de representantes dos mais diversos pontos de vista a respeito da questão a ser decidida. (GUERRA FILHO, 2001, p. 85).

A proibição de retrocesso determina que nenhum ato do poder público pode provocar retrocesso de direitos fundamentais, sendo este, portanto, um princípio fundamental de hermenêutica constitucional. A partir disso, parte da correta premissa de que deve ser aplicado quando a Constituição não está sendo cumprida, em especial no plano das políticas

públicas que deveriam reduzir as desigualdades sociais, e, por que não, no impedimento da exploração do patrimônio ambiental.

Assim, no que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle de constitucionalidade das Leis, *pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais*. Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), *é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade*. (STRECK, 2005, p. 56).

Nessa esteira, a jurisprudência estrangeira é farta e deveria ser acolhida pela doutrina e pela jurisprudência pátrias. Oportuno relatar, aqui, a jurisprudência portuguesa, que traz importante contribuição para a proteção de direitos fundamentais, dentre os quais certamente se encontra o direito ao meio ambiente preservado. A citação é de Streck (2005, p. 56):

Veja-se nesse sentido, a importante decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, que aplicou a cláusula da “proibição do retrocesso social”, inerente/imanente ao Estado Democrático e Social de Direito: “... *a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao Direito Social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social*” (Acórdão n. 39/84 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa).

No direito ambiental, a proibição de retrocesso se assenta em princípios norteadores do que Carlos Alberto Molinaro chama de Estado Socioambiental. Com ele:

Quando referimos o *princípio da proibição da retrogradação socioambiental* e fazemos visível o seu objeto, *vedação de degradação ambiental*, queremos afirmar *uma proposição empírica, que através de uma eleição valiosa de nossa existência e desde uma perspectiva intergeracional, não permite ou impede que se retroceda a condições ambientais prévias àquelas que desfrutamos presentemente*. O princípio da proibição de retrogradação socioambiental assim concebido é um importante preceito normativo cujo objetivo é impedir ou vedar que as condições ambientais que desfrutamos retornem ao *statu quo ante*. (MOLINARO, 2006, p. 80, grifos no original).

Para o autor, também, não há que se falar em Estado socioambiental sem considerar o princípio da precaução que acolhe a máxima *in dubio pro ambiente* (a expressão é de J. J. G. Canotilho, do texto *Direito público do ambiente*). Tal princípio está fundado no princípio da cautela (no alemão, *Vorsichtsprinzip*), enquanto atuação preventiva diante de potenciais riscos de contaminação do meio ambiente, que surgiu no direito alemão dos anos 1970, amadureceu no encontro da ONU de Estocolmo, de 1972, e se consolidou no direito brasileiro através do art. 225 da Constituição Federal de 1988.⁷

Está-se diante, portanto, de matéria cuja natureza de direito fundamental goza de posição consensual. Pois se trata de:

Direito fundamental, quer na dimensão real ou teórica, quer na dimensão positiva”, tanto mais após 1988, a fundamentalidade do direito justifica-se, primeiro, em razão da estrutura normativa do tipo constitucional (“Todos têm direito...”); segundo, na medida em que o rol do art. 5º, sede principal de direitos e garantias fundamentais, por força do seu § 2º, não é exaustivo (direitos fundamentais há – e muitos – que não estão contidos no art. 5º);

⁷ Outros princípios, corolários da proibição de retrocesso, são o da precaução (*Vorsorgeprinzip*), o princípio da responsabilidade causal (*Verursacherprinzip*) e o princípio da cooperação (*Kooperationsprinzip*). Em especial, o princípio da responsabilidade causal é intimamente vinculado ao princípio 16 da Declaração Rio/92, denominado ordinariamente de *poluidor-pagador*, e que agrega a necessidade de imputação de dever de responder pelo dano provocado.

terceiro, porquanto, sendo uma extensão material (pois salvaguarda suas bases ecológicas vitais) do direito à vida, garantido no art. 5º, caput, reflexamente, recebe desde as bênçãos e aconchego, como adverte a boa lição de Nicolao Dino, segundo a qual, “o direito ao meio ambiente caracteriza-se como um corolário do direito à vida”. (BENJAMIN, 2007, p. 102).

Dessa maneira, torna-se claro o estatuto de direito fundamental conferido ao meio ambiente. Passa-se, agora, ao primeiro passo no sentido de desvelar o problema da ineficácia de tais normas: a crítica da dogmática jurídica.

2 A crítica da dogmática jurídica: as verdades pressupostas engessadas na doutrina e a ineficácia das normas protetoras do meio ambiente

A história das verdades jurídicas no Ocidente, como discurso estruturador da instituição social, é uma palavra enigmática. A ciência jurídica, como discurso que determina um espaço de poder, é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social. (WARAT, 1995, p. 57).

Caracterizado o direito ao meio ambiente saudável como direito fundamental, cumpre agora iniciar a reflexão a respeito da ineficácia de suas normas.

Primeiramente, é necessário apresentar, ainda que de maneira breve, alguns aspectos relacionados ao problema da ineficácia das normas jurídicas no contexto contemporâneo. Problema que se revela profundamente vinculado à crise das instituições e à dependência, cada vez maior, do Direito das demais dimensões da existência humana: o social, o cultural, o político, o econômico.

De acordo com Eduardo C. B. Bittar:

Quando se está a falar da crise de eficácia do sistema jurídico, deixou-se de pensar no microuniverso da norma, pois não se está a falar de mera crise pontual de certas normas do sistema jurídico. Quando se tematiza a crise de eficácia se está a falar dos modos pelos quais o sistema como um todo está sendo incapaz de responder às necessidades sociais, e, mais do que isto, se está a discutir o quanto o comprometimento do sistema jurídico não é representativo e significativo no contexto da pós-modernidade. [...] Quando o sistema jurídico não está permeável para absorver identidades, mas apenas testemunha sua ampla defasagem em face dos avanços tecnológicos, reconhecendo a impossibilidade de atender a tantos e tão conflituosos fluxos de divergentes interesses, torna-se inábil para cumprir sua fundamental meta de pacificação do convívio social e de mediação regulamentada dos interesses sociais (convergentes e divergentes). (BITTAR, 2009, p. 212).

Embora relacionado à permeabilidade e à instabilidade inerentes à pós-modernidade – momento marcado, no direito, pela erosão dos conceitos tradicionais de validade e legitimidade e pela multiplicação e complexificação dos conflitos sociais – é certo que o problema da ineficácia do direito, no contexto do que se pretende enfrentar neste trabalho, também encontra relação com o modelo de dogmática jurídica predominante no Brasil.

Trata-se de dogmática eivada por uma crise epistemológica de contornos cada vez mais evidentes, ante a facticidade conflituosa e descrente nas soluções jurídicas que se avolumam. Dessa maneira, passa-se a crítica à dogmática jurídica, a partir da noção de senso comum teórico dos juristas de Luis Alberto Warat, autor que dedicou profundo e profícuo estudo ao tema.

Tradicionalmente, o papel atribuído à dogmática jurídica é de ser o meio – seguro e eficaz – para a “decidibilidade dos conflitos”. Esse processo tem como premissa fundamental a “inegabilidade dos pontos de partida”, calcada, por sua vez, na ideia de legalidade, e está fortemente vinculada às noções de certeza, de técnica e de cientificidade dos saberes, oriunda do que se convencionou chamar de paradigma filosófico da modernidade. É nesse sentido que, para Tercio Sampaio Ferraz Jr., a elaboração do sistema jurídico

[...] resulta, pois, de diferenciações e de ligações. Os sistemas não são construídos pela ciência dogmática por puro gosto especulativo (por exemplo, conforme um objetivo formal de concatenar logicamente proposições, como o faz um matemático), mas tendo em vista a decidibilidade dos conflitos. (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 71).

Todavia, embora represente uma forma de se pensar o direito, que não pode ser desprezada exatamente por seu caráter de ponto de partida reflexivo, tal noção está longe de configurar uma posição teórica isenta de impasses ou suficiente para resolver o problema que se impõe solucionar. Não deixa de ser científica e pragmática a assertiva de que

[...] as questões “dogmáticas” são tipicamente tecnológicas. Nesse sentido, elas têm uma função diretiva. Pois a situação nelas captada é configurada como um dever-ser. Questões desse tipo visam possibilitar uma decisão e orientar a ação. (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 91).

Mas qual a razão dessa visão não ser absoluta? Para desvendar esta questão e antes de aprofundar a discussão da crítica do conhecimento e da dogmática jurídica, é importante explorar as contribuições trazidas pela filosofia, notadamente pela corrente que se convencionou chamar de Teoria Crítica para a compreensão do problema da crítica do conhecimento de um modo geral, como modo de pensar comprometido com o desnudar das contradições da racionalidade moderna rumo à reconstrução dos pressupostos emancipatórios que fundavam o pensamento iluminista.

Nesse sentido, Jürgen Habermas, em seu texto *Conhecimento e interesse*, traz um dos primeiros contributos à verificação crítica da ciência e da razão na modernidade, revelando que, ao defender sua posição tributária do “duvidar radicalmente”, a teoria do conhecimento aproveita-se de um longo processo formativo e, portanto, de um nível reflexivo que passa despercebido de sua apreensão, e que, por isso, não pode ser legitimado. Ao adotar um conceito normativo de ciência, a teoria do conhecimento toma as categorias do saber que se encontram disponíveis, como forma prototípica de conhecimento. É por isso que, para Immanuel Kant, a matemática e a física, por seus fundamentos de

verificabilidade perene, ao menos em sua época, representariam uma forma de “andamento seguro da ciência”.

Portanto, tudo aquilo que não pudesse ter atribuído essa segurança, era considerado o “tatear de conceitos vazios”, cuja denominação de “ciência” era designação eivada de falsificação. Neste sentido, segundo Habermas:

A metafísica pertence a essas ciências. Comparado com o distintivo pragmático do progresso científico, o procedimento da metafísica não tem sucesso. Kant apreciaria, por isso, “que a exemplo dos geômetras e dos pesquisadores da natureza, nos propuséssemos a fazer uma completa revolução com ela”. O empreendimento próprio a uma crítica da pura razão especulativa pressupõe, de saída, a obrigatoriedade normativa de uma *determinada* categoria do saber. A partir da pressuposição de que os enunciados da matemática e da física da época têm o valor de um conhecimento seguro, a crítica do conhecimento pode assenhorar-se de proposições fundamentais, que se corroboraram naqueles processos investigatórios e, uma vez parindo deles, concluir acerca da organização de nosso potencial cognitivo. Pelo exemplo dos pesquisadores da natureza, os quais entenderam que a razão tão-somente reconhece aquilo que, consoante seu projeto, ela mesma traz à luz, Kant sente-se não apenas psicologicamente animado a refazer a metafísica de acordo com o mesmo parâmetro básico; ele depende, muito mais, deste exemplo, já que a crítica do conhecimento, aparentemente isenta de pressupostos, precisa arrancar um precedente, isto é, um critério de validade inerente aos enunciados científicos, um critério não identificado mas, ao mesmo tempo, obrigatório. Também a metodologia moderna adquire poder pseudonormativo pelo fato de primeiro distinguir determinada categoria do saber tradicional como protótipo da ciência para generalizar então os procedimentos que tornam possível uma reconstrução deste saber, refundindo-o numa definição de ciência. (HABERMAS, 1987, p. 34).

Essa a conformação clássica da ciência moderna. Embora em termos que não serão aprofundados nesta análise, é certo que desde Hegel tem-se que a autoconsciência kantiana, antes de tornar o “eu” disponível a “mim

mesmo” – e, portanto, revesti-lo de um conceito normativo – está fundada em uma consciência opaca e não transparente para ela mesma. Com isso, começa a balançar duas noções caras à modernidade: a primeira, de que sujeito e objeto são elementos autônomos do processo de conhecimento, e que o objeto é apreensível em sua integralidade pela mente do sujeito cognoscente que se despe de sua subjetividade para analisá-lo de maneira neutra (a filosofia da consciência); e a segunda, de que o verdadeiro conhecimento, dotado de segurança, é aquele que se funda em pressupostos científicos verificáveis – pressuposto que levou Habermas a diagnosticar que “a ciência não foi, a rigor, pensada filosoficamente depois de Kant”, na medida em que “o lugar da filosofia foi deslocado pela própria filosofia. Desde então, a teoria do conhecimento teve que ser substituída por uma metodologia desamparada de pelo pensamento filosófico” (HABERMAS, 1987, p. 26).

O balançar, porém, não se faz sem custo: essa reiterada sujeição da filosofia à noção calcada na segurança científica foi responsável pela caracterização do modo de pensar da modernidade, na medida em que, ao desprover de credibilidade, de um lado, boa parte do conhecimento filosófico produzido depois de Kant, pela impossibilidade de verificar suas hipóteses conforme procedimentos de laboratório e ao revestir a racionalidade científica de única capaz de dirigir a vida dos homens rumo ao progresso o pensamento moderno operou um deslocamento da ótica da razão objetiva.

Tal modalidade, capaz de refletir sobre os valores e as relações entre os seres humanos, cedeu espaço para uma primazia da razão subjetiva e instrumental, que orienta a adequação de meios a fins, a dominação da natureza, em que “o homem tornou-se gradativamente menos dependente de padrões absolutos de conduta, de ideais universalmente unidos. Tornou-se tão completamente livre que não precisa de padrões, exceto o seu próprio” (HORKHEIMER, 2005, p. 101).

É assim que, na crítica do conhecimento e da dogmática jurídica, pode-se dizer que o Direito moderno – positivado, codificado, dicotomizado (direito público x direito privado, direito comercial, administrativo, civil, penal, processual, constitucional) e atomizado,

instituído a partir de uma noção tripartida dos poderes, fundado na noção de segurança jurídica e, em muitos casos, criado e adaptado para atender às demandas dos “donos do poder” – é decorrência imediata dessa metodologia fundada na filosofia da consciência; os problemas observados no campo filosófico podem ser identificados, com repercussões ainda mais problemáticas no campo jurídico.

A filosofia da linguagem trouxe, a partir dos anos 1960 e 1970, a perturbadora informação de que o Direito era uma construção discursiva, o que esvaziou o conteúdo de busca pela verdade essencial até então (e, como se verá, ainda hoje) predominante nas principais reflexões do campo da hermenêutica jurídica.⁸ Com Luis Alberto Warat, citado por Streck chega-se ao diagnóstico de que a dogmática jurídica ainda sofre de uma “compulsiva lógica da aparência de sentidos, que opera como uma espécie de garantia de obtenção, em forma retroativa, de um significado que já estava na lei desde sua promulgação”.⁹

Desse cenário é que surgem as (re)construções no campo da hermenêutica jurídica, em que:

[...] começando por Aníbal Bruno, interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido, sendo que, quando a lei é clara (*in claris non fit interpretatio*), a interpretação é instantânea. [...] Na mesma linha, Paulo Nader entende que interpretar a lei é fixar o sentido de uma norma e descobrir a sua finalidade, *pondo a descoberto* os valores consagrados pelo legislador. Para

⁸ É por isso que para António Manuel Hespanha, “pensou-se, durante muito tempo, que a interpretação consistia em relacionar duas entidades autônomas e independentes uma da outra: o sinal (ou significante) e a ‘coisa’ (ou significado). De tal modo que, se se aplicassem métodos rigorosos, o resultado da interpretação tenderia para ser um, e um só, podendo ser fixado de uma vez por todas. Na filosofia clássica, como se entendia que o conhecimento certo consistia na reprodução [cópia, replicação], no intelecto de uma coisa existente, autônoma e invariável no mundo exterior (*adequatio intellectus rei* [adequação do intelecto à coisa]), a interpretação – uma das modalidades do conhecimento – era, correspondentemente, a identificação daquela situação, a que o sinal (o discurso, o texto) se referia” (HESPANHA, 2007, p. 533).

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 96.

ele, *todo subjetivismo deve ser evitado durante a interpretação*, devendo o intérprete visar sempre à realização dos valores magistrais do Direito: justiça e segurança, que promovem o bem comum. Carlos Maximiliano, autor da clássica obra sobre hermenêutica, entendia que interpretar é a busca do esclarecimento, do *significado verdadeiro de uma expressão*; é extrair de uma frase, de uma sentença, de uma norma, *tudo o que na mesma sem contém*. Aproximava-se – e não é temerário afirmar isto –, da tese objetivo-idealista defendida por Emilio Betti, pela qual era possível a reprodução do sentido originário da norma. [...] Mais contemporaneamente, Maria Helena Diniz entende que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos. (STRECK, 2005, p. 98).¹⁰

Dáí se pergunta: o que são “valores magistrais”? O que é “bem comum”? O que é segurança jurídica? O que é “sentido originário da norma”? Qual é o seu “alcance”? Será mesmo que é possível se falar em um legislador onipresente, cuja vontade é, assim como o saber científico, produzido mediante processos desprovidos de subjetividade, em que a neutralidade assume ares de método de trabalho, e cuja extensão no tempo pode ser indefinida?

Uma resposta a essas inquietações pode ser encontrada nos trabalhos de Luis Alberto Warat, que desenvolve, nos anos 80, a ideia do senso comum teórico dos juristas. Essa ideia descortina os elementos silentes da pretensa neutralidade do saber, e assim abala a dogmática jurídica. É na constatação de que o método kantiano de autorreferibilidade, capaz de fornecer respostas seguras conforme a reiteração de hipóteses que se validam conforme uma verificação original, é insuficiente para dar conta da complexidade das relações sociais, e mais, que esse método na verdade esconde a intrincada rede de poder por trás das instituições decantadas do Estado – este, segundo Warat, uma “instância de censura, do

¹⁰ Embora as reflexões desenvolvidas por Streck culminem em propostas filiadas à hermenêutica filosófica, especialmente com foco em autores como Gadamer e Martin Heidegger, que não são adotados aqui como referenciais teóricos, os problemas apresentados por ele são inquietantes e merecem aprofundamento, ainda que a partir de outras abordagens filosóficas.

segredo e do silêncio” (WARAT, 1995, 63) –, em que ele diagnostica uma responsabilidade pela criação de uma cobertura racional para pretensões de dominação, reproduzidas por inércia atemporal pela doutrina e pela jurisprudência; doutrina que, embora reconheça o caráter polissêmico e às vezes contraditório da norma, não deixa de dar a ela papel central no pensamento jurídico e, ao mesmo tempo, fundamento para o pensamento zetético.

Com efeito,

[...] estas observações dizem respeito a um forte laço que se foi tecendo entre o juridicismo que sustenta as crenças sobre o Estado de Direito e as formas de um saber, que em nome da Ciência, postula a objetividade para impedir a formação de novas identidades coletivas. Um jogo de conexões ambíguas vai gerando um certo “clima”, um horizonte que faz possível o conjunto das interpretações da lei: disfarçando o caráter político das mesmas estratégias míticas, dissimulam o fato de que todo processo interpretativo é sempre a manifestação de um poder. O exercício do poder de produzir os sentidos da lei. No caso, um poder que, por outro lado, não consegue, na perspectiva jurídicista, transgredir a estrutura de dominação que lhe outorgou tal faculdade. (WARAT, 1994, p. 28).

Além disso, o Direito teria, em si, um caráter mítico, entendendo “mito” como uma forma específica da manifestação do plano ideológico no plano do discurso, destinado, de um lado, a provocar a pacificação das consciências através da aceitação e conformação com as contradições sociais e da veneração das formas de poder instituído, e de outro para deslocar os conflitos sociais para o lugar “instituído da lei”, tendo em vista torná-los menos visíveis.

Neste sentido, o senso comum teórico dos juristas pode ser entendido como um conjunto de elementos interiorizados, preconceitos, ideologia, crenças, colocados por trás do método dos juristas, em que são verificados também:

[...] uma série de pressupostos sobre a própria concepção de ciência e seu valor social que se aceitam como opiniões intocáveis.

É o imaginário da linguagem científica que dá a seus enunciados atribuições impossíveis: estabelecer palavras sem ambiguidades, eliminar os componentes míticos da verdade, situar o erro como polifonia e a verdade como univocidade, impor a ilusão da linguagem como versão objetiva do mundo, eliminar a determinação conotativa da verdade etc. (WARAT, 1995, p. 98).

E na medida em que o senso comum teórico se impõe como uma realidade por trás da aparente conformidade teórica do Direito, a própria distinção, enunciada no início do ponto, entre dogmática e zetética torna-se problemática. Embora, mesmo Viehweg não tenha admitido, originalmente, que a zetética pudesse se sobrepor à dogmática ou até mesmo transformá-la, a ideia de uma complementaridade é posta à prova por Warat, quando afirma que a zetética, antes de compreender uma esfera independente e reflexiva, está instalada no interior da dogmática e por isso sofre, assim como ela, os efeitos do senso comum teórico dos juristas:

A zetética dogmática é a pesquisa levada a cabo para reforçar e corrigir a dogmática. Ela se realiza no interior da dogmática. Não se assenta sobre opiniões correntes, senão em opiniões legitimadas pelas comunidades e cientistas sociais. A pesquisa é dogmática porque não apenas se realiza em seu interior, como também não ultrapassa os seus limites. É chamada a dar flexibilidade à dogmática, “interpretabilidade, declinabilidade e discutibilidade do núcleo conceitual a fim de poder mantê-lo nas diferentes situações”, segundo as palavras de Viehweg. Representa, em relação à dogmática, um pensamento complementar e corretivo. Atua dentro dos limites da própria dogmática para resguardar sua efetividade retórica. Seria a atualização ideológica da dogmática. Para mim não existem dúvidas em falar em uma ideologia jurídica que está na base da dogmática e da zetética jurídicas. A zetética dogmática teria a função básica de legitimar valorativamente o sentido das normas legais vigentes, determinar as soluções derivadas das mesmas e os procedimentos argumentativos aceitáveis, para modelar, a partir de dogmas legitimados, o que é o direito positivo em todas as suas manifestações, ou seja, legitimar as ciências e as opiniões não demonstradas, a partir dos quais se tomam decisões e se admitem raciocínios persuasivos. (WARAT, 1994, p. 29).

Ao determinar o que pode ser discutido, dentro do que é legitimado pela comunidade dos juristas, a zetética exclui também as contribuições heterodoxas, taxadas de “saber não científico”. Independentemente de um debate amplo sobre seus pressupostos e fundamentos, é a resposta padrão do *status quo* jurídico quando as problematizações oriundas do chamado “Direito Alternativo” são chamadas a contribuir com a solução de um determinado conflito. “Isso não é científico. Isso é ideologia, isso é um debate despropositado”. Da mesma maneira, tem-se o efeito do discurso da autoridade como elemento limitador do acesso ao argumento jurídico: ao criar um conjunto de expressões técnicas, de liturgias, de procedimentos delimitados, de expressões consagradas, somente o especialista, cuja figura associa-se a do “grande doutrinador e jurisconsulto”, pode decifrar o saber jurídico, convertendo-o em privilégio dos integrantes de um verdadeiro “monastério dos sábios” e mantendo-o alienado dos componentes sociais.

Nesse diapasão, aprofundando a discussão no plano da psicanálise, Warat assevera que

[...] o sentido comum teórico dos juristas como parte da visão de mundo juridicista poderia ser caracterizado, em uma nova aproximação, como o “superego” da cultura jurídica: uma instância de julgamento e censura que impede os juristas de produzir decisões autônomas em relação a esse nível censor. Assim, o ego dos juristas crê igualar o modelo da lei, adaptando sua palavra às significações que presume contidas na lei. Ele encarna ingenuamente a palavra da lei sem advertir que está adaptando um conjunto de significantes. (WARAT, 1994, p. 82).

Embora não responda ainda ao problema que se colocou para esta análise, é certo que a problemática da ineficácia da proteção ao meio ambiente tem sua formação umbilicalmente ligada a esse diagnóstico apresentado – do que realmente está por trás da dogmática jurídica e sua pretensão de cientificidade. Assim, pouca neutralidade sobra quando se pensa nas leis produzidas por bancadas ruralistas no parlamento – leis cujo processo de elaboração, aliás, passa batido na maior parte das aulas durante os cinco anos de uma faculdade de Direito. Agora que um indício

importante da origem do problema foi estabelecido, segue-se, adiante, com o papel da hermenêutica jurídica em sua superação.

3 Caminhando para a solução do problema: a hermenêutica constitucional ou “como a constituição não pode continuar sendo uma estranha à hermenêutica jurídica”

No ponto anterior, exploraram-se as contradições contidas na dogmática jurídica e suas repercussões para a identificação do lugar em que nasce o problema da ineficácia das normas ambientais. Neste, por sua vez, tentar-se-á demonstrar como o senso comum teórico expande seus tentáculos para a hermenêutica jurídica, e em que medida uma hermenêutica – constitucional – comprometida, de um lado, com a efetivação das promessas da constituição, e de outro como uma trincheira de defesa dos direitos fundamentais, por ser fonte de um vasto conteúdo principiológico, e pode ser capaz de dar cabo desse problema.

Fosse o problema desta investigação superável no plano normativo, toda a discussão realizada no item anterior seria desnecessária. Isso porque a proteção do meio ambiente está consolidada no art. 225 da Constituição Federal de 1988, e é responsável por vincular e limitar diversos outros componentes e dimensões da vida social, tais como a atividade econômica e os direitos de propriedade. Bastaria, assim, prestigiar o conteúdo do § 1º do art. 5º, que dispõe que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Todavia, como ainda não é possível abolir a pobreza por decreto, essa ainda é uma perspectiva limitada e até certo ponto edulcorada da Constituição, que não atende aos objetivos desta reflexão, embora dê sinais importantes de como a questão pode (e deve) ser vista.

Infelizmente, o cenário é desalentador. Como dito, o Brasil é campeão de desmatamento e uso desregulado dos recursos ambientais. Desta maneira, se se pensa num papel de protagonismo do Direito nessa discussão, a resposta passa, novamente, por um diagnóstico a respeito da posição do Direito diante desse problema.

Some-se a isso o predomínio, na doutrina, de visão atomizada e individualista dos conflitos que são submetidos ao Poder Judiciário, decorrência, evidentemente, do ensino do Direito. É daí que se extrai a visão, entre outras, de que um conflito pela posse de terras pode ser plasmado no clássico exemplo (dos também clássicos) Caio, Tício e Mévio, em que Caio invade a fazenda de Tício, e o direito responde com singeleza: “é esbulho” – solucionável por reintegração na posse, em prol da proteção dos direitos reais de garantia.

De acordo com Lenio Streck, situação inversa, porém, quando o operador se depara com uma situação em que Caio, Mévio e milhares de pessoas sem-terra e em situação de vulnerabilidade social invadem a fazenda com registro grilado de Tício. A resposta a esse conflito torna-se complicada, e não é através da solução encontrada nos manuais jurídicos e no discurso da autoridade do “douto doutrinador” que o operador jurídico encontrará a solução mais adequada.¹¹ É aí, de todo modo, que fica evidente o caráter liberal-individualista-normativista do Direito brasileiro, contraditório à (evidente) complexidade das relações sociais: aprende-se (e aplica-se) o direito como se fosse possível reproduzir, nas diversas e cotidianas situações envolvendo direitos metaindividuais, os deslindes clássicos das relações entre dois indivíduos litigantes.

Caráter que se reitera na certeza de se ter, de um lado, uma sociedade que carece da realização das promessas constitucionais, e, de outro, uma Constituição Federal que lhes fornece garantia expressa. É nesse sentido que é preciso ter consciência do quadro socioeconômico em que as disputas jurídicas são travadas, tanto quanto se deve estar treinado para lidar com os diversos tipos de ação, procedimentos e normativas incidentes em uma lide.

¹¹ Outro sinal sintomático de como o problema desta investigação se agrava – e como se reafirma ao longo dos tempos o senso comum teórico dos juristas – é a forma como se ensina Direito no Brasil. Com efeito, de acordo com Lenio Luiz Streck, “A cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade, ainda predomina na maioria das faculdades de Direito. Forma-se, assim, um imaginário que “simplifica” o ensino jurídico, a partir da construção de *standards* e lugares-comuns, repetidos nas salas de aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos, bem como nos fóruns e tribunais [através de afirmações atemporais, como ‘a jurisprudência é mansa (*sic*) e pacífica, *g.n.*] (STRECK, 2005, p. 83).

É por isso que, para Streck,

[...] a inefetividade de inúmeros dispositivos constitucionais e a constante redefinição das conquistas sociais através de interpretações despistadoras/redefinitórias feitas pelos Tribunais brasileiros têm uma direta relação com o modelo de hermenêutica jurídica que informa a atividade interpretativa da comunidade jurídica. (STRECK, 2005, p. 94).

A hermenêutica jurídica, nos termos do círculo vicioso do senso comum teórico anunciado por Warat, então, tem a sua parcela de culpa no aprofundamento do problema de ineficácia que se discute aqui. É nesse sentido que se defenderá a tese de uma hermenêutica constitucional adaptada e consciente à realidade de um país de modernidade e capitalismo tardios como o Brasil.

Tradicionalmente, a ideia de Constituição está ligada às limitações impostas aos Estados como forma de diminuir sua ingerência sobre a vida do indivíduo. Trata-se de visão cunhada no bojo do projeto filosófico da modernidade, e profundamente ligada às bases do liberalismo econômico e político. Nesse sentido, se antes se tinha um Estado intrrometido, um Estado que avançava perigosamente sobre a definição dos costumes das pessoas e que exercia um papel de controle social dilatado, a noção de constituição, em sua origem, consagra a limitação da atuação do Estado sobre o particular.

Em que pese a imensa quantidade de estudos e teorias sobre a Constituição, muitas das quais ilustres desconhecidas até pouco tempo atrás no Brasil, importa, neste instante, destacar a origem da constituição, para então compreendê-la hoje, no cenário brasileiro, para então verificar as possibilidades de sua evolução.

Com efeito, de acordo com Lenio Streck, tem-se que:

[...] o caráter inovador assumido pelo constitucionalismo contemporaneamente tem influído poderosamente determinados aspectos implícitos na constitucionalização do Direito, podendo ser destacados, com Alonso Garcia Figueroa, três aspectos:

um material, um estrutural e funcional e um político. O aspecto material da constitucionalização do ordenamento consiste na conhecida recepção no sistema jurídico de certas exigências da moral crítica na forma de direitos fundamentais. Em outras palavras, o Direito adquiriu uma forte carga axiológica, assumindo fundamental importância a materialidade da Constituição. O aspecto material da constitucionalização tem apontado para um reforço entre os juristas de um conceito não positivista de Direito, no qual o sistema jurídico está vinculado à moral de forma conceitual, o que, aliás, pode ser um dos elementos que distingue o constitucionalismo atual (neoconstitucionalismo) de suas versões precedentes. O constitucionalismo tradicional era sobretudo uma ideologia, uma teoria meramente normativa, enquanto o constitucionalismo atual tem se transformado em uma teoria do Direito oposta ao positivismo jurídico enquanto método. Já o aspecto funcional se expressa através do tipo de argumentação que estas fomentam. Assumem relevância, neste contexto, os princípios constitucionais, incidindo sobre o ordenamento e sobre a aplicação do ordenamento. Há um efeito de irradiação provocado pelos princípios, que estão que pode ser observada nos tribunais constitucionais europeus e no desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica, na medida em que toda a interpretação se submete aos princípios. (STRECK, 2004, p. 101).

Decorrente disso é um processo de crescente deslocamento do protagonismo do Poder Legislativo para a Justiça Constitucional – uma justiça que, no caso brasileiro, pode e deve estar presente em todas as instâncias e ser exercida por todos os juízes –, e que, nos contornos do dirigismo constitucional, amplia os poderes do magistrado para, a partir das promessas da constituição e do próprio projeto filosófico em que ela se insere (o projeto filosófico da modernidade), de construção de uma sociedade justa, fraterna e orientada para a redução das desigualdes, poder exigir do Estado a pronta execução de políticas públicas.

Esse novo fundamento constitucional consagra, entre outros, a proibição expressa a um dos mitos até outrora decantados no universo (dos mitos) jurídicos: a norma programática. Como diria Eros Roberto Grau, a partir dessa noção “está proibido falar em normas programáticas”.

Não se diga que isso é uma utopia retórico-constitucionalista. A Constituição, antes de tudo, é uma condição de possibilidade de inserção do Estado Nacional na pós-modernidade globalizante, sem maiores percalços, a despeito da própria fragmentaridade, da própria erosão de valores e abandono das posições seguras de outrora que marcam esse paradigma que se inicia. Assim, resta evidente o alinhamento com a tese, defendida por Streck, de que a constituição não pode, em hipótese alguma, ser uma estranha à hermenêutica jurídica.

Nesses termos, quando se pensa em eficácia das normas garantidoras do meio ambiente saudável, se está a pensar em um preceito principiológico, consagrado na Constituição, e que deve ser observado na própria complexidade em que se insere. Não se está, em hipótese alguma, inserindo o debate na dicotomia maniqueísta “desenvolvimento econômico *versus* ecochatismo”. A Constituição Brasileira, como assevera Cristiane Derani, consagra e positiva o modo de produção capitalista como orientador da ordem econômica.

A proteção do meio ambiente seria, nesses termos, não um limitador da produtividade, mas, de outro lado, a garantia de que a propriedade, dentro de um Estado que pretende reduzir as desigualdades sociais e regionais e prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana, deve verter à sociedade algum benefício que não a simples fruição de seu conteúdo por seu dono.

Como afirmado no ponto anterior, o direito ambiental pertence ao âmbito dos direitos fundamentais de terceira geração. Tal afirmação implica compreender que existe um dever de não retrocesso em matéria ambiental, além de uma proibição de excesso, em sede de sua flexibilização, a partir do referencial firmado pela principiologia que a ele se agrega.

A submissão da legislação ordinária a seus pressupostos, enquanto mecanismo de proteção, é exigência estabelecida pela CF/88. Cabe aqui a percuciente análise de Luiz Guilherme Marinoni:

Diante disso, tornou-se necessário resgatar a “substância” da lei, encontrando-se os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça de modo racional e democrático. Como tais princípios tinham de gozar de uma posição de superioridade,

foram eles postos nas Constituições, que passaram a ter plena eficácia normativa. É quando a lei perde a sua posição de supremacia, passando a se subordinar aos direitos fundamentais e aos princípios de justiça contidos na Constituição. (MARINONI, 2008, p. 405).

Tal posicionamento é essencial à efetividade das normas de Direito Ambiental e a caracterização de Direito Fundamental conferida pelo legislador originário: “Constitucionalizar, nesse enfoque, denota que a constitucionalidade toma o lugar da legalidade na função de veículo e resguardo de valores essenciais, firmando-se, a partir daí, uma ordem pública ambiental constitucionalizada.” (CANOTILHO, 2007, p. 80).

Nesse diapasão, deve-se ter como referência principal o mandamento constitucional, pois,

[...] como esse direito fundamental incide sobre o Estado e, portanto, sobre o legislador e o juiz, é evidente que a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz. Diante disso, para que a jurisdição possa exercer a sua missão – que é tutelar os direitos – e para que o cidadão [e a sociedade] realmente possa ter garantido o seu direito fundamental à tutela jurisdicional, não há outra alternativa a não ser admitir ao juiz a supressão da omissão inconstitucional.¹² (MARINONI, 2008).

É certo, portanto, que a hermenêutica constitucional, num contexto de ativismo judicial orientado a lidar com a imensa (e contraditória) quantidade de normas ambientais, e tendo em vista o que dispõe expressamente a Constituição, poderá contribuir para a superação do problema que este trabalho pretendeu abordar.

Conclusões

Este trabalho teve como objetivo esmiuçar brevemente o problema da ineficácia da proteção constitucional ao meio ambiente saudável, proteção essa que remonta à noção de que se está diante de verdadeiro direito fundamental e atributo inato à dignidade da pessoa humana.

¹² passim.

Assim, não há que se falar simplesmente em resposta legislativa a um problema que é epistemológico e filosófico, na medida em que está enraizado na própria crise da dogmática jurídica. Eis uma constatação de profunda repercussão na forma como se trata, de maneira geral, o problema da ineficácia das leis brasileiras: produzindo-se mais leis!

É essencial que se reconheça o importante papel da hermenêutica jurídica na superação deste problema, mas não de qualquer hermenêutica jurídica: uma hermenêutica que não tenha a Constituição como uma estranha, mas como fundamento de destino. Nesse sentido, é preciso, em especial no plano do direito ambiental, superar o paradigma das velhas lides individuais, na medida em que se trata de problemas cuja natureza se revela transindividual; e reconhecer, também, a crise da dogmática jurídica e seus efeitos sobre a eficácia das normas protetoras do meio ambiente saudável, como se apresentou nesta reflexão.

Tal reflexão impõe ao Poder Judiciário um papel de protagonista, ante a tradicional (e superada) noção de separação de poderes, de que o juiz é mero espectador de pedra dos conflitos que são levados à sua apreciação. Esse protagonismo deve se traduzir na consciência de que a Constituição ainda é documento hábil a delinear os caminhos e os projetos pretendidos pela sociedade, e encerra, em seu conteúdo normativo, as diretrizes a serem irradiadas por toda a normatividade infraconstitucional. E, também, encerra-se num ativismo orientado para a superação de conflitos muitas vezes resolvidos com base em verdadeiro festival de normas contraditórias à Constituição, produzidas por maiorias parlamentares eventuais e não desinteressadas, como as bancadas ruralistas, e responsáveis pelo permanente clima de impunidade predominante no Brasil.

Embora não se olvide da necessidade de desenvolver novos mecanismos, muitos não jurídicos, de garantia da efetividade das normas protetoras do meio ambiente saudável, como a democracia participativa, presente, entre outros, no Estatuto da Cidade, ou a educação ambiental, prevista constitucionalmente, é certo que a resposta passa por um novo olhar da dogmática jurídica e da hermenêutica. Dessa maneira, espera-se, a eficácia das normas ambientais permitirá que o país saia da incômoda

posição de notório desmatador com correspondente impunidade, em face da imensa e generosa fatia que cabe a ele, como maior depositário de diversidade ambiental do planeta.

Referências

- BENJAMIN, A. H. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BITTAR, E. C. B. *O Direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CUNHA, P. F. *A constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GUERRA FILHO, W. S. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.
- HÄBERLE, P. A dignidade humana como fundamento para a comunidade estatal. In: SARLET, I. W. (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- HABERMAS, J. *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.
- HABERMAS, J. *Verdade e justificação*. São Paulo: Loyola, 2002.

- HESPANHA, A. M. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.
- HORKHEIMER, M. *O eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2005.
- MARINONI, L. G. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.
- MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MOTA PINTO, P. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: SARLET, I. W. *Dimensões da dignidade*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- NALINI, J. R. O juiz e a constituição ecológica. In: NALINI, J. R. et alii (Org.). *Juízes Doutrinadores: doutrina da Câmara Ambiental do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Campinas: Millennium Editora, 2008.
- NALINI, J. R. et al. (Org.). *Juízes doutrinadores: doutrina da Câmara Ambiental do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Campinas: Millennium Editora, 2008.
- SARLET, I. W. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARLET, I. W. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Judiciário*, n. 9, março, abr./ maio/2007.
- STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- WARAT, L. A. *Introdução ao estudo do direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. v. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- WARAT, L. A. *Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Introdução geral ao direito*, v.1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, L. A. Por quien cantan las sirenas. Chapecó: UNOESC/CPGD-UFSC, 1996. In: STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WOLFGANG, S. “Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise”. (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* n. 2. Porto Alegre, IHJ, 2004, p. 121-168.

Recebido em: 09/02/2010
Revisado em: 23/03/2010
Aprovado em: 28/03/2010