

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Tônia Aparecida Tostes do Prado

**O ESTADO SOCIOAMBIENTAL NA SOCIEDADE DE RISCO:
A efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pela
vedação de retrocesso socioambiental**

Belo Horizonte
2014

Tônia Aparecida Tostes do Prado

**O ESTADO SOCIOAMBIENTAL NA SOCIEDADE DE RISCO:
A efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pela
vedação de retrocesso socioambiental**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Orientador: José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior

Belo Horizonte
2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P896e Prado, Tônia Aparecida Tostes do
O estado socioambiental na sociedade de risco: a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pela vedação de retrocesso socioambiental / Tônia Aparecida Tostes do Prado. Belo Horizonte, 2014. 205f.

Orientador: José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito ambiental. 2. Direitos fundamentais. 3. Avaliação de riscos ambientais. 4. Desenvolvimento sustentável. I. Baracho Júnior, José Alfredo de Oliveira. II. Renault, Luíz Otávio Linhares. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 351.777.6

Tônia Aparecida Tostes do Prado

**O ESTADO SOCIOAMBIENTAL NA SOCIEDADE DE RISCO:
A efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pela
vedação de retrocesso socioambiental**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (orientador) – PUC Minas

Professor Doutor Edimur Ferreira de Faria – PUC Minas

Professor Doutor José Adércio Leite Sampaio – PUC Minas

Professor Doutor José Cláudio Junqueira Ribeiro – Dom Helder Câmara

Belo Horizonte, 22 de abril de 2014.

À minha mãe, Jane, com amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que, de alguma forma, colaboraram para a realização desse sonho, em especial ao meu orientador, professor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, e aos demais professores e colegas da PUC Minas, pelo aprendizado intensivo que me proporcionaram durante esse período.

*Birds flying high you know how I feel
Sun in the sky you know how I feel
Breeze drifting on by you know how I feel
It's a new dawn, it's a new day, it's a new life for me
And I'm feeling good*

*Fish in the sea you know how I feel
River running free you know how I feel
Blossom on the trees you know how I feel
It's a new dawn, it's a new day, it's a new life for me
And I'm feeling good*

*Dragonflies all out in the sun
You know what I mean, don't you know
Butterflies are all having fun
You know what I mean
Sleep in peace
When the day is done
And this old world is new world and a bold world for
me*

*Stars when you shine you know how I feel
Scent of the pine you know how I feel
Yeah freedom is my life
And you know how I feel
It's a new dawn, it's a new day, it's a new life for me
And I'm feeling good*

(Nina Simone – Feeling Good)

RESUMO

A presente pesquisa dedicou-se à análise da cláusula da proibição de retrocesso socioambiental como mecanismo de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no contexto da sociedade de risco, tal como delineada pelo alemão Ulrich Beck. Sua teoria consistiu o pano de fundo teórico que permeou todo o trabalho, ensejando o delineamento do Estado Democrático Socioambiental, demandando a utilização de novos institutos jurídicos, como o da precaução, bem como a releitura dos institutos já existentes, como o do desenvolvimento sustentável. A partir de uma investigação histórico-jurídica, analisou-se a conformação do Estado Socioambiental e a evolução dos paradigmas do Direito. Em seguida, buscou-se afirmar a fundamentalidade dos direitos socioambientais, seja através da teoria da indivisibilidade dos direitos humanos e fundamentais, seja por argumentos de ordem dogmática, típicos de Teoria da Constituição. Nesse ensejo, afastou-se as principais objeções à sua fundamentalidade: a alegada indeterminabilidade semântica, a reserva do possível e a separação dos poderes. Estabelecida fundamentalidade de tais direitos, analisou-se o surgimento e desenvolvimento do instituto denominado proibição de retrocesso social, no Direito Pátrio e Estrangeiro, demonstrando, em seguida, a partir da utilização do método jurídico-propositivo, a necessidade da manutenção dos níveis de proteção ambiental, mormente em razão da quebra de confiabilidade científica e da imprevisibilidade dos riscos advindos da ação humana no meio ambiente. Para tal conclusão, analisou-se, ainda, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o alargamento do conceito de dignidade humana na sociedade de risco, o princípio da cooperação entre os povos, o princípio da confiança, o princípio da equidade intergeracional, a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, o dever de implementação progressiva desses direitos, entre outros. Destaca-se, por fim, a importância do Poder Judiciário, sobretudo através da aplicação do princípio da proibição de retrocesso socioambiental, para efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como para a democracia, dado o caráter democrático estruturante dos direitos socioambientais de uma maneira geral.

Palavras- Chave: Estado Socioambiental. Direitos Fundamentais. Sociedade de Risco. Controle Judicial. Meio Ambiente. Vedação de Retrocesso.

ABSTRACT

This current research presents an analysis of the forbidden clause on social and environmental regress as a mechanism of fundamental right effective to a balanced environment, on a risky society context, as pointed by German Ulrich Beck. His theory consisted the theoretical background that extended all over the work, giving rise to social and environmental State outline, demanding the use of new legal institutes, such as the one on precaution, as well as a new view of the existing institutes, such as sustainable development. Through a legal-historical investigation, the socio environmental State and the Legal paradigms evolution was analyzed. Next, it was affirmed a fundamentality of socio environmental, either through the theory of indivisibility of fundamental human rights, either through argumentation of dogmatic order, typical from the Theory of Constitution. On this opportunity, the semantic indeterminacy declared, the possible reservation and the powers separation. After having been establish such legal fundamentalism, it was analyzed the emergence and development of the institute named social regress prohibition, on National and Foreign Legal Right, showing, following that, from the use of a propositional-legal method, the need to maintain the levels of environmental protection, mainly due to a lack of scientific reliability and from a unpredictability of the risks coming from human action on the environment. In order to get to such a conclusion, it was still analyzed, the right to a well ecologically balanced environment, the spread of the concept of human dignity on a risky society, the principle of intergenerational equity, the material opening clause of fundamental rights, the duty of progressive implementation of these rights, among others. To conclude, the importance of the Judiciary Power, especially through application of the prohibition principle of the social environmental regress, to effectiveness of the right of a balanced environment, as well as the democracy, given the structuring democratic feature of the social environmental rights on general.

Keywords: Social environmental State. Fundamental Rights. Risky Society. Judiciary Control. Environment. Regress Gasket.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 O DELINEAMENTO HISTÓRICO DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO | 13 |
| 2.1 A evolução histórica dos direitos fundamentais: uma análise da teoria dimensional ou “geracional” | 14 |
| 2.2 O meio ambiente nos paradigmas do Estado Liberal, Social e a conformação do Estado Socioambiental Democrático de Direito na contemporaneidade | 35 |
| 2.3 Ecocentrismo: entre a ética ecológica e a normatividade eco-social nas sociedades pluralistas contemporâneas | 51 |
| 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIOAMBIENTAIS | 71 |
| 3.1 Aplicabilidade e eficácia dos direitos socioambientais | 72 |
| 3.2 Sobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais decorrente da sua dupla perspectiva: a dimensão objetiva e a subjetiva | 81 |
| 3.3 Direitos fundamentais socioambientais como direitos justiciáveis..... | 91 |
| 3.4 Ôbices à fundamentalidade e à justiciabilidade | 109 |
| 3.5 A caracterização dos direitos socioambientais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro: a fundamentalidade formal, a material e a cláusula de abertura material do artigo 5º, §2º da CF | 126 |
| 3.5.1 Titularidade | 128 |
| 3.5.2 Destinatários | 129 |
| 4 A CLÁUSULA DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL | 131 |
| 4.1 Considerações preliminares - a “força normativa da Constituição” e a questão democrática | 131 |
| 4.2 Origens e desenvolvimento no Direito Estrangeiro | 135 |
| 4.2.1 Alemanha | 135 |
| 4.2.2 Portugal | 138 |
| 4.2.3 Outras experiências alienígenas: Itália e França | 142 |
| 4.3 O desenvolvimento da proibição de retrocesso social na doutrina e jurisprudência brasileiras | 144 |
| 4.4 Principais objeções ao reconhecimento de um princípio de proibição de retrocesso social..... | 152 |
| 4.5 Da proibição do retrocesso socioambiental..... | 158 |
| 4.5.1 Sobre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e a necessidade da observância de políticas públicas para a efetivação da proteção ao meio ambiente | 160 |
| 4.5.2 Desenvolvimento Sustentável | 165 |
| 4.5.3 A equidade intergeracional..... | 171 |
| 4.5.4 Princípio da confiança..... | 174 |
| 4.5.5 O alargamento do conceito de dignidade na sociedade do risco..... | 176 |
| 4.5.6 Tratados internacionais e princípio da cooperação entre os povos | 179 |
| 4.5.7 Princípio da Precaução | 180 |
| 4.6 A aplicação judicial da proibição de retrocesso ambiental no Estado Democrático Socioambiental de Direito | 185 |
| 5 CONCLUSÃO | 189 |
| REFERÊNCIAS | 194 |

1 INTRODUÇÃO

A vida na sociedade contemporânea é marcada, preponderantemente, pela complexização aguda das relações sociais, dentre as quais se insere a questão ambiental (de forma imbricada e co-implicada com as demais questões econômicas, jurídico-políticas, culturais e sociais em sentido estrito). A “Segunda Modernidade”, “Modernidade Tardia” ou “Modernidade Reflexiva” possui a marca da dissolução das certezas construídas sobre o paradigma individualista e desenvolvimentista-industrial típico da “Primeira Modernidade”. Esse paradigma, forjado, incipientemente, por contingências históricas, na “Modernidade Clássica” ou “Primeira Modernidade”, intensificou-se, no último século, sobretudo em razão do desenvolvimento tecnológico e, por via de consequência, da própria indústria.

Ao radicalizar essa ética ou cultura industrial-tecnológica-desenvolvimentista, o *homo faber* coloca em xeque a própria confiabilidade do conhecimento científico, pois os efeitos da sua atividade sobre o meio ambiente, antes de menor potencial ofensivo e de fácil identificação (que, em razão, inclusive, das rudimentares técnicas empregadas, poderiam ser prontamente estancados, mormente por sua natureza individual, localizada), tornam-se - em certo ponto de evolução da sociedade industrial - imprevisíveis, incontroláveis e globais, colocando em risco todo o equilíbrio ecossistêmico terrestre, ameaçando de extinção a própria vida no planeta.

Dessa forma, a regulação jurídica do meio ambiente, ainda calcada sobre o paradigma anterior, por se fundar numa relação de causalidade simples e por seu caráter fragmentário e reativo (voltado para reparação de danos já ocorridos), revela-se insuficiente diante dos complexos processos socioambientais da sociedade contemporânea. Torna-se imprescindível o reconhecimento de novos mecanismos de proteção ambiental, levando-se em consideração a falibilidade científica e os riscos cada vez mais intensos da atividade humana sobre o meio ambiente. Nesse contexto, ressalta-se de importância os instrumentos de caráter preventivo, como o princípio da precaução e da prevenção, bem como a releitura dos mecanismos de proteção e promoção já existentes, a fim de que o Direito possa se atualizar e dar conta da realidade dinâmica a que se projeta. Para tal desiderato, se presta o instituto conhecido por proibição de retrocesso socioambiental, objeto de análise no presente labor.

Entretanto, a cláusula ou princípio de proibição de retrocesso socioambiental, como vem sendo delineada no direito comparado, especialmente na Alemanha e Portugal, enfrenta inúmeras críticas por parte de autorizada doutrina, nacional e estrangeira, permanecendo a jurisprudência refratária ao seu reconhecimento e à sua aplicação. Isso se deve, preponderantemente, ao apego excessivo ao paradigma antropocêntrico-individual-utilitarista, próprio da sociedade industrial e à desconsideração da fundamentalidade dos direitos socioambientais, que ficariam, assim, à mercê da vontade política para sua efetivação.

Dessa maneira, a presente pesquisa desenvolverá, inicialmente, a teoria da historicidade dos direitos fundamentais, à luz da sua teoria dimensional, com o fim de demonstrar a sua reflexividade (condicionamento recíproco) em relação ao meio social sobre o qual manifesta sua incidência. Por tal razão, os contextos ideológicos, socioeconômicos, políticos e, mais recentemente, ambientais, serão abordados como fatores condicionantes do surgimento, consolidação e expansão (de titularidade e conteúdo), bem como do desenvolvimento e complexização da dinâmica de aplicação e efetivação dos referidos direitos.

Nessa relação de contingência, nasce o paradigma do Estado Socioambiental, fundado num novo viés holístico, orbitando agora uma compreensão ecocentrista da existência, cuja inexorabilidade é certificada lançando luzes sobre o que vem a ser a “sociedade do risco”, a partir da concepção de Beck, agregada de algumas críticas e revisões. As contingências ecossistêmicas, o próprio pluralismo e a consequente complexidade das sociedades modernas exigem a construção uma ética universal de direitos iguais e de corresponsabilidade na condução dos problemas comuns da humanidade e, concomitantemente, necessitam de uma gestão local de tais problemas, haja vista as peculiaridades de cada lugar concretamente considerado.

Estabelecidas tais premissas, pretende-se reforçar a tese da fundamentalidade de tais direitos, bem como a necessidade da dialética regulação global e gestão local das questões ambientais, por meio da “tese da indivisibilidade dos direitos fundamentais”, demonstrando-se que autonomia privada e pública condicionam-se reciprocamente, sendo, também, simultaneamente condicionadas e condicionantes de uma igualdade material ou fática, questões ainda intrinsecamente relacionadas à questão ambiental, haja vista a estreita conexão existente entre a proteção do meio ambiente com o próprio modelo econômico-desenvolvimentista.

Contudo, outras contundentes e relevantes objeções à fundamentalidade e justiciabilidade dos direitos socioambientais devem ser enfrentadas. Poder-se-ia, dizer, inclusive, que o contexto até então apontado constitui o terreno que propiciou o surgimento dessas questões, contexto que por si só lança luzes sobre o encaminhamento a se dar ao tema.

Assim, em seguida, se buscará rechaçar objeções de ordens diversas aos direitos fundamentais socioambientais: partindo da “teoria eficaz das normas” constitucionais e da “multifuncionalidade dos direitos fundamentais”, reconhece-se que do ponto de vista da estrutura da norma pouca diferença existe entre os direitos de liberdade e políticos e os direitos socioambientais. Uma vez estabelecidas as dimensões negativa e positiva de cada direito fundamental, entendido como um feixe de posições jurídico-fundamentais, constata-se que os problemas de justiciabilidade se equivalem quando se trata das mesmas dimensões em direitos de naturezas diversas, não havendo, desse ponto de vista que se atribuir juridicidade apenas àqueles relacionados à primeira dimensão.

Nesta altura, outros argumentos, relacionados à “indeterminabilidade semântica de tais direitos”, à sua “expressiva dependência de verbas”, à “separação de poderes” e à correlata questão da “judicialização da política” serão abordados e afastados. Para melhor compreensão de tais direitos, se analisará, ainda, a questão da titularidade dos mesmos, bem como dos seus destinatários.

Assim, chega-se ao ponto crucial do trabalho, que se conecta à sua hipótese: uma vez delineado o Estado Socioambiental no seio da “sociedade do risco”, direitos que demandam ações e verbas para sua efetivação foram trazidos para o bojo da Constituição. Tais direitos são marcados pela nota distintiva da fundamentalidade, e, assim, uma vez estruturados por políticas públicas, não comportariam restrições em seu conteúdo material, sob pena de se configurar o que a doutrina e jurisprudência estrangeiras denominaram de retrocesso social.

Essa questão será abordada no penúltimo capítulo, no qual se analisará o alcance da proteção conferida aos direitos fundamentais socioambientais, sob o prisma do instituto jurídico conhecido por proibição de retrocesso socioambiental, bem como a importância da aplicação do instituto pelo Poder Judiciário, ao qual cumpre importante papel nas sociedades democráticas: a guarda dos direitos fundamentais.

2 O DELINEAMENTO HISTÓRICO DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO

O que são direitos fundamentais¹? Com essa interrogação o professor Marcelo Campos Gallupo enceta artigo científico no qual busca estabelecer um conceito compreensivo, ou para usar sua expressão, “conotativo”, do que seriam tais direitos, em contraposição a uma abordagem exemplificativa, ou “denotativa” do termo a ser definido. Enquanto no primeiro caso a definição se daria a partir da identificação dos atributos indispensáveis aos elementos integrantes do conjunto, na segunda perspectiva, seria necessário conhecer exaustivamente seu catálogo, o que traria, segundo o autor, “um problema epistemológico muito sério para o Direito Constitucional.” (GALLUPO, 2003, p.214).

Este capítulo inaugural trata, assim, de, primeiramente, analisar denotativamente o surgimento e desenvolvimento dos direitos fundamentais, para, a partir dessa reconstrução histórico-contextual, buscar identificar os seus atributos, e, após caracterizar os direitos socioambientais como direitos fundamentais na realidade jurídico-constitucional brasileira, delinear, por conseguinte, o paradigma pelo qual se busca compreender os direitos sociais e ambientais (ou socioambientais) no ordenamento brasileiro. Dessa forma, acredita-se ser possível em seguida lançar luzes sobre a sua normatividade eficaz e sobre sua efetividade, afinal, na esteira do jusfilósofo Norberto Bobbio, considera-se que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*.” (1992, p.24, grifos no original).

Se na seara das ideologias políticas, da dogmática jurídica, bem como do senso comum é possível se observar uma ampla aceitação de tais direitos como indispensáveis à salvaguarda da festejada (e “fulanizada”) dignidade humana, na

¹ Existe uma grande variedade de terminologias empregadas como sinônimas à concepção de “direitos fundamentais”. “Direitos naturais”, “direitos humanos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades individuais” são apenas algumas das expressões que se sói encontrar no vocabulário jurídico nacional e comparado. O próprio texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) recorre ora à expressão “direitos e garantias fundamentais”, ora a “direitos e garantias individuais”, o que leva parte da doutrina defender a diferenciação de regimes para os direitos constitucionais nela previstos, discussão a que se retomará oportunamente. De toda sorte, adere-se neste trabalho ao posicionamento defendido por José Adércio Leite Sampaio (2010), que, após reconhecer a existência de razões históricas para a promiscuidade terminológica, propõe que o termo “direitos fundamentais” seja restrito àqueles reconhecidos como válidos em determinada

prática das políticas públicas, das decisões judiciais e do cotidiano dos cidadãos, a concretização de tais direitos passa, não raras vezes, ao largo de ser uma realidade tangível, mas considerada um delírio de irremediáveis utópicos.

2.1 A evolução histórica dos direitos fundamentais²: uma análise da teoria dimensional ou “geracional”³

Não obstante a expressão “direitos fundamentais”, compreendida como prerrogativas do indivíduo reivindicáveis contra o Estado, ser um fenômeno pertinente ao Estado Moderno, é na Antiguidade, mais precisamente, no seio da democracia direta ateniense - cujo elemento político basilar era o homem livre⁴- que se afirma o pensamento sofista e estóico - gérmen da ideia de igualdade⁵ natural entre todos os homens e da crença em leis anteriores e superiores ao Estado, semente de um jusnaturalismo que ia se afluando na consciência política da cultura ocidental (LUÑO, 1999, p.109 -234)⁶. Naquela altura, a noção de dignidade do homem da

² Importa sublinhar nesta oportunidade que o presente trabalho limita-se à análise da origem e desenvolvimento dos direitos fundamentais e do Estado Constitucional nos ordenamentos norte-americano e euro-ocidentais, tendo em vista a influência dos mesmos no processo de construção da ordem constitucional brasileira.

³ A denominação “gerações”, utilizada primeiramente por Paulo Bonavides para designar a gradativa inserção constitucional de direitos fundamentais surgidos ao longo da história, vem sofrendo diversos ataques em razão da alegação de que o termo traria consigo a ideia de que a geração posterior viria em substituição da geração anterior, o que levou alguns autores a assumir o vernáculo “dimensões” de direitos fundamentais, cf. SARLET (2012). Muito embora a nomenclatura “dimensões” não seja também isenta de críticas, recorre-se à utilização de ambos os termos de forma indiscriminada e descartam-se outras alternativas, haja vista tal discussão terminológica fugir ao escopo deste trabalho e ser despendida para o fim almejado.

⁴ Contudo, isso não significa que a política seria um instrumento de garantir ao homem a liberdade. Ao contrário, a participação política apenas era garantida àqueles que já fossem livres, no sentido negativo de não serem dominados, cf. ARENDT (2002, p.48-50). Ou, ainda, cf. HABERMAS (2003), a participação dos cidadãos gregos na vida pública depende, porém, de sua autonomia na esfera privada, como senhores da casa (*oikos*) ou “déspotas domésticos”. Ademais, consoante salientado, não se tratava de uma liberdade política como tutela do indivíduo frente ao Estado, mas se estruturava como identificação com os valores éticos da comunidade, cf. LUÑO (1999, p.110), e, portanto, essa liberdade política era delimitada espacialmente pela *polis*, local em que era possível exercer a capacidade de falar, emitir opiniões, ser ouvido pelos seus pares.

⁵ Da mesma forma, a igualdade não possuía o sentido de justiça formal como igualdade de todos perante à lei, significando naquele contexto que todos homens livres (no sentido acima exposto) tinham o mesmo direito à atividade política (ARENDT, 2002, p.49)

⁶ Muito embora o “sentido de direitos humanos e fundamentais” remonte a um passado longínquo, tendo a “ideia de um homem dotado de dignidade” raízes na tradição hebraica e greco-romana, somente no cenário da Idade Moderna é que tomam um “significado mais preciso”, sofrendo um “duplo e correlativo giro” com a “substituição do pluralismo jurídico e político pelo pluralismo social e econômico”: “primeiro o giro da perspectiva organicista para a individualista; depois a guinada da dimensão dos deveres para a dimensão dos direitos” (SAMPAIO, 2004, p.141).

Antiguidade Clássica decorria de seu pertencimento e de sua posição social na comunidade e não de sua condição humana necessariamente.

Mais tarde, na Idade Média, o pensamento clássico foi revisitado pelo pensamento dos filósofos medievais, o que teve importância decisiva não apenas para história do pensamento teórico, mas também para os marcos da história política ocidental. Assim, o afastamento dos primeiros cristãos da esfera pública levado a efeito pelo cristianismo primitivo, numa espécie de recolhimento à esfera privada (em virtude de ser esta a compreensão do caminho de vida proposto pela mensagem cristã, um tanto em razão da crença cristã de que os atos de bondade devem ser realizados em segredo, sob pena de transmutar-se a santidade em hipocrisia⁷, mas também em decorrência da hegemonia romana, cuja perspectiva era de uma divindade que rivalizava com os deuses) foi substituído por uma espécie de “política cristã” na Idade Média, propiciada, primeiramente, pela queda do Império Romano, mas ainda, de forma decisiva, pelo pensamento de Santo Agostinho, consubstanciado na exigência de que a vida dos santos se dê também em sociedade em razão do amor ao próximo (ARENDDT, 2002, p.68-69).

A Igreja precisava da política e, na verdade, tanto da política mundana dos poderes seculares como da própria política religiosa ligada ao âmbito eclesial, para poder manter-se e afirmar-se na terra e neste mundo do lado de cá (...). A política precisava da Igreja – não apenas da religião, mas sim da existência espacial palpável das instituições religiosas- a fim de provar sua razão de ser mais elevada, por causa de sua legitimação. (ARENDDT, 2002, p. 72-73).

A escolástica, cujo maior expoente é São Tomás de Aquino, interpolou a moralidade cristã na tradição do direito natural legada da Antiguidade Clássica, a fim de refletir e aprofundar intelectualmente o conteúdo da fé, justificando logicamente os dogmas religiosos (RUFINO, 2013). A partir da influência do cristianismo, a conformação teológica da crença na igualdade de todos os homens perante Deus,

⁷ Essa crença pode ser inferida do Evangelho de Mateus, capítulo seis: “Quando, pois, deres esmola, não faças tocar trombeta diante de ti, como fazem os hipócritas nas sinagogas e nas ruas, para serem glorificados pelos homens. Em verdade vos digo que já receberam o seu galardão. Mas, quando tu deres esmola, não saiba a tua mão esquerda o que já recebeu a tua direita; Para que a tua esmola seja dada em secreto; e teu Pai, que vê em secreto, ele mesmo te recompensará publicamente. E, quando orares, não sejas como os hipócritas; pois se comprazem em orar em pé nas sinagogas, e às esquinas das ruas, para serem vistos pelos homens. Em verdade vos digo que já receberam o seu galardão. Mas tu, quando orares, entra no teu aposento e, fechando a tua porta, ora a teu Pai que está em secreto; e teu Pai, que vê em secreto, te recompensará publicamente.” (MATEUS, capítulo 6, versículos 2-4).

confere à incipiente doutrina dos direitos fundamentais um contorno um pouco mais preciso. Sobretudo em razão do pensamento tomista⁸ que, partindo da distinção entre a ordem do direito natural (participação da razão humana na lei eterna, na razão divina) e a ordem do direito positivo, preconizou a superioridade hierárquica da primeira, da qual a lei positiva retiraria seu fundamento de validade, sob pena de se legitimar o exercício do direito de resistência por parte da população (ROSS, 2000). Com São Tomás de Aquino, ainda, a personalidade da pessoa humana ganha um valor inerente, expressão de sua dignidade natural, imutável, divina⁹ (SARLET, 2012).

Para Tomás de Aquino, partindo de Aristóteles, o homem seria um animal político, portanto, a *civitas* ou *communitas civitatis* derivaria do instinto social do homem e o Estado seria a instituição natural decorrente dessa natureza humana. Embora Estado e Igreja constituíssem ordens distintas, atinentes à esfera temporal e espiritual, respectivamente, caberia ao primeiro reconhecer os fins eternos relacionados com a salvação da alma e, em certa medida, tornar possível a realização desses fins, por meio da regulação dos comportamentos pela lei positiva, em conformidade com a lei natural. Haveria, assim, uma relação de subordinação e coordenação entre o poder temporal e o poder espiritual, tendo esse último posição de preeminência, o que por si só torna indiscutível o caráter ético do Estado no pensamento tomista (MONCADA, 2006, 82-85).

Obviamente, nesse período ainda não havia se dado a conformação do Estado como organização política, jurídica e social centralizada que detém o monopólio do uso da força sobre determinado povo e território, ou seja, ainda não havia se estruturado o Estado sobre seu tripé tradicional: Poder Soberano, Povo e Território. A dissolução do Império Romano deu origem à fragmentação do poder nas mãos de senhores de terra, marcando a estrutura política da Idade Média por relações de vassalagem e suserania. O monarca era uma espécie de suserano poderoso, que mantinha relações de dependência mútua com os senhores feudais, figura esta na qual se reunia o poder político, jurídico e militar correspondente também à própria

⁸ Conforme São Tomás de Aquino, existem quatro ordens ou classes de lei: a lei eterna (a razão soberana de Deus), a lei natural (parcela da lei eterna apreendida pelo ser humano através do uso da razão), a lei positiva (extraída da lei natural) e a lei divina (revelada no Evangelho para conduzir o homem ao seu fim natural). Para maior aprofundamento sobre o tema cf. ROSS (2000, p.283/286).

⁹ Cf. Norberto Bobbio (1992), à formação da concepção individualista moderna contribuiu a noção cristã do “indivíduo como pessoa moral, que tem valor em si mesmo enquanto criatura de Deus.” (p.90).

organização econômica. Nesse modelo, a autoridade privada e pública fundia-se em uma inseparável unidade, pois ambas emanavam de um único poder, o fundiário (HABERMAS, 2003).

Observa-se, assim, uma interpenetração das esferas da moral, religião e política, confusão essa que perdurou durante o processo de concentração do poder nas mãos do rei durante as monarquias absolutistas surgidas a partir do século XV, até o final do século XVIII¹⁰, quando os poderes feudais, a Igreja, a realeza e a nobreza separam-se em elementos privados e públicos, com o advento dos ares liberais à época. A Igreja, por exemplo, torna-se coisa privada e a liberdade de crença torna-se a primeira esfera da autonomia privada. Das estruturas ligadas ao poder principesco formam-se elementos públicos: Exército, Judiciário, Parlamento. Assim, o público se torna sinônimo de Estatal e, em contraposição à autoridade estatal, surge a sociedade civil burguesa, como genuíno setor da autonomia privada, forjado pelo desenvolvimento do processo de trocas e consequente fortalecimento do poder econômico (HABERMAS, 2003). De fato, “a modernidade importa em ruptura com a justificação sagrada de uma ordem normativa aglutinadora, o que viabiliza a distinção entre a moral, religião, direito e tradição.” (BARACHO JÚNIOR, 2000, p.23).

Entretanto, paradoxalmente, é no período Pré-Moderno que se encontram os dados históricos que proporcionaram ao homem moderno uma nova forma de encarar a realidade, universo no qual se insere a forma de conceber o processo político-jurídico, que agora passa a exigir uma fundamentação autônoma em relação aos demais sistemas de normas. Segundo Hanna Arendt (2007), três grandes eventos ocorridos no limiar da Era Moderna lhe determinam seu caráter: as Grandes Navegações, a Reforma Protestante¹¹ e a Revolução Científica (sobretudo com a

¹⁰ Canotilho, em seu tratado *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (2003), colaciona as características do Estado Absolutista, quais sejam: “(1) afirmação da soberania centrada no monarca, com o consequente predomínio do soberano sobre os restantes estamentos; (2) extensão do poder soberano ao âmbito religioso, reconhecendo-se ao soberano o direito de “decidir” sobre a religião dos súditos e de exercer a autoridade eclesiástica (*cuius régio eius religio, Dux cliviae est papa in territoriis suis*); (3) dirigismo econômico através da adoção de uma política econômica mercantilista; (4) assunção, no plano teórico, dos fins do Estado, da promoção da *salus publica* (“bem estar”, “felicidade dos súditos”) como uma das missões fundamentais do soberano, que assim deslocava para um lugar menos relevante a célebre “razão de Estado” (*raison d’État*), apontada como a dimensão teleológica básica do chamado “absolutismo empírico”.”(p.91 grifos do autor).

¹¹ “De suma importância para a evolução que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, que levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa [...]. Não há como desconsiderar a contribuição da Reforma e das consequentes guerras religiosas na consolidação dos modernos Estados nacionais e do absolutismo monárquico, por sua vez, condição para as revoluções burguesas do século XVIII, bem

descoberta do telescópio) permitiram essa ruptura entre as esferas normativas da religião, moral e direito, bem como a valorização do indivíduo e da razão, lançando as bases para o individualismo e o jusracionalismo iluminista do século XVIII.

Tais ocorrências forjaram o substrato necessário para a formação de uma nova mentalidade, influenciando, sobretudo, os intelectuais dessa época de transição, já que tais acontecimentos proporcionaram uma espécie de “alienação do mundo”¹², uma vez que o homem se tornou desprovido dos paradigmas que sustentavam seus comportamentos e a sua forma de organização social: a Terra deixa de ser centro do Universo, a Europa deixa de ser o centro da Terra e a Igreja deixa de ser o centro moral da Europa. Faltavam, assim, parâmetros para o homem moderno, o que acabou por colocar o indivíduo e a sua razão no centro referencial do seu pensamento e ação prática, sendo que naquele estado de coisas já não mais era cabível uma justificação determinística de uma sociedade estática e altamente hierarquizada como a medieval.

O humanismo, pensamento desenvolvido durante a Renascença, procura laicizar a ciência, a moral e a política, tomando o homem como centro do conhecimento e, via de consequência, alterando as bases epistemológicas do saber: a) a razão humana torna-se a única fonte do conhecimento verdadeiro e, assim, descartam-se dogmas religiosos e preconceitos sociais como fundamentos para a estrutura social; b) a subjetividade (a consciência de si) é descoberta como primeiro ato de conhecimento possível¹³; c) e como conjugação das alterações anteriores, já

como dos reflexos já referidos na esfera do pensamento filosófico, conduzindo à laicização da doutrina do direito natural e na elaboração teórica do individualismo liberal burguês” (SARLET, 2012, p.42). Nesse mesmo sentido, alerta Rufino que a Reforma “necessitava desenvolver uma nova cultura com base na liberdade de ação e pensamento na convivência social e política, ou seja, uma ética pública” (p.50). Ademais, a Reforma conduziu a um processo de desapropriação das terras da Igreja, gerando, conseqüentemente, a expropriação do camponês e da sua família - que nela viviam e dela extraíam seu sustento-, sendo, assim, obrigados a vender sua força de trabalho, dando início, dessa forma, a um processo de acumulação de riquezas que alterou profundamente as relações econômicas, dando origem à economia de mercado (ARENDDT, 2007).

¹² Essa é uma expressão cunhada por Hannah Arendt, em sua obra *A condição humana* (2007), para denominar o estranhamento do homem moderno diante do seu mundo, em razão das radicais transformações ocorridas nesse período, no que tange às suas atividades mais elementares, como o trabalho e a produção, até às formas mais complexas de existência (organização do Estado, laicização da ordem social).

¹³ Essa descoberta é a base da filosofia cartesiana. René Descartes (1596-1650) é considerado o “pai da filosofia moderna” e desenvolveu o princípio científico, segundo o qual, só é possível realizar a construção racional-metodológica a partir de conhecimentos claros e distintos, isto é, somente a partir de conhecimentos racionais, descartando o conhecimento empírico e o metafísico. Assim, desenvolve a dúvida metódica, considerando falso tudo aquilo que pudesse gerar a menor dúvida, até se chegar a um ponto de partida do conhecimento, algo realmente inquestionável. Nesse trajeto descobre o sujeito, na verdade, prova metodicamente a sua existência, na medida em que se há alguém pensando é porque esse alguém existe (DESCARTES, 1999). A partir daí, reconhece-se que o conhecimento é construído a partir do homem, do intelecto, da razão, da subjetividade e não mais “depreendido”, “vislumbrado”,

que todo homem é consciente e racional, decorre que todo sujeito individualmente considerado, é capaz de se relacionar com a verdade na medida da sua subjetividade.

E é justamente nesse sentido, que se pode diferenciar materialmente a liberdade do cidadão grego da liberdade do cidadão moderno. O cidadão grego recebia, da cultura e tradição, os fins de sua atividade moral, predeterminados e cristalizados na estrutura social da *polis*, como reflexos de uma ordem natural e transcendente, cuja obediência consistia no exercício da própria liberdade e dignidade. Contudo, a esfera de liberdade do cidadão moderno, contrariamente, é aquela na qual ele realiza os seus propósitos privados, que são autônomos e individuais, ditados pela própria razão. Assim sendo, o Estado Liberal vai se configurando como um Estado absenteísta, ou “de limites”, implicando, como corolário lógico, “ [...] a acentuação do livre desenvolvimento do sujeito e da independência privada.” (CANOTILHO, 2008, p. 24-25, grifos do autor).

Para fundamentar uma concepção de Estado congruente com essa nova perspectiva de vida, com esse novo paradigma, surgem as teorias do contrato social calcadas na ideia de indivíduos livres, independentes e naturalmente iguais que, por um ato de vontade, criam o Estado como meio de garantir e harmonizar os planos individuais de vida, oferecendo-lhe parcela de sua liberdade natural em troca de proteção e segurança jurídica, notadamente da propriedade e do novo modelo econômico que se forjava pela ampliação das trocas burguesas, principalmente com a ampliação dos mercados, propiciada pelas descobertas de novos territórios. De fato, as teorias contratualistas não poderiam partir da compreensão da sociedade como uma coletividade que segue uma ordem natural, derivada do cosmo ou de Deus, haja vista seu apelo à razão humana individual como dimensão avaliativa e conformadora da realidade.

Reconstruindo o paradigma do Estado Constitucional Liberal, Baracho Júnior destaca três teorias como eixos centrais para a reconstrução do *background* que viabilizou a justificação dessa nova estrutura sócio-política:

Em Hobbes, podemos observar que o Direito, longe de se sustentar em imperativos religiosos ou tradições, é o resultado de um pacto entre indivíduos livres, desvinculados de seu passado e capazes de construir uma nova ordem normativa, a partir da constituição de um soberano.

“deduzido” do mundo, do qual o homem também seria uma criação, junto com as demais coisas criadas por Deus.

Em Rousseau, o Direito se constrói em razão de um imperativo moral e coletivo, a *vontade geral*, que permite a construção de uma ordem normativa legítima, possibilitando o reconhecimento de um povo organizado em um estado civil.

Em Kant, a moral tem um caráter racionalista e individual, sustentada em imperativos *apriorísticos*, que são vistos como verdades inquestionáveis, o que reduz a tradição a meros usos e costumes sociais. (BARACHO JÚNIOR, 2000, p.52).

É também no período Pré-Moderno que se iniciou o processo de positivação em documentos jurídicos daquilo que viria a ser nomeado de direitos humanos e que, mais tarde, seria incorporado aos ordenamentos constitucionais como direitos fundamentais, embora esse processo incipiente se desse de forma fragmentária e com significação muitas vezes equívoca (LUÑO, 1999). O mais significativo desses documentos, sem dúvidas, é a Carta Magna¹⁴, de 1215, que, apesar de sua natureza retrógrada, consistindo num pacto entre o Rei e a nobreza para a consagração dos privilégios feudais, teve um papel decisivo no desenvolvimento das liberdades públicas inglesas posteriormente. “Este fenômeno se adverte com clareza em princípios do século XVII quando o jurista Edward Coke fez da Carta Magna o principal instrumento da resistência parlamentar frente às pretensões absolutistas dos Estuardo” (p.113, tradução nossa)¹⁵, ao ampliar o alcance das liberdades para todos os cidadãos¹⁶, sustentando, ainda, a existência de *fundamental rights* do *citizen* inglês, sobretudo no que concerne à liberdade e ao direito de propriedade (SARLET, 2012, p.40-41).

A Carta Magna seria mais tarde o ponto de partida de outras declarações de direitos e liberdades, como a *Petition of Rights*, em 1628, o *Habeas Corpus Amendment Act*, em 1679, e o *Bill of Rights*, em 1689, transcurso no qual as declarações deixam de ser pactos entre os membros dos estamentos para equação dos seus diversos interesses e passam a ser normas de direito público, expressão da soberania popular veiculada pelo Parlamento (LUÑO, 1999, p.113-114). Tais

¹⁴ Cumpre ressaltar que, embora tenha sido o mais importante, esse não foi o primeiro documento a recepcionar direitos individuais considerados predecessores aos direitos fundamentais, encontrando-se já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e forais outorgados pelos reis de Portugal e Espanha (SARLET, 2012).

¹⁵ Este fenômeno se advierte con claridad en los inicios del siglo XVII cuando el jurista Edward Coke hizo de la Carta Magna el principal instrumento de la resistencia parlamentaria frente a las pretensiones absolutistas de los Estuardo.

¹⁶ Como a Inglaterra não possui uma Constituição em sentido formal, adverte-se que a Carta Magna é considerada o fundamento de uma “Constituição” na Inglaterra, constituindo documento pioneiro de uma série de subsequentes que constituem a referência material em termos de direitos fundamentais naquele país, cuja história política demonstra “una persistente labor de adaptación de los textos tradicionales a las nuevas circunstancias.” (LUÑO, 1999, p.113).

declarações surgiam como expressiva ampliação dos privilégios estamentais feudais quanto ao conteúdo e titularidade, mas ainda não tinham a feição de direitos fundamentais no sentido que hoje se confere à expressão, uma vez que, inobstante constituíssem limitações ao poder do monarca, não possuíam o condão de vincular o Parlamento¹⁷, como normas supremas do ordenamento jurídico (SARLET, 2012).

Não obstante tal limitação, é de se sublinhar que a positivação dos direitos e liberdades civis na Inglaterra revelou-se de suma importância na consolidação dos direitos no Ocidente, já que sua influência atravessou o Atlântico e serviu de inspiração para os colonos ingleses na América, no processo de sua Independência. De fato, tanto a Declaração de Independência como a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, ambas de 1776, se constroem sobre as bases jusnaturalistas e individualistas, acolhendo em seus textos direitos à liberdade, à propriedade e à busca da felicidade (LUÑO, 1995).

Apesar da identidade de conteúdo com as predecessoras inglesas, a Declaração da Virgínia, de modo específico, adotou, diferentemente daquelas, os atributos da “universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive com relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos” (p.43) e, ademais, posteriormente, teve garantida a sua justiciabilidade com a previsão do controle de constitucionalidade, podendo se falar com ineditismo¹⁸ em direitos fundamentais, embora a fundamentalidade formal tenha se consubstanciado plenamente apenas em 1791, com a incorporação de uma declaração de direitos à Constituição (SARLET, 2012).

¹⁷ Designa-se por constitucionalismo ou constitucionalização “a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”. Assim, a noção de direitos fundamentais “enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional” (p.347) começa a se delinear no período de transição da Idade Média para a Idade Moderna, quando, paulatinamente, passam ser “compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”.” (CANOTILHO, 1993, p.348, grifos no original).

¹⁸ Para Sarlet (2012, p.43-44), existe um “dissídio doutrinário” sobre o nascimento ou a “paternidade” dos direitos fundamentais dividido entre a Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, ambas de profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo direitos inalienáveis a todos os homens, concluindo pela precedência cronológica do documento americano e pela “incontestável influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial de Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos” que, apesar disso, mantém suas peculiaridades. A “via francesa” caracteriza-se por seu conteúdo mais democrático e social e por ter aspiração mais universal e abstrata, em contraposição ao pragmatismo da declaração americana, já que aquela não se destinava a ser uma Constituição e sequer tinha o poder de vincular o legislador.

Entretanto, os testemunhos da época e historiadores estão de acordo em considerar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como o divisor de águas simbólico entre o Antigo Regime e a Era Moderna, e que, até os dias atuais, os princípios ali albergados ecoam, como ocorreu, recentemente, por exemplo na oposição ao fascismo (BOBBIO, 1992). Segundo Norberto Bobbio, o núcleo doutrinário da Declaração está delineado nos seus três artigos iniciais. No artigo 1º, proclamou-se que os homens nascem livres e iguais em direitos, o que se tratava de uma exigência da razão para que se pudesse inverter a lógica da relação política da época, que era de precedência do Estado sobre os cidadãos, da *potestas* sobre a *libertas* (ou seja, a esfera de liberdade dos indivíduos considerada como uma concessão dos detentores do poder)¹⁹. No artigo 2º, implicitamente, considera-se a origem da organização estatal como um “contrato social”, ao se declarar expressamente tratar-se de uma associação política: “o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (p.94). Por fim, o artigo 3º estabelece o princípio da soberania da nação, o que se tornou um dos fundamentos da governança democrática, no sentido da indivisibilidade e unidade da representação e a proibição do mandato imperativo, em contraposição ao modelo anterior, no qual a representação política se dividia com base nos estamentos da sociedade da época (BOBBIO, 1992).

Nesse contexto de surgimento das primeiras Constituições escritas, conforme demonstrado, nascem os primeiros direitos fundamentais, na sua versão liberal-burguesa, como direitos de defesa, ou seja, como direitos do indivíduo frente ao Estado, demarcando uma zona de autonomia individual imune à intervenção Estatal, a quem cabia, estritamente, a proteção dessa esfera de liberdade, bem como a garantia da segurança jurídica. Tais características implicaram na sua classificação como

¹⁹ “Para que se pudesse ocorrer essa inversão de ponto de vista, da qual nasce o pensamento político moderno, era necessário que se abandonasse a teoria tradicional, que em outro local chamei de “modelo aristotélico”, segundo a qual o homem é um animal político que nasce num grupo social, a família, e aperfeiçoa sua própria natureza naquele grupo social maior, autossuficiente por si mesmo, que é a *pólis*; e, ao mesmo tempo, era necessário que se considerasse (embora através de uma hipótese racional que não levava em conta, intencionalmente, a origem histórica das sociedades humanas) o indivíduo em si mesmo, fora de qualquer vínculo social e (com maior razão) político, num estado, como o estado de natureza, no qual não se constitui ainda nenhum poder superior aos indivíduos e não existem leis positivas que imponham esta ou aquela ação, sendo portanto um estado de liberdade e igualdade perfeitas, ainda que hipotéticas.” (BOBBIO, 1992, p.117).

direitos negativos ou como direitos de liberdade, edificados sobre a concepção de uma separação absoluta entre Estado e sociedade.

Internamente, os direitos de primeira dimensão subdividem-se em direitos civis e direitos políticos. Tratam os primeiros (i) daqueles direitos capazes de assegurar o desenvolvimento da personalidade do indivíduo (vida, propriedade, segurança); (ii) assim como da liberdade em geral (proibição de prisões arbitrárias, legalidade penal, tributária, devido processo legal); (iii) e das liberdades específicas (de consciência, religião, expressão, imprensa, de ir e vir). Já os direitos políticos²⁰ “são os direitos de inspiração democrática ou, a seguir Jellinek (1905 e 1979), faculdades do *status activus*.” (SAMPAIO, 2010, p.242). Seu núcleo material inclui o direito de votar e ser votado, mas também outras prerrogativas, como direito de postular emprego público, de ser jurado, testemunha, soldado ou contribuinte. Mais tarde, tais direitos vieram a ser designados de direitos fundamentais de primeira geração ou de primeira dimensão, justamente por terem sido os primeiros a despontar historicamente (SAMPAIO, 2010).

Observa-se, dessa maneira, que o surgimento de tais direitos, além de historicamente localizado, pode ainda ser identificado como uma resposta ao contexto de ruptura com o Antigo Regime, em razão das transformações na economia, na ciência, na filosofia, na religião, processo que culminou na necessidade de uma justificação racional do poder e na garantia da esfera de liberdade dos indivíduos, consoante retro delineado. A mesma burguesia que se aliou à monarquia num primeiro momento para combater o universo medieval (já que o poder centralizado proporcionava a segurança necessária aos negócios entabulados pela classe burguesa), voltou-se contra esta, posteriormente, quando consolidou sua força social e assim necessitou ampliar sua participação política para defesa de seus interesses. Desse dissenso construiu-se o consenso do incipiente constitucionalismo do Estado Liberal, formado sobre as bases da filosofia e do direito positivo dos direitos fundamentais (MARTÍNEZ, 2004). “E essa teoria inicial evoluirá com as

²⁰ A condição racional do homem impõe a liberdade como condição de exercício da sua moralidade, para assim, desenvolver a sua própria racionalidade, segundo Kant, grande expoente do projeto moderno de libertação do homem através da razão. Por essa razão o uso público da razão é assegurado, pois a liberdade política legitima a obediência à lei, já que cada homem é entendido como um legislador de si mesmo, sendo o direito meio necessário equacionar o exercício igual da liberdade universal. “Não existe nenhuma liberdade sem autonomia, ou seja, sem uma possível e universal autodeterminação racional. E não há nenhuma autonomia sem liberdade. Nenhuma lei prática tem sentido se não puder ser cumprida livremente” (PEREIRA e PEREIRA, 2012, p.125).

mudanças históricas e com os processos de positivação, generalização, internacionalização e especificação que nos levará desde os modelos iniciais [...] até os direitos tal como aparecem na atualidade.” (p.91, tradução nossa)²¹.

Para os liberalismo moderno, a dignidade humana residia na possibilidade do ser humano desenvolver sua autonomia moral e política em virtude de sua razão: a liberdade era o mote que retirava do homem renascentista as amálgamas de uma sociedade monolítica, cujos desígnios individuais e coletivos eram determinados por uma instituição que transcendia a regulação da vida social comum, mas também a vida privada. Era preciso limitar o poder do Estado para ampliar a esfera da liberdade individual e, conseqüentemente, a possibilidade de consecução privada do sentido de felicidade. Da mesma forma, era preciso criar mecanismos de participação política para que o sujeito se reconhecesse, simultaneamente, autor e destinatário das normas editadas pelo Estado, mais especificamente, pelo Parlamento. Dignidade para o homem moderno consistia na expressão da sua autodeterminação individual e política. O súdito se torna, à época, cidadão.

Nesse primeiro momento existencial dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, tais Direitos legitimavam-se sob as vestes de um Direito Natural calcado na valorização do indivíduo e na sua racionalidade como fonte do conhecimento, ou seja, na natureza humana, e com o sentido de verdades universais imutáveis. Entretanto, esses valores da “filosofia dos direitos” ou essa “moralidade dos direitos”, para utilizar as expressões empregadas por Gregorio Peces-Barba Martínez (2004), quando assumidos pelo Poder, justificam a formação dos direitos, ou mais especificamente, a sua positivação, “diretamente pela maior eficácia que se supõe, e indiretamente, pela ideologia contratualista que vincula Poder e Direito. [...]. Somente a lei, expressão jurídica de um Poder político, expressão da vontade popular pode positivar a moralidade dos direitos [...]” (p.105-106, tradução nossa)²². Revela-se, destarte, de forma patente, a relação entre constitucionalismo, Estado de Direito e direitos fundamentais²³, que são manifestações da soberania popular e instrumentos

²¹ Y esa teoría inicial evolucionará con los cambios históricos y con los procesos de positivación, generalización, internacionalización y especificación nos llevará desde los modelos liberales iniciales, inglés, francés y americano, hasta los derechos tal como aparecen en la actualidad.

²² [...] directamente por la mayor eficacia que supone, e indirectamente pela ideologia contractualista, que vincula Poder y Derecho. [...]. Sólo la ley, expresión jurídica de un Poder político, expresión de la voluntad particular, puede positivar la moralidade de los derechos [...].

²³ O Direito Natural, amplamente teorizado no período, servia como fonte de validade do Direito Positivo. Entretanto, tais direitos não vinculavam o Parlamento, haja vista, notadamente, não constarem de documentos normativos, mas tão somente de textos de filosofia política e em declarações

por meio dos quais se concretizou a inversão supracitada na relação entre Estado e indivíduo, *potestas e libertas*²⁴.

A linguagem abstrata e universal da fundamentação jusnaturalista dos direitos foi, contudo, objeto de críticas contundentes que partiam da sua incongruência com a realidade, donde se constatava a exclusão de amplas categorias de cidadãos, bem como a não garantia de direitos basilares, como o direito de associação e o sufrágio universal. Assim, tais direitos naturais, devido à sua historicidade – isto é, à sua capacidade de tomar novos contornos e lastrear demandas sociais e políticas de diversos matizes - serviram de inspiração para democratas e socialistas, que combatiam o absentéismo do Estado Liberal-burguês e lutavam pela extensão dos direitos políticos e civis, bem como pelo reconhecimento de uma nova categoria de direitos, os direitos sociais (CAMPANTE, 2013). Com o desenvolvimento progressivo da industrialização, o trabalhador proletário torna-se peça chave indispensável do processo produtivo, o que propicia a formação de uma consciência de classe, que, posteriormente, sobretudo após a expansão do sufrágio, se converte em políticas de classe, pela mediação dos “sindicatos e associações patronais, [d]a negociação coletiva, [d]os partidos operários a disputar um espaço político anteriormente negociado entre os partidos burgueses e oligárquicos.” (SANTOS, 1999, p.84).

O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado Liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social, conforme nota Lucas Verdú, que acrescenta: ‘(...) O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para

desprovidas de vinculatidade. Em caso de edição de lei pelo Parlamento em contradição com os fundamentos do jusnaturalismo, ao cidadão era assegurado o direito de resistência, que se justificava extraordinariamente. Nesse primeiro instante, e até mesmo como forma de assegurar a estabilidade institucional naquele momento de efervescência política, foi necessário encontrar algum mecanismo que suprisse a inexistência de ferramentas ordinárias para questionamento dos atos normativos emanados pelos representantes do povo, ao que se prestou o fenômeno da constitucionalização: era preciso positivar tais direitos para que se tornassem justiciáveis. Em seguida, foi sendo desenvolvida a tese da superioridade hierárquica da Constituição, em razão desse instrumento representar o pacto social estabelecido no seio da comunidade estatal a que se refere, constituindo a reserva de justiça do ordenamento jurídico, colocando-se acima dos órgãos ordinários de decisão política. Dessa forma, com o desenvolvimento da democracia, do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, o direito de resistência foi sendo paulatinamente substituído pelo controle de constitucionalidade.

²⁴ A própria declaração de 1789, em seu artigo 16, fornece a síntese do constitucionalismo ao determinar que “não tem constituição a sociedade em que não estiverem assegurados os direitos nem estabelecida a separação de poderes” (FERREIRA FILHO, 2003, p.245), revelando, dessa forma, que a noção de constituição não é neutra, mas é aquela que cumpre o desiderato de garantir a liberdade, os direitos fundamentais, prestando-se à limitação do poder e à sua organização.

transformar-se em *Estado Social de Direito*, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social'. Transforma-se em *Estado Social de Direito*, onde o 'qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social'. Caracteriza-se no propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, anota Elias Días, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State* (SILVA, 2005, p.115, grifos do autor).

A promessa liberal de promoção da riqueza é contestada pelos próprios fatos: cria-se na verdade um profundo abismo social entre as classes que substituíram os estamentos. A igualdade formal inicialmente formulada tinha como finalidade, em verdade, consagrar as características que atualmente se atribui ao ato normativo primário, quais sejam, generalidade e abstração. Com a igualdade perante a lei, aboliu-se a existência de leis específicas para cada estamento. Contudo, essa mesma igualdade abstrata permitiu o agravamento das diferenças entre as duas classes que se formaram: ricos e pobres. Assim, a própria abstração dos textos permitiu que fossem apropriados pelos proletários e camponeses excluídos que passaram a reivindicar justiça social e distributiva e igualdade material entre os indivíduos.

A grande massa proletariada, principalmente, submetida à condição de exploração e miserabilidade, passa a reivindicar a garantia de alguns direitos, como o direito ao trabalho e à seguridade social, além de outros classificados genericamente²⁵ sob o signo de direitos econômicos e sociais, demanda inicialmente encabeçada pelo comunismo e plasmada, emblematicamente, no documento redigido, em 1848, por Marx e Engels, isto é, o Manifesto Comunista²⁶, cuja declaração de direitos inspirou o catálogo de direitos fundamentais dos países socialistas (LUÑO, 1995). Para Karl Marx, o Estado Liberal inaugurado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inobstante sua linguagem universal e abstrata, tratou-se, em verdade, de uma defesa do burguês e não do homem em geral, afinal, “a liberdade e igualdade abstratas fundamentaram as práticas sociais no período de maior exploração do homem pelo homem.”(BARACHO JÚNIOR, 1999, p.57).

²⁵ Para uma análise pormenorizada das espécies de direitos albergados por essa alcunha, vide SAMPAIO (2010, p.203-209).

²⁶ Muito embora o referido manifesto seja emblemático no que se refere às novas reivindicações socioeconômicas, é na Constituição Francesa de 1793, a Constituição Jacobina, e mais tarde, na de 1848 (LUÑO, 1999), bem como na Constituição Alemã de 1949 (SAMPALIO, 2010) que se encontram os primeiros delineamentos de direitos fundamentais cuja fundamentação não era a liberdade e sim a igualdade.

Como alternativa a essa vertente revolucionária - cuja proposição era a substituição do modo de produção capitalista pela eliminação da propriedade privada e da socialização dos meios de produção - surge, nesse contexto, uma corrente revisionista, cujas reivindicações, marcadamente reformistas, se davam no sentido da defesa do voto universal e de uma atuação mais proativa do Estado, para a concretização de uma igualdade material por meio de políticas públicas educacionais, assistenciais e trabalhistas (SAMPAIO, 2010). A evolução social dos direitos fundamentais é fruto do movimento socialdemocrata emergido à época e marcou a transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito (LUÑO, 1999). A Constituição do México de 1917 é considerada, historicamente, a primeira tentativa de conciliação dos direitos de liberdade com os direitos sociais, como um meio-termo entre individualismo e coletivismo. Inobstante seu vanguardismo, é a Constituição de Weimar de 1919 que tem sido a fonte de inspiração das Constituições que buscaram a conjugação do sistema de liberdades com o sistema de direitos econômicos, sociais e culturais (LUÑO, 1995).

À essa altura, o núcleo material da dignidade humana não se comprazia apenas com a garantia de uma esfera de liberdade individual perante o Estado. Nesse momento histórico, fortalece-se o entendimento de que é necessária a garantia de condições materiais para o próprio exercício da liberdade, sendo imprescindível, assim, a gestão da ordem econômica e social por parte do Estado, como forma de redução das desigualdades e de viabilização do acesso das camadas mais necessitadas a bens fundamentais para o desenvolvimento de sua autonomia, individual e política, em condições de equânimes em relação aos demais.

Essa fase de evolução dos direitos fundamentais foi classificada por Martínez (2004) como processo de generalização e consubstancia-se no ajuste da contradição entre as declarações de direitos que afirmaram serem todos titulares do direito (de cunho natural, ou seja, supra-Estatal) e a existência de uma prática restritiva que limitava, por exemplo, o sufrágio e o direito de associação política e sindical. O processo de generalização parte, dessa feita, de uma exigência de igualdade efetiva no desfrute dos direitos, em razão do que, surgem os direitos econômicos, sociais e culturais, entendidos como indispensáveis para o exercício dos direitos civis e políticos. “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.” (SARLET, 2012, p.47). De fato, nesse período, surge a consciência de que a mera garantia de liberdades não era suficiente para o seu

efetivo exercício por todos os indivíduos, em virtude, sobretudo, da condição de exclusão social a qual estavam submetidos (FERREIRA FILHO, 2003).

Na feição inicial dos direitos sociais, esses ainda não contavam com a aplicabilidade imediata, ou seja, não possuíam a aptidão para gerar efeitos na seara do Direito, consubstanciando-se, portanto, em meros programas normativos, em diretrizes axiológicas para atuação dos órgãos estatais, sobremaneira do Legislativo, do qual dependiam tais comandos para aquisição de normatividade em leis infraconstitucionais²⁷. Dessa forma, estando à disposição plena do legislador, não poderiam ser considerados direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui à expressão, ou seja, como normas de hierarquia superior do ordenamento jurídico estatal, fundamento de validade de todas as demais normas do sistema, constituindo, ainda, o próprio modo de ser da estrutura jurídico-política a que se referem, ao definir os direitos exigíveis pelo cidadão, bem como o modo de viver político e suas metas (PALOMBELLA, 2012).

De fato, a aplicabilidade direta das normas constitucionais é pressuposto indissociável da sua natureza de norma jurídica, uma vez que não há como se conceber uma norma jurídica incapaz de produzir certos efeitos ou conformar certas condutas e situações, mesmo com relação àquelas normas inexecutáveis por si mesmas, sendo que essas são dotadas de imperatividade, pois: a) proíbem normas e comportamentos contrários aos seus preceitos; b) servem de parâmetro interpretativo e integrador do direito; c) impedem, após sua concretização infraconstitucional, um retorno ao vazio anterior, o que se convencionou denominar retrocesso social (MIRANDA, 2011), tema sobre o qual se debruça no presente labor.

O conteúdo da Constituição e os desígnios que se lhe atribuem estão intrinsecamente ligados ao regime político adotado em cada Estado, consubstanciando, destarte, um processo não homogêneo e não linear no tempo e no espaço. A Constituição normativa, ou seja, aquela capaz de controlar e estruturar o processo político, pode ser historicamente constatada em regimes democráticos, destacando-se que no regime socialdemocrata, além de se tratar de um tipo de constituição aplicada, à esta acresce-se, ainda, uma dimensão ativa, uma função transformadora da realidade subjacente (ESTEBAN *apud* MIRANDA, 2011). O modelo democrático dos direitos, posterior ao liberal e contemporâneo ao socialista

²⁷ Nos Estados Unidos da América (EUA), os direitos sociais surgiram como direitos legais e permanecem da mesma forma até os dias atuais.

constitui o nexo de união entre os direitos liberais e os socialistas, haja vista pressuporem a liberdade de participação de todos os membros da sociedade civil no poder político, para o que se revela indispensável a satisfação de certas necessidades básicas, garantidas pelos direitos sociais, econômicos e culturais (MARTÍNEZ, 2004).

Segundo Habermas (2003) essa reformulação do papel do Estado traz consigo a interpenetração das esferas pública e privada, fenômeno que se efetiva em dois sentidos: pela publicização do Direito Privado (limitação do direito de propriedade e da liberdade contratual) e também pela privatização do Direito Público (fuga do Estado do Direito Público com a transferência de tarefas para a iniciativa privada). Os princípios do liberalismo revelaram-se propensos a acentuar as discrepâncias socioeconômicas, identificados como valores defendidos para justificar a hegemonia da classe burguesa. Assim, por exemplo, o direito absoluto à propriedade privada foi relativizado por uma concepção jusfilosófica de que a propriedade deve atender a uma função social.

Dessa forma, surgem os direitos de segunda geração ou dimensão, cuja natureza de direitos a prestações por parte do Estado, em sua grande maioria, lhes conferiu também a alcunha de direitos positivos, em contraposição aos direitos de liberdade aos quais correspondem deveres de abstenção ou não-interferência do Estado. No entanto, mais do que a mera adição de novos direitos aos textos constitucionais, o Estado Social impôs, também, uma nova leitura dos direitos liberais (sobretudo do tripé liberdade, igualdade e propriedade) em razão do novo paradigma que buscou conciliar o sistema econômico capitalista, como sistema produtivo, com o bem-estar, como forma de vida (THIBAU, 2008, p.336).

No que concerne especificamente aos novos direitos, é de se frisar que os chamados “direitos de segunda dimensão” não congregam apenas direitos de natureza prestacional, abarcando também as ditas “liberdades sociais” (como o direito à sindicalização e o direito à greve) e os direitos trabalhistas (SARLET, 2012). Sampaio (2010) destaca a existência de uma “trilogia da segunda geração”, composta pelos i) direitos sociais propriamente ditos, indispensáveis à participação plena em sociedade e ao gozo efetivo dos direitos de primeira geração, ii) direitos econômicos, para garantia de um mínimo material que permita o desenvolvimento pleno das potencialidades dos indivíduos e, iii) direitos culturais; ressalta, por fim, o fato de

alguns direitos poderem se enquadrar em mais de uma classificação, como, por exemplo, o direito à educação, que pode ser considerado nas três subcategorias.

Para a fundamentação do modelo social de direitos fundamentais não se afigura suficiente a abstração típica do jusnaturalismo, nem o racionalismo individualista próprio dos liberais, sendo necessário, para o seu adequado desenvolvimento e efetividade, a consideração do homem concreto situado em um contexto real, no qual será necessária a intervenção do Estado para assegurar a todos um grau cada vez maior de bem-estar, bem como a distribuição equânime dos ônus e vantagens da sociedade a que são concernentes (LUÑO, 1999).

Nessa reação do coletivismo contra os excessos individualistas também houve excessos coletivistas na defesa de uma homogeneização absoluta sob a bandeira do público, do nacional, estatal, em detrimento dos interesses individuais e do pluralismo, o que viabilizou a formação de regimes despóticos, como o nazi-fascismo e o comunismo (CAMPANTE, 2013). A equação entre os dois extremos vai se estabelecendo no período entre guerras e culmina na síntese refletida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que se articula à formação do Estado de Bem-Estar Social.

Do colapso das formas éticas e jurídicas liberais perante alguns dos mais sérios problemas com que nos confrontamos – da exclusão social e do racismo à Chernobyl e à Sida – começa a emergir um novo jusnaturalismo²⁸ assente numa nova concepção dos direitos humanos e do direito dos povos à autodeterminação, e numa nova ideia de solidariedade, simultaneamente concreta e planetária. (SANTOS, 1999, p. 91)

O terceiro momento do projeto político da modernidade, a fase do neoliberalismo, marcado pelo desenvolvimento tecnológico e pela expansão do mercado sem precedentes, segundo Santos (1999), se instaura e se amplia na mesma medida em que se instaura e se amplia a sua crise, delineada pelo agravamento da concentração de riquezas e da injustiça social (tanto em nível nacional, como internacional) bem como pela devastação ecológica. Para o enfrentamento de tais situações revela-se inadequado o recurso a uma ética individualista, sendo necessária a construção de um novo pensar em termos de responsabilidade pelos impactos em nível comunitário, muitas vezes mundial, das ações individuais e coletivas. Essa

²⁸ O jusnaturalismo se reafirma na contemporaneidade tecnificada e secularizada como tradução de uma ética universal consistente no compromisso com os direitos humanos e com a soberania popular, cf. HABERMAS (2003b).

contingência histórica leva à conformação de um novo jusnaturalismo²⁹ baseado nos direitos humanos e no ideal de fraternidade e solidariedade planetária.

Depois da Segunda Guerra Mundial, se prolifera no plano supranacional os tratados para proteção de direitos fundamentais (tanto os de primeira, como os de segunda geração), bem como textos de declarações de direitos universais, acontecimentos que revelam um processo ainda inacabado de internacionalização dos direitos fundamentais, propiciado pela superação das fronteiras estatais e pela valorização do ser humano, num “ [...] processo de humanização que corrói a soberania dos Estados.” (MARTÍNEZ, 2004, p.118, tradução nossa)³⁰. Tal processo é traduzido na necessidade do Direito Internacional em reconhecer uma nova categoria de direitos, calcados na humanidade e na solidariedade (MARTÍNEZ, 2004). Trata-se dos direitos de terceira dimensão ou geração, resposta às novas demandas do gênero humano em razão do impacto tecnológico, da beligerância e do processo de descolonização no pós-guerra, também propalados sob o rótulo de direitos de fraternidade ou de solidariedade, cuja nota distintiva consiste na sua titularidade coletiva ou difusa que reclama novas formas de proteção, exigindo esforços internacionais para sua proteção (SARLET, 2012).

Para Bobbio (1992), o reconhecimento desses novos direitos são uma exigência da historicidade dos direitos fundamentais, cuja fundamentação não pode ser mais um fictício estado de natureza, hipótese racional sobre a qual se construiu a filosofia dos direitos fundamentais de cunho liberal. O processo de multiplicação de direitos por especificação ocorreu, sobretudo, em razão do surgimento dos direitos sociais³¹, pois, com relação a esses, não é possível se considerar o homem em abstrato, uma vez que entre os indivíduos diferenças relevantes de condição pessoal e social devem pesar na atribuição desses direitos³².

²⁹ Quando aqui se diz “novo jusnaturalismo” não se pretende com isso resgatar a afirmação de direitos pré-estatais que devam ser reconhecidos pelo filósofo e positivados pelo legislador. Esse novo jusnaturalismo consiste numa construção histórica de respostas normativas a questões que transbordaram as fronteiras do Estado Nacional, revelando o nexos indissolúvel entre todos os seres habitantes da casa Terra, como exigências à qualidade de vida e à própria sobrevivência no planeta.

³⁰ [...] un proceso de humanización que erosiona la soberanía de los Estados.

³¹ As discriminações positivas baseadas em critérios de justiça distributiva no Estado Social são acrescidas (e em alguns casos substituídas) das discriminações baseadas sobre as gramáticas das formas de vida (HABERMAS *apud* SANTOS, 1999, p.88).

³² “[...] a igualdade impõe a necessária identificação das diferenças dos seres humanos, requisitando uma especialização de natureza subjetiva de modo a resguardar os especialmente necessitados ou marginalizados (minorias, doentes, presos, mulher, deficientes, criança e idoso)”, cf. SAMPAIO (2012, p. 244)

Segundo Martínez (2004), tais diferenças podem derivar de (i) uma condição social ou cultural que colocam determinadas classes de pessoas em uma situação de exclusão ou discriminação (como, por exemplo, a mulher), (ii) de suas condições físicas (criança, idoso, incapaz) ou (iii) da posição que ocupa em certas relações sociais (consumidor, usuário). Para o autor, a especificação se deu não somente com relação aos titulares dos direitos, mas também no que concerne ao conteúdo dos direitos, cuja fundamentação advém dos valores de fraternidade e solidariedade: os direitos ao desenvolvimento, à paz³³ e à proteção do meio-ambiente e do entorno natural. Dentre os direitos de terceira dimensão, ainda é possível encontrar a referência às garantias contra manipulações genéticas³⁴, bem como aos direitos à autodeterminação e à liberdade de informática.

Em verdade, ainda não resta definido com exatidão pelos estudiosos o conteúdo dos direitos de terceira dimensão, sendo que alguns ainda localizam certos direitos supracitados numa quarta ou quinta dimensão sobre as quais, da mesma forma, não há consenso sobre a sua substância. De toda sorte, considera-se neste ponto ter se conseguido demonstrar aquilo que se pretendia: o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais são decorrências históricas³⁵, derivações de situações concretas de violações a bens primordiais dos seres humanos, caracterizando um processo em aberto que se concretizará no devir da humanidade, seja por meio da positivação no plano internacional e interno de novos direitos, seja por meio da atividade jurisprudencial, notadamente das Cortes Constitucionais, no reconhecimento de novos direitos ou na releitura dos tradicionais. Os direitos não surgem como expressão da natureza, mas como reação intelectual a uma situação factual que gera os valores que os fundamentam (MARTÍNEZ, 2004).

Corroborando mais uma vez para a presente tese, ressalta-se que, aos fins da década de 60, os movimentos sociais (pacifista, ecologista, das minorias) desferem duras críticas tanto ao Estado de Bem-Estar Social (apontam-se os limites e alcances das políticas públicas, as contradições entre capitalismo e democracia), quanto ao Estado de Socialismo Real (sobretudo com relação à formação de uma burocracia

³³ “A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais” (SARLET, 2012, p.49). Não se debruçará neste tema no presente trabalho eis que foge ao seu escopo, entretanto, para maior aprofundamento, cf. SARLET (2012, p. 49 e ss).

³⁴ Cf. Sampaio (2010) e Sarlet (2012).

³⁵ No mesmo sentido: Bobbio (1992), Sarlet (2012), Martínez (2004), Luño (1999) e Wolkmer (2003).

autoritária), formulando o ideário do Estado Democrático de Direito a fim de corrigir o déficit de legitimidade do Direito observado nos paradigmas anteriores. Para tanto, prestam-se as teorias pragmáticas-discursivas: o Direito se legitima por intermédio de uma racionalidade intersubjetivamente construída por todos aqueles que são simultaneamente destinatários da norma. Descortina-se, assim, novos direitos políticos e de cidadania, quais sejam, os de deliberação na esfera política em instâncias descentralizadas e integradas de participação, bem como os de fiscalização do poder público no exercício de suas competências (THIBAU, 2008, p.339-350).

Na socialdemocracia, a relação do “usuário” com o Estado é de reivindicação genérica de demandas, sem imposições específicas, pela via da participação política. As eleições são a mera encenação de uma esfera pública, pois não há como se falar genuinamente nessa sem a existência de debates críticos, o que leva a desintegração também do eleitorado. Assim, os direitos liberais básicos devem ser reinterpretados como direitos de participação (HABERMAS, 2003). Conforme sobredito, não há consenso sobre a “geração” ou “dimensão” ocupada por esses novos direitos oriundos dessa nova concepção de gestão estatal, sendo que alguns os situam entre os direitos de terceira dimensão (SAMPAIO, 2010; SARLET, 2012).

Assim, a positivação dos direitos fundamentais se consubstancia como o “[...] produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento no plano teórico dos sistemas de positivação e o paulatino afirmar-se no terreno ideológico das ideias de liberdade e da dignidade humanas.” (LUÑO, 1999, p.109, tradução nossa)³⁶. Assim, já não é suficiente o reconhecimento de algumas faculdades ao indivíduo para a sua caracterização, sendo indispensável que tais faculdades sejam uma referência imediata à própria qualidade de ser humano, “[...] e se repute imprescindíveis para o desenvolvimento de sua atividade pessoal e social.” (p.109, tradução nossa)³⁷.

Por essa razão, considera-se, na esteira de Wolkmer (2003, p.155) que o fenômeno jurídico, além de constituir um valor cultural, consiste, ainda, no símbolo da ordenação social em determinado momento histórico, cuja realização não se trata de um processo linear no tempo e no espaço, relativismo que pode ser comprovado pela diversidade de sistemas político-ideológicos existentes. Cuida-se de um caminhar que abarca avanços e retrocessos, uma dinâmica dialética de equação de

³⁶ [...] producto de una dialéctica constante entre el progresivo desarrollo en el plano técnico de los sistemas de positivación, y el paulatino afirmarse en el terreno ideológico de las ideas de la libertad y dignidad humanas.

³⁷ [...] y se repute imprescindibles para el desarrollo de su actividad personal y social.

interesses antagônicos, histórica e socialmente localizados, a fim de garantir, coercitivamente, a estabilidade e segurança necessárias à ação dos atores sociais, espelhando um padrão ideológico dominante, carecendo, portanto, de “pureza”³⁸ normativa.

Obviamente, o Direito no Estado Democrático de Direito, por se estear no valor da liberdade e da dignidade, muito embora não fuja à lógica da ideologia predominante em determinado tempo e espaço, resguarda alguns direitos e valores das minorias, nos limites (elásticos, certamente) exigidos para a coexistência em determinada sociedade, bem como garante, de maneira mais ou menos eficiente, a participação de todos grupos e indivíduos no processo de integração e reconhecimento pelo Direito dessa ideologia.

Por essa razão, considera-se falaciosa a afirmação de cunho neoliberal de que o Estado Social seria totalitarista por autorizar a condução de projetos de bem-estar pelo poder público, enquanto o pluralismo e o multiculturalismo requereria a determinação de forma subjetiva do plano de felicidade ou bem-estar. Ora, conforme anota o catedrático José Luiz Quadros Magalhães (2006), citando Slajov Zizeck, “quando as opções são muito claras ou deixam de existir vivemos a ideologia em estado puro” (p.172), constituindo um novo tipo de totalitarismo avançado, uma deturpação da democracia, ou seja, a democracia dialógica desde que não se mencione as ideias, nomes proibidos e se negue a ideologia, como se isso fosse possível. Há uma simplificação na defesa do pluralismo, que naturaliza toda diferença, sendo que não é possível admitir todos os antagonismos, tampouco reduzir o outro ao antagônico, já que existe sempre algo comum.

O dinamismo da sociedade impinge esse mesmo caráter ao Direito, uma vez que novas demandas se configuram, estabelecendo a criação incessante de direitos, seja por procedimentos institucionais (legislativo, judicial), seja por lutas sociais, o que leva à necessidade do tipo de análise histórica empregada, a fim de que se possa justificar e fundamentar, de maneira pragmática, a existência de determinadas categorias de direitos (no caso, os direitos socioambientais). E são essas contingências fáticas conformam um novo pensar ético que, por sua vez, configura o

³⁸ De fato, nem mesmo o positivismo clássico pressupõe uma pureza no sentido de uma isenção ideológica da norma, esclarece o professor Gallupo (2013, p. 88): a pureza normativa em Kelsen, por exemplo, consistia na condição epistemológica da Ciência Jurídica que deveria, para o autor austríaco, se ater apenas à descrição do seu objeto, às normas jurídicas, e não indagar sobre sua justiça. As normas, evidentemente, albergam valores, mas esses valores não são do aplicador do Direito, mas do legislador, que as constituem, ensina o magistério do autor.

fundamento e o objetivo do próprio Direito ou sistema de direitos, expressão de um padrão predominante de dignidade que vem se alargando ao longo dos séculos. Para se chegar a uma proteção adequada e eficiente dos direitos humanos ou fundamentais é imprescindível a compreensão desse contexto prático e teórico.

É nesse tipo de relação residual que surgem as primeiras preocupações com a promoção e proteção do meio ambiente, que foram se conformando e consolidando no devir histórico, de acordo com o tipo de necessidade e compreensão adquirida pelas sociedades em cada tempo e em cada lugar, tendo em vista uma série de condicionantes científicas, sociais, políticas, econômicas e culturais, o que se passa a analisar no tópico a seguir.

2.2 O meio ambiente nos paradigmas do Estado Liberal, Social e a conformação do Estado Socioambiental Democrático de Direito na contemporaneidade

Contextualizados o surgimento, consolidação e evolução dos direitos fundamentais, restou demonstrado a natureza histórica e contingencial de tais normas que - em razão da sua referência (ou “reflexividade”) com uma realidade dinâmica e não linear - foram elaboradas como mecanismos de proteção e afirmação do indivíduo diante das estruturas reais de poder (Estado, Poder Econômico). Por outras palavras, pode se dizer que os direitos fundamentais surgem e, mais tarde, se desenvolvem, como o **nicho de resistência ao poder e de afirmação da liberdade do indivíduo, estruturado sobre a construção e especificação teórico-filosófica do conteúdo material, cada vez mais alargado, em razão de contingências históricas, da dignidade humana**. O sistema de direitos humanos, no plano externo, e de direitos fundamentais, no plano interno, vêm sendo estruturados e viabilizados historicamente por uma “ideologia” que, embora dominante -encabeçada, mormente, por países ocidentais-democráticos-, por se centrar no valor da dignidade, privilegia a garantia dos direitos das minorias, num modelo plural de povo, estabelecendo, simultaneamente, laços laicos de coesão no seio social.

A fim de estabelecer a abordagem que será empregada no presente trabalho sobre os direitos fundamentais socioambientais, urge, a partir de então, perfazer o caminho dos paradigmas jurídico-constitucionais utilizados no que concerne à questão ambiental desde o advento do constitucionalismo. Após essa reconstrução, obter-se-á o panorama completo a partir do qual será possível estabelecer o prisma

sob o qual se lançará luzes sobre direitos socioambientais, tendo em vista sempre o contexto no qual se insere o Estado brasileiro. Para uma abordagem juridicamente apropriada, as bases normativas do ordenamento considerado, nem as peculiaridades fáticas a que se referem podem ser desconsideradas, pois, apenas assim, manter-se-á preservada a função social integradora do texto constitucional³⁹.

Pois bem. Desde o seu imemorial surgimento, a natureza - compreendida como o conjunto de coisas criadas ou surgidas na Terra – encontra-se em perene processo de transformação, decorrente da incessante interação dos mais diversos elementos, forças e fenômenos. Essa essência interagente e mutável de toda a estrutura universal em sua totalidade - dentre a qual se insere o microcosmo da Terra – não passou despercebida sequer por aqueles que pioneiramente se debruçaram sobre a busca de uma explicação racional sobre o mundo, os conhecidos filósofos da natureza, cujo objeto de investigação era a compreensão do *Kósmos*⁴⁰, sua origem, bem como a essência subjacente a todas as transformações fantásticas e misteriosas captadas pelos olhos deslumbrados do homem no alvorecer de sua racionalidade científico-filosófica⁴¹.

O ser humano, como um desses elementos naturais interagentes, é a espécie animal dotada de habilidades sofisticadas (como a linguagem e o raciocínio abstrato) que, em razão do alto desenvolvimento de seu telencéfalo, vem exercendo, desde as suas origens, e de forma progressivamente mais ampla e intensa, suas capacidades de transformação e dominação do seu habitat, bem como dos demais seres considerados por muitos, até os dias de hoje, como espécies subalternas ou inferiores. A dominação e a transformação impingidas pelo homem ao meio natural se dá, indubitavelmente, em razão da necessidade de satisfação das suas múltiplas necessidades, desde as mais elementares, como alimentar-se, abrigar-se, até as mais supérfluas, típicas das sociedades de consumo contemporâneas.

³⁹ Cf. LEAL *apud* THIBAU (2008, p.319), através dos paradigmas jurídicos “reconstroem-se os pressupostos à dinâmica jurídica para oferecer bases à investigação da importância, funções e conceito do Estado e dos direitos fundamentais nos processos de integração social”.

⁴⁰ Cosmo ou cosmos (do grego antigo κόσμος, transliteração *kósmos*, significa “ordem”, “organização”, “beleza”, “harmonia”) designa o universo em seu conjunto, toda a estrutura universal em sua totalidade (COSMOS, 2013).

⁴¹ Heráclito de Éfeso, tido como um dos fundadores da filosofia, afirmou ser a realidade um devir permanente, um fluxo incessante oriundo da alternância ou da “guerra dos contrários”, esclarecendo que o mundo é a tensão dos contrários múltiplos e é essa multiplicidade tensa, oposta que constitui a unidade: o dia carrega dentro de si a noite, enquanto a noite traz em si o dia; o frio é o quente depois de mudar e vice-versa, como se os opostos fossem versões da mesma coisa (SPINELLI, 2003).

No entanto, a relação homem-natureza, ou ainda, homem-meio ambiente⁴², não se deu e não se dá sempre e em todo lugar da mesma forma, nem em mesma escala, alterando-se de acordo com o desenvolvimento das próprias ciências e com o tipo de conformação social, política, econômica e cultural⁴³, conforme sobredito. Assim, se o homem primata impactava o meio ambiente de forma praticamente equivalente aos demais animais, ao passar para a condição de pastor e, posteriormente, para a de agricultor, sua ação se torna potencialmente mais transformadora e, com isso, mais degradante. Trata-se de um processo em alargamento exponencial ao longo da história, adquirindo contornos mais drásticos, sobretudo, quando o ser humano deixa de vislumbrar a natureza como algo sagrado, reverencial: quando os deuses e a natureza se tornam realidades distintas, fica “ [...] o homem em posição intermediária entre elas, sendo necessário que ele conheça as *leis* da natureza para sujeitá-las, controlá-las e colocá-las a seu serviço.” (SOFFIATI, 2000, p.160-161, grifos do autor).

Dessa forma, à medida que o homem se afastava de uma fundamentação teológica do mundo e das instituições, ele se torna senhor de si, do seu destino, da sua história, tornando-se simultaneamente senhor de tudo aquilo de que pudesse dispor para a sua satisfação. Conforme visto, as teorias cristãs da lei natural na Idade Média foram decisivas para a afirmação do homem como indivíduo dotado de dignidade inerente (tributária da sua criação à semelhança de Deus) e, portanto, distinto dos demais elementos da natureza, haja vista sua racionalidade, capaz de lhe proporcionar a compreensão das leis divinas (naturais). Contudo, o jusracionalismo iluminista da Era Moderna exacerba essa perspectiva ao dar precedência ao indivíduo sobre o todo, sobre a comunidade, estabelecendo como único direito eminentemente natural, a liberdade, que é autolimitada por um ato de vontade do próprio sujeito, por um contrato social que funda o Estado, com vistas à sua autopreservação.

⁴² Consoante articulado no início desse tópico, a espécie humana constitui elemento da natureza, não podendo dissociar-se dela. Assim, se considera equívoca a expressão homem-natureza, embora amplamente utilizada, por denotar uma distinção, uma separação incompatível com a perspectiva organicista-holística-ecológica, tema sobre o qual se aprofundará oportunamente.

⁴³ Conforme anota Baracho Júnior (1999), a Pré-História nos oferece uma perspectiva hostil da natureza, uma relação de “temor – dependência” para Benjamin (1999). Na Idade Antiga, a relação homem – natureza (*physis*) era marcada por uma cosmologia unicista, um todo harmônico, ao qual se integrava hierarquicamente, porém de forma imanente. O imanentismo clássico foi substituído, na Idade Média, pelo determinismo da doutrina criacionista judaico-cristã, segundo a qual o universo constitui expressão de uma ordenação racional de um Deus-criador, uma ordem proveniente de um fator externo ao próprio universo, ente criado, cf. BARACHO JÚNIOR (1999, p.171-172).

Quando o homem ganha sua liberdade moral em virtude da ruptura entre as esferas moral, religiosa e jurídica (ou seja, quando sua posição social e, com isso, também suas ações não são mais determinadas por uma ordem fechada, divina, transcendental, teologicamente orientada), a ausência de referenciais para sua conduta prática (“alienação do mundo”⁴⁴) coloca o próprio sujeito e sua razão em uma posição de destaque: o indivíduo torna-se o centro do mundo. O antropocentrismo foi a perspectiva de mundo que propiciou ao homem o exercício da dominação indiscriminada do meio ambiente, que possuía conotação exclusivamente patrimonial, sujeita à apropriação (SASS, 2008, p.102). Assim, a história da conquista da liberdade humana confunde-se com a história da sujeição da natureza à satisfação de suas necessidades.

Quando o homem reconhece-se *racional*, liberta-se da sua própria *natureza* (diferencia-se das demais espécies vivas), e reconhece-se possuidor de *direitos (poderes)*, à semelhança do *Criador*. Neste (*sic*) momento o homem: *indivíduo racional* (sujeito) coloca os demais elementos da natureza à sua vontade (sujeitados) através de lei (meio de sujeição), à margem da lei, como se o homem já não fizesse parte dela (natureza). Quando o homem – indivíduo – entende-se racional, todos os demais elementos voltam-se a funcionar como instrumentos para garantia da sua liberdade (poder). (HUPFER; SANTANNA, 2010, p. 57, grifos no original).⁴⁵

A desvinculação da cultura de uma concepção teológica monopolisticamente oferecida pelo catolicismo em função de fatores sócio-políticos, conjunturais e econômicos permitiu o alargamento da liberdade de pensamento do indivíduo, estabelecendo as premissas para o estabelecimento da dúvida e para a substituição de uma filosofia contemplativa (por meio da qual a verdade se revelaria) por uma ciência empírica, baseada na experimentação, na exegese mental da sociedade, dos valores, dos textos e da própria natureza (BITTAR, 2000, p. 155-157). A desmistificação da realidade permitiu à ciência “[...] desnudar o real, consagrando a atividade instrumentalizadora do *homo faber* como condição para o alargamento do

⁴⁴ Vide item 2.1

⁴⁵ A obra de Descartes é uma das que melhor representa essa ruptura: à medida que a razão se torna capaz de, por si só, conhecer sua própria essência e a dos demais objetos, ela se torna instrumento de significação de um mundo desmistificado (desvinculado de uma ordenação pré-determinada, como na cosmologia clássica e medieval), no qual “[...] os objetos naturais perdem sua capacidade de significar para o homem algo que transcendesse sua mera instrumentalização. [...] Na modernidade, a natureza é basicamente objeto a ser conhecido, dominado e explorado, ou seja, é reduzida a instrumental para a realização das finalidades humanas.” (BARACHO JÚNIOR, 1999, p. 173).

potencial sensorial humano” (p.158): a tecnologia produzida pelo homem passa a ser o seu vínculo com a natureza (ARENDRT *apud* BITTAR, 2000).

Assim, a intervenção produzida no meio ambiente por rudimentares técnicas de agricultura, pecuária e manufaturas passa por significativo alargamento na era industrial, viabilizada pela descoberta e utilização de técnicas que variam desde uma queimada até a liberação de gases poluentes na atmosfera, mas, principalmente, pela mentalidade científica que alienou o homem da natureza (MEDEIROS, 2004, p.23-25).

Com o desenvolvimento científico e o aumento da complexidade dos saberes, conforma-se, gradativamente, uma tendência da racionalidade à especialização e diferenciação funcional nos diferentes ramos de conhecimento, bem como constrói-se um “*ethos* científico asséptico e autônomo perante os valores e a política, pela glorificação de um conhecimento científico totalmente distinto do conhecimento do senso comum e não contaminado por ele.” (SANTOS, 1999, p. 85-86). A ciência, por meio da verificação empírica de leis naturais, nutriu a possibilidade de validade universal do conhecimento por meio de uma fundamentação racional do saber que, para tanto, necessitava do atributo da neutralidade valorativa, afastando, assim, a possibilidade de fundamentação racional de uma ética na era da ciência: esse é o paradoxo da racionalidade científica, pois coloca novos desafios à razão prática em virtude do desenvolvimento tecnológico e, simultaneamente, bloqueia *a priori* a mesma razão prática por apresentá-la como obsoleta, estabelecendo, dessa forma, um abismo entre o ser (leis da natureza) e dever ser (leis normativas do atuar humano) (APEL, 1999, p.112-114).

Nesse sentido, o direito natural, que consistiu no motor moral das Revoluções Modernas foi cedendo espaço ao cientificismo positivista, haja vista a sua ambiguidade com relação aos seus elementos “normativamente obrigatórios e naturalisticamente verificáveis” (APEL,1999, p.112). Se num primeiro momento do constitucionalismo liberal o Direito legitimou-se sob as vestes de um Direito Natural calcado na valorização do indivíduo e da sua racionalidade como fonte do conhecimento (ou seja, na natureza humana com sentido de verdade universal metajurídica imutável), paradoxalmente, no seu apogeu, quando cumpre sua tarefa de “fecundar o Direito Positivo”, morre solapado pela redução de todo o Direito ao Direito Positivado ou Codificado, pela crença irrestrita na lei como expressão de uma vontade geral e racional da população (BARROSO;BARCELLOS, 2003, p.105).

O paradigma do Estado Liberal de Direito conformou uma divisão qualitativa dos poderes públicos, com fundamento nas teorias de Locke e Montesquieu, qualificando o ato legislativo como expressão da vontade geral ou da maioria e o ato jurisdicional um esforço de cognição da legalidade posta, relegando os princípios à categoria de aspirações políticas sem pretensão de normatividade (CRUZ, 2007, p.272). A legitimidade das normas residia justamente no fato de ter sido emanado por uma autoridade estatal competente, o Parlamento, no qual se efetivava a autonomia política do indivíduo por intermédio de mecanismos de representação da vontade popular. Em contraposição, isso gerava uma grande desconfiança com relação à atividade dos juízes, ligados à classe aristocrática, o que levou ao desenvolvimento de uma ideologia, que também consistia em um método de aplicação do Direito, segundo o qual não compete ao juiz criar o Direito, apenas aplicá-lo, não lhe sendo autorizado sequer interpretar o texto quando este fosse claro. Esse posicionamento foi defendido, inicialmente, pela Escola da Exegese e pode se resumir pela expressão emblemática: “o juiz é a boca da lei” (GALLUPPO, 2013, p. 87).

Surge assim o positivismo jurídico⁴⁶ que, alicerçado na interpretação literal da lei e na dicotomia sujeito-objeto, afastou o fato (a realidade social, econômica, ambiental, política, cultural e histórica) da questão de direito, dando ênfase aos direitos individuais em detrimento aos direitos da coletividade (HUPFER; SANTANNA, 2010, p.58)⁴⁷. Deveras, a epistemologia juspositivista teve o grande mérito de conferir sistematicidade e cientificidade ao Direito, entretanto, sua metodologia “[...] identifica que o que não pode ser provado racionalmente não pode

⁴⁶ Para o positivismo legalista, o sistema jurídico é um (1) sistema fechado, pronto e acabado, isento de lacunas (como sistema de conceitos e proposições jurídicas em íntima conexão, a aparente lacuna é colmatada não por um ato de criação do Direito, mas de remissão à norma de hierarquia superior, mais abstrata, que conteria supostamente em si os enunciados das normas mais concretas); a segunda característica está contida na primeira e se refere à qualidade lógico-abstrata do sistema que, para ser conhecido, necessita da utilização do (2) método construtivo ou do dogma da subsunção (o raciocínio jurídico se caracterizaria pelo estabelecimento de uma premissa maior, a diretriz legal, e de uma premissa menor, o fato concreto, constituindo a conclusão o juízo concreto de licitude ou ilicitude). Contudo, o positivismo sofreu diversas críticas durante o século XX, condenado por seu reducionismo: o Direito, como uma pluralidade de dimensões, não se coaduna com uma estrutura fechada, pressupondo uma tessitura aberta, de historicidade imanente, dessa forma, a utilização de esquemas lógicos “falseia” ou “vela” nuances do pensamento jurídico, gerando graves prejuízos à sua compreensão metodológica (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p.30-35).

⁴⁷ Para o positivismo filosófico seria necessário e bastante para a ciência descrever a realidade, conceituando-a e classificando-a conforme a razão, pois através da eliminação do caos, da ambivalência, seria possível subordinar e modelar a realidade tendo em vista o bem estar do homem. Ordem e progresso foi o lema do positivismo. A natureza representava, assim, o caos, algo a ser dominado para se ajustar aos imperativos do homem. A noção de que só caberia à ciência descrever (e não interpretar) os fatos veio ao encontro das pretensões do positivismo jurídico, o que levou à identificação de ambas as formas de positivismo (GALLUPO, 2013, p.87).

ser conhecido; sem dúvida nenhuma, **retira os fundamentos e as finalidades** contentando-se com o que *ictu oculi* satisfaz às exigências da observação e da experimentação [...]” (BITTAR, 2000, p.187, grifos nossos).

Paralelamente à conformação desse juspositivismo pretensamente⁴⁸ asséptico, observa-se, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, a efervescência de movimentos sociais que levaram à formação dos Estados Socialistas e dos Estados Sociais, de natureza intervencionista, em razão de fatores analisados anteriormente. Sumariamente, pode-se dizer que as promessas da Modernidade Liberal não foram cumpridas, gerando um grande déficit: o projeto de Estado mínimo destinado a garantir tão-somente a “segurança da vida (Hobbes) e da propriedade (Locke) dos indivíduos na prossecução privada dos seus interesses particulares segundo regras próprias e naturais da propriedade e do mercado” (p.205) revela-se no campo social e político ser um projeto “demasiado ambicioso e internamente contraditório” (p.79). A ideia de autorregulação harmoniosa entre os princípios do Estado, do mercado e da comunidade entra em colapso: o princípio da comunidade permanece atrofiado, o princípio do mercado desenvolve-se de maneira vertiginosa (industrialização, formação e desenvolvimento de cidades industriais), enquanto o princípio do Estado avança de maneira ambígua, em razão da sua consolidação ter se dado através de múltiplas intervenções ao longo do século XIX, muitas delas justificadas pelo *laissez faire* (SANTOS, 1999).

Consoante visto, a linguagem universalista dos direitos liberais calcados no jusnaturalismo, causava perplexidade pelo antagonismo com a realidade excludente normatizada por tais direitos: o voto censitário, a inexistência de garantia do direito de associação, a miserabilidade e a exploração degradante das massas proletárias. Tudo isso impedia à maior parte da população a fruição efetiva da liberdade e

⁴⁸ A falácia da neutralidade é denunciada, sobretudo, pelos filósofos que se assentam sobre as bases epistemológicas da filosofia da linguagem. Apel, por exemplo, aproveitando-se da construção da teoria dos “jogos de linguagem” de Wittgenstein, elabora a ideia de “comunidade de comunicação”: se o uso da linguagem segue diferentes regras de acordo com o contexto, ou “mundo da vida” considerado (que são os modos de conduta que permitem a vida em sociedade), a ciência positiva não pode pretender a universalidade, pois se remete aos diversos jogos linguísticos, às diversas comunidades de argumentação, cujo pressuposto essencial é a intersubjetividade. Em cada comunidade se encontra um jogo de linguagem específico e normas e valores próprios: mesmo o pensador solitário para explicar sua argumentação necessita interiorizar a discussão de uma sociedade potencial de argumentação (APEL, 2008). De fato, após a reviravolta linguístico-pragmática, a atividade de compreensão humana dos objetos deixa de ser um ato de cognição de um sujeito destacado do mundo, para se tornar uma extensão, um prolongamento da própria existência do cognoscente, rompendo com a dicotomia sujeito-objeto, que é substituída pelo conceito heideggeriano de ser-no-mundo. Para maior aprofundamento, vide, Cruz (2007).

igualdade materiais (que apenas formalmente asseguradas contribuíam ainda mais para o aprofundamento das diferenças sociais), constituindo o combustível necessário para que a insatisfação eclodisse por intermédio dos movimentos operários.

A conquista do alargamento da titularidade dos direitos políticos e o reconhecimento de novos direitos sociais (trabalhistas, de greve, de associação) proporcionaram a inserção de novos atores e, por conseguinte, de novos interesses na arena política. A positivação constitucional de direitos sociais, econômicos e culturais marca a transição do Estado Liberal para o Estado Social, legitimado não mais por uma essência metafísica inerente ao ser humano, mas teologicamente constituído para promoção de uma igualdade material, desiderato para o qual se torna imperativo a contemplação do homem real, concreto, ou melhor dizendo, dos homens reais, concretos, cujas idiossincrasias determinariam o tratamento jurídico adequado, específico, contingente.

Neste contexto, o Estado se torna “agente ativo das transformações ocorridas na comunidade e no mercado” (p.84), a fim de se “redefinir o projeto da modernidade” (p.85). Esse ajuste levou à socialização da propriedade em alguns países, mas, observou-se, mundialmente, a crescente hegemonia (ou preferência) da alternativa social-democrata, por permitir a consolidação do modelo produtivo capitalista (SANTOS, 1999). Sobretudo após as grandes crises econômicas do início do século passado, e, de forma mais pujante, após a I Guerra Mundial, verifica-se a tendência da assunção pelos Estados da gestão e regulação social e econômica com vistas ao bem-estar, conformando-se, assim, o Estado Social, também identificado como Estado Providência ou *Welfare State*. Não obstante as crises e as guerras, a política estatal intervencionista calcou-se no desenvolvimento econômico, na expansão dos mercados e no progresso técnico-científico como fatores de elevação do nível de vida da população (NOVAIS, 2006, p. 181). O modelo de desenvolvimento alicerçado sobre as bases do crescimento econômico e o desenvolvimento de novas tecnologias fomentado pela indústria bélica viabilizou e foram viabilizados às custas de uma indiscriminada devastação ambiental, de alcance planetário (OLIVEIRA, GUIMARÃES, 2004, p. 77).

Essa tendência à reformulação do papel do Estado e do Direito foi reforçada ainda pela suspeita criada em torno do juspositivismo, pois, assentado numa validade meramente formal da Constituição, aponta-se que a sua racionalidade cognitivo-instrumental permitira que os textos constitucionais albergassem qualquer tipo de

conteúdo, contribuindo “[...] decisivamente, para o surgimento, no século XX, de um dos piores monstros que a humanidade conheceu em sua longa história: o Estado Totalitário.” (KONDER, 2006, p.363). Surge, assim, a preocupação com o conteúdo das normas como fator de sua legitimidade ou validade, o que levou à passagem do modelo positivista àquele que se convencionou chamar pós-positivista, um modelo que elevou os princípios fundamentais à categoria de normas hierarquicamente superiores do ordenamento jurídico, o que, para alguns, os tornou, ainda, verdadeiros vetores axiológicos do ordenamento jurídico.

Segundo Cruz (2007, p. 274-275), a legalidade estrita foi cúmplice com os horrores de Auschwitz e também se mostrou insuficiente para mostrar, sempre *a priori*, a norma perfeitamente adequada ao caso concreto, formando, por conseguinte, o pano de fundo necessário para o surgimento de novos “ventos” no constitucionalismo. A partir daí foi que levou à elaboração da tese da juridicidade dos princípios, defendida tanto por positivistas (que os compreendiam como generalizações das normas do sistema), quanto pelos adeptos de um jusnaturalismo renascido (para os quais seriam valores retores do ordenamento jurídico).

No Tribunal Constitucional Alemão desenvolveu-se a jurisprudência dos valores, tendo como expoente doutrinário Alexy que não a criou, mas tão somente sistematizou o que vinha ocorrendo desde a década de 1950. Na realidade, após o holocausto, a Alemanha ficou sensibilizada com as consequências nefastas que ocorreram com o fulcro no ordenamento jurídico, isso porque no nazismo muitos crimes praticados tiveram a chancela legal. Assim, houve um movimento que almejou ultrapassar a norma no intuito de atingir seu fundamento jurídico. Nas palavras de Cruz, a partir deste momento “para que a legislação não fosse qualificada como injusta (*unrecht*), deveria coadunar-se com um catálogo de valores universalmente reconhecidos”. (ALVES, 2013, p.42).

A autora prossegue citando o constitucionalista mineiro, Álvaro Ricardo Souza Cruz, enfatizando que nos Estados Unidos surge uma corrente filosófica imbuída desse mesmo espírito de reação ao positivismo legalista que ficou conhecida por comunitarismo. O comunitarismo preconiza que o direito deve refletir os valores da sociedade a qual se dirige, cumprindo ao juiz, diante do caso concreto, constituir sua decisão calcada nos valores plasmados na sociedade, indo além da norma posta no ordenamento. Por fim, ressalta Alves que essa substancialização do Direito traria em si um déficit democrático da decisão judicial, uma vez que reflete a moralidade do julgador e suas preferências pessoais (ALVES, 2013).

Não cabe aqui, neste momento, aprofundar a crítica sobre a vertente axiológica do Direito, mas é importante ressaltar que os direitos fundamentais, a partir daquele momento, embora normas, não se reduziam somente à esfera deontológica, assumindo outros papéis na ordem normativa. Segundo Gianluigi Palombella (2012), esses seriam dotados de ambivalência, assumindo a forma de ato normativo, mas também de fundamento substantivo extra-legal, o que se traduz em três premissas: primeiramente, que o sistema positivo os funda mas não os fundamenta; segundo, que são o fundamento de validade de outras normas; e, por fim, que não são oposição ao governo, mas nova concepção de gestão da coisa pública. Direitos não são meros limites ao poder, mas sua expressão, definindo o modo de viver político e suas metas.

E se, conforme supramencionado, para ser legítima, a legislação deveria se coadunar com um catálogo de direitos (ou valores) universalmente reconhecidos, isso se concretizou sobretudo com a proliferação no plano supranacional, após a Segunda Grande Guerra, de tratados para proteção de direitos fundamentais, bem como de textos de declarações de direitos universais, com fulcro no valor da dignidade da pessoa humana, bem como na solidariedade e fraternidade: surgem os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se insere a proteção ao meio-ambiente e ao entorno natural. A partir dos anos 20 e até os anos 70, aproximadamente, a ideologia desenvolvimentista promoveu a expansão tecnológica e industrial, a massificação da produção e a progresso dos suprimentos de energia que propiciaram a formação de grandes centros urbanos, assim como o desperdício e a degradação dos recursos naturais de uma maneira inaudita: tais fatores formaram o “fermento ecológico” que fundou uma “era ecológica” marcada pela conscientização da escassez de recursos ambientais e da necessidade de proteção do “verde”(MEDEIROS, 2004, p.29-30).

O modelo de desenvolvimento baseado no crescimento econômico ilimitado como forma de progresso da humanidade revela sua fragilidade de uma maneira mais explícita ao final dos anos 60, quando concorreram uma série de eventos para a desestabilização social: a crise energética, o aumento da inflação e do desemprego, a crescente degradação de recursos naturais (pela extração desenfreada de matérias primas, derramamentos e poluição industrial de rios, lagos, mares e ar), a desorganização de territórios contíguos a áreas industriais, a explosão demográfica das áreas urbanas e a incapacidade de controle de resíduos constituem apenas alguns exemplos de gêneros de ação antrópica que impactam de forma negativa os

ecossistemas e que começaram a ser denunciadas pelos cientistas e acadêmicos em geral, mas também por movimentos civis organizados que pressionaram a elaboração paulatina de políticas públicas para o enfrentamento da questão ambiental. Dentre as iniciativas de repercussão mundial destaca-se a atividade do “Clube de Roma”, que financiou o trabalho *Limites do Crescimento (Limits to growth)* que procurou descrever os principais problemas ambientais da época, tornando-se referência para os movimentos ambientalistas dos anos seguintes (BARACHO JÚNIOR, 1999; CARVALHO, 2000).

O quadro descrito acima constitui sintomas daquilo que o sociólogo alemão Ulrich Beck, um pouco mais tarde, em 1986, denominou de “sociedade do risco”. Naquele momento histórico, o autor identificou um momento de profundas transformações na sociedade propiciado por diversos fatores conjunturais: a crise ambiental, o desenvolvimento tecnológico inaudito, a queda do muro de Berlim e a derrocada do socialismo real, fatores que apontam na direção da construção de uma nova organização social, demandando, assim, novos modelos teóricos (ou paradigmas) que pudessem fornecer uma nova visão de mundo, aos moldes do que ocorreu na “Modernidade Clássica” ou “Primeira Modernidade”, quando se rompeu com a estrutura organizacional feudal: a estrutura da sociedade industrial clássica seria substituída pela da sociedade (industrial) do risco. A conformação dessa nova ordem social ocorre no momento em que a modernização volta-se para si, de forma reflexiva, por isso o autor a denomina “Segunda Modernidade”, “Modernidade Tardia” ou “Modernidade Reflexiva”. Nessa nova era, os riscos, decorrentes da busca desmedida por produção de riquezas, antes ocultados, haja vista a natureza silenciosa do seu processo de criação dos mesmos, começam a vir à tona, na forma de uma ameaça à vida e saúde humanas. Os principais problemas da sociedade do risco são criados pelo próprio desenvolvimento técnico-econômico que, ao mesmo tempo, são colocados como desafios ao próprio desenvolvimento, sobretudo o científico, que é chamado a construir a consciência do risco, legitimando a tomada de decisões (2010).

Os riscos (ecológicos, químicos, nucleares, genéticos e, mais recentemente, o econômico, como as quedas dos mercados financeiros internacionais), que são produzidos industrialmente, externalizados economicamente, individualizados juridicamente, legitimados cientificamente e minimizados politicamente, podem se manter encobertos pois se desvelam com a ampliação do conhecimento científico. Essa é uma das características mais marcantes dos riscos produzidos pela sociedade

industrial, qual seja, sua imperceptibilidade. Por essa razão, ressalta-se, desde já, uma das principais dificuldades em se combater a criação de riscos, bem como em se identificar responsáveis⁴⁹, o que, por sua vez, demanda a criação de instrumentos voltados para a prevenção dos mesmos.

Outras características dos riscos, que assombram a sociedade contemporânea, apontam a deficiência de um modelo preponderantemente reativo: a irreversibilidade e a incalculabilidade dos seus efeitos.

Os riscos, para Beck, são globais, obedecendo à lógica daquilo que ele denominou “efeito *boomerang*”, conformando um novo tipo de conflito social diverso do dualismo da sociedade de classes burguesa: o risco produzido é democrático, não observa fronteiras, atingindo de maneira indiscriminada os Estados e as classes sociais, atingindo, inclusive, aquele que o produziu. “Os riscos da modernização⁵⁰, cedo ou tarde, acabam alcançando aqueles que o produziram ou que lucram com ele” (2010, p.27). Uma nova solidariedade, decorrente do risco comum à toda humanidade, surgiria. Tais riscos conformariam uma nova forma de capitalismo, uma nova forma de economia, uma nova forma de ordem global, uma nova forma de sociedade e uma nova forma de vida pessoal (BECK, 2010).

Contudo, em seguida, o próprio autor precisou um pouco melhor a sua teoria, revisando a perspectiva linear na passagem da sociedade de classes para uma sociedade global de riscos. Para maior consistência da sua teoria, era preciso analisar como se integram pobreza e riscos, como esses se potencializam em razão de sistemas de fiscalização estatais precários e de culturas democráticas fragmentadas. Assim, Beck assume que a questão ambiental e a questão de classes podem se sobrepor e se agravar mutuamente. Dessa feita, o autor afirma que os problemas ambientais não são, exclusivamente, seja na origem, como no resultado, problemas

⁴⁹ Essa dificuldade se intensifica pela insuficiente relação de causa e efeito para atribuição de responsabilidades. O tipo de racionalidade técnico-científica, bem como a multiplicidade de causas dos riscos (2010, p.76) vem ensejando a irresponsabilização de grupos e setores que se beneficiam economicamente da degradação ambiental. Beck sinaliza, assim, para um novo modelo de causalidade a ser adotado pelos tribunais, em geral, em lides dessa natureza, e que já vem sendo utilizado pelo Judiciário japonês que “admitem uma relação causal se correlações estatísticas entre teores de poluentes e enfermidades específicas puderem ser comprovadas. As empresas que se emitirem tais poluentes poderão então ser judicialmente imputadas e condenadas a pagar indenizações correspondentes.” (p.77).

⁵⁰ Segundo Beck (2010) “modernização significa o salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho e da organização, englobando para além disto muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das formas cognitivas. [...] Um processo de alcance muito mais profundo, que abrange e reconfigura toda a trama social, no qual se alteram, em última instância, as fontes de certeza das quais se nutra a vida” (p.23).

do meio ambiente, mas “[...] problemas do ser humano, de sua história, de suas condições de vida, de sua relação com o mundo e com a realidade, de sua constituição econômica, cultural e política.” (p.99).

O autor detecta três tipos de risco que coexistem nessa relação de simultaneidade e implicação recíproca: (i) os riscos decorrentes da destruição ecológica promovidos pelo desenvolvimento industrial; (ii) os riscos derivados da condição de pobreza de indivíduos e comunidades, vinculando problemas como o de habitação, alimentação, perda de espécies e da diversidade genética, energia, indústria e população; 3) os riscos decorrentes de armas de destruição de massas. O relevante é mostrar que os riscos são globais, mas estão permeados por questões étnicas, nacionais e de recursos, ou seja, a globalização planetária dos riscos não é acompanhada de uma igualdade global no enfrentamento desses (GUIVANT, 2001)⁵¹.

Como resposta a esse quadro de crise dos valores da sociedade de consumo e de preocupação com o impacto da industrialização e de novas tecnologias sobre o meio ambiente que se delineou mundialmente, em 1972, a Organização das Nações Unidas – ONU organiza, na Suécia, em Estocolmo, a primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, na qual países desenvolvidos e em desenvolvimento promoveram uma “[...] grande discussão acerca do modelo (econômico) a ser adotado e da consequente utilização de recursos naturais de forma desmedida.” (SANTOS, 2013, p.456). “Apesar de não estabelecer uma regra concreta, essa declaração propiciou a primeira moldura conceitual abrangente para formulação e implementação estruturada do Direito Internacional do Meio Ambiente.” (WORLD, 2003, p.7). Isso propiciou, por conseguinte, a elaboração de diversos outros tratados internacionais (como, por exemplo, a Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas de Extinção – CITES – e a Convenção de Ramsar sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional) bem como

⁵¹ Nesse cenário, Beck aponta para a necessidade de uma revisão da racionalidade técnico-científica que, balizada pelo interesse econômico, desconsidera os impactos negativos de certas atividades, chegando-se, em alguns casos, até mesmo a forjar resultados através da seleção tendenciosa de métodos e dados. Na verdade, o desenvolvimento científico tornou-se paradoxal nas sociedades contemporâneas, segundo o autor: ao mesmo tempo em se presta a apresentar soluções sobre os impactos negativos de certa atividade humana, revela-se fonte de outros problemas. Primeiramente, pela própria incapacidade de dar respostas conclusivas através da sua racionalidade, mormente em razão da especialização do conhecimento, que oferece apenas paliativos pontuais, deixando o contexto e as causas efetivas sem serem considerados. Em segundo lugar, pela criação de novos riscos, sobretudo em se tratando de uma ciência comprometida com interesses econômicos. Para o autor, a falibilidade científica aponta para o fim do monopólio científico do conhecimento (p.237).

a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), agência internacional destinada à coordenação de esforços da comunidade internacional em questões ambientais (WORLD, 2003).

Corroborando a pungência mundial da questão ecológica, verifica-se que a proteção ambiental, a partir de então, passa por um processo de internalização pelas ordens constitucionais, embora já tivesse sido positivada no plano infraconstitucional em diversos países. Conforme preleciona Édis Milaré, o Direito Ambiental foi se conformando inicialmente por meio de leis e regulamentos “porque o legislador se baseava no poder geral que lhe cabia para proteger a *saúde humana*” (p.142)⁵², passando, mais tarde, a ter uma identidade própria nas Constituições contemporâneas, haja vista a ampliação da perspectiva proporcionada por uma abordagem mais abrangente e compreensiva do tema (2007). A constitucionalização da proteção ambiental se dissemina por diversos países após 1972: em Portugal (1976), Espanha (1978), Equador (1979), Chile (1980), Guiana (1980), Honduras (1982), Panamá (1983), Guatemala (1985), Haiti (1987), Brasil (1988), Colômbia (1991), Alemanha (1994), África do Sul (1996), Suíça (2000), Grécia (2001), Romênia (2003), França (2004), Bolívia (2009).

No Brasil, o Código Florestal de 1965 (Lei nº 4.771) pode ser considerado o marco legislativo da proteção ambiental no país, quando as normas de proteção, recuperação e melhoria do meio ambiente ainda eram tidas por muitos como objeto de estudo restrito ao âmbito do Direito Administrativo, como matéria atinente ao controle do Estado sobre as atividades privadas⁵³ (BARACHO JÚNIOR, 1999, p. 233). Embora vanguardista, a legislação acima mencionada destinava ao tema um tratamento fragmentário, de cunho conservacionista, preservacionista e

⁵² “Faltando uma base incontroversa de apoio na Constituição, o legislador ordinário foi buscar suporte na salvaguarda da *saúde*, sob o argumento de que ela não pode ser assegurada em ambiente degradado. Ou seja, degradação ambiental seria sinônimo de *degradação sanitária*. Uma argumentação de cunho estritamente homocêntrico, com indisfarçável conteúdo economicista e utilitarista.” (BENJAMIM, 1999, p.53, grifos no original). Tal abordagem revela-se eticamente insuficiente e dogmaticamente frágil, uma vez que, de uma parte, a tutela ambiental vem incorporando uma visão mais abrangente, a biocêntrica, e, por outra parte, o direito à saúde não se confunde com o direito ecologicamente equilibrado, embora dividam uma área de convergência (BENJAMIM, 1999).

⁵³ “Não foi por acaso que dois ilustres administrativistas assumiram o pioneirismo do Direito Ambiental no Brasil.” (BARACHO JÚNIOR, 1999, p. 233). Em 1972, Sérgio Ferraz publica um artigo denominado *Direito Ecológico, perspectivas e sugestões*, e, posteriormente, em 1975, Diogo de Figueiredo Moreira Neto publica sua obra intitulada *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico: instrumentos jurídicos para um futuro melhor* (BARACHO JÚNIOR, 1999, p. 232-233).

ambientalista⁵⁴, abordagens reducionistas que não consideram a questão ambiental em toda diversidade de formas, nem em toda complexidade de interações. Somente a partir da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, quando se delineou a Política Nacional do Meio Ambiente, que esse passa a ser compreendido de maneira interdisciplinar, integrada, abrangendo os meios naturais, artificiais, culturais, privilegiando a vinculação do social e do ambiental em uma “unidade de sentido”, agregando, ademais, à noção de desenvolvimento, o adjetivo da sustentabilidade:

No Brasil, a partir da década de 1980, especialmente com o fim do regime militar em 1984, os movimentos sociais e os movimentos ambientalistas lograram pacificar suas relações entendendo que as necessidades e as aspirações de desenvolvimento de extensas camadas da população e a consequente preservação ambiental ou recuperação de áreas degradadas tinham um objetivo comum: a sustentação da vida. Com a promulgação da Constituição de 1988, alcançaram-se esses movimentos – agora socioambientais – o ponto de unificação com o reconhecimento que os direitos humanos e os fundamentais de todas as dimensões ou funções, abarcando, portanto, os assim, designados direitos civis e políticos e os direitos sociais econômicos, culturais e ambientais, exigem e conforma, para sua adequada proteção e promoção, um novo modelo de Estado, qual seja, o Estado Socioambiental e Democrático de Direito. (BRASIL, 2009, p.15).

Conforme anota Machado (2013), após 1985, quando é eleito um presidente civil, a questão do meio ambiente é levantada. A sociedade civil, por intermédio de suas organizações, notadamente pela atuação da Sociedade Brasileira de Meio Ambiente, faz seminários por todo o país e organiza um curso de Direito Ambiental, em Salvador, preparando um texto a ser proposto à Assembleia Nacional Constituinte. “A Constituição da República Federativa do Brasil é a primeira Constituição brasileira em que a expressão *meio ambiente* é mencionada” (p. 150, grifos no original)⁵⁵ e na qual se dedicou diversas disposições esparsas em vários títulos e capítulos, além de um capítulo inteiro ao tratamento da matéria. De

⁵⁴ O conservacionismo restringe a ecologia a um setor da natureza, às espécies em extinção, e em nada contribui para a construção de uma nova ética. O preservacionismo também padece por ser restrito à proteção de áreas delimitadas para a perpetuação da vida selvagem, mantendo a lógica do dualismo homem-natureza. O ambientalismo, embora mais amplo que as demais abordagens, considera a ecologia relacionada apenas ao ambiente natural, contribuindo, portanto, para a manutenção do referido dualismo, herança do liberalismo, cf. EMERIQUE (2009, p. 8-9).

⁵⁵ Entretanto, a Constituição de 1969 foi a primeira a mencionar a palavra “ecológico”, ao se referir à necessidade de uma política de bom uso das terras agrícolas sujeitas a intempéries, “mediante prévio levantamento ecológico”, cf. MACHADO (2013, p.150), que para o autor trata-se de um sinal promissor, haja vista a previsão normativa ter se dado antes mesmo da Conferência de Estocolmo de 1972. Cumpre ressaltar, contudo, que se cuida de uma previsão isolada e fragmentária, sem compromisso ambiental amplo e integrativo.

importância singular é o artigo 225, *caput* que estabelece o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever do Poder Público e da coletividade de protegê-lo para as presentes e futuras gerações.

Com a Constituição, o tema ganha sede constitucional, configurando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no supracitado artigo 225, integrante do elenco de direitos fundamentais (o que será abordado mais detidamente no capítulo seguinte), demandando, portanto, uma abordagem jurídica orientada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito (princípio fundamental insculpido no artigo 1º do texto constitucional) em sua interdependência (ou indivisibilidade) com outros direitos e garantias fundamentais. Conforma-se, no Brasil, o Estado Constitucional Socioambiental Democrático de Direito.

A partir de então, e com força renovada após a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, no Rio de Janeiro (ECO-92), foram desenvolvidos estudos em matéria ambiental pelo prisma do Direito Penal, do Direito Agrário, do Direito Civil, entre outros. Existe uma multiplicidade de abordagens sobre os problemas ambientais, o que leva à constatação do caráter interdisciplinar da proteção ambiental, que não se exaure nos lindes das normas especificamente ambientais, assim como abrange vários ramos do Direito, mas também vários ramos do conhecimento (BARACHO JÚNIOR, 1999, p. 234-238).

Benjamim (1999) identifica três momentos históricos da proteção jurídica do ambiente no Brasil, ressaltando não se tratar de fases mutuamente excludentes, mas em verdade, de “valorações ético-jurídicas do ambiente”, que convivem, apesar de suas diferentes filiações: a primeira fase, que se estendeu do período colonial até a década de 60 do século passado, pode ser identificada como a “fase da exploração desregrada” ou do “*laissez faire* ambiental”, cuja marca era a conquista (ou domínio) de novas fronteiras (agrícolas, pecuárias, minerárias) e a despreocupação com o tratamento legislativo da matéria, que restringia-se a objetivos estreitos, como a sobrevivência de recursos naturais preciosos (v.g. o pau-brasil); a segunda fase, denominada por “fase fragmentária”, caracteriza-se pelo “utilitarismo” no plano ético (proteção determinada pela utilidade econômica) e pela “fragmentação” no plano formal, seja do objeto (haja vista a ausência de uma abordagem holística que conferisse identidade própria ao meio ambiente), seja dos próprios instrumentos legislativos. No terceiro momento, iniciado em 1981, com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, inaugura-se a “fase holística”, conferindo enfoque integrado (as

partes são protegidas a partir do todo) e autônomo (como um valor em si) ao sistema ecológico.

Inobstante tais avanços significativos na órbita interna, bem como aqueles pioneiros documentos internacionais sobre o tema, o Direito do Meio Ambiente manteve-se em campo restrito durante os anos 70 e 80, o que pode ser demonstrado pelo reduzido número de profissionais que se dedicaram ao tema à época e pelo reduzido número de princípios e regras aplicáveis até então, o que dispensava a necessidade de uma grande especialização no assunto. Com a supracitada ECO 92, onde se reuniram líderes de quase cento e oitenta países, pelo período de duas semanas para discussão dos principais problemas do Direito Internacional do Meio Ambiente e para a definição de regras mais detalhadas sobre as práticas ambientais internacionais, foram editados dois tratados que representaram um grande avanço no tratamento do tema por sua abordagem holística (Convenção Sobre Diversidade Biológica e Convenção-Quadro Sobre Mudanças Climáticas) e dois outros documentos que estabeleceram regramento minudente relativamente ao logrado na Declaração de Estocolmo (Declaração do Rio e Agenda XXI). Inaugura-se, assim, uma fase de efervescência do Direito do Meio Ambiente, influenciando a multiplicação de pessoas dedicadas ao tema e determinando a necessidade de aprofundamento especializado cada vez maior, em razão do detalhamento das regras que se proliferaram (WORLD, 2003, p.7-8).

Assim, as decisões relativas à interação homem-natureza que se embasavam em ponderações meramente utilitaristas de ordem sanitária, econômica, turística, cultural, e ainda devido a razões de segurança nacional, passam a ser redimensionadas em meados dos anos 90, notadamente, a partir da avaliação do papel da biosfera na sustentação da própria vida no planeta. Isso não significa de modo algum que as perspectivas anteriores foram superadas, pois, conforme já assumido, tratam-se de valorações ético-jurídicas do meio ambiente, atendendo a diversos interesses e visões de mundo, possibilitando leituras distintas e muitas vezes antagônicas e materializando-se num processo ainda em curso, o qual não se pode querer prever as consequências sem profetizar, embora seja possível e até mesmo desejável, assumir um posicionamento sobre a leitura considerada mais adequada.

2.3 Ecocentrismo: entre a ética ecológica e a normatividade eco-social nas sociedades pluralistas contemporâneas

Neste tópico, após trazer à luz a conformação do Estado Socioambiental, interessa demonstrar a imperatividade de uma ética global baseada no senso de corresponsabilidade, bem como a implicação recíproca entre a proteção dos direitos humanos e fundamentais em geral e a proteção do meio ambiente em específico, para, ao cabo, ser viável se clarificar o alcance que é dado ao vocábulo socioambiental.

Conforme visto, no Estado Liberal cria-se a ambiência adequada para que o homem possa se desenvolver através do domínio do meio ambiente. Contudo, à medida que essa intervenção toma proporções que causam desequilíbrios ecossistêmicos e se alardeia a ameaça da própria vida no planeta, o antropocentrismo passa por certas relativizações, chegando até mesmo a ser substituído por outro referencial de conduta: o ecocentrismo. Repita-se: não se tratam de versões auto excludentes, afinal, a sociedade contemporânea complexa e pluralizada comporta essas várias visões sobre a relação do ser humano com o meio ambiente, fato esse que não impede, por sua vez, a massiva hegemonia do sentido que supera a visão da natureza como mero recurso (BARACHO JÚNIOR, 1999, p.184).

Essa evolução, sumariamente descrita, abarca aquilo que se considera como as principais configurações do dilema antropocentrismo/ecocentrismo: a “antropocêntrica utilitarista”, a “antropocêntrica protecionista” e a “ecocêntrica” (RENN *apud* SAMPAIO, 2003, p. 50). A primeira delas preconiza a necessidade da sociedade gerenciar os recursos naturais de maneira eficiente a fim de se atender, exclusivamente, às necessidades humanas; a segunda considera a natureza um bem coletivo essencial à sobrevivência e ao bem-estar do homem, sendo, portanto, fundamental o equilíbrio entre as atividades humanas e os processos ecológicos essenciais; por fim, a configuração ecocêntrica “entende que a natureza pertence a todos os seres vivos e não apenas ao homem [...]” (p. 50-51).

Filia-se neste labor à Emerique para a quem a primeira concepção seria reducionista por não considerar o ser humano como parte da natureza, com capacidade de alterar o meio ambiente e a si mesmo “e assim fazer cultura; [afinal] ele pode agir com a natureza expandindo-a, bem como contra a natureza agredindo-a.” (p. 8-9). A segunda abordagem, para a autora carioca, constituiria uma espécie de “ambientalismo político”, que embora propugnar o equilíbrio entre sociedade e ambiente, deixa subliminarmente velada a noção de permanente domínio e violação ecológica: “mais que uma harmonia permanente, se quer, na verdade, uma trégua,

para a natureza refazer das chagas, para em seguida continuar a ser devastada” (p.9), não, ultrapassando, portanto, o paradigma da modernidade no sentido de desenvolver uma nova aliança ser humano-natureza “que os faz a ambos aliados no equilíbrio, na conservação, no desenvolvimento e na garantia de um destino e futuro comum.” (p.9). Com relação à última configuração, também revela-se insuficiente e reducionista, quando restrita à uma “ecologia humana” ocupada com as ações do homem, universalmente considerado em relação ao meio ambiente. Trata-se de uma visão idealista, já que o ser humano vive nas “teias das relações sociais” e não universalmente, como já foi denunciado pelo movimento de reconhecimento dos chamados direitos de segunda dimensão. Portanto, mister se faz uma articulação entre a justiça social e a ecológica, considerando as conexões entre os membros da sociedade e as suas instituições e desses com o meio ambiente que os abriga (EMERIQUE, 2009).

Segundo Priour (*apud* BARACHO JÚNIOR, 1999), essa compreensão se origina de longas reflexões de naturalistas e ecólogos, trazendo a lume a noção de “que o homem como espécie viva faz parte de um sistema complexo de relações e inter-relações com o seu meio natural” (p.185), do que resulta uma influência recíproca entre o meio e as ações humanas. Para Baracho Júnior, essa visão “peca pelo excesso de pessimismo em face de poucos dados empíricos” (p.185), uma vez que não há como se precisar o curso do processo tecnológico, nem a capacidade da natureza em absorver poluentes.

Decerto, se a ciência e a tecnologia trouxeram muitas respostas, junto com essas estabeleceram outros questionamentos, além de muitos riscos cujo alcance não pode ser previsto: a implacabilidade da racionalidade moderna foi colocada em xeque e, paulatinamente, vem sendo relativizada, desde Freud, passando pela Escola de Frankfurt e pela Filosofia Analítica, só para citar alguns que contribuíram para a revelação do caráter linguístico da ciência e da razão e da falibilidade e provisoriedade dos juízos, ainda que cientificamente demonstrados.

Ao discorrer sobre essa tendência à universalização, Baracho Júnior (1999, p.198-200) traz à colação críticas contundentes. A primeira delas sustenta que uma ética global (e aqui se insere a ética dos direitos humanos em geral e não apenas a ética ambiental) seria instrumento para construção de um novo tipo de colonialismo, haja vista o enfraquecimento da soberania devido aos compromissos ambientais. As demais críticas, embora distintas na conclusão, partem da seguinte premissa: o

desconhecimento ou a limitação do conhecimento no que se relaciona aos efeitos da ação humana no meio ambiente e a conseqüente indeterminabilidade do que seria uma gestão adequada. Assim, as informações disponíveis seriam insuficientes para orientar uma gestão ambiental global, restando apenas a alternativa da gestão local dos recursos naturais, o que constituiria um paradoxo. Da mesma forma, a ética ecológica estaria baseada no mito do perfeito equilíbrio da natureza por si mesma. Segundo os defensores desse argumento, o controle ou supressão da interferência humana na natureza não seria capaz de assegurar a inalterabilidade das condições naturais de determinada época. Responder-se-á a cada um desses argumentos, iniciando do último para o primeiro.

Contrapondo-se à noção de incerteza ou desconhecimento como argumento deslegitimante da proteção ambiental, assinala-se que, como refluxo dessas ideias de risco e provisoriedade de juízos (ainda que científicos, ou seja, com pretensão de verdade), surge no plano internacional o princípio da precaução no âmbito do Direito Ambiental. Assim, a tendência observada no que tange à proteção ambiental vai no sentido inverso ao da crítica em análise: prioriza-se, diante da incerteza do dano ambiental, a “cautela decisória” ou a “prudência da espera”. Duas são as leituras possíveis do princípio da precaução: uma forte e outra fraca. Para a concepção forte, diante da dúvida sobre o impacto ambiental de certa atividade, deve se aplicar a máxima *in dubio pro natura*; enquanto isso, para a concepção fraca, deve-se levar em consideração os riscos apurados, os custos financeiros e os benefícios envolvidos na atividade, por meio de uma operação de benefício global razoável “apurado entre os componentes financeiros e imateriais em jogo, entre a previsibilidade e a dúvida do risco, entre o risco e o retorno social esperado com o empreendimento” (SAMPAIO; 2003,p. 58-62).

Segundo Sampaio (2003), a primeira visão seria “quase sempre” decorrência de uma visão ecocêntrica, fundamentada na noção de que os ecossistemas teriam direitos e valores intrínsecos que não poderiam ser conjugados com outros interesses. Haja vista a adesão neste labor à concepção ecocêntrica, cumpre neste momento esclarecer aquilo que se tem por ecocentrismo ou biocentrismo. Da forma exposta pelo constitucionalista, fica subtendido que o ecocentrismo traria consigo uma submissão completa do homem aos sistemas naturais, que teriam direitos absolutos, o que se pode depreender da sentença na qual estabelece que tais sistemas possuiriam

“direitos e valores intrínsecos, que não podem ser apurados e postos na balança ao lado de outros interesses” (p.59).

A leitura normativa do ecocentrismo esposada neste trabalho não se coaduna com essa visão: inicialmente, por não se aderir à tese da existência de direitos absolutos, considerando-se que para determinação do conteúdo de uma norma jurídica é preciso se harmonizar todo o sistema de direitos previsto constitucionalmente, o que se pode realizar tão-somente à luz do caso concreto⁵⁶; ademais, a noção ecocêntrica aqui assentida é aquela na qual se considera de forma global e localizada as redes de interações e interdependência entre os diversos sistemas naturais e artificiais, dos quais o homem faz parte juntamente com os demais elementos. Portanto, as necessidades e interesses dos seres humanos deverão necessariamente conjugar com a necessidade de proteção ambiental. Em razão dessa teia de relações indissolúveis que se revela a implicação recíproca entre a normatização dos diversos âmbitos da vida humana pelos quais se perfaz sua relação com toda integridade da natureza amplamente considerada: o ambiental, social, econômico, civil e político.

Entretanto, o princípio da precaução na sua versão fraca, conforme será mais profundamente analisado, segundo o entendimento aqui esposado, sobretudo em razão do pluralismo político e da natureza dos riscos na Modernidade Tardia, somente poderá ter ensejo em contexto de participação política ampla em esferas democráticas, democratizando-se também os riscos assumidos pela comunidade. No plano jurisprudencial, entende-se ser necessário a aplicação da máxima *in dubio pro natureza*, inclusive para se declarar a inconstitucionalidade de atos e leis que flexibilizem a proteção ambiental sem o procedimento participativo inclusivo e/ou sem o asseguramento de suas condições não residuais.

Com relação aos discursos éticos ambientais é marcante uma tendência à universalização, no sentido de uma ética planetária, perspectiva supra denominada por “Ecologia Humana”, que pode se desdobrar em três vertentes, também não auto

⁵⁶ Assim, da mesma forma que o fato do homem possuir um valor inerente, por si só, não leva à absolutização dos seus direitos, sequer do direito à vida (no ordenamento brasileiro é possível a pena de morte em caso de guerra declarada, conforme artigo 5º, XLVII, CF), ao atribuir-se um valor inerente ao meio ambiente, isso significa, apenas, a princípio, que esse deixa de ter um caráter meramente instrumental para ganhar um valor em si, próprio. Em verdade, na mesma esteira de Fahrenhoh (*apud* BARACHO JÚNIOR, 1999, p.194), considera-se que a ética ecológica deva partir de um existir em comunidade, o que significa que cada parte é essencial para o bem-estar do todo, ou seja, cada elemento tem valor para si mesmo e para os demais.

excludentes entre si: a vertente que resgata uma cosmologia aos moldes clássicos ou medievais; aquela que afirma existir uma grande cadeia existencial dos seres, interconectados e interdependentes entre si; e a terceira que fundamenta a ética ecológica planetária no compromisso com as futuras gerações. Conforme se delineará adiante, adere-se à segunda e terceira conformações de uma ética ecológica, contudo, de acordo com o aventado acima, uma ética que possa transitar entre o universal e o particular e vice-versa, uma ética conectada com as formas concretas de vida a fim de que se possa buscar efetividade na proteção do meio ambiente e, simultaneamente, de todas as formas de existência nas sociedades plurais e complexas.

De fato, se à primeira vista pode se construir um aparente paradoxo entre a existência de uma ética universal contraposta a uma gestão local no que concerne à proteção do meio ambiente, uma análise um pouco mais detida revelaria a co-implicação entre ambas as esferas. As contingências ecossistêmicas, o próprio pluralismo e a conseqüente complexidade das sociedades modernas exigem discursos éticos e decisões políticas que estejam vinculados às formas concretas de vida e às suas particularidades. Se a crise ecológica pode ser considerada um dos maiores problemas da humanidade, derivado, justamente, de uma ética universal desenvolvimentista do *homo faber*, revela-se urgente a necessidade de reconstrução de uma ética racional da era da ciência que forneça uma razão prática para a conduta humana universalmente considerada (APEL, 1999, p. 107-109). Isso não significa desconsiderar o pluralismo através de argumentos centralizantes que prescrevam uma única forma de vida boa, mas, inversamente, a construção uma ética universal de direitos iguais e de corresponsabilidade na condução dos problemas comuns da humanidade possui como pressuposto o respeito de cada uma das formas de vida (BARACHO, p. 210).

Já vem de longa data a constatação, por expressiva parcela da comunidade científica e política, da existência de uma implicação recíproca entre direitos humanos em geral (civis, políticos, sociais, econômicos e culturais) e proteção do meio ambiente, considerados como facetas indissociáveis na promoção da vida humana digna, nos moldes tracejados após a Segunda Grande Guerra. Contudo, mais recentemente, tem se enfatizado e demonstrado essa relação, tanto que, no ano de 2000, o Secretário-Geral da ONU solicitou um estudo para avaliar as conseqüências das mudanças nos ecossistemas para o bem-estar humano e que, ao mesmo tempo,

fornece bases científicas para elaboração e execução das medidas necessárias ao melhoramento, à conservação e ao uso sustentável dos ecossistemas.

O trabalho que se iniciou em 2001 e ficou conhecido como *Avaliação Ecológica do Milênio (Millennium Ecosystem Assessment)*, contou com a colaboração de mais de 1.360 especialistas em todo mundo, fornecendo como resultado cinco volumes técnicos e seis relatórios de síntese que, no seu conjunto, proporcionaram o estado da arte sobre o tema proposto. A primeira conclusão que se pode relatar é que bem-estar e preservação ecológica são temas intrinsecamente relacionados, embora a intensidade dessa interconexão seja variável de acordo com o ecossistema considerado e a região.

Cinco foram os indicadores propostos pelo estudo no intuito de se estabelecer uma relação entre os serviços ambientais e bem-estar (ONU, 2005): materiais básicos para uma boa vida (acesso a recursos naturais como água fresca, madeira, combustível, alimentos para subsistência, segurança nutricional, moradia adequada, acesso a bens duráveis); segurança (segurança pessoal de ir e vir e viver em ambientes seguros com baixa vulnerabilidade a tensões e choques ambientais), saúde (boa alimentação, ambiente saudável, com ar e água limpos, etc), boas relações sociais (preservação de valores estéticos, culturais e espirituais como forma de coesão social), liberdade de escolha de ação (oportunidade do indivíduo de escolher seus valores, de ser o que desejar e alcançar seus objetivos). Quanto a esse último ponto, poder-se-ia acrescentar que a preservação ecológica influi diretamente na possibilidade ampla de autodeterminação individual e das comunidades, como, por exemplo, as comunidades quilombolas e indígenas no Brasil.

Tal estudo revela, de forma cristalina, a necessidade da construção de um novo paradigma ético universal que tenha por base a preocupação ambiental, bem como a simultânea gestão local das questões socioambientais, tendo em vista as peculiaridades da localidade considerada e os efeitos globais da interferência humana naquele ambiente. Da mesma maneira, a *Avaliação Ecológica do Milênio* demonstra a reflexividade entre as esferas econômica, social, cultural e ambiental, o que demanda o tratamento político integrado desses diferentes âmbitos, bem como revela a importância da e para a efetividade do catálogo de direitos humanos ou fundamentais na sua integralidade, ou seja, dos direitos das diversas naturezas, quais sejam, civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

As evidências da correlação entre proteção do meio ambiente e bem-estar ficam patentes quando se trata dos efeitos da degradação ambiental sobre a saúde e vida humanas: o aumento de câncer de pele em razão da destruição da camada de ozônio, o surto de epidemias pela disseminação de vetores patogênicos associada à degradação de ambientes naturais, a desnutrição e a baixa estatura em virtude de redução dos serviços ambientais, o aumento de doenças respiratórias, cardíacas e infecciosas decorrentes do aumento da poluição bem como da produção de resíduos tóxicos, além ainda, a possibilidade de acidentes ambientais cujos efeitos podem afetar à saúde e à vida de toda uma comunidade em questão de segundos (FAVARO, 2012).

Ademais, o desenvolvimento não sustentável, o desmatamento, a qualidade da água, as condições não adequadas de moradia, a desnutrição, o saneamento, a disposição de resíduos sólidos (garrafas de plástico, vidros, alumínio, pneus), a falta de acesso aos cuidados básicos com a saúde são fatores que propiciam o aparecimento de doenças infecciosas e parasitárias (malária, cólera, dengue, leishmaniose, leptospirose)⁵⁷; a utilização de agentes químicos são responsáveis por casos de contaminações (como o uso de biocidas para controle de pragas e vetores⁵⁸, a liberação de chumbo gerada pela queima de combustíveis e lixo sólido, o emprego de mercúrio metálico pelas indústrias e na mineração de ouro); a poluição atmosférica que afeta negativamente a saúde de milhões de pessoas (BRASIL, 2013); isso sem falar no impacto do meio ambiente laboral sobre a saúde do trabalhador e nas consequências desconhecidas e imprevisíveis da utilização de alimentos

⁵⁷ A incidência dessas doenças vem aumentando desde 1980, conforme dados disponibilizados pelo Ministério da Saúde/Funasa. O incremento da incidência dessas endemias se deu de forma heterogênea no território nacional, sobretudo em razão de “[...] particularidades das dinâmicas de produção dessas doenças. Especificamente no que diz respeito aos vetores envolvidos, estes [sic] possuem características biológicas e hábitos comportamentais completamente diversos. No caso da dengue, a crise ambiental das regiões mais acometidas tem permitido a proliferação e dispersão de seu vetor, o *Aedes aegypti*, de hábitos exclusivamente urbanos; enquanto na malária, a ocupação desordenada tem favorecido a multiplicação de seu transmissor, o *Anopheles darlingi*, que tem como seus principais criadouros grandes coleções de água limpa.” (BRASIL, 2013).

⁵⁸ Fica clara aqui a necessidade de um tratamento interdisciplinar e integrado do problema social e ambiental: a ausência de planejamento na ocupação dos solos urbanos, a falta de infraestrutura e saneamento favorecem ao aparecimento de pragas que atacam à saúde, principalmente de regiões mais pobres, levando à necessidade de utilização de biocidas, que são poluentes químicos e impactam negativamente à saúde humana (agrotóxicos, DDT, chumbo e mercúrio). Ademais, alguns produtos comprovadamente prejudiciais à saúde são consumidos através da influência de uma propaganda permissiva atrelada à falta de acesso à informação confiável e à educação pelos consumidores (BRASIL, 2013).

transgênicos e de outras tecnologias como as micro-ondas e celulares, que já foram associadas a alguns tipos de tumores malignos.

A atual conformação da relação entre meio ambiente e bem-estar forma assim um círculo vicioso: a degradação ambiental mina os serviços ambientais nos termos supracitados (exaurindo os recursos naturais e a identidade cultural que mantém a qualidade de vida e coesão das comunidades afetadas), engrossando a estatística de migração para os grandes centros urbanos, de desemprego, de submoradia e de pobreza; a concentração urbana promove a alteração (e até mesmo a extinção) de habitats naturais de muitos animais e plantas, além de gerar maior demanda por recursos naturais e energia, o que por sua vez incrementa a necessidade de extração desses recursos, bem como acarreta a maior depredação de ecossistemas (o que pode ser exemplificado pelo impacto da construção de barragens hidroelétricas, da transformação de rios em depósito de esgotos, etc). E, assim, sucessivamente.

Outro fenômeno pode ser destacado com a finalidade de se estabelecer a interconexão e interdependência entre as esferas social e ambiental: o cenário das mudanças climáticas. “As mudanças climáticas podem ser entendidas como qualquer mudança no clima ao longo dos anos, devido à variabilidade natural ou como resultado da atividade humana” (p.9), ou seja, trata-se de um fenômeno intrínseco aos ciclos naturais (como a alteração no eixo de rotação da Terra, as explosões solares e a dispersão de aerossóis emitidos por vulcões), mas que vem se intensificando e tomando contornos alarmantes diante ao aumento do efeito estufa que acompanha, em relação diretamente proporcional, o processo de industrialização e a emissão de gases oriunda da queima de combustíveis fósseis (OMS, 2013). Nesse sentido, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas⁵⁹ divulgou, em 2007, que existe uma probabilidade de 90% (noventa por cento) que o aquecimento global observado nos últimos cinquenta anos seja tributário do incremento de gases de efeito estufa derivados da atividade humana (ONU, 2005). Mais uma razão para não se autorizar a interferência humana indiscriminada no meio ambiente com base na escusa do mito da harmonia natural, conforme supracitado.

⁵⁹ O IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*) é um órgão científico e intergovernamental para a avaliação das mudanças climáticas, aberto a todos os países membros da ONU e da OMM, contando atualmente com 195 membros e com a colaboração de milhares de cientistas voluntários em todo mundo. Seu trabalho consiste em fornecer o estado atualizado do conhecimento na mudança do clima e seus potenciais impactos ambientais e socioeconômicos (Organização das Nações Unidas, 2013).

De fato, “as mudanças climáticas refletem o impacto de processos socioeconômicos e culturais, como o crescimento populacional, a urbanização, a industrialização e o aumento do consumo de recursos naturais e da demanda sobre os ciclos biogeoquímicos” (p.9), entretanto, seus efeitos impactam de maneira mais incisiva os setores mais pobres e/ou vulneráveis (crianças, idosos, portadores de doenças crônicas e respiratórias, etc). A vulnerabilidade é determinada por condições sociais de desigualdade, de diferentes capacidades de adaptação, resistência e resiliência, sendo que os grupos populacionais com piores condições de renda, moradia e educação estão suscetíveis a maiores impactos, o que não significa, de modo algum, que as demais camadas sociais estariam imunes aos riscos ambientais (Organização Mundial da Saúde, 2013). Essa é a conclusão do 4º relatório do Painel Intergovernamental em Alterações Climáticas (IPCC) ⁶⁰, bem como da 61ª Assembleia Mundial de Saúde, restando patente, mais uma vez, a necessidade da análise e gestão integrada das searas ambiental e socioeconômica, com vistas à efetividade dos direitos socioambientais como forma de justiça social e ecológica⁶¹.

Entre os fatores que geram maior vulnerabilidade ambiental está a pobreza, uma vez que a maior dificuldade de acesso a informações, a dificuldade de mobilidade, a necessidade de ocupar áreas de risco e de grande fragilidade ambiental e a necessidade de superexplorar os recursos naturais de seu ambiente para sobrevivência afetam a capacidade de indivíduos e comunidades de se prevenirem e protegerem contra acidentes naturais. Além disso, a resiliência dessas pessoas e comunidades, quando se trata da recuperação de desastres, é mais baixa em razão da ausência de redes de suporte, seguros e opções alternativas de subsistência. Portanto,

⁶⁰ O Quinto Relatório de Avaliação do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas muito esperado pela sua solidez científica e abrangência, foi divulgado em 27/09/2013, reafirmando, após análises de dados que não constaram no estudo anterior e do uso de modelos teóricos aperfeiçoados, que o homem é o responsável pelo aquecimento atual do planeta e que os perigos da inação estão cada dia mais graves. Esse trabalho, que se consubstancia como o consenso mundial dos cientistas sobre o aquecimento global, assinala para um futuro apocalíptico, caso a questão não seja tratada de forma séria e imediata. Para Paulo Atarxo (2013), professor do Instituto de Física da Universidade de São Paulo (USP) e um dos seis brasileiros que participaram da elaboração desse relatório, a humanidade jamais teria enfrentado um problema de tamanha relevância, que afetasse todos os seres vivos do planeta. Inobstante a relevância e urgência de salvar o “barco em que a humanidade habita”, completa o autor, ainda não existem mecanismos de governabilidade global que faça esse barco andar na direção certa, tarefa atribuída à presente geração (QUINTO..., 2013).

⁶¹ No caso de endemias, por exemplo, um adequado acesso ao sistema de saúde pode prevenir, diagnosticar e tratar certas pessoas e excluir outras. Da mesma forma, o acesso a uma moradia digna será decisivo no grau do impacto relacionado a enchentes e deslizamentos de terra provocados por chuvas, tanto no que diz respeito ao direito à própria vida, quanto ao que se relaciona com o comprometimento das condições materiais mínimas à garantia de qualidade de vida.

o que se pretende demonstrar é que a injustiça ou desigualdade social extrema gera, assim, um quadro de injustiça ou desigualdade ambiental, haja vista a distribuição não equitativa de custos, riscos e benefícios ambientais, o que, por sua vez, agrava ainda mais as possibilidades de desenvolvimento desses cidadãos ou dessas coletividades em desvantagem. Dessa forma, coloca-se a intrínseca relação entre vulnerabilidade ambiental e violação de direitos humanos, sobretudo o direito à vida, mas não exclusivamente, afetando também direitos econômicos, sociais, civis e políticos (CAVEDON e VIEIRA, 2012, p. 119-122).

Em estudos desenvolvidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), revela-se que a porcentagem de mortes e/ou morbidades atribuídas a causas ambientais em relação ao número total de mortes, no ano de 2004, é maior nos países menos desenvolvidos, sendo que China, Índia e grande parte da África são as regiões que sofrem as maiores perdas, ao passo que os Estados Unidos e a Europa são bem menos afetados. Já quando se trata do estudo da relação entre a quantidade de carbono emitida por ano/país e a quantidade de mortes atribuídas às mudanças climáticas naquele país, constata-se uma relação inversamente proporcional, ou seja, as piores consequências são sentidas pelas populações mais pobres dos países menos desenvolvidos. Aponta-se como razões para esse quadro as condições ambientais, mas, de forma equivalente, as condições sociais, considerando a proposição de que o *status* socioeconômico interfere na qualidade ambiental e ambos no bem-estar das populações (FAVARO, 2012, p. 45, 58-59). Dessa feita, as políticas econômicas, ambientais e sociais não são alternativas entre si, mas facetas de um mesmo cenário que demandam tratamento simultâneo e integrado.

Se tais fatores demonstram, de forma satisfatória, a necessidade do tratamento contingente da questão ambiental, em conexão com as particularidades sociais, culturais e econômicas, isso não significa, reitera-se, que se possa prescindir do tratamento universal ou de uma ética universal, conforme aventado em linhas anteriores. Se as ações dos indivíduos podem ser localizadas, os seus efeitos nem sempre o são.

A questão ambiental, portanto, se coloca entre dois movimentos diametralmente opostos: o da globalização ou integração econômica (e aqui poder-se-ia acrescer a globalização dos riscos ambientais) e o da balcanização ou fragmentação

sociocultural⁶². Ademais, em virtude das transformações estruturais do poder econômico e político decorrente da transnacionalização, bem como em razão das vicissitudes de escala mundial que atacam toda a humanidade e que configuram a sociedade de risco da alta modernidade, se sói dizer que a redução da soberania nacional afeta a governabilidade e a eficiência dos Estados Nacionais no que tange a alocação de recursos e a formulação, implementação e execução de políticas públicas, minando sua capacidade de dar resposta adequada à demanda coletiva por integração econômica, por parte dos segmentos sociais mais necessitados. Além disso, questiona-se como manter a competitividade internacional e, simultaneamente, implementar programas redistributivos e políticas de proteção ambiental. Diz-se que o Estado moderno de tipo europeu estaria em crise pela dificuldade de satisfazer as diversas necessidades coletivas (FARIA, 1998, p. 133-134 ; MIRANDA, 2011, p.41-42).

Resta deixar claro, repita-se (e, justamente, em razão da transnacionalização da política, economia e, principalmente, dos riscos que rodeiam a humanidade), a importância da construção de uma ética ambiental internacional ou de uma “macroética planetária”, conforme vem sendo feito pelos órgãos e pela comunidade internacional, diante de estudos, trabalho de conscientização e normatização crescente dos riscos ambientais que ameaçam a qualidade de vida e, até mesmo, a própria vida humana e dos demais seres e espécies. O próprio fato do ser humano situar-se numa comunidade global, juntamente com os demais indivíduos e seres vivos, leva à necessidade de se estabelecer uma ética universal de alteridade e de corresponsabilidade. Não uma espécie de princípio universal aos moldes de um imperativo categórico, acionado por uma razão encapsulada, privada, solipsista, mas um princípio delineável, pragmaticamente, no contexto da sociedade tecnológica da informação, na qual a integração social transcende os limites dos Estados e a esgotabilidade dos recursos naturais impõem uma nova relação entre humanidade e natureza: constrói-se viabilizado por uma contingência histórica que se universaliza ao ter como base os pressupostos não residuais do discurso argumentativo, que reivindica uma validade intersubjetiva do respectivo pensamento, aceitável, assim,

⁶² Essa dualidade característica das relações internacionais na atualidade é captada por José Eduardo Faria e explicitada no livro *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas* (1998, p.133).

por todos os afetados, mas também pelas futuras gerações (BARACHO JÚNIOR, 1999, p. 206).

Esse pano de fundo axiológico se prestaria de norte à formulação de políticas e normas internacionais, nacionais, regionais e locais, integrados por uma rede de comunicação contínua que harmonize as diretrizes gerais com as necessidades e contingências específicas de cada local. Assim, ao lado dessa preocupação global, insere-se de forma correlata, a necessidade de reforma social e de integração econômica para a realização da própria democracia que, entendida como governo da soberania do povo, não pode se perfazer de forma legítima sem esses elementos: não se fala aqui da democracia encarada como um contrato social programado *ex ante*, mas “[...] na perspectiva de um intrincado processo no qual se desenvolvem estratégias de negociação que têm como resultado *ex post* uma ordem política nova, justa e legítima [...]” (FARIA, 1998, p. 128).

Contudo, a perda de centralidade da política constitui um “dos mais importantes gargalos estruturais para efetividade dos direitos humanos na América Latina” (p.143), pois o enfraquecimento do Estado Nacional traz empecilhos à alocação de recursos e à formulação, implementação e execução de políticas públicas. A decisão política não representa um ato de autoridade, simplesmente, mas passa a ser concebida, antes, como um mecanismo de coordenação de redes formais e informais (articuladas por empresas, sindicatos e entidades representativas), “preocupadas em negociar questões específicas e assegurar interesses particularísticos” (p.142). Dificulta-se, portanto, o reconhecimento de direitos mínimos a amplos setores das suas respectivas sociedades, marcadas por pobreza absoluta, desemprego e baixos salários (FARIA, 1998).

Baracho Júnior (1999, p. 236-247) ressalta que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, verifica-se pretensões de validade intersubjetivas no âmbito da sociedade civil, destacando o fato do Estado não ser capaz de solucionar os atuais problemas ambientais, seja porque é um dos grandes responsáveis pela degradação ambiental (não está, portanto, acima dos conflitos que se desenvolvem no seio da sociedade), seja porque não monopoliza as pretensões intersubjetivas de validade (que seria característica do Estado Social). Segundo o jurista mineiro, o estudo das normas de proteção ambiental à luz da teoria dos direitos fundamentais evita a redução ao Estado das tarefas impostas pela crise ambiental, colocando em posição

de destaque a atuação dos cidadãos, das associações e dos grupos organizados da sociedade civil.

Todavia, em que pese a respeitável opinião do jurista, entende-se que - inobstante a inelutável transnacionalização decorrente da globalização criar novos desafios, novas tarefas e nova conformação ao exercício do poder- cabe ainda ao Estado dirigir o processo de concretização ou efetivação dos direitos fundamentais porque: i) a sua autoridade é predominante e se aplica sobre as pessoas; ii) a sua atividade continua a ser indispensável para a garantia das liberdades ante os poderes fáticos; iii) mesmo coexistindo com as organizações internacionais, as suas decisões fundamentais são uma conjugação da vontade dos Estados-membros; iv) Além disso, nessas organizações ainda não se conseguiu suprir o déficit democrático; v) mesmo na Europa, o Estado Nacional demonstra surpreendente capacidade de resistência e em outras localidades têm sido barreira contra ímpetos localistas e tribalistas (MIRANDA, 2011, p.43).

“O Estado tem, sim, de coexistir com outras estruturas, acima e abaixo do seu âmbito; tem de se inserir no contexto cada vez mais complexo e concorrencial, numa rede de poderes públicos” (MIRANDA, 2011, p.43). Para tanto, é necessário repensar suas funções, os seus meios de agir. Isso fica patente quando se analisa o entrecruzamento crescente do Direito Internacional e do Direito Constitucional, sobretudo pela transposição, ainda precária, de aspectos deste para aquele (MIRANDA, 2011).

Dessa forma, a participação do cidadão (seja no processo político de elaboração de normas e formulação de políticas públicas, seja na possibilidade de acionar o aparato estatal em eventual violação do seu direito) é fundamental para que o Estado possa ostentar o *status* de Estado Democrático, uma vez que a legitimação do sistema de direitos somente acontece quando a comunidade reconhece neles suas aspirações, tomando-se como premissa a equiprimordialidade entre o público e o privado (HABERMAS, 2003b, p.133-159). Contudo, da mesma forma, observa-se que esse processo de realização democrática não pode prescindir da intermediação do próprio Estado para a formulação das diretrizes políticas e normativas, muito menos para efetivação dessas.

Ora, grande parte dos direitos socioambientais necessita da atuação do Estado por meio de seus órgãos e agentes para sua afirmação e estruturação, já que não são mais aqueles direitos “encontrados na natureza”, mas significam um projeto de

restauração da justiça social e ambiental, voltados para a promoção de uma igualdade material no âmbito social e ambiental, uma vez que aquele “equilíbrio natural” e aquela “igualdade natural”, apenas formalmente assegurada, foram capazes de justificar uma concentração cada vez maior de riquezas, a exploração do trabalho de forma subumana e a devastação do meio ambiente. Além da necessidade de reconhecimento e configuração, tais direitos requerem, em sua grande maioria, uma atuação contínua do Estado, pois é nesse contexto que são planejados e adaptados, segundo as disponibilidades financeiras, demanda e outras contingências (ARANGO, 2005).

Sobretudo nos Estados latino-americanos, onde o Estado Social sequer chegou a estabelecer-se, a minimização do Estado tem consequências nefastas, já que as promessas da modernidade (tardia e arcaica) aqui ainda não foram cumpridas, deixando como legado um enorme déficit social, notadamente no Brasil, que “é um monumento à negligência social” (HOBSBAWN *apud* STRECK; MORAIS, 2010, p. 84), constando atrás de muitos países periféricos em diversos indicadores (como alfabetização, mortalidade infantil). Para erradicar as desigualdades sociais num contexto hostil de globalização neoliberal, é preciso um Estado forte, capaz de corrigir a tendência da modernização à indiferença com o bem-estar coletivo, de um poder econômico que não melhora a qualidade de vida. A sociedade brasileira, dividida entre dois polos, os excluídos e os incluídos, não consegue ser democrática, pois não consegue ultrapassar carências e interesses para alcançar a esfera dos direitos. Sem abrir mão dos movimentos sociais e das lutas políticas a serem travadas no âmbito do Executivo e Legislativo, é preciso valorizar o Direito como meio de efetivação das promessas modernas, haja vista ter-se uma Constituição Democrática que, ademais, aponta para um Estado intervencionista e regulador (STRECK; MORAIS, 2010, p. 81-90).

Sendo assim, assinala-se que o conceito atual de sustentabilidade envolve um tripé que integra questões ambientais, sociais e econômicas, tema ao qual se retornará oportunamente. Imbuída nesse espírito, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio +20, inicia o rol da Resolução aprovada pela Assembleia Geral, em 27 de julho de 2012, assinada por todos os Estados presentes, afirmando que a erradicação da pobreza é a maior mazela a ser enfrentada em todo mundo, apresentando-se como condição indispensável ao desenvolvimento sustentável, que integra aspectos econômicos, sociais e ambientais, além de assumir o

compromisso com o crescimento inclusivo e equitativo, que crie maiores oportunidades para todos, a fim de reduzir desigualdades e melhorar os níveis de vida básicos, promovendo a ordenação integrada e sustentável dos recursos naturais e dos ecossistemas, compromissos que perpassam a revisão dos modelos de produção e consumo, contribuindo, assim, para o desenvolvimento social, humano e econômico (ONU, 2013b).

Para combater a pobreza é necessário que o meio ambiente encontre-se sadio e suas potencialidades sejam exploradas adequadamente, respeitando a vocação da terra e os recursos naturais. Somente assim será possível produzirem e extrair os bens que são fundamentais para a sobrevivência e o desenvolvimento do homem [...]. É quase impossível preservar o meio ambiente se existe enorme desnível de renda, desnível alimentar, desnível de valores e desnível de educação [...]. As tragédias humanas por trás das estatísticas lembram que o progresso social e ambiental não é um luxo a ser posto de lado quando o mundo tem que enfrentar problemas econômicos e políticos. É relevante assinalar que, em situações de extrema pobreza, o indivíduo marginalizado da sociedade e da economia nacional não tem geralmente nenhum compromisso para evitar a degradação ambiental⁶³, uma vez que a própria sociedade não impede sua degradação como pessoa. As relações do homem com a natureza não são deduzíveis de meras reações adaptativas contingenciais impostas pelo poder inerente à natureza [...]. Enquanto elemento da natureza que interage com milhões de seres vegetais e animais, o homem só pode partilhar e viver nessa mesma natureza como parte de um todo indissolúvel ecossistêmico. Assim sendo, esse imperativo crucial só é passível de realizar através da transformação do homem numa entidade autoconsciente e humanizada, com a capacidade real e virtual de construir um modelo sócio-organizacional identificado com sua essência humanista, alicerçada em relações pautadas pela fraternidade e solidariedade (EMERIQUE, 2009, p. 4-6)

Sobre tais assertivas, atualmente, se sustenta a teoria da indivisibilidade ou da interdependência dos direitos humanos ou fundamentais. Tal teoria associa os direitos econômicos e sociais aos direitos individuais e políticos, asseverando que os

⁶³ Pinto Neto (1995) ilustra bem esta situação com o caso específico da Mata Atlântica, no Nordeste do Brasil: “Assiste-se, de algum tempo, a destruição das últimas reservas da mata atlântica na região nordeste do país. E isso se dá em decorrência de um fato grave e constante na região, a fome. As árvores e arbustos que formam a mata são derrubados e transformados ora em lenha para a venda destinada aos mais diversos usos, ora em carvão vegetal para consumo da população. Assim, os bosques desaparecem ou viram cinzas comprometendo o meio ambiente, provocando o desaparecimento da fauna, secando fontes e rios, o que, inclusive, traz consequências para o abastecimento d’água de cidades. O homem que vive numa subumana condição quer sobreviver. O salário que recebe, fruto de sua atividade, é insuficiente para se alimentar e dar comida à sua família. Resta-lhes uma única solução, qual seja, devastar a natureza que é o material mais próximo às suas mãos e nada lhe custará, a não ser um pouco de esforço no manuseio do machado. Pois bem, a fome, provocadora de tantos males, inclusive o nanismo, sobrepõe a tudo” (p.213-214).

primeiros seriam garantias, instrumentos dos segundos: “não há que se falar em liberdade sem mecanismos de exercício dessa liberdade”, ensina o constitucionalista José Luiz Quadros de Magalhães (MAGALHÃES, 1999, p. 96). Afinal, também a pobreza é uma forma de não-liberdade (SEN, 2001). Da mesma forma, os direitos sociais e políticos só fariam sentido num contexto de proteção das liberdades individuais. A partir da adoção do modelo de Estado Social Democrático de Direito, no pós-guerra, paulatinamente se consolidou a referida ideia de indivisibilidade dos direitos, consagrada na Resolução nº 32/130 da Assembleia Geral das Nações Unidas, conforme nos ensina Piovesan (2003), agora acrescida da dimensão ambiental, conforme todo o anteriormente exposto. Não se tem aqui o propósito de analisar detidamente a forma pelas quais se dá o processo de degradação ambiental e seu impacto preciso sobre as diferentes camadas socioeconômicas, afinal, isso demandaria uma expertise que não se detém. Parte-se aqui das constatações amplamente difundidas nacional e internacionalmente a fim de se avaliar a sua influência na efetividade do catálogo direitos fundamentais como um todo, considerados cada um deles, na sua singularidade, uma faceta necessária à consecução do ideal da dignidade forjado ao longo dos séculos.

Mais do que uma relação de complementaridade ou indivisibilidade, esposa-se neste trabalho uma compreensão sistêmica do catálogo de direitos fundamentais (ou de direitos humanos, quando se refere ao plano internacional), ou seja, sustenta-se a existência de uma unidade de sentido fundado jurídico-constitucionalmente. Isso não conduz, necessariamente, a uma ordem de valores (i) hierarquizada, pois, conforme sobredito, é necessário, primeiramente, que se firme a indivisibilidade dos direitos fundamentais; (ii) nem fechada, pois, ao contrário, cuida-se de um sistema cultural histórico e positivo, conjunto ordenado e aberto, cuja unidade valorativa permite ultrapassar a incompletude e as contradições, guiada pela ideia de dignidade humana que se forjou no curso das democracias ocidentais, como resposta às contingências históricas que foram lhe formando corpo e substância, consubstanciados nas próprias normas fundamentais. Assim, ao aplicar o Direito, cumpre ao operador ultrapassar a incompletude e as contradições sistêmicas a partir desse “espírito do sistema” ou dessa “unidade interna”, confrontando a parte e o todo de maneira dialética, socorrendo-se à interpretação sistemática (PINTO E NETTO, 2010, p.54-56).

Considera-se suficientemente claro no presente texto que os problemas sociais não sejam decorrência exclusiva da degradação ambiental, nem o contrário. Insta

salientar, contudo, que se tratam de facetas do mesmo fenômeno socioeconômico, que reforça e cria instabilidade social. Em última instância, a referida instabilidade é produto de uma organização social, política, cultural e econômica que obedece à lógica da concorrência e da exploração, constituindo um todo complexo e integrado, que vem sendo reconhecido como tal tanto pelos mecanismos de Direito Internacional como de Direito Interno. A implementação de tais direitos não pode ficar à mercê da vontade política dos governos, já que “não se trata de uma obrigação moral dos Estados, mas sim de uma obrigação jurídica de respeitar, proteger e implementar os ditos direitos, fundamentada nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, na ordem constitucional dos Estados e na legislação infraconstitucional” (EMERIQUE, 2009, p.12).

Assim, os discursos jurídicos, embora não prescindam de argumentos universalmente defensáveis, são desenvolvidos por organizações concretas, destinando-se às decisões circunscritas a tais organizações. No que toca especificamente o direito ao meio ambiente equilibrado previsto constitucionalmente, ensina Machado (2013) que “consubstancia-se na conservação das propriedades e das funções naturais desse meio, de forma a permitir a existência, a evolução e o desenvolvimento dos seres vivos” (p.65-66), constituindo, dessa forma, o direito a um equilíbrio ou uma estabilidade relativa, já que todo ecossistema é evolutivo, apresentando-se como “um desafio científico, social e político permanente a aferir e decidir se as mudanças ou inovações são positivas ou negativas” (p.66).

Por essa razão e, sobretudo, tendo em vista a impossibilidade de se antever todos os efeitos da intervenção ambiental bem como a irreversibilidade de seus efeitos, mister se faz a aplicação das balizas jusfundamentais e o princípio da precaução na tomada de decisão que envolva riscos dessa natureza, de forma a equacionar os mais diversos interesses, mas, preponderantemente, de maneira a preservar o próprio ecossistema considerado para as gerações presentes e futuras.

A sociedade de risco foi capaz de delinear um novo paradigma para a ciência, economia, política e também para o Direito, o paradigma ambiental - fornecendo novos fundamentos que legitimassem a precedência do coletivo sobre o individual - , endossado por concepções geocêntricas que sustentam a proteção do ambiente para as futuras gerações e da terra como patrimônio comum da humanidade, não mais a partir da perspectiva sujeito-objeto, mas sujeito-sujeito. Entretanto, observa-se, na prática, que a sociedade contemporânea não logrou desvincular-se do individualismo

antropocêntrico, conferindo proteção à natureza por ser essencial à existência do ser humano, ou seja, como algo que lhe seja necessário, o que se fez mediado pela atribuição de deveres aos homens e não de direitos à natureza.

Obviamente, a atribuição de direitos à natureza não se revela incompatível com a dimensão dos deveres de respeito e, até mesmo, de realização daqueles. Ora, os deveres são a outra face da moeda dos direitos, sobretudo num cenário de horizontalização dos direitos fundamentais que conformam situações jurídicas passivas no direito público atual, ao que se tem dado pouca importância teórica, ao diluir-se, recorrentemente, os deveres fundamentais nos lindes do Estado. Contudo, os deveres não são apenas o reverso dos direitos fundamentais, havendo também aqueles deveres fundamentais autônomos, impostos diretamente pela Constituição. Ora, a liberdade do indivíduo deve vir acompanhada de sua responsabilidade social, derivada da submissão geral ao ordenamento vigente, para que a sociedade possa estabelecer-se democraticamente⁶⁴ (MEDEIROS, 2004, p.93-94).

Muito embora se advogue neste trabalho pela indivisibilidade dos direitos fundamentais, importa, antes de prosseguir, esclarecer que tal fato não implica necessariamente a concluir que todos os direitos fundamentais - embora possuam a mesma dignidade independentemente de sua natureza de defesa ou prestacional -, encerrem a mesma estrutura normativa, e que, portanto, manifestem a mesma eficácia normativa. Tendo em vista as peculiaridades na efetivação de alguns direitos socioambientais é que se sustenta um dualismo relativo entre as categorias de direitos fundamentais, muito embora esses se relacionem pela “dialética da mútua complementação” e não pela “dialética do antagonismo” (SARLET, 2012, p.201), uma vez que, em seu conjunto, buscam garantir e proteger normativamente um projeto de dignidade construído historicamente.

De fato, encontra-se assente em doutrina e jurisprudência pátria que os direitos fundamentais em geral, bem como os direitos socioambientais em especial, em razão de uma dimensão objetiva, implicam a vinculação dos seus destinatários (Estado e demais poderes públicos em primeiro plano, mas também os particulares em razão do denominado efeito horizontal dos direitos fundamentais), aos quais atribui “deveres jurídicos” de respeito e proteção que se situam fora da sua esfera de

⁶⁴ “(...) para uma sociedade estabelecer-se como político-jurídica e socialmente desenvolvida sob a ótica de uma democracia radical, deve impor ao sujeito uma dose de responsabilidade, uma posição de sujeito ativo em ações intersubjetivas e um permanente jogo de trocas fundamentais, estratégicas ou emancipatórias” (MEDEIROS, 2010, p. 102).

disponibilidade. Entretanto, quando é analisado se de tais direitos é possível extrair uma posição jurídico-subjetiva, ou seja, se esses são exigíveis pelo seu titular a partir da Constituição, a questão se torna mais tormentosa.

Da mesma forma, inobstante a nota distintiva dos direitos fundamentais, qual seja, sua historicidade e contingencialidade, muito comum é a recusa liberal da fundamentalidade de tais direitos, refutação que muitas vezes passa por argumentos de crítica ao Estado Social, como o multiculturalismo, a escassez de recursos e a ineficiência estatal, outras vezes lançando mãos de argumentos meramente dogmáticos-normativos, como a suposta eficácia limitada de tais preceitos constitucionais, que necessitariam de intervenção legislativa para sua densificação normativa em contraposição aos direitos de primeira geração que seriam, esses sim, direitos universalizáveis de eficácia direta. É o que se passa a analisar no capítulo seguinte.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIOAMBIENTAIS

No capítulo anterior, delineou-se, por meio de estudos típicos de Teoria do Estado e Filosofia Política, o paradigma do Estado Socioambiental Democrático de Direito. Tal paradigma vem se formando e se consolidando no Direito Internacional, bem como no Direito Doméstico, haja vista o cenário de crise atual e a desolação quanto ao futuro que a ciência e a tecnologia delinearam à medida do seu desenvolvimento, desafiando uma ação coordenada de toda a comunidade global.

Observou-se, na oportunidade, que o Direito é fruto de uma equação de forças sociais e políticas que se formam, historicamente, no seio da sociedade e que ganham maior expressão política num dado momento, o que viabiliza a formatação discursiva de respostas normativas a situações contingenciais, a partir do ponto de vista de uma maioria vencedora. Para que esse direito seja democrático, ou seja, para que seja legítimo, é necessário que tenha sido formulado por intermédio de um procedimento previamente estipulado, no qual todos os afetados tenham tido oportunidade de se manifestar, em igualdade de condições; isto é, utilizando-se do *Princípio U* de Habermas, válida seria aquela norma que poderia ser aprovada por todos os possíveis afetados como participantes em discursos racionais (HABERMAS, 2003b).

Muito embora se considere, juntamente com vozes autorizadas na doutrina nacional e comparada⁶⁵, que a afirmação histórica dos direitos humanos e fundamentais se confunde, em última instância, com o alargamento paulatino da compreensão de liberdade e dignidade, formando, assim, um todo indissolúvel ou indivisível, do qual depende a própria autonomia, privada e pública, para sua realização, o fato é que muitas controvérsias cercam a temática dos direitos socioambientais - desde seu regime jurídico, seu conteúdo, passando pela questão da sua eficácia, chegando-se até mesmo a se questionar sobre a sua própria fundamentalidade.

Portanto, a partir daqui, passa-se a uma análise mais dogmática, própria da Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais, sobretudo no que concerne aos direitos fundamentais socioambientais. Consoante anotado, muitas críticas de viés liberal são desferidas contra a nota de fundamentalidade dos direitos ambientais,

⁶⁵ Vide capítulo 2.

econômicos, sociais e culturais albergados no texto constitucional. Ao cabo do capítulo anterior, se falou *en passant* sobre algumas dessas críticas que neste momento passa-se a analisar de maneira mais pormenorizada e sistematizada.

Desde já, deixa-se consignada a adesão neste trabalho à vertente que considera os direitos socioambientais como genuínos direitos fundamentais, seja pela sua historicidade, seja pela sua intrínseca relação com a própria democracia e com a efetiva liberdade do indivíduo. Afirmar a fundamentalidade dos direitos socioambientais não se trata de um debate ideológico simplesmente, haja vista a implicação para o regime jurídico dos mesmos, regime de proteção reforçado em razão da própria fundamentalidade, e pela incidência, por exemplo, da aplicabilidade imediata, prevista no art. 5º, §1º, assim como da intangibilidade albergada no art.60, §4º, ambos os dispositivos previstos na CF/88.

Para situar a celeuma que permeia os direitos socioambientais, mister se faz abordar, inicialmente, a questão da sua vinculatividade. Seriam os direitos fundamentais socioambientais obrigatórios ou esses demandariam uma configuração legislativa que os tornasse exigíveis? Como não raras vezes os direitos especificamente ambientais são tratados como direitos sociais (CAÚLA, 2009), tem-se que as críticas pertinentes aos direitos sociais em sentido amplo se aplicam também aos primeiros, dado o caráter altamente vago e/ou metajurídico dos conceitos e expressões utilizados em dispositivos de cunho socioambiental, que inviabilizariam o estabelecimento de um regime jurídico próprio, decorrente diretamente da sua locução, demandando integração pela via legislativa ou executiva.

3.1 Aplicabilidade e eficácia dos direitos socioambientais

Tradicionalmente, os direitos sociais, agora acrescidos da dimensão ambiental, foram classificados como normas programáticas, isto é, como meras recomendações políticas, ou metas de governo, que se dirigiriam aos poderes públicos, em especial às autoridades de caráter administrativo, às quais se imporiam deveres morais ou políticos de implementação de acordo com as possibilidades financeiras do Estado e de acordo com suas capacidades administrativas para desenvolver os serviços que se destinam a satisfazer tais direitos (CARBONELL, 2005, p.43).

Por conseguinte, as normas decorrentes dos direitos socioambientais não seriam exigíveis judicialmente, haja vista, notadamente, sua forma de positivação, cuja linguagem, desprovida de densidade, impossibilitaria a determinabilidade do seu conteúdo a partir da Constituição. Assim, o texto constitucional estipularia apenas fins e tarefas a serem perseguidos pelos poderes públicos, democraticamente constituídos, sem previsão dos meios pelos quais esse desiderato deveria ser implementado, o que estaria na esfera de discricionariedade desses poderes, infenso, portanto, ao controle judicial por atentar contra a separação dos poderes (CALIL, 2012, p.57-61).

José Afonso da Silva (2005) foi o doutrinador brasileiro que encabeçou a tese de que os direitos sociais - incluídos nessa categoria os direitos ambientais como direitos da ordem cultural (p.15;30)- seriam direitos meramente programáticos, através dos quais o constituinte limitou-se a consagrar princípios a serem cumpridos pelo Estado, com vistas à realização do seu fim social, sem contudo, regular direitos e interesses neles consagrados. Entretanto, o próprio autor, posteriormente (2004, p. 154; 2005, p.179,467), avançou no seu posicionamento ao tratar sobre a vinculatividade dessas normas, sobretudo em virtude da Constituição Federal prever a “norma-síntese” que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

De fato, o artigo 5º, §1º, da CF, estabelece, *in verbis*, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). Entretanto, em virtude da localização do dispositivo, delineou-se, assim, uma primeira objeção à justiciabilidade dos direitos sociais a partir da Constituição Federal: encontrar-se ao final do Capítulo I (Dos Deveres e Direitos Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), antes dos Direitos Sociais, que são tratados no Capítulo II e dos Ambientais, abordados no Capítulo VI do Título VIII. Alega-se, em virtude da sua topografia, que essa cláusula seria aplicável tão somente aos Direitos Individuais e Coletivos do Capítulo I (SARLET, 2009, p.225; SAMPAIO, 2010, p.245 e ss.)

Ora, nem mesmo empregando uma interpretação meramente literal do dispositivo o argumento, aqui registrado como “objeção topográfica” à fundamentalidade dos direitos socioambientais, seria possível chegar a essa conclusão: é que o dispositivo utiliza a formulação genérica “normas e garantias fundamentais”, sem qualquer ressalva à sua matriz ou natureza. Da mesma forma,

rechaça-se a proposta de uma “nova exegese” restritiva do artigo em comento, inspirada num “[...] equivocado *originalismo*, curiosamente ancorado numa *vontade do Constituinte* presumidamente contrária ao próprio teor literal do dispositivo.” (SARLET, 2009, p.225, grifos do autor). Ainda, mesmo uma interpretação sistemática e teleológica conduziria ao mesmo resultado, já que não seria legítimo presumir que os direitos políticos de nacionalidade estariam excluídos desse regime de aplicabilidade imediata (SARLET, 2009, p.224-226)⁶⁶.

Partindo dessa premissa, Silva (2005, p.180) sustenta que, **em regra**, os direitos fundamentais democráticos e individuais teriam eficácia contida e aplicabilidade imediata⁶⁷, enquanto os direitos sociais em geral também teriam essas características na vigente Constituição brasileira, salvo algumas ressalvas, especificamente quanto àquelas normas que mencionam uma lei integradora e que, por essa razão, teriam eficácia limitada e aplicabilidade indireta. Entretanto, na mesma obra, em momento ulterior, o constitucionalista afirma que a referida “norma-síntese” consiste numa garantia de todos os direitos fundamentais, sendo que,

[...] sua existência, por si só, estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais [...], de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação. (2005, p.467)

Mesmo com relação a tais normas carentes de integração pela via legislativa para configuração do direito subjetivo e sua respectiva exigibilidade, Silva (2004) ressalta que, inobstante não possuam aplicabilidade imediata, essas geram efeitos normativos vinculantes, especialmente em relação ao Estado que, em razão da sua

⁶⁶ Da mesma forma, não seria possível concluir pela existência de regimes distintos de acordo com a matriz do direito fundamental, aos moldes do que ocorre na Espanha e em Portugal. No Direito luso, por exemplo, existe a previsão expressa na Constituição de regimes jurídicos diversos para os direitos e liberdades individuais (que seriam aplicáveis diretamente da Constituição) e para os direitos sociais, econômicos e culturais (dependentes de interposição legislativa). Por tal razão, autores como Gomes Canotilho sustentam o caráter meramente programático dessas normas, observando, que, para o constitucionalista português, mesmo os direitos programáticos não seriam absolutamente desprovidos de normatividade, vinculando ao menos negativamente os seus destinatários (SARLET, 2012; CANOTILHO, 2003, p.474).

⁶⁷ Embora sejam conceitos distintos, eficácia jurídica e aplicabilidade são fenômenos correlatos. Silva (2004) ensina que a “eficácia e a aplicabilidade são fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para a sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como a possibilidade de aplicação. Para que haja esta possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.” (p.49-50)

existência no texto constitucional, fica proibido de adotar medidas, por qualquer de seus poderes, que anulem ou diminuam a amplitude dos direitos fundamentais após seu delineamento; e, também, especificamente em relação ao Legislativo, que se obriga positivamente a criar normas que viabilizem a fruição desses direitos, e negativamente, fica impedido de legislar de maneira contrária às disposições programáticas. Seriam decorrências da “dimensão objetiva” dos direitos fundamentais, da que se cuidará oportunamente, e que Silva denomina “direito subjetivo negativo”, no caso, para o autor, os únicos criados pelas normas programáticas (139-178).

A classificação das normas constitucionais, do ponto de vista da sua aplicabilidade, foi elaborada pela doutrina e jurisprudência norte-americanas que as dividiu em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*. As primeiras (traduzidas como normas autoexecutáveis, autoaplicáveis, aplicáveis por si mesmas ou, ainda, bastantes em si), seriam aquelas que, por regularem diretamente o comportamento a que cogitam, teriam eficácia plena e, por conseguinte, aplicabilidade imediata. As últimas, contrariamente, teriam sua aplicabilidade condicionada à edição de lei ordinária que as concretizem (SILVA, 2004, p.73-74). Tal classificação, entretanto, sugere a existência de normas constitucionais ineficazes e destituídas de imperatividade, não atendendo, assim, às exigências de uma teoria constitucionalmente adequada (p.75).

Ora, não corresponde às exigências de uma teoria constitucional democrática, isto é, aquela que vincula de maneira indissolúvel a soberania popular e os direitos fundamentais como fonte de legitimidade da produção normativa, a existência de uma norma fundamental sem capacidade de conformação, isto é, de vinculatividade. A ausência dessa característica desnatura a própria prescrição como jurídica, passando-a à categoria de mero conselho ou recomendação de cunho moral. Para Alexy (2008, p.62-63), transformar-se-iam em “mera lírica constitucional”, imune à competência dos tribunais, o que levaria, por sua vez, à solução de um problema constitucional pela eliminação do próprio direito constitucional. E prossegue: “[...] se algumas normas constitucionais não são levadas a sério [referindo-se aos direitos fundamentais sociais e ecológicos], é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério se isso causa dificuldades. Ameaça a dissolução da Constituição.” (p.63).

Sobretudo após as Grandes Guerras, quando a comunidade jurídica voltou seu olhar para além do formalismo normativo (direcionado ao asseguramento de previsibilidade e segurança das relações entre os sujeitos de direito), agregou-se ao conceito de direito, uma pretensão de correção quanto ao conteúdo: o posto, o decretado e o eficaz formariam o lado fático e institucional do direito, enquanto o correto, a sua dimensão ideal ou discursiva. De fato, numa sociedade plural e democrática, o conteúdo da pretensão de correção não é fechado, mas aberto, elaborado discursivamente por meio de um procedimento fundado nos valores da liberdade e igualdade (condição de legitimidade das decisões tomadas pela aplicação mesmo). Portanto, mesmo a democracia procedimental discursiva possui um núcleo axiológico irreduzível, composto pela institucionalização das regras do discurso e das condições de validade do mesmo, já que a aproximação do discurso real do ideal é de grande relevância para a correção (legitimidade) do seu resultado (ALEXY, 2008, p.19-40).

Ora, o significado de ordenação jurídica da realidade por meio da Constituição só pode ser compreendido de maneira plena se tanto a ordenação (ou pretensão de eficácia) e quanto a realidade forem vistas numa relação de coordenação. Se a pretensão de eficácia é determinada por condições fáticas e históricas (condições naturais, técnicas, econômicas, sociais, “substrato espiritual de um determinado povo”⁶⁸, etc) para sua realização, também é verdade que é, simultaneamente, determinante da mesma realidade, imprimindo-lhe ordem e conformação. Caso não se entenda assim, “[...] o direito constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função - indigna de qualquer ciência- de justificar as relações de poder dominantes.” (HESSE, 1991, p.11).

Importa destacar que a “pretensão de eficácia” da Constituição não se confunde com as condições de sua realização, uma vez que ela não se caracteriza meramente na seara do ser (ontológica), mas expressa ainda um dever-ser (deontológica)⁶⁹. Essa constitui a força normativa da Constituição, sua força ativa

⁶⁸ Para Hesse (1991, p.15), o substrato espiritual de determinado povo se constituiria das “concepções sociais concretas e [d]o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”.

⁶⁹ A eficácia a que Konrad Hesse se refere no seu livro é aquela que a doutrina e jurisprudência brasileira costumam denominar de eficácia jurídica, já que o autor alemão não analisa a real efetivação da norma, a realização social do Direito atinente à sua eficácia social e efetividade. Hesse a descreve como uma pretensão de produzir efeitos, de servir como razão prática para as condutas e atividades

que influi e determina a realidade política e social. “Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional.” (HESSE, 1991, p. 25).

Dito isso, observa-se que Silva declara, taxativamente, o pertencimento de todas as normas constitucionais ao *ius cogens*: todas, na sua concepção, impõem aos seus destinatários uma ação ou omissão independentemente da sua vontade. Dessa forma, para o autor, mesmo as normas programáticas possuiriam juridicidade, pois todo princípio inserto numa Constituição rígida adquire uma dimensão jurídica, embora com eficácia e valores jurídicos diversos.

Partindo dessa premissa, o constitucionalista delinea sua classificação das normas constitucionais da seguinte forma: i) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (aquelas que desde a entrada em vigor, produzem ou têm capacidade de produzir todos seus efeitos essenciais); ii) normas de eficácia contida, aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral (aquelas que possuem eficácia plena mas podem ser objeto de restrição pelo legislador infraconstitucional); e, por fim, iii) normas de eficácia limitada (normas cuja produção plena de efeitos depende da ação do legislador ou de outros órgãos estatais), categoria na qual se inserem as normas consagradoras de princípios institutivos ou organizativos, bem como as declaratórias de conteúdo programático, dentre as quais enquadrou os direitos sociais (2004).

Em que pese o posicionamento supracitado ser o que mais possui eco nos foros pelo país afora até os dias de hoje, outras compreensões assumem relevância, sobretudo no debate acadêmico, sobre a classificação das normas constitucionais segundo o critério da eficácia. A relevância da temática para a presente dissertação consiste na verificação da imperatividade e exigibilidade da norma de cunho socioambiental a partir da sua vigência e sem necessidade de interposição legislativa, pressuposto do qual se pretende partir para estabelecer a possibilidade ou não do controle judicial por inconstitucionalidade de leis ou atos de governo que venham a

humanas, notadamente para o aplicador do Direito, ou seja, trata do seu dever-ser. Entretanto, ao que parece, estabelece-se ao mesmo tempo uma aproximação dos conceitos de eficácia jurídica e social, já que para a própria pretensão de eficácia (ou capacidade para produzir efeitos) depende tanto de elementos normativos (eficácia jurídica) como de fáticos (eficácia social). Pela aproximação dos conceitos, vide SILVA (2011, p. 228-231).

eliminar ou reduzir injustificadamente o grau de satisfação e fruição das normas de direito fundamental dessa natureza.

Contudo, antes de prosseguir-se no desenvolvimento do raciocínio da classificação da norma constitucional segundo sua eficácia, necessário se faz ponderar o seguinte: o “direito ao meio ambiente”, bem como outros direitos suscitados por meio da utilização da expressão “direitos fundamentais sociais”, correspondem ao conceito alexyano de “direito fundamental completo” (ALEXY, 2011, p. 442-443), isto é, constituem um feixe de posições de direito fundamental, o que “[...] equivale à atribuição de um feixe de normas à uma disposição de direito fundamental.” (p.249).

Assim, aqueles que defendem um direito fundamental ao meio ambiente, por exemplo, podem incluir nesse feixe, sem prejuízo de outras possibilidades, (i) um direito a certas abstenções interventivas do Estado no meio ambiente (como dito anteriormente, em muitos casos o Estado se apresenta como agente degradante do meio ambiente), caracterizando, dessa feita, um “direito de defesa”; (ii) um “direito à proteção” pelo Estado do titular do direito; (iii) um direito à inclusão nos processos referentes ao tema, caracterizando um “direito ao procedimento”; e, por fim, um direito às medidas estatais substanciais de promoção do meio ambiente, isto é, um “direito à prestação fática” (ALEXY, 2011, p. 443).

Segundo a interpretação alexyana da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), o direito à prestação constitui-se um gênero que se compõe das seguintes espécies: i) direitos à prestação fática (direito à prestação em sentido estrito) e ii) direitos à prestação normativa (direitos de proteção e direito à organização e ao procedimento). Nesse sentido, observa-se que de um mesmo direito fundamental é possível se extrair normas de naturezas diversas. Os direitos de proteção e os direitos à organização e ao procedimento são comandos normativos que podem ser inferidos inclusive de direitos de defesa, no sentido de direitos de defesa liberais. Assim, tanto os direitos de proteção, como os direitos ao procedimento judicial inserem-se na compreensão liberal tradicional dos direitos fundamentais. Mais complexa fica a questão quando se trata dos direitos ao procedimento legislativo (e aqui se poderia incluir também os direitos ao procedimento administrativo) e os direitos à prestação em sentido estrito (que comporiam uma faceta importante dos direitos sociais e ambientais). Entretanto, ao cabo, conclui o autor, as posições decorrentes dos direitos a prestações são conferidas

a todos e, são tão importantes, que a decisão sobre garanti-las, ou não, não pode ser deixada à mercê de uma maioria parlamentar simples (511-512).

Com bases nessas premissas, que serão desenvolvidas com mais profundidade oportunamente, Virgílio Afonso da Silva (2011), reviu a classificação das normas constitucionais de José Afonso da Silva, valendo consignar, entretanto, que o seu trabalho cinge-se à análise dos direitos fundamentais, enquanto seu progenitor trata das normas constitucionais indiscriminadamente. Segundo Virgílio, as classificações em geral contrapõem as normas que consagram liberdades públicas e direitos políticos, que seriam normas de eficácia plena, àquelas que consagram direitos sociais em sentido amplo, que seriam normas de eficácia limitada. O reducionismo ou a miopia dessa classificação consiste em não perceber que nenhuma norma é bastante em si mesma, sequer aquelas que veiculam direitos de cunho liberal. Exemplo emblemático utilizado pelo autor é o do direito ao sufrágio. Sem a criação de sessões eleitorais, de juntas de apuração, de um órgão responsável pela organização e funcionamento das eleições, de uma legislação eleitoral e partidária, entre outras, o mero texto constitucional é despido de capacidade de gerar efeitos (231-233). Em outras palavras, são necessárias prestações positivas para a sua plenitude eficaz.

Assim, a clássica divisão cai por terra, justamente, por fundar-se na necessidade ou não de ação estatal para produção de seus efeitos e, “como se percebe, nem uma (direito ao sufrágio) nem outra (direito à saúde) das normas são *bastante em si mesmas*. [...]. A diferença básica entre elas não está no plano jurídico-analítico, mas no plano jurídico-empírico” (p.233), pois, enquanto no caso do sufrágio, as condições materiais (institucionais, financeiras) já existem, no caso de certos direitos de cunho prestacional, as condições materiais não são ideais. Por outro lado, a classificação pode ser ainda mais enfraquecida ao se considerar que a diferença entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida fixa-se na possibilidade da segunda sofrer restrições e regulamentações pelo legislador infraconstitucional, enquanto a primeira estaria infensa a tais tipos de intervenções. Ora, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em diversas ocasiões⁷⁰, a inexistência no ordenamento

⁷⁰ Cf. SILVA (2011, p.224): ADI 1.969, ADI 2.566, RE 219.780, RE 232.001, RE 373.058, RE 413.782, MS 23.56 e HC 82.424.

jurídico brasileiro de direitos absolutos, que conformariam uma categoria de direito insuscetível à restrição⁷¹.

Virgílio Afonso da Silva - tomando por pressuposto a premissa estabelecida pelo Supremo e a teoria dos direitos fundamentais como princípios⁷² de Robert Alexy- rechaça a diferença entre as normas de eficácia plena e as de eficácia contida, já que toda norma que garante direitos fundamentais pode ser restringida e que toda norma que garante direitos fundamentais pode ou deve ser regulamentada⁷³. Mesmo as liberdades públicas exigem muito mais que a mera abstenção do Estado, gerando também (i) efeitos horizontais, (ii) direitos de proteção e (iii) direitos à organização e a procedimentos, esses últimos, conforme visto supra, espécies do gênero de direitos à prestação em sentido amplo, isto é, que exigem atuação positiva do Estado para sua consecução.

A partir destas constatações, o autor afasta, também, a diferença entre as normas de eficácia plena e as de eficácia limitada (em geral identificadas com os direitos sociais). Notadamente com relação aos direitos de proteção e à organização e ao procedimento, a eficácia plena da norma, entendida como a capacidade em abstrato de produzir efeitos jurídicos, somente se concretiza após a ação estatal no sentido de estruturar o exercício de tais direitos, não havendo, portanto, “normas

⁷¹ Para salvar a divisão, seria necessário, segundo SILVA (2011), se admitir que a teoria dos limites imanentes estaria implícita na classificação de José Afonso da Silva. Assim, as normas de eficácia plena estariam submetidas apenas aos limites que decorrem expressa ou implicitamente do texto constitucional e as de eficácia contida poderiam ser submetidas também a outros limites impostos pelo legislador (p.225). Para maior compreensão sobre limites externos ou imanentes dos direitos fundamentais, vide SILVA (2011) e ALEXY (2011).

⁷² Para Robert Alexy (2011), os direitos fundamentais teriam natureza principiológica, isto é, seriam mandamentos de otimização a serem realizados na maior medida possível, tendo em vista as condições fáticas e jurídicas para sua concretização (p.90). Assim, no plano abstrato, o direito resguardado por norma de direito fundamental contém apenas um mandamento *prima facie*, afinal, nessa dimensão, seu conteúdo protege toda a situação fática hipoteticamente contida nos signos linguísticos da norma. Entretanto, no plano da incidência, esses mandamentos *prima facie* colidem com outros mandamentos *prima facie* e também com as possibilidades fáticas. Tais condicionamentos representam limites externos ao direito fundamental e, somente após o cotejamento entre as razões fornecidas pelos direitos colidentes e a situação concreta é que será possível se determinar o conteúdo definitivo da norma. Portanto, todos os direitos estariam suscetíveis à restrição. Em todo caso, mesmo considerando-se a existência apenas de limites imanentes, reputa-se que a exclusão *a priori* de condutas, estados e posições jurídicas da proteção caracteriza uma aceitação implícita de que o direito não pode açambarcar toda a situação fática compreendida no conteúdo semântico, mas encontra limites outros no próprio ordenamento. Tais limites seriam, portanto, ou criados (teoria dos limites externos) ou declarados (teoria dos limites imanentes) pela interpretação constitucional. De toda sorte, tais limites seriam estabelecidos pela atividade hermenêutica e, a própria variabilidade da compreensão de qual seria sua extensão é suficiente para indicar um alto grau de criação nessa atividade de “descoberta” dos limites imanentes.

⁷³ Lembrando que para o autor toda restrição é em última instância a regulamentação do exercício de um direito e que toda regulamentação consiste também numa forma de restrição do direito fundamental (SILVA, 2011).

bastantes em si”. Dessa forma, conclui: “[...] a capacidade para produção de efeitos depende *sempre* de outras variáveis que não somente o dispositivo constitucional ou legal. [...]. Mesmo a eficácia *estritamente jurídica* - nos termos de José Afonso da Silva – depende de outras variáveis que não apenas o texto constitucional.” (p.229-230). Assim, embora uma dimensão da norma possa ter eficácia plena, a outra não teria.

E, à guisa de conclusão, arremata o constitucionalista que “[...] a *limitação da eficácia de determinadas normas não é algo intrínseco a elas.*” (p.232, grifos no original). Não se trata de uma questão unicamente textual ou jurídica, pois tal limitação depende muito mais de opções político-ideológicas sem relação direta com o texto constitucional. Por esse paradigma, todas as normas consagradoras de direitos fundamentais têm eficácia limitada, sendo que algumas delas, por razões extrínsecas, possuem condições melhores para produção de seus efeitos. E, quando se fala de razões extrínsecas, não se trata aqui da eficácia social da norma, do desempenho efetivo da sua função social, mas da eficácia jurídica, que não depende meramente do texto constitucional.

Para Virgílio Afonso da Silva (2011), o conceito de liberdade pública como a simples exigência de um não fazer é “por demais restritivo e já foi colocado em xeque há muito tempo” (p.235), desde que começou a se esboçar a teoria da “dimensão objetiva dos direitos fundamentais”. Passa, assim, à sua análise.

3.2 Sobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais decorrente da sua dupla perspectiva: a dimensão objetiva e a subjetiva

Adere-se, neste trabalho, à teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais. De acordo com tal linha de pensamento, além das tradicionais funções jurídico-subjetivas (de defesa, prestacional e de igualdade de tratamento) dos direitos fundamentais, outras funções de natureza jurídico-objetivas (interpretação conforme os direitos fundamentais, conformação do direito, eficácia irradiante, proteção em face de riscos) devem ser reconhecidas, caso se pretenda ultrapassar o paradigma da neutralidade positivista do ordenamento jurídico constitucional (LEDUR, 2009, p.28-31).

A função subjetiva surge historicamente com o advento dos direitos de cunho liberal, de primeira geração (liberdades individuais e direitos políticos). Trata-se da

possibilidade do indivíduo deduzir pretensões frente ao Estado, exigindo o cumprimento de determinado direito positivado na ordem jurídica (FILETI, 2009, p.52-53). Concebidos, inicialmente, como direitos de defesa ante a onipotência do Estado, não possuíam razão de ser nas relações entre os particulares, afinal, atendia-se a uma concepção de igualdade meramente formal entre os diversos membros da sociedade (LUÑO, 1995, p.22).

Na medida em que o Estado Liberal de Direito evoluiu até as formas de Estado Social de Direito, os direitos fundamentais dinamizaram sua própria significação ao crescer, à sua função de garantia das liberdades existentes, a descrição antecipadora do horizonte emancipatório a se alcançar. Ao mesmo tempo, os direitos fundamentais deixaram de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para tornarem-se um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos Poderes Públicos (p. 21, tradução nossa)⁷⁴.

De fato, a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais - muito embora se encontre de forma incipiente já na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra - se desenvolve na Alemanha do após a Segunda Grande Guerra⁷⁵, como forma de viabilizar a eficácia e efetividade dos direitos sociais, já que a Constituição de Bonn praticamente não previu, em seu texto, direitos subjetivos a prestações, limitando-se a consagrar: a cláusula do Estado Social (art. 20, §1º e art. 28, §1º, 1), a obrigação de todos os poderes estatais de proteger a dignidade humana (art.1º, 2) e o enunciado geral da igualdade (que pode ser interpretado como um princípio da igualdade fática⁷⁶, o qual, em situações especiais, pode fundamentar direitos originários a prestações). Dessa forma, “[...] uma interpretação dos direitos

⁷⁴ No original: “En la medida que el Estado Liberal de Derecho ha evolucionado hacia formas de Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales han dinamizado su propia significación al añadir a su función de garantía de las libertades existentes, la descripción anticipadora del horizonte emancipatorio a alcanzar. Al propio tiempo, los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positivo de los poderes públicos.”

⁷⁵ Até os dias atuais invoca-se a paradigmática decisão, de 1958, da Corte Constitucional Alemã no caso *Lüth*, na qual se firmou a compreensão, entre outros aspectos relevantes, de que os direitos fundamentais, para além da tradicional função de defesa, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva com eficácia irradiante a todo ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes (através de fins e tarefas) para todos os poderes públicos e mesmo para os particulares (SARLET, 2012, p.143).

⁷⁶ No mesmo sentido, Canotilho (2003): O princípio da igualdade, além das dimensões subjetivas assinaladas com a rubrica de inequívocas pelo autor (como princípio do Estado de Direito: igualdade na aplicação e na criação do direitos; e, como princípio do Estado Social, desdobra-se no princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de igualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade de comportamentos omissivos, além daqueles direitos subjetivos específicos, extraídos dos direitos especiais de igualdade), “[...] é também um princípio com dimensão objetiva, isto é, vale como princípio jurídico informador de toda ordem constitucional.” (p.432).

fundamentais da Constituição alemã que pretenda fundamentar direitos subjetivos a prestações no nível constitucional está obrigada a atribuir tais normas a dispositivos que não expressam normas que garantem direitos subjetivos a prestações.” (ALEXY, 2011, p. 435)⁷⁷.

Em regra, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é aquela que os identifica como uma “ordem objetiva de valores”⁷⁸ (ALEXY, 2011; CANOTILHO, 2003; LUÑO, 1995; SARLET, 2012), revelando através da expressão um entendimento comunitarista do ordenamento jurídico⁷⁹. Tendo em vista os limites do presente trabalho, identifica-se essa perspectiva, de forma geral, como aquela que considera a Constituição a norma moral suprema do ordenamento jurídico, e os direitos fundamentais, como veículos de normas naturais *a priori* passíveis de serem apreendidas pela razão prática⁸⁰ que, por sua vez, legitimam a própria ordem jurídica delineada constitucionalmente, de maneira que se assegurem reflexivamente (SAMPAIO, 2010, p.72-75).

A preponderância da perspectiva comunitarista, em maior ou menor grau, pode ser identificada como consequência natural do fato da dimensão objetiva partir de uma concepção que rompe com a perspectiva individualista do homem, para considerá-lo inserido no seu contexto coletivo, comunitário, em cujo seio as liberdades individuais podem ser limitáveis em prol dessa inserção comunitária, tendo em vista o interesse público (ANDRADE, *apud*, PINTO E NETTO, 2010, p. 39). No horizonte do constitucionalismo atual, os direitos fundamentais

⁷⁷ No mesmo sentido, SARLET, 2012, p. 143.

⁷⁸ Embora exista um amplo consenso no âmbito da doutrina e jurisprudência europeia sobre a existência de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, no que se refere ao seu conteúdo, significado e implicações existe uma gama ampla e variada de compreensões. Só para exemplificar, em relação à definição do sentido da dimensão objetiva, é possível encontrar na doutrina e jurisprudência as expressões: “ordem objetiva de valores”, “sistema de valores”, “decisões constitucionais fundamentais”, “direitos fundamentais como normas objetivas”, “diretrizes”, “impulsos”, entre outras (ALEXY, *apud*, SARLET, 2012, p.142).

⁷⁹ Qualquer expressão classificatória peca por seu reducionismo. Jusnaturalismo, positivismo, comunitarismo, só para exemplificar, são expressões que abarcam uma gama ampla e elástica de pensadores e pontos de vista defendidos pelo mesmos. Nesse sentido, procura-se neste trabalho identificar aquilo que é consensual ou que identifica de forma majoritária o sentido da expressão devidamente contextualizada (no texto e na realidade a que se refere).

⁸⁰ Considerando o supracitado reducionismo das classificações, anota-se aqui, à guisa de exemplo, que, para alguns comunitaristas, o instrumento de apreensão dessas regras apriorísticas - “existentes” em um plano divino, na natureza humana ou no espírito histórico de um povo - podem ser apreendidas seja por um “espírito” (intuição e sentimentos humanos) ou por uma “personalidade” ou “intelecção moral objetiva” (Coing), seja pela “intuição” ou por “juízos de valor cultural e moral” (consciência) da sociedade sobre o conteúdo e hierarquia desses valores, mas sempre como emanção das instituições a partir da individualidade do povo ou de sua inclusão dentro da didática histórica do espírito (Smend), só para citar algumas variantes sobre o tema, cf. SAMPAIO (2010, p.72-79).

desempenham uma função dupla: atuando como garantia da liberdade individual no plano subjetivo e, ainda, como defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade no plano objetivo, aspecto institucional que justifica a funcionalização das liberdades para consecução dos fins e valores constitucionalmente consagrados (LUÑO, 1995, p. 25).

Entretanto, tais limitações (ou funcionalização) apenas se legitimam na medida em que justificam uma maior proteção do pleno desenvolvimento da personalidade para efetivação da própria liberdade individual, que, no convívio social, necessita ser estruturada de modo a evitar o abuso ou arbítrio de outros sujeitos (individuais ou coletivos) no uso e fruição da sua esfera de autonomia. Rechaça-se, portanto, neste trabalho, uma primazia absoluta e apriorística do interesse público sobre o privado⁸¹, haja vista se esposar uma compreensão estruturante do Direito, segundo a qual a sua normatividade não pode ser compreendida como um imperativo previamente dado, nem como uma estrutura material meramente existente, mas como uma normatividade estrutural, cofundamentada pelos diversos dispositivos, bem como pela realidade⁸², de forma a permitir a racionalidade e controlabilidade das decisões do aplicador – aqui se inserindo tanto o juiz quanto o legislador ordinário e constituinte derivado - (MÜLLER, 2012, p. 41- 217), bem como a atualização do direito fundamental frente às transformações sociais.

Ora, diante da possibilidade de conflito ou tensão no âmbito de proteção de um direito fundamental entre a sua perspectiva de direito do “indivíduo” e a sua perspectiva de direito da “pessoa” (na qualidade unidade interativa inserida em formações sociais), aponta-se para uma “presunção a favor da dimensão subjetiva” dos direitos fundamentais, considerando-os, em primeira linha, direitos individuais, e, por conseguinte, direitos protegidos, também em primeira linha, na forma de direitos subjetivos (CANOTILHO, 2003, p.1257). Importante ressaltar que a dimensão objetiva se alicerça sobre a dimensão subjetiva, ampliando-a e complementando-a,

⁸¹ Partindo de premissas distintas, mas com mesmo resultado, Sarlet (2012) ensina que “[...] a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para limitação do conteúdo e do alcance, ainda que deva sempre ficar preservado o conteúdo essencial destes, de tal sorte que não poderá se sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva [...]” (p.146).

⁸² Por essa razão, considera-se que o contexto de risco da Modernidade Tardia deve ser levado em consideração na tomada de decisões jurídico-políticas, inclusive pelo Poder Judiciário.

como uma espécie de mais valia dos direitos fundamentais, recolocados, assim, num plano de eficácia alargado (ANDRADE *apud* ALVES, 2013). Ademais, mister se faz não olvidar que o titular dos direitos fundamentais é primeiramente o indivíduo (dimensão subjetiva) e apenas secundariamente a comunidade (dimensão objetiva) (SAMPAIO *apud* ALVES, 2013). Dessa forma, entende-se que as características objetivas podem ser invocadas apenas supletivamente, calcada na discursividade concedida aos participantes do procedimento de sua aplicação (ALVES, 2013).

Para Sarlet (2013), a perspectiva objetiva desdobra-se em dois aspectos que necessitam ser diferenciados: (i) o aspecto axiológico, como expressão de uma ordem de valores fundamentais objetivos e, decorrentes da primeira, mas diversas dela, (ii) as múltiplas categorias funcionais que foram desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência como uma espécie de mais-valia jurídica, “[...] no sentido do reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais [...]” (p. 144). Ressalta, ainda, que à condição dos direitos fundamentais como direitos de defesa corresponde a condição como normas de “competência negativa” para os poderes públicos (embora, não sem razão, segundo o autor, para alguns, a questão não integre a temática da perspectiva objetiva ora tratada), “[...] demonstrando que também o poder constitucionalmente reconhecido é, na verdade, juridicamente constituído e desde a sua origem determinado e limitado [...]” (p.145). Conclui o autor estar-se, nessa situação, diante de uma “função objetiva reflexa de direito fundamental subjetivo”, incidente concomitantemente às demais funções de cunho objetivo.

Cabe, neste ensejo, mencionar o posicionamento de Barros (*apud* FILETI, 2009, p. 54), para quem a função subjetiva dos direitos fundamentais, para além de encerrar variadas pretensões e, conseqüentemente, garantir variadas posições jurídico-individuais aos seus titulares, também conforma normas de distribuição de competências aos cidadãos e ao Estado, na medida em que são impositivas e que seu conteúdo determina o que é obrigatório, permitido ou proibido.

No mesmo sentido, Hesse (1998, p.239-240) esclarece que ao significado de direitos fundamentais como direitos de defesa corresponde um significado objetivo de “competências negativas” que estão fora do poder decisório discricionário dos poderes estatais, vinculando sua atividade no sentido de se abster das ações que embarquem sua fruição, mas também vinculando sua atividade positiva, no sentido de proteger e concretizar tais direitos, o que pode inclusive autorizar a sua limitação.

Do mesmo modo como os direitos fundamentais da Lei Fundamental excluem a aceitação de uma liberdade natural do particular, em princípio ilimitada, eles excluem, por conseguinte, a aceitação de um poder estatal natural, em princípio onipotente. Poder estatal constitucional é, como poder juridicamente constituído, de antemão determinado e limitado por determinações de competências positivas e negativas, e só na proporção, com isso dada, autorizado para o exercício do poder jurídico (p.240)

Retornando às implicações decorrentes do reconhecimento de uma perspectiva objetiva, segundo Sarlet (2012), no que concerne ao (i) aspecto axiológico supramencionado, uma primeira consequência a ser extraída é (i.1) a necessidade de valoração da eficácia da norma de direito fundamental, incluindo os de defesa, não apenas sob o prisma individualista, mas também do ponto de vista da comunidade em sua totalidade, pois veicula valores e fins a serem perseguidos pela sociedade. Sobre tal ponto discorreu-se anteriormente, devendo-se por ora acrescentar que essa premissa demonstra que o exercício dos direitos subjetivos condiciona-se, até certo ponto⁸³, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se insere e da qual não se pode dissociar, podendo-se falar em uma “responsabilidade comunitária dos indivíduos”⁸⁴, que, por sua vez, autoriza o autor concluir que, em sua dimensão objetiva, todos os direitos fundamentais têm caráter transindividual.

No que se refere ao aspecto axiológico da teoria da dimensão objetiva, pode-se ainda destacar as seguintes implicações: (i.2) a configuração de uma eficácia dirigente dos direitos fundamentais sobre os poderes públicos e (i.3) a sua transformação em referenciais paradigmáticos para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos estatais, independentemente de sua perspectiva subjetiva. Nesse contexto, se situa o problema dos “deveres fundamentais”, calcado sobre o pressuposto de que os direitos fundamentais constituem uma ordem direcionada ao Estado (e também ao particular, quando destinatário do direito) incumbindo-lhe da obrigação genérica permanente de efetivação dos direitos fundamentais (o que não se confunde com a existência de obrigações específicas veiculadas por normas impositivas).

⁸³ Muito embora o autor não justifique claramente o condicionamento relativo oferecido pelo reconhecimento comunitário de um direito fundamental, entende-se que isso se deve a não identificação do fenômeno normativo com a sua eficácia social, ou sua efetividade, e à simultânea consideração da sua normatividade inerente à juridicidade dos direitos fundamentais, capazes de atuar de forma reflexiva sobre essa, conformando a realidade social a que se referem.

⁸⁴ Segundo Hesse (1998, p.236): “Os direitos fundamentais normalizam o status dos cidadãos, que não meramente devem se proteger, em uma esfera de discricionariedade privada, contra o ‘Estado’, mas que devem, livre e auto-responsavelmente, configurar sua vida e cooperar nos assuntos da coletividade”.

Com relação ao (ii) aspecto da sua caracterização como reforço, complemento ou mais valia da eficácia normativa dos direitos fundamentais, importa esclarecer que a dimensão objetiva não é em si uma função nova dos direitos fundamentais, mas fundamento para outras funções, autônomas, uma vez não atreladas à existência de um direito subjetivo, mas nem por isso destituídas de exigibilidade pela via judicial. O desenvolvimento de novas funções para os direitos fundamentais é fruto da atividade hermenêutica, que, por meio da interpretação, incorporou novos conteúdos ao programa normativo desses, haja vista a relação dinâmica e dialética entre a norma jurídica e a realidade.

Assim, a transição do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito (ao qual se acresce a dimensão ambiental) e a conscientização da insuficiência da concepção dos direitos fundamentais como direitos de defesa para a garantia de uma liberdade universal efetiva constituíram elementos históricos decisivos na reformulação do programa normativo de tais direitos, ao demandar a sua ampliação pela atividade hermenêutica que se pauta pelo dilema da relação dinâmica entre norma e realidade.

Para Sarlet (2012, p.147-151) as novas funções que reforçam e complementam a juridicidade dos direitos fundamentais na sua feição subjetiva são quatro: a primeira delas denominada de (ii.1) eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung* e *Drittwirkung*) pela doutrina alemã; em segundo lugar, a proteção fornecida pelo reconhecimento de (ii.2) garantias institucionais; em terceiro lugar, com base na existência de um dever geral de efetivação direcionado ao Estado, reconhece-se (ii.3) deveres de proteção; e, por fim, sua utilização como (ii.4) parâmetros para formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação dos direitos fundamentais.

A eficácia irradiante corresponde, primeiramente, à condição do direito fundamental como parâmetro de aplicação e interpretação do direito infraconstitucional (*Ausstrahlungswirkung*), apontando para a necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, técnica de natureza semelhante à interpretação conforme à Constituição. Essa faceta trata, portanto, da exigência de uma hermenêutica voltada para os direitos fundamentais (SARLET, 2012, p.147-148).

Se, conforme Häberle (1997), na hermenêutica procedimental e pluralista demandada pelas Constituições Democráticas, mais especificamente no que se refere

ao processo de interpretação constitucional, “ [...] estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não é possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.” (p.13). Essa “democratização da interpretação constitucional”⁸⁵ converte-se em elemento objetivo dos direitos fundamentais, já que as normas constitucionais, em especial os direitos fundamentais, assumem a função de estruturar os poderes públicos, a esfera pública e setores da vida privada.

À característica estruturante da esfera privada dos direitos fundamentais convencionou-se denominar de “eficácia horizontal” (ou *Drittwirkung*). A doutrina liberal clássica, consoante visto, limitava o alcance dos direitos fundamentais às relações públicas, constando o Estado em um de seus polos. A constatação de que a opressão e a violência contra a dignidade da pessoa advêm não apenas do Estado, bem como de uma multiplicidade de atores privados (mercado, família, empresa, sociedade civil), tornou a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares um imperativo incontornável (SARMENTO, 2007, p.293-294).

A origem do debate sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ocorreu na Alemanha, logo após o advento da Lei Fundamental de Bonn onde foi gestada a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais⁸⁶ entre terceiros. Segundo essa teoria, de maneira simplificada, os direitos fundamentais ingressam no cenário privado como direitos subjetivos que podem ser invocados a

⁸⁵ Uma possível objeção no sentido de que ocorreria uma dissolução da interpretação constitucional e que, conseqüentemente, frustrar-se-ia o projeto de produção de unidade política e integração social inerente à ordenação constitucional através do reconhecimento de direitos fundamentais deve ser afastada. Primeiramente, porque se trata, na verdade, de uma consequência do fracasso do método subsuntivo. “Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action*” (p.31), constituindo um desdobramento da necessidade de se integrar a realidade no processo de interpretação da norma. As forças pluralistas da sociedade são elementos que integram a realidade da Constituição, afinal, ela estrutura não apenas o Estado, mas também a própria esfera pública, assim como setores da vida privada. Dessa forma, as forças sociais e privadas devem ser consideradas como sujeitos do processo de interpretação da Constituição, à qual emprestam realidade e concretude ao mesmo tempo em que são orientados pela mesma (HÄBERLE, 1997, p.29-35). Ademais, “subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação [...]” (p.14).

⁸⁶ Anota-se, na oportunidade, a existência de teorias que negam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas com base, precipuamente, no alegado perigo de dissolução da autonomia individual. Tais teorias praticamente desapareceram na Alemanha após reiteradas decisões do Tribunal Constitucional no sentido da aceitação de efeitos horizontais dos direitos fundamentais. Entretanto, subsiste no ordenamento norte-americano, através da doutrina da *state action*, embora com alguns temperamentos formulados pela Suprema Corte, ao adotar a chamada doutrina da *public function theory*. Existem, ainda, teóricos que defendem apenas a eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, com base na diferenciação das relações verticais e horizontais e no perigo de ativismo judicial. Para aprofundamento do tema: SARMENTO, 2007, p.293- 365.

partir da Constituição, embora a incidência desses direitos na esfera privada se dê de maneira específica e sendo necessário se considerar a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso concreto. Posteriormente, ainda no cenário germânico, tentou-se explicar a horizontalização⁸⁷ dos efeitos dos direitos fundamentais com recurso à teoria dos deveres de proteção.

Os (ii.3) deveres de proteção (*Schutzpflichten*)⁸⁸ do Estado são considerados por Sarlet outra implicação do reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais (que por razões de coesão no desenvolvimento da presente dissertação será tratado antes das (ii.2) garantias institucionais). Ao Estado “[...] incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais não somente contra os poderes públicos, mas também contra a agressão provindas de particulares e até mesmo de outros Estados” (p.149), desembocando na necessidade de se adotar medidas positivas de diversas naturezas, com o fim de se efetivar os referidos direitos. Como imperativos de tutela, os direitos fundamentais vinculam deveres de proteção aos poderes públicos, uma vez que possuem o monopólio do exercício da força em razão da vedação genérica de autotutela por parte dos indivíduos e grupos (SARLET, 2012, p. 148-149).

Garantias institucionais (ii.2) são institutos jurídicos (família, por exemplo) bem como direitos sociais abstratamente previstos (educação, saúde, autonomia universitária) que exercem finalidade protetora da dignidade humana, direta ou indiretamente, ainda que não sejam suscetíveis de uma subjetivação, eis que dependentes de interposição legislativa para a configuração do seu conteúdo, demandando, assim, serem tomados como cláusulas de barreira (a liberdade estatal é finalística e relaciona-se à concretização dos direitos fundamentais) (ALVES, 2013; LUÑO, 1995; SARLET, 2012).

A última implicação apontada por Sarlet (2013) é a função outorgada aos direitos fundamentais como parâmetros para criação e constituição das organizações e procedimentos para concretização e efetividade dos direitos fundamentais, haja vista a íntima vinculação que se dá entre direitos fundamentais, organização e

⁸⁷ Enquanto os efeitos verticais dos direitos fundamentais são aqueles que se estabelecem na relação entre particular e Estado, os efeitos horizontais são aqueles que incidem nas relações entre particulares, ou seja, entre pessoas em *hipotética igualdade jurídica* (SARMENTO, 2007, p.294).

⁸⁸ Na doutrina germânica, a existência de deveres de proteção se encontra associada principalmente, mas não exclusivamente, aos direitos fundamentais à vida, à integridade física (saúde) e à proteção do meio ambiente (SARLET, 2012, p.149).

procedimento, no sentido de que esses elementos condicionam-se reciprocamente (p.150). Trata-se de direitos a prestações em sentido amplo sujeitos à subjetivação no entender de Alexy (2011), Hesse (1998) e Sarlet (2012).

O artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, garante o acesso à via judicial a todos aqueles que tiverem seus direitos violados e, paralelamente, o Tribunal Constitucional Federal extrai de direitos fundamentais materiais um direito imediato à proteção judicial efetiva, revelando o significado crescente dos procedimentos para a realização dos direitos fundamentais, já que, uma decisão extemporânea, obstáculos procedimentais ou a ausência de procedimento podem prejudicar a validade efetiva mesma de tais direitos (HESSE, 1998, p.270)

Para poder cumprir sua função, direitos fundamentais requerem, em primeiro lugar, geralmente em proporção mais ou menos vasta, regulações de organização e procedimento, especialmente claro, por exemplo, na liberdade de associação. Criá-las é tarefa da organização, que não pode restringir-se a normalização materiais. Simultaneamente, direitos fundamentais, por sua vez, influem sobre o direito de organização e procedimento, que, deste modo, contribui para a realização e asseguramento dos direitos fundamentais. (p.288).

É, justamente, com fulcro nessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, consoante supracitado, que Virgílio Afonso da Silva (2011) sustenta a inexistência de normas de direitos fundamentais, inclusive das que garantam liberdades públicas, com eficácia plena a partir da sua promulgação, notadamente em razão dos direitos de proteção e direitos à organização e procedimentos. Assim, a necessidade de regulamentação, criação e manutenção de organização e procedimentos para a produção de efeitos das liberdades públicas equivaleria, no âmbito do direito à educação, por exemplo, à necessidade de construção de escolas, contratação e treinamento de professores etc. A diferença fundamental entre eles para a produção dos efeitos desejáveis é que “[...] enquanto as condições – institucionais, legais, materiais etc. – de produção de efeitos dos direitos individuais, em geral, já existem, as condições [...] para a produção de efeitos dos direitos sociais e de outras normas de chamada eficácia limitada ainda não.” (p.237-238).

Se, a partir do reconhecimento de uma dimensão objetiva e da assunção de uma concepção estruturante da norma, não é possível justificar uma diferença substancial na força vinculante dos direitos fundamentais com base no critério da eficácia, isto é, com base na sua aptidão para produzir os efeitos desejados, indaga-se,

portanto, se seria possível justificar diferenças na sua justiciabilidade ou na sua exigibilidade pela via judicial a depender das funções que lhe são reconhecidas.

3.3 Direitos fundamentais socioambientais como direitos justiciáveis

Antes de se adentrar no tema proposto propriamente dito, mister se faz esclarecer a seguinte premissa: sob a dicção de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, a Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) consagrou o princípio⁸⁹ da inafastabilidade da jurisdição, que estabelece o dever de prestação jurisdicional do Estado, consectário lógico do monopólio da força associado ao dever de proteção, inclusive preventiva, de lesão à direito fundamental. Ademais, o referido princípio confere ao titular do direito salvaguardado a faculdade de provocar o aparato judicial tendo em vista a lesão ou ameaça de lesão ao mesmo. Portanto, não se questiona neste trabalho a possibilidade de se utilizar do direito subjetivo fundamental de ação, mas sim a possibilidade efetiva de êxito na ação judicial.

Feita a ressalva, retome-se, portanto, o raciocínio até o momento engendrado: os direitos fundamentais não encerram em si uma única dimensão, sendo certo que os direitos tradicionalmente indicados como direitos de defesa possuem, para além da função demarcatória de um espaço de liberdade individual imune à ingerência estatal, também uma faceta positiva, impondo ao Estado e aos poderes públicos uma série de prestações materiais, tais como a proteção do titular do direito contra terceiros, através de normas infraconstitucionais (penais, por exemplo), pela criação e manutenção de órgãos que assegurem a aplicação de tais normas (polícias, tribunais), entre outras. Da mesma forma, os direitos ditos prestacionais, por sua vez, para além de demandarem prestações específicas relacionadas ao objeto do direito em particular, requerem, ainda, prestações genéricas de proteção, de organização e procedimentos, bem como exigem a abstenção do Estado no sentido de não impedir ou embaraçar a fruição do respectivo direito.

Partindo desse pressuposto, constata-se que os direitos fundamentais, considerados como um feixe de posições jurídico-fundamentais, não poderão ser

⁸⁹ Não se pretende aqui engendrar a discussão sobre a dicotomia entre regras e princípios. Utiliza-se, portanto, a expressão “princípio” no sentido de elemento fundante, estruturante e informador do sistema jurídico a que se refere.

considerados normas de eficácia plena considerando apenas sua dimensão jurídico-analítica, nem mesmo os ditos direitos liberais de defesa, da mesma forma que o fez Virgílio Afonso da Silva (2011).

Todavia, cabe aqui distinguir que enunciado (ou disposição), normas e posições jurídico-fundamentais, embora estejam intrinsecamente relacionados e sejam mutuamente condicionantes na atividade hermenêutica de aplicação do direito, tratam-se, em verdade, de noções que não se confundem e, que, portanto, carecem de uma clarificação inicial, em que pese não se ter aqui a intenção de esgotar a interessante temática.

Conforme se sublinhou em outra oportunidade (PRADO, 2012), a norma jurídica pode ser extraída de vários enunciados jurídicos, bem como um único enunciado pode encetar diversas proposições normativas. Cabe ao intérprete (e aqui entendido no sentido amplo de uma sociedade aberta de intérpretes) condensar a normatividade difusa nos textos, no caso, no texto constitucional. Norberto Bobbio (2003) conceituou a norma jurídica, sob o ponto de vista formal⁹⁰, como uma proposição prescritiva compreendida como uma unidade de significação de um conjunto de palavras que tem a função de dar comandos, de “fazer fazer”⁹¹. A norma entendida como tal, esclarece o jusfilósofo italiano, não se confunde com seu enunciado, que é “a forma gramatical e linguística pela qual um determinado significado é expresso” (p.73), o que viabiliza a existência de uma proposição para enunciados diversos ou o mesmo enunciado com diversas proposições⁹².

Sem aspirar a dar um tratamento exaustivo ao tema, por fugir ao escopo eleito neste labor, cumpre ainda ressaltar que a partir daquilo que se convencionou intitular

⁹⁰ Diz-se formal o ponto de vista eleito pelo italiano em razão de sua teoria desconsiderar o conteúdo da norma, limitando-se à análise da sua estrutura, o que, segundo o autor, não exclui absolutamente outros modos de considerar a norma, como por exemplo, do ponto de vista da sua eficácia social em dado momento histórico ou da justiça das normas que compõem determinado sistema (Bobbio, 2003, p.70). Assim, uma vez que o recorte ora trabalhado é aquele que considera a estrutura lógico-linguística como fator influente na eficácia jurídica da norma, tem-se que o conceito jurídico-formalista é aquele que propicia a melhor compreensão da linha de raciocínio despendida nesta parte do trabalho.

⁹¹ Utiliza-se os ensinamentos de Bobbio com o fito exclusivo de demonstrar que a norma não se confunde com seu texto, em que pese as críticas que aqui se poderia desferir contra a conceituação empreendida pelo autor, mais especificamente no que concerne à função de “dar comandos” ou “fazer fazer”, uma vez que a linguagem prescritiva pode além de fornecer comandos positivos (obrigações), pode, também, fornecer comandos de não-fazer (proibições), bem como autorizar ou não proibir (permissões). Para maior aprofundamento, vide VON WRIGHT *apud* NINO (2010, p.77-91).

⁹² No mesmo sentido, Nino (2010), para quem, “[...] sem dúvida, a expressão ‘norma jurídica’ não denota um conjunto de orações escritas em um papel, visto que uma mesma norma jurídica pode ser formulada por orações diferentes.” (p.108, grifos no original).

reviravolta linguístico-hermenêutica, a linguagem deixa de ser mero instrumento e veículo de conceitos, para ser condição de possibilidade do próprio conhecimento, levando à superação da compreensão da interpretação como uma atividade meramente declaratória, consistente na descoberta de um sentido previamente dado pela normatividade difusa nos textos a partir de uma razão solipsista - numa relação dualista de sujeito-objeto -, já que os sentidos são atribuíveis a partir da facticidade em que está inserido o intérprete. Ademais, agrega-se ao que foi dito, que o sentido também não se trata de algo que possa ser imposto a um texto. Com base nessas premissas é que conclui STRECK (2013), ser texto e norma ontologicamente distintos, mas inexistentes de maneira separada. Nas suas palavras,

O texto será sempre o “já normado” pelo intérprete. E é por isso que um mesmo texto dará azo a várias normas. A norma será sempre, assim, resultado do processo de atribuição de sentido (*Sinngebung*) a um texto. Mas, atenção: este texto não subsiste como “um ente disperso” no mundo. *O texto só é na sua norma!* Quando olhamos um texto, o nosso olhar já atribuíra uma determinada norma a esse texto. É nesse sentido, que no plano da filosofia hermenêutica aqui trabalhada [...], *o ser será sempre um ser de um ente* (STRECK, 2013, grifos do autor)

A partir da criação ou da descoberta⁹³ da norma é possível se identificar a(s) posição(ões) jurídico-fundamental(is) que é(são) garantida(s) ao seu titular, a depender da modalidade deôntica (dever, proibição e permissão) utilizada e do objeto tutelado por seu intermédio. Partindo dessa premissa, Alexy (2011) sistematiza as posições jurídico-fundamentais nas seguintes categorias: a primeira delas formada pelos (i) “direitos a algo”, gênero no qual se enquadra os (i.1) “direitos a ações negativas” - que por sua vez, se subdivide em (i.1.1) “direitos ao não embaraço de ações”, (i.1.2) “direitos à não-afetação de características e situações” e (i.1.3) “direitos à não-eliminação de posições jurídicas” – e pelos (i.2) “direitos a ações

⁹³ Tendo em vista a concepção aqui defendida, mesmo a atividade exclusivamente hermenêutica possui uma faceta criativa e não meramente cognitiva, tendo em vista a margem de indeterminação semântica que todo signo linguístico traz em si, em maior ou menor grau. Dessa forma, a delimitação da norma sempre implicará uma dose de subjetivismo, sujeito à objetivação e, dessa forma, à controlabilidade da sua racionalidade em razão da necessidade de motivação da decisão, tendo em vista o sistema de direitos como um todo, bem como o contexto fático sobre o qual a norma incidirá. Nesse sentido: “Com efeito, a norma jurídica é uma estrutura categorial construída, epistemologicamente, pelo intérprete, a partir das significações que o texto do direito positivo desperta em seu espírito. É por isso que, quase sempre, não coincidem com os sentidos imediatos dos enunciados em que o legislador distribui a matéria no corpo físico da lei. Advém daí que, na maioria das vezes, a leitura de um único artigo será insuficiente para a compreensão da regra jurídica” (CARVALHO, 1998, p.144).

positivas”, também subdividido em dois grupos, quais sejam, os (i.2.1) “direitos a ações positivas fáticas” e os (i.2.2) “direitos a ações positivas jurídicas”. A segunda grande categoria seria constituída pelas (ii) “liberdades”, tanto as ditas (ii.1) “protegidas”, como as (ii.2) “não protegidas”; e, por fim, a terceira categoria seria formada por (iii) “competências”.

Em que pese a necessidade de alguns esclarecimentos conceituais e de análise crítica dos mesmos para a exata compreensão dessa classificação, tem-se que, do que até o momento foi dito, seja possível extrair a distinção entre os três elementos ora analisados: enunciado normativo, norma e posição jurídico-fundamental. Importa, contudo, ressaltar, ainda, que, quando se referir a um direito fundamental, por conseguinte, não se estará referindo a uma única posição jurídica, mas ao “direito fundamental completo”, compreendido como um feixe de normas das quais é possível se extrair uma gama diversificada de posições jurídico-fundamentais que se relacionam por especificação, por meio-fim e por sopesamento, já que, segundo o autor, esse feixe se constituiria por posições *prima facie* e definitivas⁹⁴ (ALEXY, 2011, p.248-253).

Nesse sentido, muito embora globalmente considerados, os direitos fundamentais não possam ser considerados normas de eficácia plena a partir da perspectiva delineada, ainda resta indagar se todas as posições jurídico-fundamentais são justiciáveis diretamente da Constituição e se o são na forma de um direito subjetivo individual, conceito que embora impreciso e temerário, pode ser identificado por suas linhas consensuais, que se passa a analisar.

Michael Villey (1976, p.23-57) analisa a historicidade da noção de direito subjetivo, remontando suas origens à Modernidade Clássica, sob a inspiração da corrente filosófica nominalista e pelo racionalismo jusnaturalista. Na Antiguidade, bem como na Idade Média, a noção de *jus* se atrelava à ideia aristotélica da distribuição do que é devido (tanto em vantagens quanto em desvantagens) a cada um (justo), dentro de uma ordem cósmica imanente e harmônica estabelecida definitivamente pela razão universal. O poder decorrente de uma ordem imanente,

⁹⁴ Muito embora se utilize, nesse trabalho, de muitas premissas desenvolvidas por Alexy para fundamentação da sua teoria dos direitos fundamentais, ressalta-se que não se adere, todavia, à distinção das normas em regras e princípios, nem à técnica de sopesamento, por enfraquecer a normatividade dos direitos fundamentais, transformando-os em mandamentos não-vinculantes, para usar a terminologia alexyana, *prima facie*. A técnica de sopesamento, por sua vez, os converte em meros valores a serem submetidos ao jugo do aplicador de acordo com suas preferências pessoais, revelando um caráter altamente subjetivo da atividade interpretativa nessa concepção.

pré-jurídico e não constituído pelo Direito, estaria previamente e definitivamente estabelecido pela mesma, que determinaria a parcela (devida) sobre a qual cada um poderia exercer esse poder. Na modernidade, ao contrário, os indivíduos são considerados entes com poderes ilimitados em sua própria vantagem, num mundo desordenado e mutável em essência, substituindo-se a noção de um Direito Natural Universal, por direitos naturais do indivíduo: “O conteúdo deste novo Direito natural é negativo, é o vazio, a ausência absoluta de laços e regras sociais, de deveres e mandatos, ou seja: é a liberdade do indivíduo, sua plena e inteira liberdade.” (p.51, tradução nossa)⁹⁵.

E para corroborar sua teoria, lança mão de estudos de Occam e Hobbes, partindo ambos de uma noção de Direito como fruto da construção de uma vontade e não da descoberta de uma inteligência, de tal forma que no estado de natureza a única coisa existente é a liberdade individual, dado primordial que a Lei e a convenção modelam, precisam e confirmam, tecendo os direitos subjetivos (OCCAM *apud* VILLEY, p.52). Também Hobbes opôs contundentemente à noção de *jus*, identificado como liberdade, poder e direito subjetivo, a noção de *Lex*, consistente no mandato que limita e precisa as liberdades (HOBBES *apud* VILLEY, p.54). Aqui teria, para o autor, nascido o direito subjetivo, identificado com os direitos naturais de liberdade, ou seja, com a primeira geração de direitos fundamentais, os ditos direitos de defesa. O único direito que poderia subsistir de um estado de natureza selvagem seria aquele recebido pela própria natureza, consubstanciado em assegurar a todos os meios de conservação pessoal, de segurança e de prazer (HOBBES *apud* VILLEY, p.53).

Da mesma forma, Ferraz Júnior (1980) identifica que os contornos mais precisos da noção de direito subjetivo se delinearam na Idade Moderna, quando o conceito de liberdade dos antigos é superado por uma concepção atualizada de liberdade. Enquanto para os primeiros a liberdade era entendida como uma qualificação pública para agir politicamente, constituindo, portanto, um *status* social, para a Modernidade, a partir da noção de livre-arbítrio desenvolvida pelo cristianismo, a liberdade ganhou um foro intimista, tornando-se um atributo da vontade individual. Constrói-se, assim, ao lado da liberdade negativa dos antigos, um

⁹⁵ No original: “El contenido de este nuevo Derecho natural es negativo, es el vacío, la ausencia absoluta de lazos e reglas sociales, de deberes y de mandatos, es decir: es la libertad del individuo, su plena y entera libertad.”

conceito positivo de liberdade, o de liberdade como autonomia, que, em termos políticos, será a capacidade de autogovernar-se.

A confluência do conceito negativo e positivo de liberdade configurará uma nova noção: a de liberdade no sentido moderno, intimista e, ao mesmo tempo, pública. Ela servirá à defesa da propriedade privada identificada com a riqueza, à defesa da economia do mercado livre e à concepção do Estado como um guardião (ameaçador) das liberdades fundamentais garantidas por um documento: a Constituição. É com base nessa liberdade, que funciona como limite à atividade legiferante do Estado, que irá configurar-se a noção de direito subjetivo em oposição ao direito objetivo. (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 147)

Provavelmente em razão da construção conceitual moderna do direito subjetivo como um poder remanescente da liberdade natural (fictícia), os desenvolvimentos posteriormente empreendidos na sua definição recorreram-se às noções de “vontade” (Windscheid) e de “interesse” (Ihering) reconhecidas e garantidas pela ordem jurídica objetiva. Há ainda a teoria mista (Jellinek) do direito subjetivo, que, como o próprio nome sugere, socorre-se nas duas noções: de vontade (como elemento interno, psíquico) e interesse (como elemento externo finalístico). Assim, de uma maneira geral, pode se dizer que o direito subjetivo é formado por três elementos: poder de ação (*facultas agendi*), interesse e submissão ao direito objetivo (SILVA, 2002, p.19-23).

Subjacente à noção de direito subjetivo, encontramos a ideia de relação jurídica, qual seja, o vínculo jurídico entre dois sujeitos (ativo e passivo) a propósito de um objeto. É este vínculo (voluntário ou decorrente diretamente do ordenamento jurídico) que liga (subordina) o sujeito passivo ao poder da vontade daquele que possui o direito. Revela-se, destarte, a íntima conexão entre as ideias de direito subjetivo e dever jurídico, afinal, apenas será possível exigir a realização de um interesse juridicamente protegido contra quem possui o dever jurídico de efetivá-lo. Em resumo, pode-se elencar três ideias essenciais em torno do direito subjetivo: “[...] o sujeito, que tem o poder de ação; o objeto, que traduz a satisfação daquele poder e a relação ou vínculo jurídico, que é o meio técnico de que vale a ordem legal, para a integração efetiva do poder da vontade.” (SILVA, 2002, p.29).

Pelo exposto até o presente momento, e, partindo-se da distinção funcional dos direitos fundamentais levada a cabo por Alexy e assumida posteriormente por Sarlet, soa natural a ideia de que, na sua feição de defesa, os direitos fundamentais gerem direitos subjetivos diretamente do texto constitucional, independentemente de

interposição legislativa, pelo que sua eficácia pode ser considerada plena neste plano. Os “poderes”, para utilizar a expressão empregada por Villey, remanescentes do estado de natureza após a juridicização da vida pública constituem um núcleo inviolável de liberdade individual que exige, de forma correlata, uma obrigação de respeito para os seus destinatários, o que se consubstancia por omissões de ingerências nesta esfera, bem como por intervenções em certas hipóteses e condições materiais e procedimentais, de tal forma que apenas a intervenção em desconformidade com a Constituição caracteriza sua violação (SARLET, 2012, p.168).

No que toca à classificação sob o critério da função, empreendida por Sarlet, note-se a astuta observação do autor de que os critérios até então utilizados pela doutrina para classificação dos direitos fundamentais pecam pelo reducionismo de considerá-los unidimensionalmente, descartando as várias facetas ou funções agregadas historicamente ao seu âmbito normativo, bem como os reflexos dessa ampliação para aplicação (incluindo a questão da eficácia) das normas de direitos fundamentais (p.163).

Entretanto, paradoxalmente, o próprio autor, após tal ressalva, debruça-se sobre quais seriam os direitos fundamentais que efetivamente integraria cada categoria classificatória. Assim, sob a rubrica *direitos de defesa*, Sarlet (2012) inclui, para além dos direitos clássicos de defesa de matriz liberal-burguesa, o que considera “novas manifestações” desses direitos (tais como: a liberdade de informática, regulamentações de transplante de órgãos e de manipulação genética), cuja estrutura normativa e funções não são substancialmente distintas do modelo clássico. Inclui, ainda, os direitos políticos (incluindo os de nacionalidade e cidadania), as garantias fundamentais e alguns direitos sociais, mais especificamente aqueles identificados como liberdades sociais, por estarem mais ligados à concretização da liberdade e igualdade formais (grande parte dos direitos dos trabalhadores, liberdade sindical, entre outros).

Ora, tomando como pressuposto a noção de direito fundamental como um feixe de posições jurídicas, bem como a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ambas as ideias já suficientemente desenvolvidas para os fins a que se propôs, soa contraditória e reducionista a proposta do autor de se estabelecer um enquadramento dos direitos fundamentais constitucionalmente adequado com base nas funções desempenhadas pelos mesmos, já que, conforme visto, elas podem ser

múltiplas. A tentativa do autor (p.166) de se esquivar a críticas dessa natureza (recorrendo ao que denominou critério da predominância do elemento defensivo ou prestacional) frustra-se pela própria utilização do vocábulo “predominância”, que denota a desconsideração de aspectos minoritários e/ou secundários de tais direitos. Da mesma forma, a determinação do que seria essencial ou predominante resvalaria no subjetivismo, o que se pode revelar pela celeuma em torno dos direitos políticos, que, para alguns teria a natureza de direitos prestacionais em sentido amplo, ou, natureza mista de direitos de defesa e direitos a prestações, ou, ainda, direitos de defesa por integrarem o *status* global de liberdade do indivíduo.

Considerando-se que toda classificação implica uma certa dose de reducionismo e subjetivismo, a ressalva do parágrafo anterior perderia muito em relevância, não fosse o fato de o autor, em momento posterior, relacionar à tal classificação a eficácia de tais direitos, considerando por pleno aquele direito capaz de produzir de plano os seus efeitos jurídicos essenciais. Nesse sentido, caberia aqui as considerações tecidas sobre o decisionismo do que viria a ser essencial para a plenitude eficaz do direito. Juntamente com Virgílio Afonso da Silva, entende-se que do ponto de vista do direito fundamental completo nenhum direito fundamental teria eficácia plena, consoante visto.

Ademais, caberia ainda questionar a conceituação empregada por Sarlet dos direitos de defesa como aquelas posições jurídico-fundamentais que visam garantir o desenvolvimento livre da personalidade e a autonomia do indivíduo (p.169). Essa definição é utilizada pelo autor como critério para enquadrar certos direitos na categoria de direitos de defesa. Assim acontece com alguns direitos sociais (p.173-174) e com os direitos políticos (p.177). Ora, tal conceituação não se encontra em harmonia com a teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais, nem com a ideia de que toda a ordem jusfundamental seria a expressão do conteúdo da dignidade humana, ambas as noções assumidas pelo autor. De acordo com o desenvolvimento empreendido na primeira parte deste trabalho, verificou-se que o processo de expansão dos direitos fundamentais, quanto à titularidade e quanto ao objeto, foi um processo histórico de desenvolvimento teórico da noção de dignidade e de lutas sociais no plano fático, consistindo todo o bloco jusfundamental um instrumento de proteção, garantia e promoção da dignidade, que não prescinde da liberdade para sua configuração, muito embora não se confunda com a mesma. Como se teve oportunidade de expressar, também os direitos sociais em sentido amplo (incluindo,

assim, os direitos sociais em sentido estrito, os direitos econômicos, culturais e ambientais) surgem como imperativos para o livre desenvolvimento da personalidade e da autonomia. Inviável, portanto, o critério utilizado pelo autor.

Feitas as devidas digressões, assume-se que todos os direitos fundamentais na sua feição de defesa, ou negativa, gerariam direitos subjetivos, independentemente do direito fundamental que se cuide no caso concreto. É nesse sentido que Canotilho (2003, p.407) ensina que a primeira função dos direitos fundamentais, qual seja, a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado e de outros esquemas coativos, se cumpre sob uma dupla perspectiva: no plano jurídico-objetivo, constituindo normas de competência negativa para os poderes públicos, objeto de análise no tópico anterior; e, no plano jurídico-subjetivo, implicando o poder de exercer positivamente os direitos salvaguardados, bem como de exigir (preventiva ou repressivamente) omissões dos poderes públicos. Aqui se poderia incluir o poder de exigir indenizações decorrentes da violação dos direitos fundamentais na sua feição defensiva, mas, por ser matéria complexa, não se tratará desse assunto neste ensejo por fugir ao escopo do trabalho, bastando no momento a menção ao assunto.

Restou consignado acima, que as normas no ordenamento jurídico-constitucional, como é o caso de diversas normas de cunho socioambiental, não se dirigem meramente⁹⁶ à uma abstenção do Estado (mesmo os tradicionais direitos de cunho liberal) mas também veiculam imposições de deveres que conformam a atividade dos poderes públicos, determinando-lhes tarefas e fins a serem perseguidos. As normas-tarefa ou normas-fim constituem “normas objetivamente vinculativas do Estado e da comunidade”, embora, para alguns, não garantam “posições jurídico-subjetivas”. A consagração constitucional do ambiente e da socialidade como tarefa ou fim normativo implica a existência de “deveres jurídicos” dirigidos ao Estado que (i) subtraem à disposição dos poderes públicos a decisão sobre proteger ou não os bens ou valores protegidos pela norma respectiva; (ii) fornecem parâmetros para a

⁹⁶ Importante frisar que as dimensões não são autoexcludentes, ao contrário, se complementam e se reforçam mutuamente. Apesar de algumas normas constituírem direitos que conformam um feixe complexo de posições jurídicas (direitos de defesa, direito à prestação fática e ao procedimento e organização), isso não significa que a uma norma de direito subjetivo corresponda um mandamento objetivo, necessariamente (cf. SARLET, 2012, p.144), embora se adote aqui a posição de que de uma norma objetiva sempre seja possível extrair um direito subjetivo, no sentido de exigível em algum grau pelo seu titular, independentemente, de ulterior legislação que o conforme. Para aqueles que adotam a classificação da bipartida da norma em regras e princípios, observa-se, ainda, a inexistência do paralelismo entre regra - dimensão subjetiva e princípio - dimensão objetiva (cf. CANOTILHO, 2003, p.1255).

interpretação-concretização de outras normas também de envergadura constitucional, bem como das de hierarquia inferior; (iii) impõe ao legislador e a outras entidades o dever de adotar medidas de proteção; (iv) possibilita a atualização e aperfeiçoamento permanente dos instrumentos jurídicos tendo em vista seu caráter dinâmico (CANOTILHO, 2008, p.181-182).

Canotilho (2003, p. 407-411) identifica quatro funções que seriam atribuídas aos direitos fundamentais no Direito contemporâneo em países ocidentais: (i) a função de defesa ou liberdade, (ii) a função de prestação social; (iii) a função de proteção perante terceiros e (iv) a função de não discriminação. A primeira delas, já analisada nos parágrafos anteriores, gera, segundo o autor, um direito subjetivo. Já a função de não-discriminação, desenvolvida sobretudo pela doutrina norte-americana, determina o tratamento dos cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais, aplicando-se esse postulado a todas as categorias de direitos fundamentais (nesse sentido, afasta-se a possibilidade de utilização do princípio da subsidiariedade⁹⁷ na fruição dos direitos socioambientais). Ao que parece, essa dimensão configura um desenvolvimento da igualdade formal, e, portanto, geraria um direito subjetivo do indivíduo à não-discriminação.

Quanto às demais funções elencadas por Canotilho, vislumbra-se a incursão num outro terreno, naquele em que o dever do Estado não se consubstancia numa abstenção (abstenção de interferir na esfera de liberdade individual e abstenção de empreender tratamento discriminatório), mas sim numa ação, num dever de proteger ou ofertar o bem juridicamente tutelado, traduzido na prestação de bens ou de serviços. Quanto a essas, principalmente, sói se negar a decorrência de direitos subjetivos em razão da sua indeterminabilidade e da necessidade de interposição legislativa para a configuração do seu conteúdo, competência dos órgãos políticos em razão do seu caráter democrático. Assim, o dispositivo que consagra o direito ao meio ambiente equilibrado, para os que negam direito subjetivo decorrente diretamente desse preceito constitucional, necessitaria de formatação legislativa no que tange ao conteúdo, extensão e modo de garantia, proteção e promoção do meio ambiente para ensejar a sua justiciabilidade.

Entretanto, essa não parece a melhor solução. Primeiramente, porque direitos absolutamente delimitados não são comuns independentemente da sua matriz.

⁹⁷ Para maior aprofundamento no tema: vide TORRES (2001).

Ademais, o direito subjetivo é apenas uma denominação, uma técnica de apresentação, da qual independe o direito positivo para sua efetivação ou exigibilidade, não sendo possível condicioná-los reciprocamente. E, além disso, considerando-se que a característica primordial do direito subjetivo é a caracterização de uma “situação de vantagem” para o indivíduo, advinda do ordenamento jurídico, impondo correlatamente o “dever de respeito” a outro sujeito, cuja violação enseja ao titular da vantagem a “faculdade” de acionar judicialmente o Estado para a satisfação da sua pretensão (ROSS, 2000, p.209-211), percebe-se não haver óbices contundentes do ponto de vista estrutural da norma à caracterização de direitos subjetivos a partir da função prestacional dos direitos fundamentais.

Dessa forma, a função de proteção perante terceiros apontada por Canotilho, por sua vez, estabelece-se numa relação principal entre indivíduos, resultando, por via indireta, no dever do Estado em adotar medidas protetivas do exercício dos direitos perante atividades perturbadoras de terceiros. Cuida-se de uma vinculação do Estado em razão do seu dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, bem como em razão da proibição de autotutela, viabilizando que seja demandado no sentido de proteger o titular do direito contra ingerências de terceiros. Entra-se aqui na seara daquilo que Sarlet denominou função prestacional em sentido amplo, categoria abrangente dos direitos de proteção e dos direitos à organização e ao procedimento. Para Sarlet, os direitos prestacionais, como gênero, se subdividiriam em direitos prestacionais em sentido estrito (abrangendo as prestações materiais) e os direitos prestacionais em sentido amplo (constituído pelos direitos de proteção e de organização e procedimento).

Entretanto, cumpre aqui esclarecer que o autor não utiliza com ineditismo essa classificação. Consta que a referida distinção entre direitos à prestação em sentido amplo e restrito foi objeto de paradigmática formulação de Robert Alexy e tem sido recepcionada progressivamente pela doutrina.

Recorrendo à fonte original da classificação (ALEXY, 2011, p.450-461), verificou-se que, no que concerne aos direitos de proteção, ou, segundo a nomenclatura aqui preferida, no que concerne à função de proteção, duas questões cruciais são levantadas: sob um aspecto substancial, indaga-se o que e como deve ser protegido, o que para o autor é uma tarefa da dogmática de cada um dos direitos

fundamentais⁹⁸; sob um aspecto estrutural, indaga-se se da função de proteção dos direitos fundamentais surgem direitos subjetivos e, em caso positivo, se esses possuem a mesma natureza daqueles decorrentes da função de defesa. Partindo da sua teoria da natureza principiológica dos direitos fundamentais, Alexy considera a existência de direitos subjetivos *prima facie* decorrentes dos deveres de proteção.

Em que pese a importância do tema para a dogmática jurídica, não se adentrará aqui na discussão em torno da natureza principiológica dos direitos fundamentais. Considerando a ressalva feita no início dessa seção, interessa aqui saber sobre o “conteúdo definitivo do direito”, para empregar a terminologia do autor analisado. Ciente disso, Alexy prossegue sublinhando que somente a subjetivação dos deveres de proteção faz jus ao sentido original e permanente dos direitos fundamentais como direitos individuais, sobretudo em razão dos deveres de proteção inserirem-se completamente na compreensão liberal tradicional dos direitos fundamentais. E prossegue:

A ampla renúncia à autoproteção efetiva, determinada pela transição (hipotética) de uma situação pré-estatal para uma situação estatal, só pode ser racionalmente fundamentada se o indivíduo receber, por essa renúncia, um direito à proteção estatal efetiva. Que essa ideia tem “acento na realidade” e não é, portanto, uma simples construção hipotética, é algo que é possível perceber por meio do fato de que, onde o Estado deixa de ter iniciativa ou força para satisfação do direito à proteção, não raramente formam-se organizações privadas de proteção com o intuito de fazer valer direitos individuais. Com a inserção dos direitos a proteção na tradição individualista liberal não se pretende afirmar que esses direitos não suscitem problemas que vão além daqueles suscitados pelos direitos de defesa associados a ações estatais negativas. (p.455-456)

Continuando, Alexy procura examinar se existiria efetivamente uma diferença substancial entre os direitos à proteção e os direitos de defesa para fins de justiciabilidade. Segundo o autor, costuma-se apontar uma diferença teórico-estrutural, pois, na medida em que os direitos de defesa seriam proibições de todas as ações que destruam ou afetem negativamente algo, os direitos à proteção seriam obrigações finalísticas, cujos meios poderiam ser discricionariamente escolhidos pelo

⁹⁸ Segundo Sarlet (2012, p.191-192), o objeto dos direitos à proteção alcança tudo que se encontra sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, cuja definição demonstra-se especialmente delicada no caso dos direitos à uma prestação do Estado, afinal, conforme nos alerta Alexy (2011, p.461-462), nem todas as possíveis medidas protetivas geram um dever de proteção para o Estado pelo qual ele deva responder, ou conforme preleciona Sarlet: “[...] a existência de diferentes alternativas de ação, a limitação dos meios disponíveis, a consideração de interesses colidentes e a necessidade de estabelecer prioridades, de tal sorte que não se poderia, em princípio, falar de um dever específico de agir por parte do Estado”(p.193).

destinatário, no caso, o Estado. Assim, enquanto no primeiro caso todas as condutas estariam proibidas, no segundo caso, nenhuma das condutas seria obrigatória. Alexy procura rechaçar a tese com base na sua teoria dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização: dessa forma, para ele, tanto em um como em outro caso, o direito fundamental estaria sujeito à sopesamento com os demais direitos fundamentais, bem como com as condições fáticas existentes no momento da sua aplicação.

De fato, em que pesem as reservas quanto à técnica do sopesamento, há de se concluir no mesmo sentido do autor germânico, ainda que partindo da teoria estruturante do Direito de Müller (2012) esposada neste trabalho. A normatividade do direito fundamental (p.193), qualquer que seja sua matriz, é determinada a partir do contexto textual da Constituição (programa normativo) bem como pelas circunstâncias reais específicas para as quais aponta o texto (âmbito normativo), afastando, dessa feita, qualquer diferenciação estrutural qualitativa entre os direitos de defesa e os direitos prestacionais quanto à sua justiciabilidade. Nesse sentido, conclui-se que a função de proteção do direito fundamental não encontra qualquer óbice à subjetivação do direito à proteção, no sentido de que o seu titular possui, a princípio, a faculdade de exigir a proteção estatal judicialmente⁹⁹, sobretudo em caso de irreparabilidade da ameaça ou quando sua evolução se revelar incontornável.

Não se pode, portanto, aceitar de plano a ideia de Konrad Hesse (1998), para quem a existência de um direito subjetivo à proteção estaria condicionada a uma descrição detalhada pelo direito objetivo, quando fosse possível imputar o dever de proteger algo de determinado modo, reduzindo o espaço de discricionariedade, assim, a zero. Ora, ao se levar em consideração a noção de norma estruturada por elementos textuais e fáticos, reputa-se que apenas o caso concreto poderá dizer sobre o reconhecimento de um direito subjetivo à proteção, haja vista que, diante dos fatos, é possível verificar a redução dessa margem de discricionariedade, a ponto de, em certos casos, poder se falar em um único modo esperado de ação protetiva.

Nesse ponto, relaciona-se o dever geral de efetivação do Estado e o seu correlato dever geral de proteção dos direitos fundamentais ao princípio da precaução aplicado no direito ambiental, diante do desconhecimento dos efeitos e riscos ambientais advindos da utilização de novas técnicas ou equipamentos. Compreende-

⁹⁹ No mesmo sentido: Alexy (2011), Sarlet (2012), Canotilho (2008), entre outros.

se ser o mesmo mais um mecanismo específico de proteção que os poderes públicos têm em mãos e que reforçam a tese aqui adotada de que é possível se extrair um direito subjetivo à proteção ambiental, questão que será aprofundada oportunamente.

Quando se fala em direitos subjetivos à organização e ao procedimento, também incluídos na categoria dos direitos prestacionais em sentido amplo juntamente com os direitos à proteção, quer se dizer da possibilidade de se exigir do Estado, notadamente do Legislador, que estruture e zele por determinadas organizações e procedimentos que protejam a efetividade do direito fundamental do qual é titular. Não se está aqui examinando se certos direitos fundamentais procedimentais, como a inafastabilidade da jurisdição, geram direito subjetivo, afinal, quanto a esses, têm-se uma certa tranquilidade na sua afirmação, sobretudo por sua matriz liberal burguesa. Aqui, indaga-se de forma especial, se é possível se extrair um direito ao procedimento (em sentido amplo) de um direito fundamental material (ALEXY, 2011, p.475).

Se, por um lado, é tranquila a afirmação de que os direitos fundamentais procedimentais geram direitos subjetivos, bem como é pacífica a natureza subjetiva da pretensão a uma aplicação e interpretação das normas procedimentais à luz da Constituição, por outro lado, tormentosa é a questão dos direitos à criação de normas no âmbito da organização e procedimento. Aqui adentra-se na seara das omissões constitucionais, para as quais o ordenamento brasileiro prevê dois remédios constitucionais: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Sobretudo em razão da existência do último, por sua titularidade alargada, poderia se falar em um direito subjetivo à criação de normas procedimentais, muito embora a ausência de mecanismos que garantam a efetividade da decisão seja um empecilho à caracterização de um poder de sujeição propriamente dito. Nesse ponto, retomam-se os ensinamentos de Ross (2000), para quem seria absolutamente possível explicar o direito vigente sem a necessidade de se recorrer ao conceito de direito subjetivo, que nada diz por si das situações em que é apresentado. Para o autor, a essência dessa ferramenta em prol do direito positivo é a garantia da efetividade da pretensão que o direito abriga.

Robert Alexy desmembra os direitos à organização e procedimento em quatro categorias, quais sejam: (i) competências de direito privado; (ii)

procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito); (iii) organização em sentido estrito; (iv) formação da vontade estatal (p.483).

Direitos às competências de direito privado seriam os direitos em face do Estado a que esse crie ou dê determinado conteúdo a normas constitutivas de ações de direito privado (como as normas de direito contratual, de propriedade, matrimonial, de sucessão, de associação) que constituam concretizações de direitos fundamentais. São complexos de normas denominados “institutos jurídicos”, que se conectam ao direito a procedimentos justamente por serem conformados substancialmente por competências que ensejam a demarcação das esferas jurídicas dos sujeitos privados (p.484).

Segundo Alexy, tradicionalmente, a proteção dos institutos jurídicos de direito privado revela-se na doutrina como um problema de garantia objetiva de direitos fundamentais. Contudo, com a consagração da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais no art.1º, §3º, da Constituição de Weimar, abriu-se um caminho para subjetivação da proteção, cujo principal argumento favorável consiste no fato de que inúmeros direitos fundamentais pressupõem a existência de institutos jurídicos de direito privado: “sem as normas sobre a propriedade não há propriedade em sentido jurídico; sem as normas de direito matrimonial não há matrimônio em sentido jurídico; etc.” (p.486). E, prossegue o autor enfatizando que não há, primeiro, garantias institucionais objetivas que assegurem o direito fundamental por meio da garantia de um complexo básico normativo para que, apenas depois, existam direitos subjetivos; “[...]o que há, na verdade, é um direito subjetivo à existência de normas de direito privado que sejam necessárias para que aquilo que os direitos fundamentais garantem seja possível.” (p.487).

Tendo em vista a previsão da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais também na Constituição brasileira (art.5º, §1º), reputa-se ser possível transportar as mesmas observações para o ordenamento nacional, notadamente em razão do mandado de injunção, bem como de outras técnicas de integração normativa (como a analogia, a interpretação extensiva, os costumes e os princípios gerais de direito) que viabilizariam a fruição dos institutos, eventualmente, até mesmo sem a concretização legislativa.

Com relação ao direito a procedimentos judiciais e administrativos, Alexy entende sempre haver um direito *prima facie* quando existentes outros princípios contrapostos: é que, no seu entendimento, o aspecto procedimental do direito

fundamental deve ser analisado à luz do direito material, já que o procedimento adequado não levaria necessariamente ao resultado correto, devendo, assim, serem considerados os limites materiais a esse processo. Somente quando não houvesse princípio contraposto poder-se-ia falar em um direito subjetivo definitivo. Retomando as considerações logo acima tecidas sobre a teoria estruturante do Direito, a qual se adere neste labor, concebe-se a possibilidade de se verificar no caso concreto o direito subjetivo ao procedimento, o que não pode ser de forma genérica e descontextualizada afirmado ou negado peremptoriamente. Ressalta-se, ainda, que os direitos a procedimentos em sentido estrito servem à proteção em face do Estado e de terceiros e, por essa razão, as observações pertinentes ao direito (ou função) de proteção seriam também aqui pertinentes.

A terceira categoria, dos direitos à organização em sentido estrito, para o constitucionalista germânico, pode ser assegurada não apenas por direitos subjetivos, mas também por deveres e proibições objetivas, justamente em razão da sua importância para o indivíduo, mas também para a coletividade (p.491-492). Tratam-se de exigências jusfundamentais em áreas jurídicas como a do ensino superior, da radiodifusão e da co-gestão, áreas distintas no objeto de trabalho, mas que têm em comum o fato de regularem a ação conjunta de diversas pessoas na persecução de uma finalidade (p. 490). Ora, para o autor, muito embora haja divergências sobre a natureza da proteção nesses casos, é importante considerar que os direitos fundamentais são, em primeira instância, direitos subjetivos, e, sendo assim, sempre que uma liberdade individual for protegida pelo direito fundamental, essa proteção, em princípio, se dará sob a forma de direito subjetivo, como no caso do direito à organização da radiodifusão livre do Estado e pluralista, cuja face subjetiva pode ter no mínimo quatro raízes: “(1) direitos dos indivíduos a exercer a atividade de radiodifusão; (2) direitos dos indivíduos de se informar e formar sua própria opinião; (3) direitos dos que trabalham na radiodifusão; e (4) direitos de grupos sociais de poder se expressar por meio da radiodifusão.” (p.494). Todavia, ressalta-se a importância do caso concreto para a caracterização ou não do direito subjetivo já que a relevância de uma proteção constitucional do indivíduo pode ser tão pequena e os efeitos da organização na esfera individual tão indiretos que o reconhecimento de um direito subjetivo não seja imperativo (p.497).

Por último, o direito à formação na vontade estatal por meio da criação de procedimentos que viabilizem sua participação, por se tratar de um “direito a uma

competência”, segundo Alexy, também deve ser analisado no âmbito dos direitos prestacionais, por se tratar de uma prestação normativa do Estado, enquadrando-se, portanto, na categoria do status positivo de Jellinek e não no status ativo. Entretanto, tendo em vista sua íntima conexão com a própria competência para votar, imprescindível para a efetiva autonomia política do indivíduo, considera-se necessária sua garantia também na forma de direitos subjetivos.

Retomando a classificação de Canotilho (2003), deixou-se por último, justamente por ser a mais polêmica, a função de prestação social. “Os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social).” (p.408). Segundo o autor da classificação, essa função associa-se diretamente a “três núcleos problemáticos” dos direitos sociais, econômicos e culturais, ao que se adicionou por contingências históricas, notadamente o delineamento fático da sociedade do risco, a dimensão ambiental, conforme insistentemente salientado.

O primeiro núcleo refere-se à indagação sobre o surgimento ou não de pretensões para os particulares decorrentes dos “direitos sociais originários” (ou socioambientais originários); o segundo, à questão se, a partir dos “direitos sociais derivados”, é possível exigir uma atuação legislativa concretizadora (sob pena de omissão inconstitucional), bem como a participação igual nas prestações criadas. Por fim, o terceiro núcleo, para Canotilho, associa-se à questão da existência de uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos que obrigue esses, independentemente de direitos subjetivos e pretensões subjetivas, a formular políticas sociais ativas que criem instituições, serviços e forneçam prestações.

Enquanto o primeiro e terceiro núcleos problemáticos se relacionam à questão de se saber se a partir da própria norma constitucional é possível reconhecer direitos subjetivos e deveres objetivos, isto é, direitos e deveres “originários”, o segundo núcleo problemático trata dos denominados direitos “derivados”, qual seja, de posições jurídico-constitucionais prestacionais consolidadas pelo Legislador. Quanto a esse núcleo, muito embora seja tranquila a afirmação de que os direitos derivados geram direito subjetivo nos termos da Lei regulamentadora¹⁰⁰, tormentosa é a questão

¹⁰⁰ “Cuida-se, essencialmente, de assegurar a possibilidade de participação em sistemas prestacionais já existentes (se e na medida em que o Estado os tiver criado), cuja fundamentação reside numa interpretação do princípio da isonomia (direito geral de igualdade) à luz do princípio do Estado Social [...]”, tratando-se, assim, de solução de natureza clássica, isto é, vinculada ao direito fundamental de igualdade, típico direito de defesa (SARLET, 2012, p.301-302).

sobre a (im)possibilidade do legislador ordinário eliminar ou reduzir o grau de proteção ou prestação material de um dado direito constitucional sem política alternativa e sem justificativa de envergadura constitucional que a fundamente. Essa é a questão chave dessa dissertação e será aprofundada no próximo capítulo, tomando por base as premissas lançadas.

No que se refere aos direitos e deveres originários, cumpre, inicialmente, ressaltar que, muito embora alguns considerem que os direitos fundamentais socioambientais gerem direitos subjetivos (ainda que com variações quanto a extensão da proteção), a doutrina e a jurisprudência, majoritariamente, adotam uma posição cada vez mais conservadora, defendendo que a posição jurídico-prestacional assenta-se primariamente em “deveres objetivos” do Estado, *prima facie*, e não em direitos subjetivos prestacionais derivados diretamente da Constituição (CANOTILHO, 2008, p.244).

Para Alexy (2013, p.500-502) o direito social apenas será considerado subjetivo se relacionado ao mínimo existencial e, nesses casos, são obrigatórios, enquanto os demais serão considerados direitos *prima facie* e somente após ponderação poderão ser considerados acobertados ou não pelo ordenamento de forma definitiva. Ainda nos casos em que houver uma obrigação de cunho objetivo para o Estado, por força indireta, tais direitos devem ser considerados exigíveis.

Sarlet (2012) analisa os direitos sociais da CF/88 por grupos e reconhece que em alguns casos seja possível se reconhecer, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos, independentemente ou para além da concretização pelo Legislador, sendo certo, para o jurista, no mesmo sentido do jusfilósofo germânico, “que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do Legislador” (p.355), sobretudo por sua relação com o próprio direito à vida, reconhecendo um direito subjetivo definitivo a prestações. Para além do mínimo, a mesma solução de Alexy é aplicada.

Para José Afonso da Silva (2004), as normas programáticas (dentre as quais estariam incluídas os direitos socioambientais) teriam eficácia jurídica imediata, direta e vinculante apenas (i) para condicionar a interpretação e a integração de normas e a constitucionalidade da legislação, bem como para (ii) condicionar a discricionariedade da atividade administrativa e jurisdicional. Além disso, a eficácia plena se caracterizaria (iii) quando haja o estabelecimento de um dever para o

legislador ordinário. Reconhece, ainda, consoante sobredito, que as normas dessa natureza criam um direito subjetivo negativo, mas não direitos subjetivos positivos.

Ora, ainda que os direitos socioambientais não sejam considerados subjetivos no sentido empregado neste trabalho, inobstante não se encontre óbices *a priori* para o seu reconhecimento como tal, verifica-se que a sua justiciabilidade deve ser garantida em razão da sua fundamentalidade e sua intrínseca relação com a dimensão estruturante do princípio democrático, já que “uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão.” (CANOTILHO, 2008, p.252). E essa justiciabilidade pode ser garantida pelo seu entendimento como direito subjetivo, primordialmente, mas também pela dimensão objetiva de tais direitos e, ainda, pelo recurso à interpretação extensiva do rol de direitos fundamentais em razão da consagração do Estado Social, aos moldes do que ocorre na Alemanha, em função da existência de uma norma de extensão. Ademais, conforme anotado, todos eles geram direitos subjetivos negativos, nos termos desenvolvidos supra.

Entretanto, ainda assim, muitas são as objeções à sua justiciabilidade diretamente a partir da Constituição, algumas delas já referidas neste texto, tais como a sua indeterminabilidade semântica e seu objeto consistente em uma prestação. É o que se passa a analisar com mais acuidade no próximo item.

3.4 Óbices à fundamentalidade e à justiciabilidade

Para o desenvolvimento do presente capítulo, partiu-se do pressuposto da fundamentalidade inerente aos direitos socioambientais. Entretanto, cumpre neste ponto abordar também as objeções à sua nota de fundamentalidade: argumentos que estão intrinsecamente relacionados à determinação do regime jurídico que lhe é aplicável¹⁰¹, vinculando-se, ainda, à questão da sua eficácia e efetividade, que, por sua vez, são temas absolutamente inseridos na temática da justiciabilidade dos direitos socioambientais e, por essa razão, serão tratados de maneira conjunta no presente tópico.

¹⁰¹ De fato, a fundamentalidade do direito está diretamente relacionada ao regime jurídico diferenciado que lhe é atribuída pela Constituição (explícita e implicitamente), bem como por desenvolvimentos empreendidos pela doutrina e jurisprudência. “Nesse sentido, acabou sendo incorporada ao discurso constitucional brasileiro, até mesmo pelo fato de que o direito constitucional positivo assim o exige, a conhecida formulação de Robert Alexy ao enfatizar que os direitos fundamentais são posições jurídicas a tal ponto relevantes que o seu reconhecimento não pode ser pura e simplesmente colocado plenamente à disposição das majorias parlamentares simples.” (SARLET, 2009, p.223-224).

Sabido é que, no plano prático, a fundamentalidade dos direitos e garantias significa a aplicação de um regime de proteção reforçada para os que trazem consigo essa nota distintiva. “Os direitos fundamentais somente podem ser considerados verdadeiramente fundamentais quando e na medida em que lhes é reconhecido (e assegurado) um regime jurídico privilegiado na arquitetura constitucional” (SARLET, 2009, p. 224). Nesse sentido é que se tem difundido e reconhecido a formulação de Robert Alexy (2011, p.468), para quem as posições jurídico-fundamentais possuem uma relevância tal que o seu reconhecimento não pode ficar à mercê de maiorias parlamentares contingenciais, do que se infere, assim, a necessidade da aplicação de um regime jurídico diferenciado, que constitua os direitos fundamentais como limites formais e materiais à atividade dos órgãos públicos, mas não apenas esses, tendo em vista o fenômeno da horizontalização, já mencionado anteriormente.

Também por esta razão, direitos fundamentais – para que tenham assegurada uma posição preferencial e privilegiada – devem estar blindados contra uma supressão ou um esvaziamento arbitrário por parte dos órgãos estatais, em outras palavras, pelos poderes constituídos, além de terem sua normatividade plenamente garantida, o que implica o reconhecimento de uma dupla fundamentalidade formal e material. (SARLET, 2009, p.224)

Seguindo essa tendência do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição Federal de 1988 albergou os direitos fundamentais no rol dos limites materiais ao poder de emenda constitucional insculpido no artigo 60, § 4º, IV do seu texto. Entretanto, encontramos aqui um primeiro óbice ao reconhecimento de um regime jurídico reforçado dos direitos socioambientais, o que, consoante visto, constitui um ataque à própria fundamentalidade de tais direitos. A referida objeção respalda-se numa interpretação estritamente literal do disposto em comento, cuja dicção se perfaz nos seguintes termos: “Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988).

Tendo em vista a literalidade do texto reproduzido, alguns autores defendem a possibilidade de redução ou retirada do texto constitucional dos direitos socioambientais que, haja vista sua natureza eminentemente coletiva¹⁰², possuiria

¹⁰² Muito embora tais direitos tenham natureza coletiva, todos eles são passíveis de individualização, de acordo com o caso concreto, questão que será analisada no presente capítulo.

uma fundamentalidade apenas de “segundo nível”, no sentido de meramente formal-procedimental (SAMPAIO, 2010, p.246), equiparando-se, portanto, às normas constitucionais excluídas do rol das cláusulas pétreas. Entretanto, a hermenêutica literalista, neste caso, não pode prosperar. Caso assim se entenda, não apenas os direitos socioambientais, mas também os direitos de nacionalidade, políticos, os direitos coletivos constantes do artigo 5º e o mandado de segurança coletivo estariam excluídos da proteção garantida pela norma do artigo 60, § 4º, IV, CF (SAMPAIO, 2010, p.247; SARLET, 2009, p.227).

Segundo o constitucionalista, admitir a possibilidade de emenda tendente a abolir os direitos políticos, por exemplo, além de atentar contra a indiscutível cindibilidade entre direitos civis e políticos, constitui, em última análise, numa subversão ao princípio do Estado Democrático de Direito, ao se avançar à dimensão sistemática da exegese. Da mesma forma, despropositado seria a exclusão dos direitos de nacionalidade da proteção em análise, uma vez que a nacionalidade e a cidadania são requisitos para a proteção do indivíduo pelos ordenamentos jurídicos, isto é, consistem em “direitos a ter direitos”. Ademais, parte dos direitos sociais teriam estrutura jurídica e função precípua equiparável aos direitos de defesa. (SAMPAIO, 2010, p.247-248). A tais argumentos o autor acrescenta, por fim, três notas hermenêuticas: (i) a metonímia constitucional, (ii) o princípio da interpretação mais favorável aos direitos e (iii) a preocupação sinepeica do intérprete.

Pela primeira, referimo-nos ao uso da parte pelo todo ou da espécie pelo gênero: o emprego sucinto de direitos e garantias individuais no artigo 60 se fez em lugar da totalidade e do gênero dos direitos e garantias fundamentais. Argumento até certo ponto frágil se não fossem os demais elementos que corroboram sua asserção como estamos a ver. A segunda fala de uma pré-compreensão favorável aos direitos que tem forte tradição no pensamento liberal com a máxima *in dubio pro libertatis* e que ganha corpo no foro regional e internacional dos direitos humanos como pauta de solução de conflitos de normas de direitos, a preferir aquela que confere maior proteção. A interpretação estendida estaria nessa direção, o que só ganha força ao atentarmos para o fato de que a exegese nos abre para a sinepeia de maior integração social motivada pelas consequências de proteção maior da maioria da população brasileira, refém das condições subumanas de existência (SAMPAIO, 2010, p.248-249)

Ressalta-se, por fim, que a Constituição Federal foi redigida por grupos de pessoas distintas de acordo com a parte da qual se tratava. Assim, pode se deduzir que os responsáveis pela redação da parte orgânica não mantiveram coerência com a denominação escolhida por aqueles que se debruçaram sobre a seção dos direitos e

garantias fundamentais. Essa constatação reforça ainda mais o recurso à metonímia. Obviamente, é possível utilizar um contra-argumento: quando o legislador não restringe não cabe ao intérprete fazê-lo. Todavia, a isso se pode contrapor que havendo duas interpretações deve-se utilizar a que dê mais efetividade aos direitos fundamentais, conforme aventado no excerto transcrito (SAMPAIO)¹⁰³.

Novais (2006) elenca três principais objeções dogmáticas ao reconhecimento dos direitos sociais (socioambientais) como direitos fundamentais: (i) a primeira delas refere-se à dependência significativa de uma “reserva do financeiramente possível”; (ii) o segundo fator relaciona-se à tradicional identificação dos direitos de liberdade como direitos negativos e dos direitos sociais (socioambientais) como direitos positivos; e, (iii) finalmente, o autor apresenta uma terceira objeção, consistente na vagueza ou indeterminação do conteúdo de tais direitos diretamente a partir da Constituição, o que, teoricamente, não ocorreria com os ditos direitos de liberdade.

Ora, a segunda objeção apresentada no parágrafo anterior já foi tratada suficientemente em momento anterior, bastando nesta oportunidade enfatizar que a noção de “direito fundamental completo” (Alexy) ou de “direito fundamental como um todo” (Novais) torna débil essa diferenciação entre direitos positivos e negativos, pois, ambas as dimensões encontram-se presentes nos direitos de uma maneira geral, independentemente de sua matriz liberal ou socioambiental, equiparando, assim, a justiciabilidade de tais direitos quando se trata da mesma dimensão analisada. Para o autor, na mesma linha de Sarlet (2012), apenas considerando-se unicamente a dimensão principal de cada direito é que será possível empreender essa distinção. No que tange a essa ressalva, remetemos às considerações tecidas anteriormente sobre a falibilidade do critério da predominância.

Ademais, repita-se, direitos absolutamente delimitados no próprio texto constitucional não são comuns, qualquer que seja a natureza considerada, o que, por si só, já seria capaz de afastar a terceira objeção apresentada pelo constitucionalista lusitano. Carbonell (2005, p.45) defende nesse mesmo sentido, exemplificando através do direito à intimidade e ao planejamento familiar, direitos típicos de liberdade, para os quais não há conteúdo preciso a partir da Constituição, demandando, destarte, para sua concretização, a *interpositio legislatoris*. A

¹⁰³ Aula proferida no curso de pós-graduação stricto sensu da Puc-Minas, Coração Eucarístico, em 5 de abril de 2013.

vinculação da não justiciabilidade dos direitos socioambientais à sua indeterminabilidade semântica soa como um artifício de desobrigação do Estado pelo cumprimento das obrigações decorrentes desses direitos o que corresponde, em certa medida, ao conceito de constitucionalização simbólica desenvolvido por Marcelo Neves ao cuidar da função dilatória desse mecanismo de positivação” (ALVES, 2013).

Como outra face da moeda, Sampaio (2010, p.258) recorda que existem, no bojo da Constituição Federal, direitos sociais originários que prescindem de qualquer reserva, haja vista a sua clara delimitação conceitual. Cita-se, de passagem, o direito à jornada de trabalho e ao pagamento adicional de horas extras, como maneira de ilustrar que a fundamentalidade de uma geração ou dimensão de direitos não deve ser degradada pela carência de organização, afinal, a imprescindibilidade de um quadro de organização institucional (uma ordem jurídica, de juízes, aparato burocrático, estruturas policiais e Ministério Público, leis processuais) e, eventualmente até mesmo materiais (como no caso de alguns típicos direitos de liberdade já citados, quais sejam, o direito à intimidade e ao planejamento familiar) também se impõem às demais categorias de direitos.

Quanto à objeção ora em análise, cumpre também repisar o argumento da teoria estruturante do Direito acima aventado, pois, levando-se em consideração que a normatividade é estruturada por elementos textuais e fáticos, apenas diante à luz do caso concreto poderá se dizer com segurança sobre o conteúdo do direito alegado, sobretudo tendo em vista que, diante dos fatos, é possível verificar a redução da margem de discricionariedade na determinabilidade do conteúdo da prestação, a ponto de, em certos casos, poder se falar em um único modo esperado de ação protetiva ou, ainda, se constatar a violação de um dever de proteção ou de promoção da pretensão deduzida em juízo. Essa redução da discricionariedade em razão do contexto fático é o que Alexy denominou “motivos restritivos adicionais” capazes de interferir na margem de conformação discricionária do direito conferida aos órgãos políticos do Estado.

Obviamente, não se ignora o fato de que existem sim diferenças na justiciabilidade entre a dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais, ainda que ambas estejam estruturadas semanticamente de maneira indeterminada. Reitera-se, neste momento, a observação de Alexy (2011, p.461), segundo o qual, do ponto de vista teórico-estrutural, os direitos de defesa (ou a função de defesa, como se adere

neste labor) constituem para os seus destinatários proibições *a priori* de toda e qualquer ação que destrua ou afete negativamente o bem jurídico tutelado pelo direito, enquanto os direitos a prestações (ou a função de prestação) são, para seus destinatários, obrigações de proteger ou fomentar o bem jurídico, mas a forma pela qual o mandamento deve se concretizar é algo que não se encontra delimitado na norma constitucional, ficando na esfera de discricionariedade do próprio destinatário a escolha do *modus operandi* para seu cumprimento.

Estabelece-se, aqui, o fio de conexão entre a objeção dogmática da indeterminabilidade semântica dos direitos socioambientais e aquela tese que adiante se abordará sob a denominação de objeção democrática a qual, em última instância, se conecta a primeira objeção apontada por Novais, qual seja, a econômica, fundamentada na “reserva do financeiramente possível”, sobre as quais se debruçará com a devida acuidade logo em seguida. Preliminarmente, destaca-se, em linhas gerais, que as referidas objeções, de maneira sucinta, alegam a falta de legitimidade democrática e expertise técnica do Poder Judiciário para o controle na produção de políticas e na alocação orçamentária.

Na esteira de Michelman (2009, p. 272-278), sustenta-se a necessidade pujante do direito constitucional figurar no debate social, sobretudo no que diz respeito à disputa política-democrática no que concerne aos significados e obrigações jurídico-constitucionais. Todavia, a ausência de controle judicial da atividade política abre a perigosa possibilidade de desconsideração dos direitos sociais (socioambientais) pelo Legislativo (a que se acresce o Executivo) na consecução de seu múnus público. Deixar o direito constitucional do indivíduo no que diz respeito à sua cidadania social (socioambiental) absolutamente por ser decidido posteriormente à sua positivação, através de políticas públicas, é um entendimento que negocia com uma visão empobrecida da democracia. Embora o autor não explique as bases para essa alegação, tem-se que, cada vez de forma mais clara e contundente, reconhecido ao Judiciário um importante papel nas democracias: o de proteção contramajoritária e dos direitos e garantias fundamentais, sem as quais não há que se falar em regime democrático. De fato, “*political questions* não são mesmo temas próprios ou prioritários para juízes resolverem. A menos que haja atentado a direitos, já ensinava Rui [...]. Os *direitos sociais* não são uma questão apenas *política*” (SAMPAIO, 2010, p.261, grifos do autor).

Entretanto, retomando-se à distinção aqui estabelecida entre as funções ou dimensões dos direitos fundamentais, observa-se que a indeterminabilidade, reitera-se, trata-se de circunstância atinente a todas as espécies de direitos fundamentais, seja pela razão da dimensão defensiva também se estruturar semanticamente de forma indeterminada, seja em virtude da existência de direitos/deveres prestacionais mesmo em direitos de outras gerações, considerando-se aquilo que se denominou “direito fundamental completo”.

Quando se diz que os direitos fundamentais indistintamente se estruturam de maneira semanticamente indeterminada, tem-se em mente, não apenas aqueles direitos que pelo senso comum constituiriam “conceitos indeterminados”. Com essa afirmação, parte-se do novo paradigma inaugurado pela filosofia da linguagem, segundo o qual, toda interpretação consiste, em algum grau, numa atividade de criação. Isso, notadamente, em razão da dimensão performativa da linguagem concebida por Austin, que traz à tona a questão da importância da dimensão pragmática para a compreensão do conteúdo das expressões linguísticas, cujo sentido é formatado no contexto em que é manejada, tendo em vista hábitos intersubjetivamente válidos (jogos de linguagem), que constituiriam determinados significados para tais expressões (CRUZ, 2007).

Feita essa breve digressão, retoma-se a dissertação no ponto imediatamente anterior em que se afirmou, novamente, a multidimensionalidade ou funcionalidade dos direitos fundamentais. Virgílio Afonso da Silva (2011) é um dos expoentes da tese ora aderida. Para o autor (p.231-240), todos os direitos fundamentais demandam ação estatal para produzir efeitos, mesmo aqueles clássicos direitos de liberdade, que devem ter seu significado atualizado, não mais se destinando meramente à uma abstenção estatal, mas também à uma abstenção pelos particulares, gerando, ademais, para o titular, novas pretensões, consubstanciadas em “direitos de proteção” e “direitos à organização e ao procedimento”, sobre os quais se debruçou em tópico anterior.

Segundo o constitucionalista (p.233;241), a diferença entre as diversas classes de direitos não poderia ser extraída, dessa feita, no plano jurídico-analítico, mas no plano jurídico-empírico, repita-se, já que as condições fáticas, sociais e institucionais também fazem parte do fenômeno jurídico, influenciando, sobretudo aquilo que se costuma chamar de efetividade das normas constitucionais, conceito que para o autor deve se aproximar ao de eficácia, a fim de se estancar os problemas relativos à ideia

de eficácia plena, contida e limitada (p.239), haja vista sua defesa da eficácia contida de todas os direitos fundamentais. Em que pesem as necessárias críticas ao conceito de eficácia elaborado pelo autor, parte-se neste trabalho do mesmo pressuposto da teoria de Silva: o contexto do “mundo da vida” subjacente à norma irá necessariamente determinar sua normatividade integrando sua própria estrutura interna e não o será como elemento externo condicionante.

Dessa forma, enquanto as condições fáticas, institucionais e legais para produção plena (ou quase plena) de efeitos das liberdades públicas já foram estabelecidas e funcionam regularmente, as condições para a fruição dos direitos sociais (socioambientais) estão pendentes de viabilização, somando-se a isso o fato de que as condições de exercício de tais direitos são de maior monta, tanto para criação, como para continuidade na prestação do mesmo (p. 241). A dependência da “reserva do financeiramente possível” é a primeira objeção apontada por Novais e que se reservou para este momento sua análise, não por ser menos relevante, ao contrário, mas por ser, talvez, o pano de fundo e/ou por tangenciar toda a discussão sobre a justiciabilidade dos direitos socioambientais, consubstanciando, ainda, uma espécie de trunfo do poder público para afastar sua responsabilização por violações a direitos prestacionais.

A construção da teoria da reserva do possível tem ensejo com a conformação do constitucionalismo social ou liberal-social da segunda metade do século XX (LOPES, 2010, p.155), notadamente com a universalização do acesso à prestação e fornecimento de serviços considerados essenciais, como a saúde ou educação, tendo em vista a integração social das classes menos favorecidas (p.156). E é precisamente o fato de tais direitos estarem precipuamente relacionados à destinação, distribuição (ou redistribuição) e à criação de bens materiais é que se aponta para sua dimensão economicamente relevante, embora já se tenha anotado que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, dessa feita, expressa alguma relevância econômica (SARLET, 2012, p.285; SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 27).

A transformação das prestações sociais em direitos universais, viabilizou a judicialização, embora polêmica até hoje, de tais pretensões, encontrando-se de forma pioneira o delineamento da tese da reserva no possível no paradigmático caso *numerus clausus* da Corte Constitucional Alemã, que, ao apreciar demanda sobre direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a

prestação reclamada deveria ser razoável com aquilo que se pode exigir da sociedade (SARLET, 2012, p.287; SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p.29). Assim, os direitos sociais estariam subordinados à disponibilidade financeira do Estado, mas não apenas: “mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável” (SARLET, 2012, p.287; SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p.29). O que corresponderia a razoável, segundo a decisão em comento e boa parte da doutrina alemã, estaria sob a reserva legal, por conseguinte, sob competência do Legislativo.

Segundo Sustain e Holmes (1999, p.44), expoentes norte-americanos da análise econômica do direito, todos os direitos implicam custos, independentemente de consubstanciarem uma obrigação negativa ou positiva, e, por isso, os direitos somente serão levados a sério considerando-se a escassez como variável de expressiva relevância. No Brasil, Flávio Galdino (2007) também propõe a análise da questão econômico-financeira na implementação dos direitos fundamentais, advertindo, de forma caricatural, que “direitos não nascem em árvores” (p.270) e que todos os direitos públicos subjetivos são positivos, demandando ação positiva do Estado para sua efetivação (p.271).

Sarlet (2009, p. 241) nos atenta ao fato de que a reserva do possível não deve ser entendida simplesmente como um limite fático e jurídico à efetivação judicial, mas como um mandamento de otimização financeira aos agentes políticos, que são impelidos a manter a eficiência na prestação dos serviços e fornecimento de bens públicos, maximizando os recursos e minimizando os impactos da reserva do possível. Para o autor, a reserva do possível deve ser encarada com reservas, mas não deve ser afastada, haja vista a seriedade do problema da escassez na implementação dos direitos, conforme Sunstein e Holmes (1999, p.44). Dessa forma, o que deve ser rechaçado é a forma pela qual o argumento vem sendo utilizado, como uma espécie de cheque em branco para escusa da omissão estatal na efetivação dos direitos e recusa genérica da intervenção judicial. Assim, e em face do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, “cabe ao Poder Público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos” (p.241)^{104 105}.

¹⁰⁴ Para Sarlet (2010, p.242; 2013, p. 353), na esteira de Alexy (2011), em se tratando de direitos referentes ao mínimo existencial haveria, na maior parte das vezes, um direito definitivo à pretensão. Muito embora tais direitos possuam inequívoca relevância financeira, o princípio da competência

Com a assertiva acima, segundo a qual mesmo diante da disponibilidade financeira não há que se exigir do Estado além do que seria razoável, deixa-se subentendido que a reserva do possível não consiste unicamente na disponibilidade efetiva de recursos (possibilidade fática ou econômica), consubstanciada na existência material de recursos, verbas e numerário para atendimento da demanda, mas inclui também, para a sua análise integral, a verificação de sua viabilidade jurídica (possibilidade jurídica), consistente na análise das competências constitucionais para criar e financiar custos de bens públicos (LOPES, 2010, p. 160-161). Nesse passo, é preciso diferenciar a existência de recursos em geral da existência concreta de recursos: “recursos em geral podem existir, quando se compara uma determinada necessidade de alguém ou de algum grupo em particular com o total de receitas do Estado” (p.161). A existência geral de recursos não basta, afinal, esses estão alocados pelo órgão que possui competência para tanto.

Como normalmente se chama a juízo o Poder Executivo, havendo orçamento aprovado, é impossível que ele o mude por ordem judicial, por falta de competência sua e de competência judiciária. A não ser, claro está, que se prove que há espaço para remanejamento e para contingenciamento (previstos na lei orçamentária). Essa é a impossibilidade jurídica, pois a mudança nas regras que determinam a competência para criar e financiar custos de bens públicos são regras constitucionalmente definidas. (LOPES, 2010, p.160)

A impossibilidade fática ou econômica, por sua vez, se relaciona à escassez de recursos, o que significa que nem todos poderão usufruir de determinado bem dependente de recurso escasso, requerendo, assim, que a sua distribuição seja feita segundo regras que pressupõem o direito igual ao bem e, ao mesmo tempo, a impossibilidade do uso igual e simultâneo. “Há impossibilidade econômica quando, a despeito de existirem condições de outra ordem para a criação do bem, por motivos variados, a provisão do bem não se pode fazer sem o sacrifício de outros bens” (p.162), importando, assim, aquilo que vem sendo reconhecido por “escolhas trágicas”.

orçamentária do Legislativo não possui feições absolutas, sendo certo que, sobretudo em períodos de crise, uma proteção mínima na esfera de direitos fundamentais revela-se indispensável.

¹⁰⁵ A inversão do ônus da prova nesses casos pode ser plenamente justificada diante da hipossuficiência técnica do cidadão comum, e dos operadores do direito em geral, na manipulação de dados estatísticos e orçamentários.

De fato, muito embora se saiba que todos direitos implicam custos, é preciso neste ponto ressaltar que esse argumento não tem força suficiente para afastar a objeção da reserva do financeiramente possível. É que se, por um lado, todos direitos implicam em custos, de outra parte, assinala-se, uma diferença básica que pode ser anotada desde já entre os direitos sociais (socioambientais) – quando se trata da sua prestação principal- e outros direitos a bens coletivos (sobretudo aqueles que compõem também a estrutura dos direitos ditos de primeira dimensão, tais como segurança e justiça): enquanto os direitos sociais são feitos para atender a cada um em particular (prestação *ut singuli*), os direitos de proteção e à organização e ao procedimento são prestadas *ut universi*. Assim, em regra, as decisões relativas à dimensão prestacional dos direitos de primeira geração não representam decisões sobre oportunidade e conveniência de políticas públicas ou de alocação orçamentária, ao contrário do que se passa com a prestação material dos direitos socioambientais.

Aqui se tem um ponto de conexão com o último argumento que será trazido à baila em seguida: a objeção democrática. Se os recursos são escassos, importando para o Estado a necessidade de definição de prioridades, indaga-se neste ponto se ao Judiciário compete avaliar as escolhas políticas feitas pelos órgãos legitimados constitucionalmente. Para uma linha a qual se denominará “liberal”, as questões de natureza política, ou que sejam submetidas pela Constituição ao Executivo e ao Legislativo não podem ser levantadas no Judiciário, pois aos tribunais caberia, exclusivamente, decidir sobre os direitos dos indivíduos. Esse entendimento foi esposado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no emblemático caso *Marbury v. Madison*¹⁰⁶ e ficou conhecido por “doutrina da questão política”. Essa doutrina, com o passar dos anos, passou por temperamentos na própria Suprema Corte, mais especificamente no caso *Baker v. Carr*, oportunidade em que o juiz Brennan reafirmou a não adjudicabilidade de questões políticas em virtude da separação dos poderes, verificada caso a caso, já que a decisão sobre a competência em alguma matéria, bem como sobre o exercício adequado da mesma, trata-se de um exercício delicado de interpretação constitucional e, sendo a Corte a intérprete última da Constituição, seria também de sua responsabilidade essa análise (LOPES, 2010, p.164).

¹⁰⁶ Nesse caso emblemático, fora lançado o fundamento daquilo que posteriormente viria a ser reconhecido por *judicial review*, ao ser anulada uma decisão do Poder Executivo por considerá-la contrária à Constituição. Tal julgamento, portanto, constitui marco histórico do famigerado processo conhecido por judicialização da política (AVRITZER, 2013, p.215).

Aqui caberia as ressalvas apostas quando do exame da objeção acima denominada indeterminabilidade semântica: o direito constitucional, notadamente os direitos fundamentais, devem servir de ponto de partida e chegada para o delineamento das políticas públicas, sobretudo na arena da disputa político-democrática, pois, questões políticas não devem ser temas prioritários dos juízes, a menos que haja atentado a direitos.

Entretanto, “os *direitos sociais não são* uma questão apenas *política.*” (SAMPAIO, 2010, p.261, grifos do autor). Não há como, diante da normatividade inerente a todos os direitos fundamentais, relegar-se para um segundo momento - quando da sua especificação por meio da estruturação de determinada política pública - sua capacidade de vinculação dos destinatários, pois, na esteira de Habermas (2003b), reputa-se serem os direitos fundamentais e a democracia fenômenos co-originais. Cabe ainda lembrar, que ao Judiciário cumpre um importante papel nas democracias contemporâneas, qual seja, de proteção das minorias e dos direitos e garantias fundamentais.

Ademais, se a Constituição é um instrumento do grande acordo político que rege uma sociedade, pode-se dizer que as escolhas e prioridades a serem perseguidas pelo Estado estão, ao menos parcialmente, estabelecidas previamente neste contrato social, mas, mesmo as que estão dependentes de um conjunto de regras para sua efetivação, sujeitam-se a uma apuração judicial de responsabilidades pelo descumprimento dos seus destinatários, viabilizada pela existência de diversos mecanismos disponíveis para tanto, no ordenamento jurídico brasileiro: declaração de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção, ações civis públicas e ações de improbidade constituem exemplos desses instrumentos (LOPES, 2010, p.168). Assim, os juízes não devem se converter em julgadores de conveniências, devendo manter a sua função de aplicadores de critérios normativos incólume.

Para Lopes, em favor da justiciabilidade dos direitos às prestações positivas ainda advoga um último argumento: o da analogia com a cláusula potestativa. O artigo 122, do Código Civil, reconhece que um negócio jurídico não pode ter sua execução e consequências totalmente dependentes de uma das partes apenas, reforçando, assim, a tese de que a judicialização de tais questões não deve ser descartada, sobretudo em razão de ser uma oportunidade para o Estado esclarecer detalhadamente suas escolhas e prioridades (p.167-168).

Em última análise, a objeção da questão política repropõe o tema da impossibilidade jurídica. E o repropõe de duas possíveis maneiras. Primeiro, ao alegar que não existe para o cidadão ou grupo de cidadãos em particular um direito no sentido próprio do termo, ou seja, um direito adjudicável que permita aos tribunais mandar entregá-lo ao requerente (autor). Em segundo lugar, ao reconhecer que há um impedimento de caráter normativo constitucional, ou seja, jurídico propriamente, que barra a certos funcionários ou órgãos do Estado (juízes e tribunais) de praticarem certos atos que estão na esfera de outros órgãos (Executivo, Legislativo). (LOPES, 2010, p.165).

Se, de uma parte, a análise da possibilidade do direito social (socioambiental) apresentar-se sob a forma de direito subjetivo já foi suficientemente desenvolvida para os escopos do presente trabalho, de outra parte, resta ainda analisar aquela que se denominou acima “objeção democrática”, fundamentada na separação dos poderes como óbice à justiciabilidade dos direitos socioambientais, pois, conforme sobredito, as escolhas políticas seriam matérias reservadas exclusivamente aos órgãos democráticos, quais sejam, ao Legislativo e ao Executivo, nos limites das suas competências constitucionais. Percebe-se, assim, que o argumento já foi parcialmente derrubado quando da análise da objeção da reserva do financeiramente possível, já que tais escolhas políticas, repita-se, envolve tanto a estruturação de tais políticas quanto a dotação orçamentária para sua execução.

A noção de separação de poderes remonta a um passado longínquo, encontrando-se suas primeiras manifestações nas obras de Platão e Aristóteles. Porém, apenas no processo de construção e afirmação do constitucionalismo liberal é que surge a ideia de divisão de poderes como especialização jurídico-funcional legitimada em função de promover a garantia liberdade individual. Montesquieu, erroneamente concebido como o pai da teoria da divisão dos poderes, ponderou em sua clássica obra *Do Espírito das Leis*, que, diante da inevitável tendência do titular do poder dele abusar, a proteção da liberdade individual apenas seria possível caso o poder não se concentrasse. Propôs, assim, a distribuição das funções do Estado entre os diversos titulares, mas nos termos de cooperação (e não de uma separação estanque), consubstanciada nas *faculté de statuer* e *faculté d'empêcher*¹⁰⁷, sobretudo entre o Legislativo e Executivo, já que o poder judicial era um poder nulo em rigor, pois os juízes eram simplesmente reputados “a boca da lei” (NOVAIS, 2006, p.86-87).

¹⁰⁷ “Chamo *faculté de statuer* o direito de ordenar por si mesmo ou de corrigir aquilo que foi ordenado por outro. Chamo *faculté d'empêcher* o direito de tornar nula uma resolução tomada por qualquer outro” (MONTESQUIEU *apud* NOVAIS, 2006, p.87).

Deveras, no Estado Constitucional de Direito, a noção de Estado Soberano, isto é, de Estado com monopólio de poder, apenas faz sentido através da divisão dos poderes tal como disposto na parte organizatória da Constituição, pois essa organização político-estatal com divisão de poderes cria pressupostos para que o poder do Estado possa ter “obrigações jurídicas junto aos cidadãos”, o que proporciona a existência de liberdade e igualdade, que, por sua vez, atuam como limitadores desse poder estatal e como condicionantes da própria democracia (KRIELE, 2009, p.300). Segundo Novais (2006, p.86-88), na esteira de Heller, constituiria uma “radical incompreensão do Estado de Direito constitucional” não se considerar a divisão de poderes como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, incompreensão essa que se generalizou à medida que a teoria foi sendo abordada de forma a conceber uma rigorosa separação de poderes.

Registra-se desde já que, consoante entendimento esposado pelo professor José Adércio Leite Sampaio, em palestra proferida no IV Congresso de Direito Constitucional, realizado no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em Belo Horizonte, o princípio da separação dos poderes apresenta vícios desde a sua concepção, notadamente por pressupor uma divisão estanque e estática de funções bem como a equivalência ou a igualdade das funções. Entretanto, a primazia da lei como seu corolário clássico evidencia uma hierarquia do Poder Legislativo sobre os demais poderes: orgânico- funcional (relativa ao Executivo) e jurídico-funcional (Judiciário ou magistrado como ‘a boca da lei’). A introdução de elementos democráticos nessa estrutura quebrou tal hierarquia, o que desdobrou no que o constitucionalista denominou “custo do pluralismo”, trazendo à baila a questão da proteção dos direitos fundamentais das minorias, bem como a afirmação da cidadania dos menos favorecidos, o que requereu a valorização dos poderes de hierarquia inferior, notadamente do Judiciário, sem isso significar, necessariamente, uma inversão hierárquica.

Dessa feita, atualizando a linguagem empregada, a doutrina e jurisprudência propõem, assim, que não se fale em poderes, mas sim em funções ou competências formal e materialmente delimitadas na Constituição. “A fragmentação da soberania por cada um dos poderes perfaz-se a partir de distribuição de funções especializadas, segundo regras de competência que incidam para juridicizar as relações jurídicas decorrentes” (TORRES, 2011, p.342), afinal, “no constitucionalismo democrático a expressão da vontade resultante do princípio majoritário não pode se sobrepor à

vontade geral que estaria manifesta nos princípios e valores constitucionalmente assegurados.” (VIANNA, 2013, p.207).

Levando-se em consideração a supremacia da Constituição e a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, de um lado, e a atribuição ao Judiciário, notadamente do Tribunal Constitucional, da função de guardião da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais, associando-se a isso a regra da inafastabilidade da jurisdição, tem-se como inexorável a hipertrofia da função jurisdicional, sobretudo considerando-se a dificuldade do cidadão no acesso e influência nos demais poderes, bem como a crise de legitimidade dos órgãos eminentemente democráticos. Avritzer (2013, p. 216) ensina que o processo de judicialização das políticas veio a ser viabilizado pela ocorrência histórica de dois elementos: o primeiro, de cunho político, delineado na Modernidade, na obra de Montesquieu, refere-se ao estabelecimento de um governo misto e equilibrado, no qual um poder pode ser limitado pelo outro; o segundo, de cunho jurídico e de delineamento mais recente em termos históricos, é a configuração de um sistema de revisão constitucional.

Ademais, tais conceitos (direitos fundamentais e democracia) estiveram sempre co-implicados em termos históricos, conforme aventado introdutoriamente. Na Era Moderna, quando o liberalismo consistia na ideologia dominante – que, segundo Sartori, era a “teoria e prática da defesa jurídica, através do Estado Constitucional, da liberdade política individual e da liberdade individual” (1994, p. 70)-, a democratização do poder e o constitucionalismo foram sendo construídos, concomitantemente, como soluções aos problemas de limitação, controle e legitimação do poder político, bem como ao de afirmação das liberdades individuais.

Todavia, compreendida como governo da soberania popular e do pluralismo, à maneira típica do Liberalismo Moderno, a democracia se afigura antagônica à constitucionalização e aos limites e balizas jusfundamentais, sobretudo em sua feição axiologicizante, afinal, o poder soberano limitado constitui um paradoxo, para não dizer uma antítese. No que toca especificamente à noção comunitarista do Direito, por se basear na existência de núcleo ético jurídico compartilhado intersubjetivamente apto a fornecer os valores dominantes para fins de aplicação do Direito, a contradição se agudiza ainda mais, pois, “[...] em sociedades profanizadas como as atuais, fica difícil estabelecer de modo *a priori* qual o conteúdo desse ethos,

eis que os projetos pessoais e as concepções do que seja vida boa são as mais distintas.” (CRUZ, 2007, p. 213).

Destarte, a aplicação do conceito de soberania popular, constata Maluschke (2007), traz em seu bojo um problema lógico: o da compreensão do poder supremo do povo submetido aos limites constitucionais. E prossegue, citando Martin Kriele, para quem a soberania estaria circunscrita ao momento que se manifesta o poder constituinte originário, ressaltando em seguida que, todavia, nesse caso, surgem outros problemas, quais sejam, o da validade da constituição para as gerações futuras e a necessidade de se desenvolver uma nova teoria da constituição, cuja pertinência demanda a construção de uma teoria da democracia direta, que coloca a constituição à disposição do povo.

Justamente por essa razão, estudos acadêmicos mais recentes defendem que uma teoria constitucional adequada deve sustentar um modelo de constituição onde não haja um núcleo de valores definidos previamente, mas que se esteie na legitimação pelo procedimento ou numa ética discursiva, como desenvolvido por Klaus Günther e Jürgen Habermas, em contraposição à teoria da constituição como sistema material de valores, cujo núcleo seria os direitos fundamentais, consagradores dos valores e objetivos fundantes da sociedade, como o faz Karl Larenz. Assim, a constituição legitimada pelo procedimento, também entendida como norma aberta, deve assegurar meramente aquelas condições indispensáveis ao procedimento democrático de tomada de decisão, no qual os valores serão eleitos a partir da argumentação, do discurso atualizado e da participação de todos no processo decisório.

Ocorre que ambas as concepções consideradas de forma estanque se revelam insuficientes e, em certa medida, contraditórias em sua própria formulação teórica. É que, se de uma parte, a constituição como sistema material de valores ou pré-ordenante ignora o pluralismo e impossibilita a autodeterminação das gerações, engessando o processo de mutação constitucional e a própria democracia, de outra parte, a constituição como norma aberta ou pós-ordenante no seu sentido puro, viabilizaria a negação da própria democracia como procedimento legítimo de tomada de decisão (o que não é impossível acontecer considerando-se a experiência recente, em termos históricos, da Alemanha nazista) e o vencimento do pior argumento. Além disso, as concepções procedimentalistas são construídas sobre bases materiais; exemplo disso são seus pressupostos de igualdade e liberdade na participação, de

racionalidade humana e do procedimento. Tudo isso indica a necessidade da aproximação desses conceitos a fim de que se forme uma compreensão da constituição que permita a renovação da sociedade e a proteja do retrocesso (PEREIRA, 2008).

O italiano Michelangelo Bovero (2002), em sua obra “*Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*”, ainda que não aborde a questão da tensão entre democracia e constitucionalismo de forma direta, traz elementos importantes que corroboram a tese aqui desenvolvida. Descrevendo o fenômeno democrático, concluiu o autor ser o mesmo essencialmente formal ou laico (no sentido de antidogmático). Em outras palavras, a democracia é a única forma de governo que não suporta ser enrijecida por conteúdo determinado, verdade oficial ou dogma. Contudo, logo em seguida, reconhece que à democracia é intrínseco um núcleo de valores, pois se funda em determinados axiomas, além de afirmar outros.

A indispensável reconciliação entre democracia e constituição em sentido material, portanto, deve ser implementada pela introdução de um elemento amplamente reconhecido politicamente, mas apenas recentemente delineado juridicamente: a noção de legitimidade do Direito, que se agrega à noção de validade Kelseniana, sendo ambos elementos constitutivos do próprio conceito de Constituição - não meramente princípios políticos, mas também normas jurídicas. A viabilização do exercício democrático do poder pelos destinatários das decisões políticas amplia sobremaneira a fiscalização da correição e o controle da adequação das instituições e agentes públicos ante os paradigmas constitucionais fundamentais, tornando-se efetiva a sua normatividade e palpável o poder soberano do povo. Não basta o Estado ser democrático, o direito também deve ser democrático.

Com base nessas assertivas é que Habermas (2003b) sustenta a tese da cooriginariedade entre a autonomia pública e privada: para que o direito seja legítimo são necessários direitos que garantam a autonomia privada dos cidadãos e lhes permitam a assunção da posição de destinatários das normas, isto é, direitos que criem o *status* de sujeitos de direito, quais sejam: (1) direitos que assegurem o maior grau de liberdade subjetiva de ação possível; (2) direitos de nacionalidade; (3) direitos de ação jurídica; (4) direitos que garantam a autonomia pública dos cidadãos e a produção, por eles, do direito legítimo; e, ainda, o que interessa mais de perto à tese aqui desenvolvida, (5) direitos que garantam condições de vida, que

proporcionem o usufruto, por igual dos direitos anteriormente mencionados (HABERMAS, 2003b, p.159-160).

Ademais, conforme os ensinamentos de Beck (2010), as decisões políticas estão migrando para uma arena que ele denomina de “subpolítica”, formada por grupos de influência e de poder corporativamente analisados que recorrem à utilização tendenciosa de dados científicos para levarem a cabo seus interesses econômicos, gerando, assim, um enorme déficit democrático e enfraquecendo a capacidade do Estado de regular a ação antrópica sobre o meio ambiente. Para ilustrar, Beck recorre ao exemplo das decisões sobre a utilização de tecnologias. Tais decisões, baseadas na autonomia de decisão do investimento e no monopólio do emprego da tecnologia, são tomadas pela própria indústria para, em seguida, serem referendadas pelo Estado. A esfera da subpolítica, para Beck, seria um “modelo de mandato ilimitado, que ainda não conhece a divisão de poderes e junto ao qual as metas sociais só precisam ser reveladas aos afetados depois de cumpridas, retrospectivamente, como efeitos colaterais.” (p.308).

Dessa feita, tem-se que a concepção de uma separação de poderes estanque deve ser relativizada, a fim que se logre cumprir seu objetivo de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais contra o arbítrio de um poder ilimitado, cumprindo ao Poder Judiciário importante papel nessa arquitetura institucional como guardião desses direitos. Obviamente, sempre existirá o perigo de abuso no exercício dessa função com o extrapolamento da consideração normativo-constitucional, demandando, assim, que a atuação judicial seja responsável e cautelosa quando se encontre diante do risco de violar o princípio democrático e da separação dos poderes, devendo a decisão basear-se em critérios normativos objetivos, respeitando a atividade dos demais Poderes e a discursividade apropriada à atividade judiciária (AVRITZER, 2013; SARLET, 2012; ARANGO, 2005).

3.5 A caracterização dos direitos socioambientais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro: a fundamentalidade formal, a material e a cláusula de abertura material do artigo 5º, §2º da CF

Por tudo até o momento exposto, considera-se suficientemente demonstrado a natureza fundamental dos direitos socioambientais expressa ou implicitamente decorrentes da Constituição Federal de 1988. Conforme anteriormente aventado,

numa dimensão prática, a nota da fundamentalidade implica o reconhecimento da especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e material: a fundamentalidade formal resulta do fato de os direitos fundamentais, como parte integrante da Constituição escrita, encontrarem-se no ápice do ordenamento, constituindo (i) direitos de natureza supralegal, (ii) diretamente aplicáveis e (iii) submetidos a limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional; já a fundamentalidade material decorre do fato de os direitos fundamentais constituírem elementos essenciais da Constituição material, ou seja, daquela que se refere a decisões primordiais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade (SARLET, 2012, p.74-75).

É justamente a noção de fundamentalidade material que permite a abertura da Constituição Federal a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, bem como a outros integrantes da Constituição formal, mas fora do catálogo. Segundo o artigo 5º, §2º da CF, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Portanto, afastadas as objeções à nota de fundamentalidade dos direitos socioambientais, e, tendo em vista a conformação do Estado Socioambiental Democrático de Direito, consoante demonstrado no capítulo antecedente, bem como a participação do Estado brasileiro nos mais diversos tratados internacionais sobre os direitos humanos (como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Políticos de 1966 e os diversos pactos relativos à proteção e promoção do meio ambiente), mister se faz o reconhecimento da nota de fundamentalidade dos direitos socioambientais no ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, tais direitos, de uma maneira geral, podem ser considerados como direitos a prestações em sentido amplo, apontando para a direção das prestações fáticas específicas de cada direito, mas também para a direção das prestações normativas, encontrando-se neles um feixe de posições jurídicas: (i) um direito a que o Estado se abstenha de intervir no bem protegido, configurando um direito de defesa; (ii) um direito a que o Estado proteja o titular contra intervenções de terceiros, configurando um direito à proteção; (iii) um direito a que o Estado permita ao titular do direito a participação em procedimentos relevantes para o bem

protegido, configurando um direito ao procedimento; (iv) um direito a que o Estado realize medidas de proteção, promoção e fornecimento do bem tutelado pelo direito (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 143).

Estabelecida a premissa da fundamentalidade dos direitos socioambientais, passa-se, assim, à análise de alguns dos seus elementos estruturantes, quais sejam, titularidade e destinatários, esclarecendo, desde já, que ao se referir à titularidade, sobretudo quando se trata da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, reporta-se àquele que figura no polo ativo da relação, ao passo que o destinatário é aquele de quem se exige o respeito, a proteção ou promoção do direito (SARLET, 2012, p.209).

3.5.1 Titularidade

O fato de no Brasil, diversamente de Portugal e Espanha, por exemplo, não existir previsão na Constituição de um regime dual dos direitos fundamentais dependente de sua matriz liberal ou social, poderia por si só rechaçar a tese daqueles que defendem a titularidade coletiva dos direitos socioambientais, negando-lhes, de forma correlata, a natureza individual da pretensão decorrente dos mesmos. Entretanto, buscando reforçar o argumento, assinala-se que a Constituição Federal de 1988, expressa ou implicitamente, atribuiu, em diversos momentos, “a titularidade dos direitos sociais a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade ou de seu vínculo de maior ou menor permanência no Brasil, como ocorre, por exemplo, no caso do direito à saúde e da tutela do meio ambiente” (SARLET, 2012, p.215).

Conforme anteriormente anotado, Canotilho (2003, p.1257) assevera serem os direitos fundamentais, em primeira linha, direitos individuais, e, por conseguinte, direitos protegidos, também em primeira linha, na forma de direitos subjetivos. Por tal assertiva seria possível concluir, assim, que mesmo os direitos coletivos, podem manifestar, diante do caso concreto, uma faceta individual, que não deverá deixar de ser apreciada pelo Judiciário tendo em vista a inafastabilidade da jurisdição. No mesmo sentido, Ledur (2009, p.85-86) leciona que a dimensão individual e coletiva (e difusa) coexistem, ou seja, a titularidade individual não resta afastada pelo fato do direito possuir ainda uma dimensão coletiva

Feitas essas observações, pode-se afirmar que nos direitos individuais o conceito de pessoa subsiste em si, como interioridade absoluta, lugar da consciência ontológica e disposição de si, fonte dos direitos de propriedade e de liberdade. Nos direitos sociais (socioambientais), a atenção *continua a mover-se no plano pessoal*, o sujeito de direito continua a pessoa, mas em situação de *relação*, de membro da comunidade, que não pode deixar de levar em conta elementos externos, “objetivos” (LEDUR, 2009, p.87)

Assim, na esteira dos autores mencionados, considera-se que os direitos socioambientais, não obstante serem direitos da pessoa humana considerada no seu entorno coletivo, podem ser exercidos tanto de forma coletiva, quanto individualmente, afinal, possuem, ademais, um forte vínculo com a dignidade da pessoa humana e com o direito correlato a um mínimo existencial, sendo certo que a distinção entre direitos individuais (civis e políticos) e sociais, econômicos, culturais e ambientais, não encontra razão de ser na titularidade dos direitos, mas na natureza e objeto do direito, em cada caso (SARLET, 2012, p.215).

Estabelecida a titularidade individual e/ou coletiva dos direitos socioambientais, cumpre ainda responder a uma última pergunta: tendo em vista o avanço das discussões sobre a tutela constitucional do meio ambiente, com a superação de uma perspectiva antropocentrismo e a conformação de uma compreensão holística-ecocentrismo, a titularidade dos direitos fundamentais estaria alargada para abranger também outros seres vivos que não os seres humanos? Embora haja quem sustente esse alargamento da titularidade dos direitos fundamentais, tem-se que, partindo da análise do direito positivo, a Constituição Federal, no artigo 5º, *caput*, adotou uma postura antropocêntrica no que tange a titularidade, muito embora a compreensão sobre o objeto e o alcance da proteção e promoção devam se dar à luz de uma leitura ecocentrismo, considerando o homem integrado e dependente do meio que o circunda, conferindo dignidade inerente aos demais seres vivos, independentemente de sua utilidade para a espécie humana.

3.5.2 Destinatários

Ao se indagar sobre quais seriam os destinatários dos direitos socioambientais, questiona-se, de fato, quem está vinculado às posições jurídico-fundamentais decorrentes desses.

De uma forma geral, e tendo em vista a aplicabilidade imediata e o fenômeno que se denominou horizontalização dos direitos fundamentais, tem-se que todos eles, ao menos no que tange à sua dimensão negativa, vinculam a todos os poderes públicos, de todos os entes federados, e particulares. Com relação à sua dimensão prestacional, há que se atentar para o bem a ser prestado. Uma vez delimitado o bem tutelado, mister se faz encontrar, na própria Constituição, a quem o poder constituinte vinculou a sua prestação. Em se tratando de competência concorrente, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, com relação ao direito à saúde¹⁰⁸, que todos os entes são solidariamente responsáveis judicialmente pela prestação do direito.

¹⁰⁸ Conforme informativo STF nº202 e 210 (ALVES, 2013).

4 A CLÁUSULA DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL

4.1 Considerações preliminares - a “força normativa da Constituição” e a questão democrática

Nos capítulos anteriores, buscou-se demonstrar a contingente formação histórica do Estado Socioambiental Democrático de Direito, bem como a correlata juridicização e justiciabilidade desses “novos” direitos que, para sua concretização, demandam atuação do Estado na conformação de seu conteúdo. Enfatizou-se, ainda, que a tessitura semântica mais aberta desses direitos e as inúmeras possibilidades de efetivação do seu comando, diante da necessidade de adaptação e atualização constante dos comandos constitucionais em uma sociedade complexa e mutável, bem como dos inúmeros interesses e preferências, muitas vezes conflitantes, típicos de uma sociedade plural, exigem a efetivação desses direitos, prioritariamente, pelos órgãos cuja função seja tipicamente política, em respeito ao regime democrático e à garantia institucional da divisão de competências ou separação de poderes, como tradicionalmente denominado.

Observou-se, nesse diapasão, que a própria democracia, bem como o princípio da divisão dos poderes vem ao longo da sua história, sobretudo nos regimes constitucionais ocidentais, de uma maneira geral, passando por temperamentos, aprimoramentos e flexibilizações, de tal forma que, atualmente, a autonomia pública associa-se umbilicalmente à autonomia privada, que, por sua vez, e a depender sobremaneira da realidade subjacente à ordem normativa, encontram-se intrinsecamente relacionadas à efetivação dos direitos fundamentais como um todo indissociável, manifestações materiais específicas da compreensão da dignidade humana delineadas, paulatinamente, como respostas às demandas surgidas no seu processo histórico de formação, afirmação e expansão.

Nesse cenário, os tradicionais poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como os particulares, estão cingidos no exercício de suas funções à norma suprema do ordenamento jurídico, a Constituição, em especial aos direitos fundamentais albergados expressa ou tacitamente em seu texto, tal como determinado no art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição da República. De forma especial, aponta-se o legislador, inicialmente “convidado” a ser co-partícipe do projeto constitucional e depois “obrigado” a promover o desenvolvimento das normas, a ensejo do

desenvolvimento da força normativa da Constituição¹⁰⁹, fenômenos também entrelaçados com o processo de ampliação dos direitos fundamentais (SAMPAIO, 2013, p.2).

Seguindo uma tendência do constitucionalismo democrático ocidental, no Brasil, essa garantia é reforçada ainda, pela cláusula constitucional de reserva material contida no art. 60, § 4º, IV, cujo comando tem o fito precípua de impedir a abolição ou o esvaziamento do conteúdo das normas jusfundamentais pela atividade política, inclusive pela atividade do legislador constituinte derivado. Tais previsões associadas, ainda, aos remédios constitucionais (ação de inconstitucionalidade por ação e por omissão, além do mandado de injunção e ação civil pública) e às ações de improbidade revelam de maneira inquestionável a importância e a imperatividade da atuação do Poder Judiciário na salvaguarda dos direitos fundamentais; uma atuação não prioritária (essa refere-se aos poderes eminentemente políticos, o Legislativo e o Executivo), mas subsidiária, que terá seu lugar em caso de violação do comando constitucional, nas modalidades comissivas ou omissivas, conforme visto. A participação cidadã, como exigência democrática, perfaz-se também no âmbito do Judiciário, como elemento contramajoritário indispensável à superação de uma concepção de democracia vinculada exclusivamente à representação popular.

Dessa forma, a leitura do princípio da separação dos poderes deve ser revista à luz da teoria dos direitos fundamentais e dos deveres de proteção aplicados ao Judiciário, deveres decorrentes de sua faceta objetiva, conforme explicitado em capítulo anterior. Assim, a visão de poderes públicos estanques e herméticos funcionalmente deve ser substituída por uma compreensão de alocação de tarefas e controle recíproco, cabendo a todos os poderes, no exercício de suas funções, primar pela máxima efetividade dos direitos constitucionais, em especial, aqueles gravados pela nota de fundamentalidade, muito embora não se negue a existência de atribuições preferenciais, ou a diferença entre os discursos de justificação e aplicação, sendo apenas os últimos afetos à atividade jurisdicional, que deve emitir juízos normativos perante o caso concreto, com base na discursividade estabelecida no processo por meio das provas e das argumentações colacionadas¹¹⁰.

“Temos de trabalhar o direito com ferramentas jurídicas, pois não somos engenheiros, a não ser de sonhos” ensina, com certa dose de lirismo, Sampaio (2005,

¹⁰⁹ Para maior aprofundamento, vide HESSE (1991).

¹¹⁰ No mesmo sentido, José Adércio Leite Sampaio (2005, p.243).

p.244). Nesse sentido, justifica-se plenamente a pesquisa desenvolvida na presente dissertação. Indaga-se, portanto, se o instituto conhecido por proibição de retrocesso socioambiental tem pertinência no ordenamento jurídico brasileiro, como instrumento (ou ferramenta, nos dizeres do constitucionalista) jurídico, hábil a proporcionar um reforço na efetividade dos direitos fundamentais socioambientais, em especial quando os demais poderes falharem na sua tarefa de efetivação. Decerto, é a inefetividade dos direitos positivados que irá ensejar ações judiciais com vistas ao seu cumprimento.

Obviamente, as mudanças reclamadas pela crise socioambiental ou pela “sociedade do risco”, cujas características foram perspicazmente captadas por Ulrich Beck, demandam uma série de medidas socioculturais e econômico-políticas a serem desenvolvidas e implementadas por uma esfera pública inclusiva e discursiva, com a ampla participação e engajamento dos indivíduos da comunidade a que se refere, bem como de setores da sociedade civil, uma vez que, conforme visto, a reversão do quadro de calamidade passa necessariamente pela construção de uma ética de corresponsabilidade e integração entre o público e privado. Contudo, a implementação de tais políticas (inclusive de cunho educativo) requerem tempo para que produzam seus efeitos, tempo esse que a humanidade não dispõe diante da premência que se reveste a crise analisada, sobretudo, no segundo capítulo¹¹¹.

Diante da exiguidade temporal e das limitações formais e materiais (que interessam mais de perto ao estudo) à atividade política, mister se faz que se conheça e utilize os instrumentos disponíveis à garantia jurídica da proteção e promoção dos direitos socioambientais, pelo que se tem demonstrada a relevância da análise da “proibição de retrocesso socioambiental” como um dos instrumentos implícitos existentes no ordenamento com aptidão de proporcionar, repita-se, um reforço na efetividade dos direitos socioambientais em tempos de indispensável superação do paradigma da sociedade do risco (THOMÉ, 2013).

Tempos incertos, esses em que vivemos. Dúvidas e inseguranças, típicas de cismas de existências individuais, estão cada vez mais presentes nos projetos de vida comum. E, politicamente, parecem abanar as franjas minimalistas do direito e de um legislador tão flexível quanto reverente aos anseios do mercado, onde tudo, desejo, sonhos, corpo e vida, não passa de mercadoria em liquidação. A incerteza (ou, pelo menos, as consequências que se querem dela extrair) se bate com duas das principais conquistas jurídicas da Modernidade, a Constituição e os direitos

¹¹¹ No mesmo sentido, THOMÉ (2013 p. 152).

fundamentais, tentando redefinir o papel do Estado e de seus poderes (SAMPAIO, 2013, p.1)

Em continuação, o constitucionalista alerta para o fato de que, por mais paradoxal que possa parecer, o Direito tem sido chamado a densificar os direitos fundamentais, mormente ao ocorrer o que ele designa “guinada liberalizante”, calcada no dinamismo e nas incertezas da vida, em especial na seara econômica, quando os modelos de integração se tornaram mais flexíveis e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais foram reduzidos. Essa retração gerou o contramovimento, fundado na dignidade humana e justiça social, bem como numa “consciência de solidariedade mínima”, que após aprimoramentos doutrinários e aplicação por alguns tribunais constitucionais, em especial os europeus, tomou contorno da temática definida como “princípio ou cláusula de vedação do retrocesso social com suas variantes terminológicas de ‘não regressividade’, ‘irreversibilidade’, ‘effet cliquet’ (ou *clique anti-retour*), ‘eternity clause’, ‘entrenched clause’, ‘standstill clause’, ‘Soziales Rückschrittsverbot’, proibição de ‘contrarrevolução social’ ou da ‘evolução reacionária’, dentre tantas outras” (p.2).

Ainda em sede de justificação do objeto deste trabalho, aponta-se aqui a observação de Derbli (2007, p.135), segundo o qual a discussão relativa à proibição de retrocesso social, muito embora tenha galgado níveis altos de desenvolvimento em outros países, tanto no campo doutrinário como jurisprudencial, continua incipiente no Direito Constitucional Brasileiro. Por tal razão, inicia-se a análise do instituto pelo Direito Comparado, atentando-se para o fato de que, se de uma parte, muito há que se aprender com experiências estrangeiras, de outra parte, grande risco se corre ao transplantar de forma acrítica soluções elaboradas em outro contexto jurídico, social, político e econômico. Conforme ensina Adeodato (*apud* KRELL, 2002), “os mesmos textos e procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em sociedades desenvolvidas (*centrais*) como a alemã, ou numa *periférica* como a brasileira.” (p.42, grifos no original).

Dessa sorte, a experiência estrangeira é analisada como parâmetro na busca pelo fundamento do princípio, mais especificamente, a jurisprudência e doutrina germânica, ambiente no qual surgiram as primeiras formulações da proibição de retrocesso social, bem como a lusitana, sendo ambos os países de tradição romano-

germânica, cuja influência sobre o Direito Brasileiro é notória (DERBLI, 2007, p.137).

4.2 Origens e desenvolvimento no Direito Estrangeiro

4.2.1 Alemanha

Segundo Derbli (2007, p.137), a teoria da proibição de retrocesso social iniciou-se, na Alemanha, sob o pálio do debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais e da sua justiciabilidade. Cabe lembrar, neste ensejo, que a Lei de Bonn de 1949 é extremamente comedida na formulação de direitos a prestações. A partir de seu texto, diretamente, é possível encontrar, de forma explícita, um direito subjetivo a prestação apenas no direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade. Entretanto, no próprio texto constitucional é possível encontrar uma série de pontos de apoio elaborados a partir do desenvolvimento da função objetiva dos direitos fundamentais que fundamentam uma interpretação orientada a direitos a prestações (ALEXY, 2011, p.435)¹¹².

Nesse sentido é que Böckenförde (*apud* DERBLI, 2007) sustenta que, conquanto positivados na Constituição, os direitos sociais não geram, de forma originária, direitos subjetivos para os cidadãos antes da atuação do legislador na sua conformação, vinculando, contudo, a atividade legislativa e administrativa uma vez concretizados pela própria atuação do legislador ou pela prática administrativa reiterada, de tal forma a impedir sua supressão. Para o autor, tais direitos, compreendidos como “deveres jurídico-objetivos”, têm aplicabilidade imediata, possuindo como destinatários o legislador e o administrador, impedidos, assim, de manterem-se inertes ou violarem de forma grosseira o “fim” ou “programa” estabelecido por meio dos direitos sociais (p.137-139).

Para Derbli, o pensamento do constitucionalista tedesco revela uma primeira manifestação daquilo que viria a ser posteriormente formatado sob o rótulo de proibição de retrocesso social. Todavia, o desenvolvimento do tema, inclusive na

¹¹² E continua especificando o autor que, “em primeiro lugar devem ser mencionadas a obrigação de todos os poderes estatais de proteger a dignidade humana (art.1º, §1º, 2, da Constituição alemã) e a cláusula do Estado Social (art. 20, §1º e art. 28, §1º, 1). Além disso, são também dignos de menção a garantia de proteção ao matrimônio e à família (art. 6º, §1º) e o mandamento constitucional no sentido de equiparação dos filhos legítimos (art. 6º, §5º)” (ALEXY, 2011, p.435).

própria Alemanha, teve como motor a crise do Estado-Providência e a consequente e crescente insegurança no âmbito da seguridade social, decorrente da tensão entre a “uma demanda cada vez maior por prestações sociais e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade” (SARLET, 2007, p.2).

Assim, por ensejo desse contexto, a “doutrina da *Soziales Rückschrittsverbot* tem entendido que não pode haver um retrocesso absoluto na política estatal de satisfação dos direitos derivados a prestação, sob pena de violação da cláusula constitucional do Estado Social de Direito” (SAMPAIO, 2005, p.160). Apesar da ausência de proteção expressa no âmbito constitucional até mesmo dos direitos adquiridos, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência do Tribunal Constitucional sempre assentiram na proteção relativa do direito adquirido, bem como das expectativas de direito, ambas integrantes de uma compreensão ampla da proibição de retrocesso (SARLET, 2012, p.450).

Entretanto, no enfrentamento em si da questão, nomeadamente em relação ao desmantelamento do sistema de seguridade social, o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) assumiu a existência relativa de um princípio da proibição de retrocesso social a partir de outro substrato constitucional: a garantia fundamental da propriedade, cujo âmbito de proteção se viu ampliado para além do domínio dos direitos reais, abarcando também posições jurídico-subjetivas de natureza pública. O ponto de partida desse desenvolvimento encontra suas raízes na doutrina de Martin Wolff que, ao analisar o art. 153 da Constituição de Weimar, identificou no conceito de propriedade uma função conservadora dos direitos de cunho patrimonial, oferecendo segurança jurídica ao indivíduo, além de proteger a confiança depositada no conteúdo dos seus direitos (SARLET, 2007, p.2-3).

Segundo Hesse (1998, p.340-341), as transformações da função da propriedade são parte do desenvolvimento para o Estado Social moderno, quando a propriedade privada, como âmbito de configuração da vida individual e asseguramento da existência privada, perdeu a importância, sobretudo em razão das duas guerras e dos altos índices inflacionários que destruíram massivamente a propriedade no sentido tradicionalmente utilizado no Direito. Ao se transmutar a base da garantia da existência e conformação da vida individual para o trabalho próprio e para a participação nas prestações de assistência vital e assistência social estatal, a compreensão do alcance da garantia jurídico-constitucional da propriedade foi alterada. Desse modo, a partir de então, “[...] para a qualificação como propriedade

protegida jurídico-constitucionalmente é [decisivo], antes, o *aproveitamento privado* de um direito de valor patrimonial.” (p.341, grifos no original).

Assim, de um conceito tradicional do Direito Civil desenvolveu-se um conceito funcionalista da propriedade que, a princípio, era utilizado para garantia de posições jurídico-subjetivas patrimoniais de natureza privada, mas que, ao cabo, se estendeu também para as posições jurídico-subjetivas patrimoniais de natureza pública, na medida em que se desenvolveu também a compreensão sobre a imperiosidade de tratamento igualitário em relação a ambas no Estado de Direito (SARLET, 2007, p.3).

Para o Tribunal Federal Constitucional, o reconhecimento desta proteção outorgada às posições subjetivas de direito público por meio da garantia da fundamental da propriedade encontra seu principal alicerce na estreita vinculação entre o direito de propriedade e a liberdade pessoal, no sentido de que ao indivíduo deve ser assegurado um espaço de liberdade na esfera patrimonial, de tal sorte que possa formatar de maneira autônoma sua existência (...). O Tribunal Federal Constitucional, já em arestos anteriores, entendeu que esta proteção tem por pressuposto a circunstância de que ao titular do direito é atribuída uma posição jurídica equivalente à da propriedade privada e que, no caso de uma supressão sem qualquer compensação, ocorreria uma colisão frontal com o princípio do Estado de Direito, tal como plasmado na Lei Fundamental (SARLET, 2007, p.3).

Todavia, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional e a doutrina tedescas, nem todo direito subjetivo patrimonial de natureza pública estaria protegido pela garantia constitucional da propriedade, carecendo, para tanto, de preencher três requisitos: (i) ao direito subjetivo à prestação social deve corresponder uma contraprestação do seu titular; (ii) a posição jurídica patrimonial precisa ser tida como de fruição própria, exclusiva e pessoal, caracterizada pela disponibilidade pelo titular, sintonizando com a noção de propriedade particular; e, por fim, (iii) a posição jurídica deve se destinar à garantia da existência do titular, no sentido de assegurar para os cidadãos as condições necessárias a uma vida autônoma e responsável, relativizando, portanto, o primeiro critério apresentado, sob pena de criar-se um sério déficit à sua funcionalidade (SAMPAIO, 2005, p. 160; SARLET, 2012, p.451; SARLET, 2007, p.6-8).

Quanto ao primeiro critério, importa ainda esclarecer que, em regra (à exceção dos casos em que se trata de direitos subjetivos relativos ao mínimo existencial, conforme visto) uma posição jurídico-subjetiva tem sido afastada nos casos em que a prestação do Estado é unilateral. Contudo, o montante de contribuição

a ensejar a prestação não é questão esclarecida. Sabe-se que não há necessidade de uma equivalência absoluta entre a prestação e as contribuições, bastando que essas não sejam irrelevantes, ensina Sarlet (2007, p.6) ao veicular um trecho de decisão do Tribunal Constitucional Alemão. Cumpre ainda ressaltar a possibilidade de que a contraprestação seja oriunda de terceiros, como no caso das contribuições sociais dos empregadores (p.7).

Não sem objeções, esses três critérios se consolidaram na jurisprudência e doutrina alemãs como imprescindíveis à aplicação também do princípio da proibição de retrocesso social no que tange à concretização infraconstitucional de direitos de cunho patrimonial. Obviamente, mesmo presente todos os requisitos, a proibição de retrocesso não se aplica de plano, sendo imperativa a avaliação das demais circunstâncias fáticas e jurídicas que constituem o caso concreto, uma vez que a regra é a liberdade de conformação política do legislador, tendo em vista a necessidade de constante adaptação do conteúdo dos direitos à realidade a que se referem. Dessa forma, é possível, mesmo nessas condições, que os direitos e expectativas de direitos sejam restringidos, observada a proporcionalidade entre os interesses e direitos conflitantes (SAMPAIO, 2005, p.160; SARLET, 2007, p.12)¹¹³.

4.2.2 Portugal

A experiência alemã, como sói ser, foi pioneira também nessa temática, e exerceu notável influência sobre os ordenamentos português e brasileiro, pelo que se tem por justificada a sua análise no tópico anterior, inobstante as abissais diferenças na fundamentação constitucional dos direitos a prestações (socioambientais) entre as respectivas ordens jurídicas mencionadas. Entretanto, é na jurisprudência e doutrinas portuguesas que a proibição de retrocesso social encontrou um terreno mais fértil, grandemente em razão da forte tendência à socialidade.

¹¹³ Para Sarlet (2007), “ainda no que diz com a legitimidade de eventuais medidas restritivas, há que considerar que a aferição da proporcionalidade da restrição poderá ser realizada apenas à luz do caso concreto, já que a resposta depende da comparação entre o interesse público na restrição e o interesse individual do titular do direito na sua preservação, não podendo, portanto, ser pré-estabelecida de forma genérica e abstrata.” (p.12). Sampaio (2005), em transcrição de excerto do *leading case* tedesco, alerta no mesmo sentido: “desde que a restrição de direitos e de expectativas de direitos sirva ao interesse comunitário e atenda ao princípio da proporcionalidade, ao legislador não está proibida a diminuição de prestações e a alteração de pretensões e expectativas, bem como a sua adequação.” (p.161)

Para Derbli (2007), a proibição de retrocesso social, em solo português, encontrou ressonância nas obras de Joaquim Gomes Canotilho, que, na paradigmática obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* (2001), lhe conferiu roupagem diversa e mais abrangente. Explica o jovem jurista brasileiro, que, em tal estudo, o constitucionalista luso defendeu e fundamentou que os direitos econômicos, sociais e culturais possuiriam caráter de direitos subjetivos, decorrentes não apenas de forma originária da Constituição, pela sua consagração como verdadeiros direitos fundamentais, mas ainda, advinda da radicação subjetiva, por lei e por outros atos normativos infraconstitucionais concretizadores dos comandos jusfundamentais, isto é, “dos chamados direitos derivados a prestações, que justificariam a sindicabilidade judicial da manutenção de seu nível de realização, proibida qualquer tentativa de retrocesso social” (p.144-145).

Na obra citada, Canotilho (2001, p. 413-414) postula por uma teoria gradualista das fontes flexível, pois apenas dessa forma seria possível se explicar por que certas concretizações infraconstitucionais de preceitos jusfundamentais são consideradas vinculantes para o próprio legislador. Aduz ainda o autor, que não se trata de uma proibição absoluta dirigida ao legislador no sentido de revogar tais atos legislativos, mas sim da proibição de anular, neutralizar ou reduzir o nível de efetivação alcançado de forma arbitrária, sem justificativa jurídico-constitucional, de tal sorte a se constituir uma violação das imposições ou dos programas constitucionais. Para o autor, o direito legal não se limita à ser instrumento de auxílio à interpretação constitucional, mas também exerce uma “função constitucionalmente caracterizante”

Note-se, porém: esta <<troca recíproca de planos normativos>>, esta mutação do direito legal em direito constitucional não é concebida como uma função de conformação sucedânea para a falta de <<densidade constitucional>>, nem conduz à ideia de *constituição como concentrado*, se com isto se quer pretender autonomizar um plano de direito legal dentro da constituição. A <<osmose recíproca>> significa apenas que a mediação do âmbito normativo-constitucional, legislativamente operada, passa a constituir um elemento material do próprio programa normativo, e que o processo de aproximação concretizadora corresponde à elasticidade do programa normativo e ao aprofundamento de sentido dos princípios e normas constitucionais normativamente dirigentes (CANOTILHO, 2001, p.414-415).

Mas essa constitucionalização material do direito legal não ocorre *ipso facto*, devendo se fazer uma diferenciação: apenas os direitos derivados a prestações

decorrentes de concretizações legislativas de imposições constitucionais que se radicarem na “consciência jurídica geral” alcançam a força ou dignidade normativa das normas constitucionais (2001, p.412). A proposta do autor é que - sem reduzir a Constituição social à sua concretização política, nem engessar a atividade imperiosa de adaptação do conteúdo constitucional à realidade - se compreenda o bloco constitucional dirigente como um processo a ser concretizado por intermédio de atos políticos (legislativos e outros), que se sucedem na atualização das diretivas constitucionais, “renovando, reforçando ou alterando o seu conteúdo, até atingirem o consenso-legitimidade da sua transformação em direito participante da força do direito constitucional” (p.413).

Muito embora sem mencionar designadamente, até então, a proibição de retrocesso social, o autor lançou as bases, na primeira edição da referida obra em 1982, para posteriores desenvolvimentos. Sua teoria foi, inclusive, acatada no paradigmático acórdão nº39 relatado por Vital Moreira que, acatando a existência de um princípio implícito de proibição de retrocesso social, declarou a inconstitucionalidade do art. 17 do Decreto-Lei nº 254/82, que revogara diversos dispositivos (arts. 18 a 61, 64 e 65) da Lei 56.779, que organizava o Serviço Nacional de Saúde. Na esteira de Canotilho, o Tribunal Constitucional Português considerou que a prestação do serviço por meio de políticas públicas consiste em uma garantia institucional que, uma vez efetivada por lei, passaria a ter uma proteção de envergadura constitucional, haja vista as obrigações dirigidas ao Estado por intermédio dos direitos sociais possuírem uma faceta positiva e outra negativa, determinando, respectivamente, o dever de legislar e, de forma correlata, proibindo a restrição do direito concretizado por intermédio do legislador (PORTUGAL, 1984).

Quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua existência passa a gozar de protecção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental. A abolição do Serviço Nacional de Saúde não significa apenas repor uma situação de incumprimento, por parte do Estado, de uma concreta tarefa constitucional; uma vez que isso se traduz na revogação da execução dada a um direito fundamental, esse ato do Estado implica uma ofensa ao próprio direito fundamental.

Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar, certas instituições públicas, sistema escolar, sistema de segurança social, etc. Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas, após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência,

como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados (PORTUGAL, 1984).

Tal posicionamento foi mencionado ainda, consoante os ensinamentos de Pinto e Netto (2010, p.104), nos acórdãos n.º330/89 (sobre taxas moderadoras na saúde), n.º148/94 (sobre propinas do ensino universitário), n.º509/02 (sobre rendimento mínimo de inserção) e n.º590/04 (sobre crédito jovem bonificado). Contudo, em regra, considera-se, atualmente, que o Acórdão 509/02 seja o paradigma português no que se refere à garantia da efetividade dos direitos sociais, oportunidade em que o princípio ora em análise passou por significativo temperamento, ao se considerar a necessidade de harmonizar a dignidade humana com a liberdade legislativa (MIRANDA *apud* ALVES, 2013).

O Presidente da República suscitou no Tribunal Constitucional Português a questão da constitucionalidade da norma que substituíra o rendimento mínimo por um rendimento social de inserção, restringindo a titularidade do direito, que beneficiava maiores de 18 anos, passando a contemplar cidadãos com idade igual ou superior a 25 anos. Segundo o acórdão, que declarou a inconstitucionalidade das alterações *sub judice*, a vinculação do legislador à norma anteriormente estabelecida não seria absoluta, aplicando-se tão somente às situações-limite, quando a partir da Constituição fosse possível depreender quais as medidas necessárias a lhe conferir legitimidade (PORTUGAL, 2002).

Observa-se, portanto, que a influência germânica marcou presença em posteriores (re)formulações da doutrina e jurisprudência. Canotilho, por exemplo, buscando se desvencilhar do caráter ideológico que emprestara à sua teoria, tendo em vista, provavelmente, o amadurecimento das instituições portuguesas, recorreu à doutrina alemã, restringindo a proibição de retrocesso ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, temperando, ainda, que estariam obstadas apenas medidas que se traduzissem, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial quando radicados na consciência jurídica geral (DERBLI, 2007, p.152).

Postulam ainda por uma compreensão mitigada da proibição de retrocesso social, em solo lusitano, Jorge Miranda, José Carlos Vieira de Andrade e Jorge Reis Novais. Miranda, baseando-se na necessidade de interposição legislativa para a

eficácia da norma constitucional de cunho social, defende o não retorno da concretização quando alcançado certo grau de consenso básico, acrescentando, ainda, a noção de proteção da confiança própria do Estado de Direito. No mesmo sentido, José Carlos Vieira de Andrade postula pela necessidade de se impor uma proibição mínima de retrocesso, veiculada à noção da dignidade humana. Para o autor, mister se faz perquirir, diante do caso concreto, (i) a fundamentação da restrição e (ii) a garantia do princípio da proteção da confiança, ressalvando que a garantia da proibição de retrocesso social pode chegar ao máximo se as concretizações forem consideradas materialmente constitucionais (ao radicar-se na consciência jurídica geral). Jorge Reis Novais, por sua vez, entende a autorrevisibilidade das leis como a regra inerente ao regime de alternância democrática, argumento associado também à necessidade de adaptação legislativa diante das contingências fáticas. Para Novais, a proibição de retrocesso estaria franqueada, de forma residual, pelo princípio da proibição do arbítrio e da dignidade da pessoa humana (PINTO E NETTO, 2010, p.106-107).

4.2.3 Outras experiências alienígenas: Itália e França

Derbli (2007) debruça-se sobre a análise da cláusula de vedação de retrocesso social na Itália, apontando o pioneirismo do jurista Giorgio Balladore Pallieri no debate da vinculação e limitação dos poderes públicos, em especial do Legislativo, exercida pelos direitos fundamentais. O constitucionalista italiano identifica um grupo de normas que dependem da edição de ato normativo, situando nesse os direitos fundamentais sociais, que se subdividiriam, por sua vez, em dois subgrupos, o primeiro formado por comandos que geram direitos subjetivos individuais de forma originária (justamente por possuir disciplina normativa mais clara, estruturada); o segundo, constituído por comandos que se dirigem precipuamente ao legislador, tendo em vista a impossibilidade de se extrair diretamente deles, sem intervenção legislativa concretizadora, todos seus efeitos (p.161-163).

Balladore Pallieri, muito embora entenda que, mesmo nesse último caso, a inércia legislativa seja imune a constrangimentos no sentido de exercer a sua atividade suprindo a omissão inconstitucional, defende uma eficácia que poder-se-ia denominar *mínima* ou *negativa*, seguindo a denominação do autor em estudo,

indireta, consistente na impossibilidade de legislar contrariamente ao comando e/ou de suprimir a concretização uma vez realizada

Elas prescrevem uma via a ser seguida pela legislação ordinária; não conseguem constringer juridicamente o legislador a seguir por aquela via, mas o obrigam, pelo menos, a não seguir outro caminho diverso. Seria inconstitucional a lei que dispusesse em contrário ao que a Constituição comanda. E, além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode retornar sobre seus passos (PALLIERI *apud* DERBLI, p.164)

Já na França, o princípio da vedação do retrocesso encontrou maior desenvolvimento, tendo sido, inclusive, acatado em decisões do *Conseil Constitutionnel* como forma de garantir certas liberdades, por exemplo, a liberdade de imprensa, de associação e universitária. A primeira vez que o Conselho Constitucional Francês aplicou o denominado *effet cliquet*, o fez para proteger direitos de liberdade universitária de restrição no seu âmbito de proteção, levadas a cabo por lei que ab-rogou a orientação de 12 de novembro de 1968 que os regulavam, que não oferecia garantias de eficácia ao menos equivalentes (THOMÉ, 2013, p.72).

Em outra oportunidade, na decisão nº 84-181 DC, de 11 de outubro de 1984, relacionada à liberdade de imprensa, o Conselho Constitucional recorreu novamente ao *effet cliquet* como fundamento de sua decisão, no sentido de que o regime jurídico de uma liberdade fundamental apenas poderá ser modificado para a instituição de outro mais favorável. “Em se tratando de uma liberdade fundamental, tão preciosas quanto seu exercício são as garantias essenciais de respeito de outros direitos e liberdade e da soberania nacional, sendo que a lei pode apenas regulamentar seu exercício com o intuito de torná-la mais efetiva.” (THOMÉ, 2013, p.72).

Somente “em 1991, o Conselho adotou a mesma orientação para os direitos econômicos e sociais, notadamente em relação à proteção à saúde e ao pluralismo sindical.” (SAMPAIO, 2013, p.5). Delineava-se naquela ocasião o que viria a ser nomeado de proibição de retrocesso social (garantia do *acquis social*) ou *effet cliquet* (*anti-retour*) ou *de standstill*, cujo objetivo consistia em impedir redução legislativa no quadro prestacional criado pela legislação anterior. Haja vista a necessidade de atualizar o direito social à realidade subjacente, o Conselho, mais recentemente, relativizou o sentido da proibição, resguardado um mínimo de proteção legal (SAMPAIO, 2013, p.5).

4.3 O desenvolvimento da proibição de retrocesso social na doutrina e jurisprudência brasileiras

Conforme anteriormente enfatizado, a cláusula da proibição de retrocesso social não conquistou grande desenvolvimento em solo brasileiro, sendo mais frequente em referências tangenciais, em obras de temática mais abrangente. De fato, apenas recentemente, alguns autores têm se dedicado com maior profundidade ao tema, destacando-se os trabalhos de Felipe Derbli (2007), que em interessante dissertação de mestrado deu tratamento sistemático e exaustivo ao tema, e de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, 2007) que, em diversas oportunidades se debruçou sobre o instituto em análise.

Inobstante o debate em torno da proibição de retrocesso social ser relativamente recente em terras brasileiras, remete-se (DERBLI, 2007, p.166) seu delineamento embrionário à tradicional monografia de José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Recebendo os influxos da doutrina italiana¹¹⁴, sobretudo de G. Balladore Pallieri, o catedrático brasileiro classificou os direitos fundamentais, vinculando, inicialmente, os direitos sociais a normas constitucionais de eficácia limitada ou às normas programáticas, depois apenas às últimas. Dessa feita, para o ilustre autor, as normas de direitos sociais traçariam programas das atividades dos órgãos estatais e os fins sociais dos quais o Estado se incumba, exigindo interposição legislativa para que possam produzir todos seus efeitos, conquanto disponham de imperatividade e vinculatividade (SILVA, 2004).

Assim, conforme o que foi retro explanado, muito embora não gerarem direitos subjetivos à prestação, segundo Silva, tais disposições constitucionais gerariam “direitos subjetivos negativos”, mormente em virtude da norma insculpida no art. 5º, § 1º da CF que lhe determina imediata aplicabilidade com máxima eficácia. As normas de direitos sociais, para Silva, na medida em que determinam metas e fins governamentais, impediriam também tratamento contrário ao escopo da norma, bem como determinariam que a lei nova não possa desfazer o grau de eficácia alcançado pela norma anterior, na esteira de Pallieri, conforme visto no item anterior (SILVA, 2004).

¹¹⁴ Nesse sentido: Sarlet (2012) e Derbli (2007)

O jovem constitucionalista carioca, Felipe Derbli (2007), por sua vez, e mais recentemente, enfrenta o tema de forma direta, exclusiva e abrangente. Em obra intitulada *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*, o autor lembra que o Estado tem participação decisiva no combate à opressão e realização dos ditames de justiça social, pelo que se torna imperativo o reconhecimento do caráter dirigente da carta constitucional brasileira, especialmente por se referir à uma realidade de agudas desigualdades, que prejudica inegavelmente a existência de uma “democracia substantiva”, demandando, dessa forma, o fortalecimento da “resistência constitucional”¹¹⁵, na esteira dos ensinamentos de Lênio Streck.

Levando em consideração que a Constituição dirigente, ainda que com temperamentos, possui o condão de limitar a liberdade de conformação do legislador, veiculando um projeto de modernidade e de justiça social, Derbli extrai um princípio implícito de proibição de retrocesso social da Constituição de 1988, fundamentando sua existência nos seguintes argumentos: (i) a Carta Magna determina (art. 5º, §2º e art. 7º, *caput*) a ampliação dos direitos fundamentais, com vistas à progressiva redução das desigualdades, sociais e regionais, bem como à construção de uma sociedade livre, solidária, com justiça social (art.3º, incisos I e III, art. 170, *caput* e incisos VII e VIII); (ii) por ser a Constituição de 1988 de natureza dirigente, impõe-se, também de forma progressiva, o desenvolvimento do grau de concretização dos direitos fundamentais, dentre os quais se incluem os sociais, especialmente em razão da norma contida no art. 5º, § 1º, que determina aos poderes públicos a observância da máxima efetividade de tais direitos no exercício de suas funções. Para o autor, de tais observações, decorreria, de maneira lógica, a vedação de retrocesso, dirigida ao legislador, no grau de densificação alcançado pelo direito fundamental ou de uma garantia institucional.

Segundo o autor, a proibição de retrocesso social teria o âmbito de proteção reduzido às normas definidoras de direitos sociais, levando-se em consideração que as demais categorias normativas não são veiculadoras de um dirigismo

¹¹⁵ Este modelo “[...] supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e os critérios de compensação constitucionais.” (STRECK *apud* DERBLI, 2007, p.41-42).

constitucional, para o que parte da distinção entabulada por Barroso das normas constitucionais em normas de organização, normas definidoras de direitos e normas programáticas. Para Barroso, as “normas definidoras de direitos” nem sempre geram direitos subjetivos ao indivíduo, que seria o caso das normas definidoras de direitos sociais fundamentais, por requerer, na grande maioria dos casos, atuação comissiva do Estado, sujeitando-se, por essa razão, à reserva financeira e orçamentária.

Assim, estariam excluídas do conteúdo material do princípio da proibição de retrocesso social: (i) as normas constitucionais de organização, haja vista não veicularem “imposições legiferantes” próprias do bloco dirigente, mas apenas “ordens de legislar”; da mesma forma, (ii) as normas programáticas, tendo em vista o entendimento do jurista, para quem não se constituem como “imposições legiferantes”, na medida em que não fixam uma tarefa determinada de concretização, veiculando tão-somente a traçar finalidades a serem observadas pelo legislador, de forma permanente, no exercício de sua atividade primordial; e por fim, (iii) as normas definidoras de direitos de liberdade e/ou de direitos políticos, notadamente em virtude de sua suficiente densidade normativa, prescindindo, na grande maioria das vezes, de concretização legislativa. Ressalta-se, finalmente, que mesmo nas raras hipóteses em que há exigência de regulamentação infraconstitucional, a revogação da lei superveniente se daria com base em outros fundamentos que não a proibição de retrocesso. No que se refere ainda ao conteúdo material do princípio, Derbli sustenta que a proibição de retrocesso social possui como núcleo essencial a vedação da supressão do conteúdo essencial de um direito fundamental social que tenha se radicado na consciência jurídica geral (o que requer o decurso de um “lapso temporal razoável”), sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios.

O reconhecimento de um princípio de proibição de retrocesso social, segundo Derbli, não pode importar numa espécie de constitucionalização do direito legal, haja vista a viabilidade de mutação constitucional pela via legislativa, sendo possível, inclusive a *reformatio in pejus*, a depender das circunstâncias fáticas em que se realiza, demandando um juízo de proporcionalidade que a justifique ante o grau de concretização legislativa que tenha alcançado um consenso básico na sociedade.

Mais generoso quanto ao âmbito material da proibição de retrocesso social é Ingo Sarlet que postula por uma aplicação do princípio não apenas aos direitos sociais, tomando como exemplo incontestável a sua manifestação também na seara do direito ambiental (2012, p.446). Em outra oportunidade (SARLET, 2010), o

jurista, ao tratar dos limites do princípio da proibição de retrocesso social, defende sua proteção para todos os direitos fundamentais, sem reservas, para os objetivos constitucionais do art.3º da CF, bem como para “[...] todas [as] normas constitucionais impositivas de objetivos, programas, tarefas relevantes para a consecução da justiça social e de uma existência digna para os cidadãos.” (p.92). Da mesma forma, não se restringiria aos direitos de cunho prestacional, corroborando sua assertiva que traz à baila o caso dos direitos dos trabalhadores que, em primeira linha (coerente, portanto com a já citada multifuncionalidade dos direitos fundamentais), se constituem na forma de direitos de defesa (p.448).

Haja vista sua decorrência de um imperativo do Estado de Direito, que, em última análise, consiste num Estado de Segurança, acaba por significar no mesmo passo, uma “garantia de continuidade da ordem jurídica” que, a toda evidência, não se assegura com a mera limitação de medidas tipicamente retroativas (p.466).

Sarlet, ao esclarecer que a “segurança jurídica” possui *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito, elucida, igualmente, que essa é apenas uma das facetas de um “direito geral à segurança”, que abarcaria ainda um “direito à segurança pessoal e social”, além de um direito à proteção (por meio de prestações normativas e materiais) contra atos do poder público e de particulares. Para o autor, essa constatação deflui tanto de previsões expressas e específicas da Constituição (na forma de direitos subjetivos, portanto) quanto do reconhecimento de deveres gerais e especiais de proteção decorrentes do âmbito objetivo dos direitos fundamentais (p.442-443).

Postula ainda, na esteira de Celso Antônio Bandeira de Mello, que a garantia da segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à noção de dignidade humana, requerendo, por conseguinte, uma certa estabilidade das posições jurídicas. Afinal, onde impera a plena disponibilização dos direitos e, via de consequência, dos projetos de vida arquitetados pela vontade estatal, aqueles se tornariam instrumentos do segundo, já que a pessoa humana deixaria de ser “um fim em si”, para se tornar meramente “instrumento de”, incompatível, assim, com a visão Kantiana da dignidade. Ademais, por serem expressões da própria dignidade humana, os direitos fundamentais devem ser protegidos como exigência da mesma (p.443-444).

Todavia, para o jurista, a dignidade não resta devidamente salvaguardada quando se protege os direitos apenas em face de atos de cunho retroativo, sendo necessária também a proteção quanto às medidas retrocessivas, não propriamente

retroativas, pois que não atingem atos jurídicos consolidados no passado, como ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido. A ideia de uma proibição de retrocesso em sentido amplo abarcaria, para além dessas figuras, também a proteção do cerne material da ordem constitucional contra a ação do poder constituinte reformador, bem como (o que interessa mais de perto a este trabalho) contra certos atos com efeitos prospectivos (p.444-445).

O aparente paradoxo encontrado na afirmação de que poderá existir retrocesso contra atos com efeitos prospectivos é dissolvido quando se tem em conta que o retrocesso referido neste instante não é um retrocesso de natureza temporal, mas sim de natureza material, isto é, relacionado à diminuição (embora pró-futuro) injustificada do âmbito de proteção de um direito fundamental já concretizado no âmbito das políticas públicas (p.445)

Assim, por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso pode também ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos. Basta lembrar aqui da hipótese – talvez a mais comum em se considerando as referências feitas na doutrina e jurisprudência – da concretização do legislador infraconstitucional do conteúdo e da proteção dos direitos sociais, especialmente, (mas não exclusivamente) na sua dimensão positiva, o que nos remete diretamente à noção de que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deverá ser interpretado (também!) no sentido dos elementos nucleares do nível prestacional legislativamente definido, o que, por sua vez, desemboca inevitavelmente no já anunciado problema da proibição de um retrocesso social. Em suma, a questão central que se coloca neste contexto específico da proibição de retrocesso é a de saber se e até que ponto pode o legislador (assim como os demais órgãos quando for o caso) voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelo Constituinte – por exemplo, no artigo 3º da Constituição de 1988 – no âmbito das normas de cunho programático (ou impositivo, se preferirmos essa terminologia) ainda que não o faça com efeitos retroativos e que não esteja em causa uma alteração do texto constitucional (SARLET, 2012, p.445)

Do excerto reproduzido, identifica-se um alargamento na compreensão dos destinatários, para além, conforme dito, de um âmbito de proteção mais amplo do princípio analisado, em relação à tese de Derbli. Enquanto que para o carioca apenas o legislador estaria vinculado, em certas hipóteses, ao ato emanado anteriormente, para o gaúcho, todos os órgãos públicos constituiriam o polo passivo de uma proibição dessa natureza, pois, uma vez conferida satisfação ao direito esse se transforma num direito negativo, determinando que o Estado se abstenha de agir (no caso, comissivamente) contra ele.

Concordando com Derbli noutro viés e entendendo ter a proibição de retrocesso social a natureza de princípio implícito decorrente do sistema constitucional, o gaúcho aponta como fundamentos de matriz-constitucional para sua dedução: (i) o princípio do Estado democrático e social de Direito (e seus consectários lógicos: segurança jurídica e proteção da confiança); (ii) o princípio da dignidade humana (como limite material às medidas de cunho retrocessivo); (iii) o princípio da máxima efetividade, que reclama a maior proteção possível dos direitos fundamentais; (iv) a autovinculação relativa dos órgãos estatais aos seus atos anteriores; (v) os mandamentos constitucionais específicos de concretização que, ao ensejar a omissão legislativa inconstitucional, estariam também a impedir uma recriação dessa situação de vazio (p.455-457).

Muito embora mais pródigo na proteção oferecida pelo reconhecimento de um princípio implícito de retrocesso social, Sarlet (2012, p.459) alerta que a aplicação desse, no seu entendimento, sobretudo em razão da sua natureza, não seguiria a lógica do tudo ou nada, típica das regras jurídicas. Assim, a proibição não seria absoluta¹¹⁶, sendo possível a redução no âmbito das conquistas sociais no caso concreto, quando houvesse justificativa de envergadura constitucional e preservação do núcleo essencial do direito, “[...] de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente autorreversibilidade encontram [*sic*] limitação no núcleo essencial já realizado” (p.460), que, por sua conexão com a dignidade da pessoa humana, possuirá essa como “diretriz jurídico-material” para sua definição. Remete, portanto, ao princípio da proporcionalidade para a solução de tais hipóteses, que, vinculada aos deveres de proteção, proíbe uma proteção insuficiente, bem como exige a adoção de regras razoáveis de transição, quando for o caso (p.466).

Enquanto isso, no plano da jurisprudência nacional, não há reconhecimento da proibição constitucional de retrocesso em matéria de direitos fundamentais sociais como fundamento de qualquer decisão, pois, embora suscitado em alguns casos no Supremo Tribunal Federal, o instituto foi abordado tão somente em votos vencidos, tais como na ADIn nº 2.065-DF, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, publicado em 04 de junho de 2004, e na ADIn nº 3.105-DF, no voto vencido do Ministro Celso de Mello, publicado em 18 de fevereiro de 2005 e confirmado posteriormente no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 e no Agravo de

¹¹⁶ Citar Krell p.40 (vide 458 sarlet)

Instrumento 598.212/PR, publicado em 20 de junho de 2013 (PINTO E NETTO, 2010).

A ADIn nº 2.065-DF tratou de forma pioneira do assunto na Corte Constitucional Brasileira. Ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), a ação declaratória de inconstitucionalidade questionou o artigo 17 da Medida Provisória 1911-9/1999, que revogara artigos da Lei 8.212/1991 e da Lei 8.213/1991, extinguindo o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social. Dentre os fundamentos colacionados pelos autores estava a violação do princípio da proibição de retrocesso social, retornando, injustificadamente, a um estado de omissão legislativa, em frontal colisão com a determinação insculpida no artigo 194, inciso VII, da Constituição Federal ao prever o caráter democrático e descentralizado da administração da seguridade social.

Inobstante o Tribunal Constitucional não tenha conhecido da ação sob o fundamento de que o ato normativo *sub judice* possuía efeitos concretos, de forma a inviabilizar o controle concentrado de constitucionalidade, em voto vencido, o então Ministro Sepúlveda Pertence contemplou o mérito das alegações, esclarecendo que o legislador possui liberdade de conformação do conteúdo dos direitos fundamentais, podendo alterar a disciplina integrativa de uma norma por outro tratamento, desde que mantenha sua plenitude eficaz, sendo-lhe constitucionalmente vedado, entretanto, retroceder ao estado de omissão inconstitucional (BRASIL, 2004). Ciente da polêmica em torno do tema, Sepúlveda afasta possíveis objeções ao seu entendimento ao aduzir que

não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada. Pode, é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora de Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulação integradora precedente – pré ou pós-constitucional – pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária (BRASIL, 2004, p.129).

Numa segunda oportunidade, o Supremo Tribunal Federal analisou o tema da proibição de retrocesso social ao ensejo da propositura da ADIn 3.105-DF, na qual se avaliou a constitucionalidade do artigo 4º, *caput* e parágrafo único, da Emenda Constitucional 41/2003, que instituiu a contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e pensionistas. Em voto vencido, o Ministro Celso de Mello,

reconhecendo a fundamentalidade dos direitos constitucionais de natureza previdenciária, remeteu ao Acórdão 39/84 do Tribunal Constitucional português, relatado por Vital Moreira, conforme visto, para fundamentar a procedência da ação com base, não exclusivamente, no princípio da proibição de retrocesso social, que, para o Ministro, deveria servir de mais um parâmetro de controle dos atos do Poder Legislativo, que se vincularia negativamente ao nível de efetivação normativa conferida ao direito uma vez regulamentado seu conteúdo material

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inocorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais (BRASIL, 2005, p.).

Posteriormente, o Ministro Celso de Mello corroborou seu entendimento, em duas outras oportunidades, mencionando a proibição de retrocesso social como parâmetro hermenêutico de avaliação dos direitos sociais, sem, contudo, utilizá-lo como fundamento da decisão.

Primeiramente, ocasião em que foi seguido pela Turma, por unanimidade, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337. Em primeiro grau, o Município de São Paulo foi compelido por sentença a matricular crianças no ensino infantil, em unidades próximas à sua residência, com fundamento no direito fundamental expressamente estatuído no artigo 208, da Constituição de 1988. O Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a decisão na íntegra e, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal. Constituindo um dever de prestação positiva decorrente do direito fundamental à educação, segundo o relator, a vedação de retrocesso fornece parâmetros constitucionais para sua análise, obstaculizando a desconstituição de situações jurídicas conquistadas pelos cidadãos (BRASIL, 2011).

Da mesma forma, coerente com sua linha de pensamento, no Agravo de Instrumento 598.212/PR, o Ministro Celso de Mello reafirma seu posicionamento, reconhecendo a cláusula de vedação de retrocesso social como um dos instrumentos de proteção e garantia dos direitos fundamentais. Trata-se de agravo em Recurso Extraordinário interposto contra a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que reformou a decisão de primeiro grau, entendendo constituir violação da

separação e autonomia dos poderes obrigar judicialmente o Estado a produzir leis que regulamentem a criação defensorias públicas, na medida em que se trata de norma de eficácia contida, dependente de integração legislativa. Impedido de prosseguir, o recorrente interpôs agravo que foi relatado pelo Ministro Celso de Mello que reformou a decisão nos seguintes termos

Nem se diga que o Poder Judiciário não disporia de competência para colmatar, *in concreto*, omissões estatais caracterizadas pelo inadimplemento, por parte do Poder Público de dever jurídico que lhe foi imposto pela própria Constituição da República, como resulta claro, presente o contexto ora em exame, do seu art.5º, inciso LXXIV, c/c art. 134.

O Supremo Tribunal Federal *firmou entendimento* no sentido de que é lícito, *ao Poder Judiciário*, em face do princípio da soberania da Constituição, adotar, *em sede jurisdicional*, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, *se e quando* se registrar, *como se sucede no caso*, situação configuradora de *inescusável omissão estatal* (BRASIL, 2013, p.7).

E demonstrando não desconhecer as limitações fáticas oferecida pela escassez de recursos, ressalta em sede de conclusão que, em geral, os limites aos direitos fundamentais, hermeneuticamente se sujeitam a uma exegese restritiva, notadamente em razão de outros parâmetros constitucionais para sua análise, dentre os quais elenca, de forma incisiva, a proibição de retrocesso social (BRASIL, 2013, p.14)¹¹⁷.

4.4 Principais objeções ao reconhecimento de um princípio de proibição de retrocesso social

¹¹⁷ “**Não se mostrará lícito**, contudo, *ao Poder Público*, **criar obstáculo artificial que revele** – a partir **de indevida manipulação** de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa – o arbitrário, ilegítimo e censurável propósito **de fraudar, de frustrar e de inviabilizar** o estabelecimento e a preservação, **em favor da pessoa e dos cidadãos**, de condições materiais **mínimas** de existência e de gozo de direitos fundamentais (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Informativo/STF** no 345/2004), **a significar, portanto, que se revela legítima** a possibilidade de controle jurisdicional **da invocação estatal** da cláusula da “reserva do possível”, **considerada, para tanto, a teoria das “restrições das restrições”, segundo a qual – consoante observa** LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (“Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1/273-274, item n. 2, 2010, Fabris Editor) – **as limitações a direitos fundamentais, como o de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico**, a uma exegese **necessariamente restritiva, sob pena de ofensa** a determinados parâmetros de índole constitucional, **como, p. ex., aqueles fundados na proibição** de retrocesso social, **na proteção** ao mínimo existencial (que **deriva** do princípio da dignidade da pessoa humana), **na vedação** da proibição insuficiente **e, também, na proibição** de excesso (BRASIL, 2013, p. 14, grifos no original).

Muito embora sejam diversas as críticas (e com diversas nomenclaturas) dirigidas ao reconhecimento da proibição de retrocesso social, observa-se, que, em geral, as críticas se confundem, até certo ponto, com as objeções à judicialização dos direitos sociais na sua dimensão prestacional. De fato, a indeterminabilidade semântica, o princípio democrático, a separação e autonomia dos poderes e a reserva do financeiramente possível são argumentos recorrentes (DERBLI, 2007, p.259-290; PINTO E NETTO, 2010, p.137-166; SARLET, 2013, p.452-454) quando se pretende rechaçar a exigibilidade judicial de direitos dessa natureza. Quanto à esses, remete-se ao capítulo anterior, no qual se procurou dar tratamento sistematizado ao tema.

Neste ponto, ressalta-se apenas que a alegada “indeterminabilidade semântica dos direitos sociais”, conforme visto, é inerente à linguagem, pois todas as palavras trazem consigo um grau de indeterminismo, embora esse varie de acordo com a técnica de positivação utilizada. Assim, mesmo a dimensão defensiva dos direitos traria consigo uma carga de indeterminabilidade do conteúdo. Considerando, ainda, a multidimensionalidade dos direitos, constata-se, assim, que a diferenciação baseia-se mais em opções ideológicas com relação às funções estatais do que em argumentos de índole da técnica jurídica.

No que se refere “ao princípio democrático e à separação de poderes”, recorda-se que a democracia se apresenta como condição de existência efetiva dos direitos fundamentais, mas, simultaneamente, como fundamento de restrições desses. E, da mesma forma, enquanto a democracia é viabilizada materialmente através da garantia dos direitos fundamentais, estes constituem, ao mesmo tempo, parâmetros a serem perseguidos pelos poderes democráticos no exercício de suas atividades, afinal, a discricionariedade política do Executivo e Legislativo é teologicamente orientada pela Constituição, em especial, pelos direitos fundamentais.

Em razão dos antagonismos verificados no próprio campo da ciência, o próprio Beck (2010) afirma que, na esfera pública, os riscos da modernização não podem mais ser ditados por uma tecnocracia, uma vez que estes não se restringem a “definições e relações intracientíficas, mas sim a definições e relações que envolvem toda a sociedade e revelam, inclusive intracientificamente, seus efeitos somente através da força motriz em seu segundo plano: a pauta que abrange toda a sociedade.” (p.242).

Dessa forma, os assuntos dessa espécie deverão ter assento, prioritariamente, em órgãos políticos democráticos, com a ampla participação e poder de decisão dos

setores afetados, restando a atuação do Judiciário num plano subsidiário, interferindo nas políticas de forma excepcional, em caso de descumprimento dos deveres decorrentes das normas jusfundamentais.

No que tange à “reserva do financeiramente possível”, reproduz-se a lição

i. não há como desvincular os direitos sociais do contingenciamento financeiro e institucional por parte do Estado para sua prestação; ii. embora se reconheça a vinculação, bem como a escassez de recursos, a contingência material não invalida os direitos sociais, tampouco a obrigação estatal pelo seu cumprimento; iii. visando compatibilizar o descompasso narrado, é necessário o reconhecimento da progressividade do adimplemento dos direitos sociais; iv. o mínimo existencial deve ser resguardado sempre; v. nas demais situações (além da zona recoberta pelo mínimo existencial), a decisão judicial deverá ser criteriosa, baseando-se em provas robustamente produzidas e não na mera alegação de recursos da Administração Pública; vi. quando da ocorrência de severas crises financeiras e recessões generalizadas, admite-se que os direitos sociais possam sofrer restrições quanto à efetividade, que devem estar adstritas ao momento específico de forma que, ultrapassada a crise, os direitos sociais deverão ser novamente adimplidos pelo Estado. (ALVES, 2013, p.196).

Feitas essas digressões, analisaremos os demais obstáculos comumente apontados, agora especificamente, contra a proibição de retrocesso social, quais sejam: a “constitucionalização do direito legal” e a “posição mais favorecida dos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade”.

A alegada “constitucionalização do direito legal” parte do pressuposto de que a aceitação de uma tal proibição consistiria na verdade na aceitação de uma “cláusula de recepção constitucional”, isto é, as normas densificadoras de direitos sociais de eficácia limitada integrariam o bloco de constitucionalidade relativos a esses. Para os críticos, isso acarretaria a subversão da hierarquia normativa, ao se atribuir valor constitucional às normas integrativas de direitos sociais, ou, pior, ao se atribuir valor superior às normas constitucionais, uma vez que as primeiras seriam intangíveis, ao passo que as segundas são alteráveis e, em muitos casos, até mesmo suprimíveis (PINTO E NETTO, 2010, p.145).

Ora, em primeiro lugar, mister se faz esclarecer que não se entende haver qualquer espécie de subversão no caso. Isso porque a proibição de retrocesso social possui como objeto de proteção as próprias normas jusfundamentais que carecem de interposição legislativa para plena produção de seus efeitos. Da mesma forma, grande parte da doutrina se esquiva de tal oposição recorrendo à ideia de núcleo essencial do direito fundamental, ressalvando que para além desses não haveria impedimento à

modificação ou supressão no conteúdo¹¹⁸. Trata-se, em última análise, da proteção da supremacia da Constituição que, para sua efetividade, exige a criação de condições normativas e institucionais mínimas, cujo descumprimento acarreta a omissão inconstitucional que deve ser afastada pelo Judiciário. Sobretudo, diante da Constituição, como a brasileira, onde há elementos suficientes para a determinação da existência de um dever de legislar: seja pela previsão da Ação de inconstitucionalidade por omissão, seja pela previsão de normas que densificam significativamente a atuação do Legislador (PINTO E NETTO, 2010, p.146-147).

A objeção acima denominada como a “posição mais favorecida dos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade” critica a proibição de retrocesso social na medida em que tal proteção, supostamente, conferiria aos direitos sociais uma força maior que a tida pelos direitos de liberdade. Essa crítica foi formulada pioneiramente pelo Tribunal Constitucional Português em votos vencidos. Inicialmente, cumpre lembrar que a crítica pode até ter certa pertinência no contexto de Portugal, onde os direitos, liberdades e garantias possuem um regime jurídico diverso dos direitos sociais, econômicos e culturais. No caso brasileiro, “a controvérsia sobre qual espécie de direitos deve ter maior ou menor proteção é ociosa” (DERBLI, 2007, p.274). Ademais, na verdade não se trata de conferir maior proteção aos direitos sociais, mas de equivaler a proteção que lhe é conferida aos direitos de liberdade. Aliás, da mesma forma que ocorre com os direitos de liberdade, o que já se trata de questão pacificada, é a proteção do núcleo essencial do direito social, isto é, busca-se o mesmo grau de proteção para ambas as gerações de direitos fundamentais.

Em apertada síntese, foram apresentadas as principais objeções apontadas em doutrina e jurisprudência ao reconhecimento de um princípio de proibição de retrocesso social. Antes de se adentrar no tópico seguinte, recorda-se neste ponto uma objeção particularmente descrita e acatada por Derbli, designadamente, “a suposta existência de um princípio ‘genérico’ de proibição de retrocesso”. Na verdade, não se trata de uma objeção à proibição de retrocesso social, mas à aplicação do princípio a todas as normas constitucionais ou a todas as normas jusfundamentais, preconizando, portanto, a restrição de sua abrangência material aos direitos sociais (DERBLI, 2007, p.259-265).

¹¹⁸ No mesmo sentido: SARLET (2010, p. 95).

Partindo da classificação de Barroso, consoante citado supra, das normas constitucionais em normas programáticas, normas de organização e normas definidoras de direitos, Derbli esclarece o seguinte: as normas programáticas não demandariam concretização legislativa, constituindo apenas fins e objetivos a serem perseguidos no exercício das atividades estatais; as normas de organização, por sua vez, veiculam ordens, mas não conteriam imposições ou deveres legiferantes¹¹⁹, portanto, não demandam concretização e aperfeiçoamento legislativo permanentes (não ensejando, assim, omissões inconstitucionais a serem impugnadas em juízo através de mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade) e não se relacionam à proibição de retrocesso social; similar o que ocorre com as normas definidoras de direitos de liberdade e direitos políticos, uma vez que veiculam direitos com vistas à limitação da atividade do Estado e não para conferir-lhe um papel de agente positivo (DERBLI, 2007, p. 259-260).

Em que pese a notável contribuição do constitucionalista carioca, neste ponto distancia-se do seu posicionamento. Isso com base nos seus próprios argumentos. Primeiramente, lembramos que os direitos fundamentais em geral, e entre eles os direitos de liberdade e os políticos, veiculam, para além de um comando de abstenção, também um de ação, ainda que secundário, no sentido de instrumental, conforme analisado no capítulo 3. De fato, de pouco adiantaria a previsão de direitos de liberdade e políticos sem as respectivas garantias e proteções materiais. Mas não é só isso. Eles trazem consigo uma dimensão objetiva que impede tratamento contrário aos seus preceitos. Muito embora nesses casos seja possível a impetração da ação direta de inconstitucionalidade, nada impede que a proibição de retrocesso forneça parâmetros para aferição da eventual (in)constitucionalidade.

Com relação às normas programáticas, reitera-se o entendimento de que todas as normas fundamentais possuem força normativa, incidindo-lhe o disposto no artigo 5, §1º da Constituição Federal que estabelece sua aplicabilidade imediata. Nesse sentido, uma vez concretizada a finalidade ou o objetivo veiculado pela norma

¹¹⁹ A diferenciação entre ordem de legislar e dever de legislar foi elaborada por Canotilho, para quem a primeira se esgotaria num único ato (ou numa sequência de atos) legislativo, a ser realizado num certo período de tempo; são considerados deveres de legislação abstratos, isto é, não estabelecem concretamente o que o legislador deve fazer para se poder falar em silêncio inconstitucional. Já o dever de legislar caracteriza-se por três atributos: (i) o *se* do legislador, ao dirigir uma ordem concreta ao legislador que não poderá escolher entre fazer e não fazer; (ii) o *quê*, delineando a matéria a ser concretizada no plano constitucional; e, por fim, (iii) o *como*, ao estabelecer diretivas materiais a servirem de diretrizes para o legislador (DERBLI, 2007, p.46-56).

programática, o grau de densificação legislativa não pode ser pura e simplesmente suprimido ou reduzido, sem qualquer justificativa de envergadura constitucional. Conforme o próprio Derbli alerta, a Constituição em países como o Brasil precisa manter-se como aquela norma suprema que consagra o projeto de modernidade para a sociedade. Precisa conter, ainda, propostas com vistas à emancipação social, visando a igualdade substantiva e a conquista de uma democracia real e plural (p.43). E arremata

enquanto houver injustiça social e opressão, estará confiada à Constituição a tarefa de indicar ao Estado e aos particulares os caminhos para garantir a redução das desigualdades entre os indivíduos, a participação democrática e plural na vida em comunidade e a proteção dos direitos fundamentais, observando-se os valores eleitos por um povo como supremos para sua existência e desenvolvimento (p.41)

Tomando-se como fundamento seus próprios argumentos, portanto, é possível rechaçar suas conclusões. De fato, as regras que, de uma maneira especial, veiculam esse projeto de modernidade emancipador são as próprias normas ditas programáticas. Nesse sentido, admitir-se a imprescindibilidade de sua densificação num contexto de abissais desigualdades e injustiças, para em seguida lhe negar a normatividade negativa após concretização, no sentido desenvolvido por Vital Moreira e Canotilho (vide supra) constitui-se, no mínimo, um contrassenso.

Da mesma forma, rechaça-se a não incidência da proibição de retrocesso sobre as normas de organização. Como se não bastasse a já referida ligação intrínseca entre as normas organizacionais e os direitos substantivos (de tal forma que sua alteração ou supressão possa inviabilizar a própria fruição do direito que se garante através dela), poder-se-ia, a fim de afastar qualquer possibilidade de refutação, mencionar o temperamento aduzido pelo próprio autor, paradoxal, diga-se de passagem, pois, após afirmar que a proibição de retrocesso não se aplica ao caso, ato contínuo considera a existência de um dever do legislador no sentido de atuar para o seu aperfeiçoamento (p.261) e da respectiva censurabilidade da omissão legislativa quanto a essa categoria – pelo que não poderá haver sua revogação sem substituição (p.271).

Tendo em vista tais observações, à guisa de conclusão desta parte do presente trabalho, adere-se ao entendimento de Sarlet (2012, p. 460; 2010, p.92), para quem a proibição objeto de análise não se restringe aos direitos sociais, mas protege e garante

todos os direitos fundamentais de uma forma ampla, incluindo-se, ainda, os objetivos constitucionais do artigo 3º, bem como todas as normas constitucionais impositivas de objetivos, programas e tarefas que possuam relevância para a consecução da justiça social e da dignidade humana para todos cidadãos.

De fato, na esteira de ALVES (2013, p.200-201), a eventual alegação de que a consideração de que o princípio de proibição de retrocesso social abarca todos direitos fundamentais conduziria ao confronto entre direitos fundamentais diferentes, não pode prosperar. De fato, a natureza semanticamente mais aberta das normas de direitos fundamentais propicia um embate mais frequente entre elas, decorrente, entretanto, não do princípio de proibição de retrocesso. Assim, no exemplo colacionado do possível embate entre o direito de propriedade e o direito de moradia, tem-se que, na sua eventualidade, a colisão será decorrente da desigualdade econômica que assola o Brasil. Tais colisões devem ser dirimidas pela aplicação da razoabilidade, entendida como uma operação cautelosa de prudência judicial orientada por *topoi*, com a externalização das pré-compreensões do intérprete e da discursividade constitucionalmente orientada, considerando-se os efeitos práticos das alternativas de sentido aferidas.

4.5 Da proibição do retrocesso socioambiental

Uma vez estabelecido que a proibição de retrocesso deve ser formulada em sentido amplo, de tal sorte a constituir-se como proteção e garantia de todos os direitos fundamentais, notadamente daqueles que promovam a justiça social e ambiental (SAMPAIO, 2013), cumpre nesta altura repisar de forma contundente e específica aquilo que já foi ensaiado e sinalizado durante todo este trabalho: a fundamentalidade dos direitos socioambientais.

De acordo com a perspectiva geracional-historicista delineada preambularmente, a positivação, afirmação e expansão dos direitos fundamentais se formularam como respostas contingenciais a novas demandas despontadas no devir histórico. A noção de dignidade humana, como fundamento de todo este edifício de direitos matriciais, ordenadores e informadores de todo o ordenamento, foi sendo desconstruída e reconstruída sobre novas bases (não como uma ruptura absoluta com o passado, mas como uma continuação ou desenvolvimento do projeto político-

jurídico iniciado no Estado Liberal), agregando ao seu núcleo novos conteúdos, bem como novos titulares e destinatários.

Dessa maneira, surge o Estado Socioambiental como a afirmação do Estado Social, no qual se reconhece constitucionalmente os direitos fundamentais e são fornecidos meios jurisdicionais para sua efetivação, dentre os quais, e com destaque, o direito ambiental. Isso porque, tendo em vista o desenvolvimento científico e o delineamento da sociedade de risco, consolidou-se a compreensão de que o direito à vida, bem como o respeito à dignidade humana, só são alcançáveis num contexto ambiental saudável e equilibrado, que propicie qualidade de vida aos seres nele inseridos. Dessa forma, o vocábulo socioambiental designa a necessidade da convergência da proteção social e ambiental no mesmo projeto jurídico-político, com vistas ao melhor desenvolvimento dos seres (LINS, 2012, p.47-63).

Nesse sentido, assevera Sampaio

Não se pode mais pensar, por outro lado, apenas na questão social a ser resolvida como se fosse um problema sem relação com as práticas de degradação e de esgotamento dos recursos naturais. A saúde, a educação, a moradia, o emprego e o próprio desenvolvimento se acham diretamente relacionados com a quantidade e a qualidade do manejo ambiental, requerendo ações públicas integradas. Por isso mesmo, o princípio da proibição de regressividade não se atém apenas ao ‘social’, avançando para sua projeção mais atual e imperiosa: ‘socioambiental’ (SAMPAIO, 2013, p.20).

No Estado Socioambiental de Direito o âmbito de incidência da cláusula de vedação de retrocesso é alargado, portanto, para abarcar, além dos direitos sociais, econômicos e culturais, também os direitos ambientais, uma vez que esses refletem de forma direta naqueles. Sobretudo num cenário de flexibilização¹²⁰ das normas de proteção ambiental justificado pela necessidade de aceleração do crescimento econômico, avulta-se de importância o reconhecimento e a aplicação da cláusula em análise, visando, na esteira de Sarlet e Fensterseifer, a garantia da proteção dos

¹²⁰ Essa tendência apresenta-se de forma patente no ordenamento brasileiro: no âmbito da União destaca-se a polêmica aprovação do Novo Código Florestal, que reduziu áreas de proteção ambiental em relação ao antigo, gerando manifestações de diversos setores da sociedade civil, solicitando o veto da lei recém-aprovada à época no Congresso Nacional. Anteriormente, já no domínio dos estados-membros, cita-se o caso de Santa Catarina, que, por ocasião da aprovação da Lei 14.675/2009 (o Código Estadual do Meio Ambiente), reduziu substancialmente os níveis de proteção ambiental estabelecidos pela norma geral da União. Para maior aprofundamento no estudo desses casos, cf. SARLET; FENSTERSEIFER (2013)

direitos fundamentais ao meio ambiente equilibrado, à saúde e à vida (THOMÉ, 2013, p.86).

Dessa forma, juntamente com Lins (2012, p.66), tem-se que os direitos socioambientais são dotados de fundamentalidade formal (quando albergados expressamente do texto da Constituição) e também material (mesmo os não positivados, dado o caráter materialmente aberto dos direitos fundamentais, consoante estipulado no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988). A abertura material contida no dispositivo possibilita que integrem o rol dos direitos socioambientais: (i) os direitos expressamente previstos no Título II da Constituição; (ii) outros direitos positivados (portanto, formal e materialmente constitucionais), inobstante dispersos no texto constitucional; (iii) os direitos não escritos, porém decorrentes do regime e dos princípios adotados; e, por fim, (iv) os direitos estabelecidos em tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte.

Tendo em vista que os argumentos no que se refere à proibição da reversibilidade social foram objeto de análise no tópico anterior, ao qual se faz remissão, a partir daqui analisa-se, acrescentando aos anteriores, no que couber, os fundamentos para o reconhecimento de uma proibição de retrocesso socioambiental. Segundo Thomé (p.87), tal vedação justifica-se, outrossim: (i) por se constituir como instrumento de proteção e garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, (ii) pela observância do princípio da cooperação entre os povos e dos tratados internacionais de proteção ambiental em que o Brasil é signatário, (iii) pela ampliação do conceito de dignidade humana no contexto da sociedade de risco, (iv) pelo princípio da confiança, (v) pelo princípio da equidade intergeracional; (vi) pelo princípio do desenvolvimento sustentável, (vii) pela necessidade de observância de políticas públicas para a proteção do meio ambiente; e enfim, (viii) pela imperiosidade da aplicação do princípio da precaução diante da incerteza de dados científicos a respaldar a alteração das normas ambientais.

É o que se passa a analisar.

4.5.1 Sobre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e a necessidade da observância de políticas públicas para a efetivação da proteção ao meio ambiente

Conforme aventado no capítulo inaugural dessa dissertação, a primeira formulação conceitual do Direito Ambiental Internacional foi modulada com a

Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente em 1972, em que, diante do quadro de crise ambiental, discutiu-se amplamente o modelo de desenvolvimento econômico a ser adotado, assim como da correlata questão referente à utilização dos recursos naturais, consagrando, ao cabo, na conhecida Declaração de Estocolmo, 26 princípios, dentre os quais o direito a um meio ambiente equilibrado¹²¹ bem como o dever de proteção do meio ambiente (SANTOS, 2013, p.456). A fundamentalidade desse direito foi reafirmada, no plano internacional, pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992¹²², e, posteriormente, pela primeira versão, em 1997, da Carta da Terra¹²³, liberada após o fórum Rio +5 (THOMÉ, 2013).

Seguindo a tendência internacional, a Constituição de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a mencionar a palavra meio ambiente, dedicando um capítulo inteiro ao tratamento da matéria, além de diversas disposições esparsas no texto constitucional. Conforme anteriormente anotado, de importância singular é seu artigo 225, *caput*, no qual o direito em tela está expressamente estabelecido, nos seguintes termos: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1998).

Discutiu-se, nos tópicos anteriores, com o detalhamento necessário, que os direitos fundamentais não se restringem àqueles previstos no artigo 5º, sendo oportuno neste ponto apenas a menção a este fato que se constitui premissa basilar neste trabalho. Assim, o direito (e dever) ao meio ambiente ecologicamente equilibrado apresenta-se no ordenamento jurídico brasileiro como um direito formal e materialmente fundamental. Formal porque expresso no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal. Material porque constituem decisões fundamentais sobre a

¹²¹ Princípio 1 – “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras”.

¹²² Princípio 1 - “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”. Princípio 3 – “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras”.

¹²³ Princípio 4 – “Estabelecer justiça, e defender sem discriminação o direito de todos os povos à vida, liberdade e segurança da pessoa dentro de um meio-ambiente adequado à saúde e bem-estar espiritual humanos. Os povos têm o direito à água potável, ar limpo, solo descontaminado e alimento”.

estrutura básica da sociedade, decorrentes ou corolários do consenso constitucional expressado no preâmbulo, no artigo 1º (princípios fundamentais), 3º (objetivos fundamentais), 4º (princípios das relações internacionais), só para citar os principais (LINS, 2012, p. 65; SARLET, 2012, p. 75).

Dessa forma, o princípio da solidariedade (artigo 3º, I)- de uma maneira especial justamente por se constituir a fundamentação dos direitos da terceira geração ou dimensão -, da dignidade (artigo 1º, I) - analisada a seguir- , da cooperação entre os povos (artigo 4º, IX), o compromisso com a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades (artigo 3º, III), entre outros, sinalizam na direção da fundamentalidade material do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por essa razão, invoca-se a lição de Sarlet e Fensterseifer

A CF/88 consagrou, em capítulo próprio (art. 225), o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito (e dever!) fundamental da pessoa humana e estabeleceu um conjunto de princípios e regras em matéria de tutela ambiental, reconhecendo o caráter vital da qualidade (e segurança) ambiental para o desenvolvimento humano em níveis compatíveis com a sua dignidade, no sentido da garantia e promoção de um completo bem-estar existencial. A CF88 (art. 225, caput, e art. 5.o, § 2.o) atribuiu ao direito ao ambiente o status de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental – de Direito brasileiro, o que conduz ao reconhecimento, pela ordem constitucional, da dupla funcionalidade da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual toma a forma simultaneamente de um objetivo e tarefa estatal e de um direito (e dever) fundamental do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico (FENSTERSEIFER; SARLET, 2010, p.120/121).

Canotilho (2008, p.177-189) anota que diversas Constituições (alemã, finlandesa, sueca) tratam o ambiente como fim ou tarefa do Estado, isto é, como normas programáticas que, muito embora gozem de uma normatividade negativa e sirvam como diretriz hermenêutica, são dependentes de interposição legislativa para concretizar seu conteúdo, delimitando seu âmbito de proteção e criando posições jurídico-subjetivas aos indivíduos. Nesse sentido, salienta a importância de se analisar o ordenamento em específico a fim de se determinar a natureza da proteção concedida ao meio ambiente.

Sendo assim, e partindo de uma caracterização geral de direito subjetivo fundamental originário como a posição jurídica pertencente ou garantida a qualquer pessoa com base numa norma de direitos fundamentais, o autor português conclui

não haver óbices ao reconhecimento de um direito subjetivo fundamental ao meio ambiente nos ordenamentos espanhol e português, ao contrário, porque: “(1) existe uma posição jurídica ambiental garantida à pessoa; (2) posição garantida através de um preceito inserido nas disposições sobre direitos fundamentais na Constituição.” (p.185).

Tomando como premissa as ponderações tecidas pelo constitucionalista luso, pode-se concluir, na sua esteira, que, no Brasil, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi assegurado tanto objetiva, quanto subjetivamente. Para Canotilho (2008, p.187-189), existem três momentos subjetivos do direito ao ambiente: (i) na qualidade de direitos procedimentais ambientais, sob a forma de direitos à informação, direitos de participação e direitos de ação judicial; (ii) como predicado de um direito à proteção do ambiente; e, ainda, como (iii) direitos à prestações ambientais originárias (que suscitariam os mesmos questionamentos que os direitos à prestações costumam provocar e que, por esta razão, remete-se ao capítulo anterior, quando foi dado tratamento sistematizado ao tema).

No mesmo diapasão, Gavião Filho (2005, p.139-157) sustenta o direito fundamental ao ambiente como um direito a prestações em sentido amplo. Para o autor, o artigo 225 da Constituição Federal estabelece um “direito fundamental como um todo” ou “completo”, isto é, como um “feixe de posições jurídicas”, no sentido desenvolvido por Alexy e aqui adotado. Por essa razão, o direito ao ambiente possui uma feição negativa que determina a não afetação de situações, o não embaraço de determinadas ações e a não eliminação de posições do titular do direito. Como um direito a prestações em sentido amplo, demandaria a realização de ações fáticas e normativas para impedir que terceiros causem dano ambiental (direito à proteção do ambiente), imporia a criação de organizações e procedimentos instrumentalizantes da efetivação do direito ao ambiente (direito à organização e ao procedimento) e, enfim, reclamaria prestações fáticas ou materiais, especificamente relacionadas ao bem protegido pelo direito ao ambiente.

Nesse passo, estabelece-se a intrínseca relação entre a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e as políticas públicas¹²⁴.

¹²⁴ Sobretudo num cenário de intensas desigualdades, como o brasileiro (que está entre as 7 maiores economias do mundo, mas ocupando, simultaneamente, a 85ª posição no Índice de Desenvolvimento Humano), as políticas públicas avultam-se de importância como instrumento planejador, condutor, executor e fiscalizador de prestações normativas e fáticas destinadas a efetivar a transição de uma economia industrial capitalista tradicional para um modelo baseado na sustentabilidade e no

Para além do dever do Estado e de particulares de remover e não criar obstáculos para a efetivação do direito em questão, Sarlet e Fensterseifer elencam uma série de medidas de cunho positivo a serem tomadas pelos órgãos públicos: criar legislação penal, processual, de responsabilidade civil, administrativa; controle e fiscalização de ações poluidoras, criação de unidades de conservação e de órgãos públicos destinados à tutela ecológica, promoção de campanhas de conscientização e educação. No que se refere aos fenômenos atrelados às mudanças climáticas, exige-se, ainda, sistemas de monitoramento, alerta imediato e ação urgente diante de ameaças ambientais.

“E, quanto tal (tutela estatal) não ocorrer, por omissão ou atuação insuficiente, o Estado-Juiz poderá ser acionado para coibir ou corrigir eventuais violações aos parâmetros constitucionalmente exigidos em termos de proteção e promoção do ambiente, da vida humana e não humana” (FENSTERSEIFER; SARLET, 2010, P.126-127). Da mesma forma, estariam, a princípio, proibidas as medidas que abolissem a tutela conferida, retornando a um estágio de omissão inconstitucional, bem como as que a reduzissem injustificadamente, estabelecendo uma proteção insuficiente. Isso porque, conforme anotado, ao se dar satisfação ao direito pendente de densificação, sua concretização ingressa no bloco de constitucionalidade do referido direito, tornando-se um típico direito de defesa, a impedir medidas que atentem contra sua eficácia e efetividade.

E não há que se falar em ofensa à separação dos poderes, ao princípio democrático (o que já foi analisado oportunamente), pois, caso assim fosse, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, que, após realização dos seus mandamentos pelos destinatários, não ofereceria qualquer impedimento ao desfazimento da sua concretização:

Seguindo tal entendimento, não é possível, portanto, admitir-se uma ausência de vinculação do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) às normas de direito sociais (e também às normas dos direitos ecológicos ou socioambientais), assim como, ainda que em medida

desenvolvimento, no sentido atribuído por Amartya Sen, na sua obra *Desenvolvimento como Liberdade* (2000), isto é, como um processo de expansão das liberdades reais ou das capacidades dos indivíduos. Obviamente, assim como o autor, não se está aqui a defender uma exclusiva responsabilidade do Estado, sobretudo através dos seus órgãos políticos, pela efetivação desse processo que inclui a realização dos direitos fundamentais como um todo, demandando para seu sucesso o engajamento de diversos setores da sociedade e de *instituições* como o mercado, custeio social, regulamentação pública, boa condução da máquina estatal. Contudo, o enfoque neste trabalho volta-se, preponderantemente sobre o papel do aparato estatal, notadamente do Judiciário, como última via de realização dos direitos fundamentais, frutos do consenso constitucional de um povo sobre as diretrizes supremas de uma sociedade.

diferenciada, às normas constitucionais impositivas de fins e tarefas em matéria de justiça social, pois, se assim fosse, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social (e ecológica) apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição. Valendo-nos aqui da lição de Jorge Miranda (que, todavia, admite uma proibição apenas relativa de retrocesso), o legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) que concretizam os direitos fundamentais, pois isso equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador. (FENSTERSEIFER; SARLET, 2010, p.148)

Quanto ao grau de afetação do sistema de direitos fundamentais para que a atuação seja considerada proibida, não há consenso em doutrina e jurisprudência. Identifica-se, contudo, duas correntes principais: uma minimalista (que aceita reduções no âmbito de proteção até o conteúdo essencial ou mínimo vital) e uma maximalista (que não admite qualquer tipo de redução no âmbito de proteção do direito fundamental). Ora, diante do cenário de incertezas e de riscos da Modernidade Reflexiva, bem como das dificuldades daí decorrentes do que viria a ser um mínimo ambiental e, também, em razão da imprevisibilidade da amplitude do dano e de sua eventual irreparabilidade, urge tomar-se como ponto de partida a corrente maximalista, condizente, ainda, com o princípio da precaução adotado pelo Direito Ambiental Internacional.

Contudo, isso não significa o absoluto engessamento da atividade política na esfera ambiental. Na esteira de Sampaio (2013, p.16), entende-se que, apenas em contextos de crise e de absoluta insuficiência de recursos para manutenção dos serviços e políticas públicas será admissível uma restrição no âmbito de proteção do direito no plano infraconstitucional, desde que mantido o núcleo essencial do direito atingido e o mínimo para uma existência digna. À exceção dessa hipótese, há aqueles ainda que admitem medidas compensatórias que supram os danos oriundos da regressividade. Nesses casos, há que se avaliar o caso concreto, sendo temerário deixar uma resposta pronta para todos os casos. Decerto, mister se fará indagar se será o caso de um real retrocesso na proteção do bem protegido pelo direito.

4.5.2 Desenvolvimento Sustentável

Conforme aventado inicialmente, os modelos de desenvolvimento adotados pelos Estados sempre foram tratados de forma reducionista, preponderantemente atrelados a uma ideia economicista, tendo como parâmetro principal de aferição o desenvolvimento do PIB. Com o delineamento da sociedade de risco, que ensejou diversos desenvolvimentos nesse temário, surge o conceito de desenvolvimento sustentável, abordado de forma incipiente¹²⁵ em 1972, em Estocolmo, quando foi visto com muitas reservas, sobretudo pelos países em desenvolvimento, que vislumbravam no crescimento econômico e na industrialização a única via de alcançar patamares de desenvolvimento equiparáveis aos de países de primeiro mundo. “Let me die polluted”, foi uma emblemática frase utilizada por um dos representantes do terceiro mundo, lembra Kiss (1995, p.30), que, em geral, consideravam o problema ambiental uma questão dos países desenvolvidos.

As diretrizes do princípio do direito ao desenvolvimento foram estabelecidas em 1966, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) adotado pela Assembleia Geral da ONU, mormente em razão da articulação direta dos direitos dessa natureza à capacidade econômico-financeira do Estado. Cita-se, *v.g.*, (art.1(1)) o direito à autodeterminação (princípio da soberania), que inclui o direito a perseguir livremente o desenvolvimento econômico, social e cultural; ainda, e, como decorrência do anterior, (art.2(2)) sublinha-se que o grau de implementação dos direitos econômicos previstos no pacto é matéria afeta à discricionariedade dos signatários, desde que devidamente garantidos os direitos humanos (KISS, 1998, p.31).

O princípio do desenvolvimento, assegurado no plano internacional, sobretudo no processo de descolonização ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, revela esse desejo dos países em desenvolvimento de separarem seus objetivos econômicos dos países desenvolvidos, reafirmando a soberania permanente daqueles dos Estados sobre seus recursos naturais, mas também em todas demais áreas, econômica, política, social. Contudo, a abordagem estritamente econômica, revelou-se inadequada, inclusive para tais países, diante do novo quadro de crise delineado, e, além disso, não surtiu os efeitos esperados pelos desenvolvimentistas da década de 60 e 70. Dessa feita, a nova declaração da ONU sobre direito ao desenvolvimento, de

¹²⁵ Conforme apontamento realizado pelo professor Doutor José Cláudio Junqueira Ribeiro, por ocasião da defesa da presente dissertação, realizada no Auditório da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Unidade Coração Eucarístico, em 22 de abril de 2014, o tema do desenvolvimento sustentável se delinea de forma clara a partir do Relatório Brundtland, de 1987.

2001, promoveu a substituição da doutrina da separação e independência entre Estados pela doutrina da integração de todos os países na perseguição de objetivos comuns, sobretudo nas questões atinentes ao meio ambiente (WORLD, 2003, p.11).

Em verdade, o próprio Kiss alerta que esse quadro não se manteve por muito tempo: durante a própria conferência, quando o ponto de vista de países desenvolvidos foram seriamente considerados, e, sobretudo, nos anos seguintes¹²⁶, pois, (i) evidenciou-se a relação entre a deterioração do meio ambiente, pobreza e as suas consequências de forma reiterada; (ii) constatou-se que, embora os países desenvolvidos sejam os maiores responsáveis pela degradação ambiental, seus efeitos (como enchentes e desertificação, por exemplo) são mais prejudiciais em países em desenvolvimento, portanto, também mais suscetíveis a arcarem com seus recursos naturais pelos custos de um desenvolvimento descontrolado; e, por fim, (iii) aponta-se o fato dos países em desenvolvimento dependerem da integridade e da produtividade do meio ambiente para a garantia do direito à alimentação e ao bem-estar de seus indivíduos (p.30).

Assim, já em 1986, a Resolução 41/128 da ONU, conhecida por *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*, conceituou, em seu preâmbulo, o desenvolvimento como um processo “global, econômico, social, cultural e político que visa a melhorar continuamente o bem estar do conjunto da população e de todos os indivíduos, embasado em suas participações ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na partilha equitativa das vantagens decorrentes”. No seu artigo 2º, §1º, assinala-se que o ser humano é o sujeito central do desenvolvimento. Dessa feita, desenvolvimento não pode mais ser reduzido à noção de crescimento econômico, mas como expansão concreta das liberdades dos indivíduos, o que inclui a participação dos mesmos na condução deste processo (MACHADO, 2013, p.71-73).

O conceito acima apresentado remete à obra de Sen (2000), *Desenvolvimento como Liberdade*, na qual o multicitado economista, da mesma forma, associa o desenvolvimento a um processo plural, aberto e pragmático de expansão das liberdades substantivas que os indivíduos desfrutam. Dessa forma, associa-se o desenvolvimento à efetivação das três gerações de direitos, tirando-se o enfoque dos meios para os fins a serem perseguidos pelo desenvolvimento e enfatizando o papel

¹²⁶No mesmo ano, foi lançado o estudo *Limites do Crescimento*, pelo Clube de Roma, conforme citado no segundo capítulo.

dos três poderes, de partidos políticos, organizações não governamentais, mídia e comunidade em geral nesse processo, mormente em razão de seus efeitos sobre a afirmação dessas liberdades¹²⁷ (MENEZES; RIBEIRO, 2008, p.47 e ss).

Tendo em vista a relação intrínseca entre meio ambiente e direitos humanos ou fundamentais, de um lado, e a dependência da efetivação dos direitos do desenvolvimento econômico, de outra parte, vem se delineando e se aprimorando paulatinamente, desde então, o conceito de desenvolvimento sustentável, que é, ao menos aparentemente, um paradoxo. Essa contradição não se faz apenas teoricamente, mas na prática, no mundo da vida, onde se observa um constante desprezo pelas questões ambientais em favor de interesses econômicos. A mudança quantitativa (crescimento) para qualitativa (desenvolvimento) ainda sofre muita resistência das tradicionais instituições políticas e econômicas (KISS, 1995, p.31-37; MACHADO, 2013, p.73-74).

Conforme sobredito, o debate sobre a questão do desenvolvimento atrelada ao meio ambiente pode ser remetida à Conferência de Estocolmo, que, embora não tenha utilizado a expressão “desenvolvimento sustentável” (que, posteriormente, se tornou emblemática), estabeleceu princípios basilares como o da equidade intergeracional e o direito das gerações futuras, da proteção dos recursos naturais contra o esgotamento, da maximização e repartição igualitária dos benefícios sociais, econômicos e ambientais, só para citar alguns. Entretanto, somente na Declaração da Conferência do Rio de Janeiro de 1992, que o desenvolvimento sustentável foi tratado de forma direta e ampla, sendo expressamente mencionado em 11 dos 27 princípios do documento (MACHADO, 2013, p.76-77).

1) Os seres humanos estão no centro das preocupações relativas ao desenvolvimento sustentável (*princípio 1*, primeira frase). 2) ***Para chegar a um desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deve fazer parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente*** (*princípio 4*). 3) Todos os Estados e todos os povos devem cooperar na tarefa essencial de eliminação da pobreza, o que constitui uma condição indispensável do desenvolvimento sustentável, com o fim de reduzir as diferenças de níveis de vida e de responder, de

¹²⁷“Sen elenca cinco tipos distintos de liberdades instrumentais, a saber: 1 – liberdades políticas (eleições e livre expressão do pensamento); 2 – facilidades econômicas tais como a participação no comércio e na produção; 3 – oportunidades sociais e o acesso aos serviços de saúde e educação; 4 – garantias de transparência e, por último, 5 – segurança protetora. A primeira está referida diretamente ao exame da liberdade e a segunda ao universo mais empírico no qual ocorrem as inter-relações de tipos diferentes de liberdades e o efeito complementar de cada uma delas. Ao propor estas liberdades, o autor entende que essas liberdades devam estar asseguradas nas sociedades democráticas” (MENEZES; RIBEIRO, 2008, p.47).

forma melhor, às necessidades da maioria dos povos do mundo (*princípio 5*). 4) Os países desenvolvidos admitem a responsabilidade que lhes incumbe no esforço internacional em favor do desenvolvimento sustentável, levando em conta as pressões que suas sociedades exercem sobre o meio ambiente mundial e as técnicas e recursos financeiros que eles dispõem (*princípio 7*, segunda frase). 5) Com o fim de chegar a um desenvolvimento sustentável e a uma melhor qualidade de vida para todos os povos, os Estados deverão reduzir e eliminar os modos de produção e de consumo não viáveis e promover políticas demográficas apropriadas (*princípio 8*). 6) Os Estados deverão cooperar ou intensificar o reforço das capacidades endógenas em matéria de desenvolvimento sustentável melhorando a compreensão científica pelas trocas de conhecimentos científicos e técnicos e facilitando a atualização, a adaptação, a difusão e a transferência de técnicas, compreendidas as técnicas novas e inovadoras (*princípio 9*). 7) Os Estados deveriam cooperar para promover um sistema econômico internacional aberto e favorável, apropriado a criar crescimento econômico e desenvolvimento sustentável em todos os países, o que permitiria agir, de forma melhor, contra os problemas de degradação do meio ambiente (*princípio 12*). 8) As mulheres têm um papel vital na gestão do meio ambiente e o desenvolvimento. Sua plena participação é essencial à realização de um desenvolvimento sustentável (*princípio 20*). 9) É preciso mobilizar a criatividade, os ideais e a coragem dos jovens do mundo inteiro com o fim de criar uma parceria mundial, de modo a assegurar um desenvolvimento sustentável e garantir-lhes um futuro melhor (*princípio 21*). 10) As populações e comunidades autóctones e outras coletividades locais têm um papel a desempenhar na gestão do meio ambiente e do desenvolvimento, pelo fato de seus conhecimentos do meio e de suas práticas tradicionais. Os Estados deveriam reconhecer sua identidade, sua cultura e seus interesses, concedendo-lhes todo apoio necessário e permitir-lhes participar eficazmente na realização de um desenvolvimento sustentável (*princípio 22*). 11) Os Estados e os povos deveriam cooperar de boa-fé e em espírito de solidariedade para a aplicação dos princípios consagrados na presente Declaração e ao crescimento do direito internacional no domínio do desenvolvimento sustentável (*princípio 27*). (MACHADO, 2013, p.76-77)

Anota-se, oportunamente, não ter sido a primeira vez a ser utilizada a expressão desenvolvimento sustentável, pois essa já havia sido empregada no plano internacional. Não foi, muito menos, a última, já que o seu conceito e dimensões vêm sendo paulatinamente formulados e reformulados. O conceito atual de sustentabilidade envolve um tripé que integra questões ambientais, sociais e econômicas. Imbuída nesse espírito, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio +20, inicia o rol da Resolução aprovada pela Assembleia Geral em 27 de julho de 2012 e assinada por todos os Estados presentes afirmando que a erradicação da pobreza é a maior mazela a ser enfrentada em todo mundo, apresentando-se como condição indispensável ao desenvolvimento sustentável, que integra aspectos econômicos, sociais e ambientais. Nessa declaração foi assumido pelos signatários o compromisso com o crescimento inclusivo e equitativo, que crie maiores oportunidades para todos, a fim de reduzir desigualdades

e melhorar os níveis de vida básicos, promovendo a ordenação integrada e sustentável dos recursos naturais e dos ecossistemas, compromissos que perpassam a revisão dos modelos de produção e consumo, contribuindo, assim, para o desenvolvimento social, humano e econômico (ONU, 2013b).

Desvela-se, dessa forma, a relação de interdependência entre os três cânones do desenvolvimento sustentável, quais sejam: o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento social e a proteção ambiental. Entretanto, não raras vezes, ao crescimento econômico é dado maior peso nas escolhas políticas em especial devido à capacidade de penetração e pressão dos grandes detentores do capital em todas instâncias decisórias. Por essa razão, sobrepuja de importância o enfoque na questão ambiental, mormente num contexto de crise ambiental da sociedade de risco, no qual a urgência da manutenção de níveis de proteção do meio ambiente é justificada pela própria imprevisibilidade das consequências da degradação ambiental sobre a qualidade de vida e sobre a própria vida no planeta.

Ademais, o meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui premissa necessária à efetivação dos demais pilares, o que foi mais detalhadamente trabalhado no capítulo segundo. “Sem condições ambientais saudáveis, caem por terra todas as conquistas individuais e sociais alcançadas pelo ser humano, não havendo que se falar, muito menos, em busca de objetivos futuros, como de crescimento econômico” (THOMÉ, 2013, p.115). Para Thomé, a proteção ambiental, neste momento de risco ambiental e de transição para uma nova modernidade, não permite qualquer redução no seu nível de proteção, pelo que se avulta de importância a atuação do Poder Judiciário e o reconhecimento de um princípio de vedação de retrocesso socioambiental, a ser utilizado na ausência de observação desse pilar central da sustentabilidade pelos demais poderes (p.112-116).

O ordenamento jurídico brasileiro prevê em sua norma superior a necessidade de equilíbrio dos três pilares do desenvolvimento sustentável ao dispor sobre os fundamentos e princípios da ordem econômica brasileira. Já no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal tem-se que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tendo por finalidade “assegurar a todos uma existência digna conforme a justiça social”, observados os princípios: da função social da propriedade (inciso III), da defesa do meio ambiente (inciso VI) e da redução das desigualdades regionais e sociais (VII). Em outras passagens também se revela evidente a preocupação do constituinte brasileiro com a sustentabilidade, como no

art.186, I a IV, ao estabelecer o princípio da função social da propriedade rural, bem como no art.225, que estabelece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

No âmbito doutrinário também não faltam esforços no sentido da definição do que seja desenvolvimento sustentável para que se possa, concretamente, avaliar o novo projeto de economia e sociedade. Alguns enfatizam a exigência de manutenção das potencialidades de geração de riquezas e bem-estar; outros ressaltam a necessidade de se estabelecer meios para sua consecução mais do que em defini-la, como Riechmann, que prioriza a gestão dos recursos ambientais pautados por seis critérios desenvolvidos pelo autor. Outra divisão se funda na possibilidade plena (concepção fraca) ou não (concepção forte) de fungibilidade de recursos. A segunda defende que o capital natural é insubstituível por qualquer outro, portanto, devido à escassez desse, restringe-se o horizonte de crescimento indefinido. Enquanto, isso, os primeiros adotam postura mais “otimista”, sustentando que o homem encontrará outros capitais naturais e/ou alternativos que preservem bem-estar igual ou superior ao atual às gerações futuras (SAMPAIO, 2003, p.48-49).

Independentemente do enfoque que se dê, observa-se um traço comum a todas as formulações sobre o desenvolvimento sustentável, que é a preocupação com a manutenção ou melhoria das condições ambientais, de tal sorte a assegurar a equidade intergeracional, bem como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado das gerações presentes e futuras, para o que se revela indispensável uma política ambiental mundial integradora¹²⁸. Esses são os próximos temas a serem abordados a seguir.

4.5.3 A equidade intergeracional

A equidade intergeracional é um conceito reputado como o eixo central do desenvolvimento sustentável, que tem sido, por sua vez, considerado o novo paradigma para lidar com as novas dimensões de tempo, espaço e alcance dos problemas ambientais na Modernidade Reflexiva. Como justificativa para um modelo de desenvolvimento calcado na ampliação da liberdade substantiva do homem, observa-se tratar de um paradigma antropocentrismo, embora alargado, pois, ainda que

¹²⁸ Para uma compilação dos principais conceitos de desenvolvimento sustentável, cf. MACHADO (2013, p. 71 e ss); SAMPAIO (2003, p.47 e ss).

o homem seja o motivo e o fim do limite ao crescimento econômico, agrega-se a essa premissa a ideia de que o homem deve atribuir valor à natureza não apenas pela sua utilidade, mas por seu valor intrínseco (BRANDÃO; SOUZA, 2010, p.163-175).

Embora a preocupação com o bem-estar das futuras gerações venha de longa data, podendo ser remetida a obras de Cícero, Kant, Bentham, Locke, Marx, entre outros (BRANDÃO; SOUZA, 2010, p.163-175), é o delineamento da Modernidade Reflexiva que oportunizou sua configuração de forma mais ampla e precisa. Atribuiu-se o desenvolvimento do conceito a Edith Brown Weiss, que, a partir da Conferência de Estocolmo (na qual se abordou com ineditismo o tema), denunciou a insuficiência dos atuais instrumentos econômico-ambientais, uma vez que são analisados à luz da geração presente, bem como das políticas e instituições, que tendem a focar-se em metas de curto prazo, dedicando pouca atenção a questões de longo prazo (WEISS, 1998, p.71).

Para a sua teoria da equidade intergeracional, o patrimônio natural constitui bem comum a todos os membros da espécie humana: gerações passadas, presentes e futuras, que estão na mesma posição normativa em relação ao sistema natural. A geração presente seria uma espécie de depositária, autorizada a utilizar e se beneficiar do bem a ser também preservado. É recorrente a analogia à comunidade humana como uma parceria entre todas as gerações para explicar a equidade intergeracional, assim, a geração posterior mereceria herdar a terra no mínimo em tão boas condições quanto a geração anterior (WEISS, 1998, p.71-74).

Em sentido similar, Molinaro (2006, p.102) esclarece que a humanidade é uma continuidade entre gerações, sendo, portanto, a espécie humana titular do direito e do dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, à geração presente são atribuídos deveres éticos e jurídicos, pois a espécie deve continuar a despeito do tempo, “pois, mais além do direito à vida, temos um dever com a vida e todas as suas manifestações” (p.120). Defende o autor a aplicação do princípio da responsabilidade de Hans Jonas, para quem a ética deve levar em conta as condições globais da vida humana e para sobrevivência da espécie, pautando-se em três núcleos basilares: as virtudes da cautela, da moderação na ação e no pensar as consequências (p. 76).

Weiss também propõe três outros princípios básicos da equidade intergeracional: o primeiro princípio, denominado “conservação de opções” (*conservation of options*), refere-se ao direito da geração futura a receber da anterior a mesma diversidade de recursos naturais e culturais, o que não se restringe apenas à

conservação dos recursos em si, mas também por novos desenvolvimentos tecnológicos que criem alternativas às fontes existentes; o segundo, denominado “conservação de qualidade” (*conservation of quality*), refere-se ao direito da geração futura de receber da anterior a qualidade de vida no planeta em condições iguais ou superiores, para o que, obviamente, se necessita realizar concessões com relação às alternativas tecnológicas aos recursos naturais, bem como se desenvolver padrões que sirvam como critérios na medição da qualidade planetária; por fim, o terceiro, denominado “conservação do acesso” (*conservation of access*), que permite à geração presente um razoável e não discriminatório direito de acesso ao capital natural e cultural do planeta, de tal forma que se conserve o mesmo acesso a tais recursos à geração posterior (BROWN WEISS, 1995, p.75-76).

These principles, options (diversity), quality, and access, allow future generations the flexibility to operate within their own value systems and do not require one generation to predict the values of another. They promote equity among generations by respecting both the rights of future generations not to be deprived by the present generation's preference for its own well-being and the rights of the present generation to use the environment free from unreasonable constraints to protect indeterminate future needs. The principles are reasonably definite and clear in application to foreseeable situations. Finally, they are generally shared by different cultural traditions, and generally acceptable to different political and economic systems.

These principles of intergenerational equity form the basis of a set of intergenerational obligations and rights, or planetary rights and obligations, that are held by each generation. These rights and obligations derive from each generation's position as part of the intertemporal entity of human society. (BROWN WEISS, 1995, p. 76).

No Brasil, a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações está positivado na Constituição da República Federativa do Brasil que, em seu artigo 225, *caput*, estabelece o dever da coletividade e do Poder Público de preservar os recursos naturais para as presentes e futuras gerações. Ressalta-se que a preservação equitativa dos recursos para a geração presente representa fator imprescindível para a satisfação de obrigações intergeracionais, uma vez que (conforme explanado anteriormente) a pobreza e outras mazelas sociais constituem fator de desestabilização ambiental. “Comunidades acometidas pela pobreza, que, por definição, possuem acesso desigual aos recursos, são forçadas a

explorar demasiadamente os recursos a que tem acesso para satisfazer suas necessidades básicas” (BROWN WEISS, 1995, p.75, tradução nossa¹²⁹).

No plano jurisprudencial, cita-se o julgamento do Recurso Especial 1.114.893-MG (BRASIL, 2012), cujo relator, Ministro Herman Benjamin, admitiu a exigência de reparação integral dos danos ambientais tendo em vista, também, a necessidade de se observar a equidade intergeracional, pois, segundo o julgador, a multifacetariedade do dano ambiental se estende também às suas vítimas, que seriam o indivíduo isolado, a coletividade, as gerações futuras e os próprios processos ecológicos em si considerados. Nesse último caso, revela-se uma tendência a um antropocentrismo alargado ou a um ecocentrismo, a depender do que se entende por cada uma vez que se considerara o meio ambiente em sua dignidade inerente.

Ora, considerando-se o próprio caráter multifacetário do dano ambiental, bem como a imprevisibilidade e a possível irreversibilidade de seus efeitos, tem-se que, diante do quadro de emergência ambiental, os níveis de proteção relativos ao meio ambiente não poderão ser diminuídos e, muito menos, eliminados, sob pena de inviabilização da dignidade humana das presentes bem como das futuras gerações¹³⁰. Por uma questão de equidade, ou seja, de justiça entre as gerações, mister se faz o reconhecimento de um princípio de vedação de retrocesso socioambiental.

Segundo Thomé (2013, p. 108) o princípio da equidade intergeracional poderia ser extraído, ainda, do princípio da confiança, pois esse pressuporia, além de uma segurança em face do passado, também uma segurança prospectiva, relativas às condições materiais do porvir¹³¹, o que está diretamente relacionado às gerações futuras. Para o autor, talvez essa possa ser a ideia embrionária da proteção de uma confiança intergeracional, para a qual as futuras gerações necessitam de igual ou superior estabilidade jurídica e institucional do presente para que possam exercer seus direitos fundamentais.

4.5.4 Princípio da confiança

¹²⁹ No original: “Poverty-stricken communities, wich by definition have unequal access to resouources, are forced to over exploit the resources they do have so as to satisfy their own basic needs.” (WEISS, 1995, p.75).

¹³⁰ “Parece fora de questão que, se foi obtido um determinado grau de proteção dos direitos, o retrocesso a formas mais primárias de seu exercício é símbolo de desprestígio tanto para o sistema de direitos, quanto para o sentido de solidariedade e de dignidade humanas que informa a sociedade e seu devir” SAMPAIO (2013, p.14)

¹³¹ No mesmo sentido, SAMPAIO (2013, p.15)

O princípio da confiança é corolário do próprio Estado Democrático de Direito, que, como um estado de segurança jurídica, impõe ao poder público – inclusive como um requerimento da boa-fé nas relações com particulares – o respeito pela confiança que os indivíduos depositam numa certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo, bem como das relações jurídicas consideradas especificamente (SARLET, 2013, p.456).

Na esteira dos ensinamentos de TORRES (2011, p.213) o princípio da proteção da confiança não possui autonomia em relação ao princípio da segurança jurídica, já que o princípio da segurança jurídica requer também a confiança dos jurisdicionados no bom funcionamento do sistema jurídico, que se consolida pela eficácia do princípio da certeza do direito (legalidade ou juridicidade) e da estabilidade do ordenamento.

Para Sampaio (2013, p. 15) uma vez obtido um determinado grau de proteção dos direitos, retroceder a formas mais primárias de seu exercício significaria o desprestígio para o sistema de direitos, conduzindo à perda de substância constitucional e do próprio Estado democrático de direito que se reconhece também na promoção da confiança. “Confiança que, como segurança em face do passado (o *acquis social*) e seguridade prospectiva (de condições materiais do devir), determina a salvaguarda do quadro normativa jusfundamental, especialmente no plano dos direitos prestacionais”.

No Estado material de Direito, portanto, não basta a mera certeza do direito, traduzida na sua legalidade estrita. A segurança jurídica atrela-se, neste tipo de organização estatal, preponderantemente, à efetividade dos direitos e liberdades fundamentais, sobressaindo-se, nesse contexto uma função garantista desse sistema constitucional de direitos, que, para tanto, exigirá uma interpretação coalescente com seus fundamentos e finalidades, tendo em vista, especialmente, sua aplicabilidade imediata (TORRES, 2011, p. 125).

Tomando por base tais asserções, tem-se que suprimir ou diminuir o grau de fruição de um direito equivale a suprimir ou reduzir o seu grau de eficácia e, por conseguinte, de efetividade. A proibição de retrocesso socioambiental, nesse passo, revela-se indispensável para a estabilidade constitucional, para a segurança jurídica e para a confiança dos cidadãos, questões intimamente atreladas à própria dignidade da pessoa humana, pois,

[...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica, social, econômica e política, que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. (SARLET, 2012, p.6)

Dessa forma, como o conceito de dignidade se viu alargado com a positivação dos direitos de terceira geração, mormente em se considerando a crise ambiental que assola o planeta, ameaçando a qualidade de vida dos seres e até mesmo sua existência, reitera-se, neste ponto, a necessidade do reconhecimento e aplicação da vedação de retrocesso social.

4.5.5 O alargamento do conceito de dignidade na sociedade do risco

Já é questão suficientemente atestada neste trabalho o caráter historicista e contingencial dos direitos humanos e/ou fundamentais. Em nota anterior, citou-se os ensinamentos de Martínez (2004)¹³², para quem o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais são decorrências históricas, derivações de situações concretas de violações a bens primordiais dos seres humanos, caracterizando um processo em aberto que se concretizará no devir da humanidade, seja através da positivação no plano internacional e interno de novos direitos, seja através da atividade jurisprudencial, notadamente das Cortes Constitucionais, no reconhecimento de novos direitos ou na releitura dos tradicionais. No estágio atual de desenvolvimento das ciências, não há mais como se conceber os direitos como a expressão da natureza, mas como reação intelectual a uma situação factual que termina por gerar os valores que os fundamentam.

De acordo com o que restou demonstrado no segundo capítulo, o sistema de direitos foi sendo construído a partir de um paradigma antropocentrista, primeiramente pela afirmação de sua autonomia moral diante da comunidade, o que se deu pela positivação dos direitos civis e políticos (de primeira geração ou dimensão). Em seguida, pela demanda por igualdade material como condição da própria autonomia moral e construção de uma liberdade substantiva, processo que

¹³² No mesmo sentido: Bobbio (1992), Sarlet (2012), Martínez (2004), Luño (1999) e Wolkmer (2003).

culminou com a conformação dos direitos sociais (de segunda geração ou dimensão). Por fim, com o delineamento da Modernidade Reflexiva e suas crises e o surgimento de novos direitos (fundamentados na solidariedade e cooperação entre todos os seres e povos), observou-se um alargamento na titularidade e no conteúdo dos direitos, tendo em vista o atendimento de novas demandas, relacionadas ao bem-estar, à qualidade de vida e à própria existência na terra (direitos de terceira, quarta e quinta dimensões).

Analisando mais atentamente essa evolução pode-se afirmar, com certa tranquilidade, que a construção do sistema de direitos foi se conformando de acordo com as demandas do homem por sua dignidade, conceito certamente por demais abstrato e bastante subjetivo, mas que se objetiva por meio das declarações de direitos, que, como expressão da cultura de uma sociedade especificamente considerada, veiculam padrões de convivência, estabilizando o vínculo social, fundamentados por valores minimamente compartilhados.

A própria tutela ambiental, conforme já salientada, teve sua fundamentação vinculada inicialmente à saúde e vida humanas, ambos os aspectos inegavelmente atrelados à noção de dignidade humana. Posteriormente, desenvolveu-se também a tese da dignidade inerente às demais formas de vida, independentemente da sua natureza, conformando também novos paradigmas de viés holístico, como o do antropocentrismo alargado e o ecocentrista. Para os defensores desse último paradigma, sobretudo, sem dúvida há, por razões de coerência lógica, que se atestar o ora analisado alargamento do conceito de dignidade humana.

Entretanto, observa-se que no estágio atual em que vivemos, as normas de direito ambiental em vigor estão manifestamente atreladas a um antropocentrismo alargado. Desde a Declaração de Estocolmo de 1972, que previu no seu princípio 1 que “o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de adequadas condições de vida em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras” (DECLARAÇÃO...,1972), passando pela Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, na qual restou expressamente consignado, também no seu princípio um, que “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável” (CUMBRE..., 2011). Na resolução aprovada pela chamada Rio+20, a asserção restou reafirmada no princípio 6, segundo o qual “as pessoas são o elemento central do

desenvolvimento sustentável e, a este respeito, nos esforçamos por lograr um mundo que seja justo, equitativo e inclusivo” (CUMBRE..., 2011).

Segundo Fiorillo (2012, p. 69), a Constituição Federal de 1988 teria adotado implicitamente uma visão antropocêntrica ao eleger a princípio fundamental do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana já no seu artigo 1º. Dessa forma, o direito ao meio ambiente seria voltado para a satisfação das necessidades humanas, expressando uma visão antropocêntrica utilitarista com a qual não se adere neste labor. Entretanto, mais recentemente surge também defensores do geocentrismo, calcados, sobretudo, no artigo 225, *caput* (a expressão “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” abrangeria outras vidas que não humanas), bem como no inciso VII, do mesmo artigo, que estabelece a proteção da fauna e da flora (SARLET, 2012, p.226)

De toda sorte, muito embora se considere pessoalmente a perspectiva ética geocêntrica mais adequada, devendo ser aplicada sempre que possível, entende-se, juntamente com Sarlet (2012, p.226), que o direito constitucional positivo não reconheceu diretamente direitos fundamentais como direitos subjetivos dos animais e dos demais seres, no sentido de serem esses titulares ou sujeitos de direito. Contudo, extrai-se do texto positivado o reconhecimento da dignidade inerente à vida não humana, dotadas, portanto, de valor intrínseco, como no que concerne à vedação de práticas cruéis e causadoras de desnecessário sofrimento aos animais, na proteção das espécies contra a extinção e do equilíbrio ecológico como um todo. Tais garantias implicam, de fato, se não direitos aos titulares, pelo menos de deveres de tutela (proteção) dessa dignidade.

Ainda assim, nada impede que a fundamentação da proteção ambiental também esteja vinculada, ou reforçada por uma perspectiva da implementação da dignidade humana. Pela teoria da indivisibilidade dos direitos humanos e fundamentais, constatou-se a indissociabilidade das gerações de direitos para consecução de um processo de emancipação individual e comunitária. Segundo Kiss (*apud* THOMÉ, 2013, p.101) o meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição indispensável para o desenvolvimento das potencialidades humanas, aglutinando-se, por conseguinte, ao conceito de dignidade humana¹³³.

¹³³ Neste aspecto, remete-se ao capítulo 2.

Recorrendo ao conceito de dignidade da pessoa desenvolvido por Sarlet (2004, p.60) fica explícita a conexão entre a proteção ambiental e a dignidade humana, acrescentando-se aqui a dignidade inclusive das futuras gerações.

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais, que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável [*sic*] nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2004, p.60).

Dessa forma, inquestionável é o papel dos órgãos políticos na efetivação desses comandos. A proibição de retrocesso socioambiental, neste contexto, mesmo que sob a luz de um antropocentrismo alargado, revela-se em última análise, o recurso derradeiro daqueles que se vêm aviltados em sua dignidade, e que buscam no Judiciário a reparação ou prevenção contra a sua violação.

4.5.6 Tratados internacionais e princípio da cooperação entre os povos

Dentre outros fundamentos para o reconhecimento de uma vedação de retrocesso socioambiental do ponto de vista do direito constitucional brasileiro, Sampaio (2013, p.15) elenca o conteúdo do artigo 5º, §2º (cláusula aberta *de e a* direitos fundamentais adotados em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte) c/c artigo 4º, inciso II (que estabelece a prevalência dos direitos humanos no plano internacional).

Dessa forma, reconhece-se a cláusula de vedação de retrocesso social como decorrente do dever de progressiva realização, estipulado no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, bem como no Protocolo de San Salvador, que, em adicional à Convenção Interamericana de Direitos Humanos previu expressamente a efetivação progressiva dos direitos sociais, econômicos e culturais já no seu artigo 1¹³⁴.

¹³⁴ Artigo 1 - “Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo”.

Neste mesmo protocolo adicional, o artigo 11 acresceu entre os direitos sociais, econômicos e culturais o direito a um meio ambiente sadio, estipulando que “toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos” (artigo 11.1) e que “os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente” (artigo 11.2) (CONVENÇÃO..., 1969).

Em seu conjunto, portanto, verifica-se que a cláusula de retrocesso social deve ser estendida também ao meio ambiente, mormente por se constituir *conditio sine qua non* ao desenvolvimento das potencialidades humanas e, assim, de efetivação da própria dignidade. Sobretudo após a já citada Declaração de Estocolmo que erigiu a proteção ambiental inequivocamente à categoria de direitos humanos, bem como pelo reconhecimento oficial dos organismos internacionais da intrínseca relação entre o ambiente e a efetivação dos direitos humanos – em 2002, em Genebra, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente reuniu diversos especialistas para a discussão dos Direitos Humanos e Meio Ambiente (THOMÉ, 2013, p.98).

Sublinha-se, ainda, o princípio da cooperação entre os povos, previsto no artigo 4º, IX, da Constituição Federal, como mais um fundamento para o reconhecimento da cláusula de vedação de retrocesso social. Uma vez que os danos ambientais não se limitam às fronteiras estatais, sendo imprevisível, muitas vezes, a extensão dos seus efeitos, o retrocesso local ou regional poderá, eventualmente, implicar prejuízos globais, pelo que se afirma, mais uma vez, a necessidade de reconhecimento dessa garantia jusfundamental, que, intimamente relacionada ao princípio da precaução, irá constituir uma espécie de bloqueio para que os danos ocorram, o que certamente se revela demasiadamente importante diante da possível irreparabilidade e irreversibilidade dos prejuízos ao meio ambiente.

4.5.7 Princípio da Precaução

Sampaio (2003, p.58), ao dissertar sobre o princípio em tela, desenvolve seu raciocínio a partir da constatação de que o modelo científico positivista legitimou por longo período a intervenção do homem na natureza: “aliás, o sentido da racionalidade

moderna era dado pela ideia de progresso das técnicas de domínio dos recursos naturais”, ressalta. Para o autor, a desconstrução desse tipo de racionalidade iniciada por Nietzsche, reanimada por Freud, se delineou de forma clara com Heidegger e suas alegorias do ser alienado do ente, com a Escola de Frankfurt (na qual se destaca Adorno e Horkheimer), com a Filosofia Analítica (com mais ênfase a partir do Segundo Wittgenstein). Dentre os que contribuíram para a construção de uma nova racionalidade, dialógica, limitada, condicionada, também são citados: Kuhn, e sua associação da ciência à crença, e, ainda, Apel, que nos anos 70 dissertou sobre a natureza linguística da ciência e da própria razão.

No mesmo sentido, Cruz (2004, p.138-140) alerta que em meados do século XX, o próprio avanço científico coloca em xeque a visão cartesiana que inspirou as ciências modernas, abalando a confiança no método científico como instrumento de obtenção da verdade. A exatidão foi substituída por um modelo de probabilidade, sobretudo após o desenvolvimento da teoria da relatividade de Einstein, que desautorizou as verdades científicas tidas por universais, condicionando-as ao tempo e ao espaço em que foram construídas. A ciência neutra e objetiva cedeu espaço à relatividade dos conceitos e à subjetivação científica, ensina o constitucionalista mineiro.

A velocidade das transformações sociais e do desenvolvimento científico e tecnológico (factivamente controverso entre os próprios cientistas e de efeitos imprevisíveis - não raras vezes negativos) relativizou o próprio conhecimento gerado por esse desenvolvimento (em alguns casos manipulados por interesses econômicos¹³⁵), levando a própria ciência a se debruçar e questionar seus métodos. Esse debruçar sobre si da ciência é uma das características da denominada “modernização reflexiva”, termo utilizado por Beck (2010) para designar a trilha para um novo tipo de sociedade, calcada na possibilidade de revisão do modelo desenvolvimentista consolidado na sociedade industrial.

¹³⁵ O que Ulrich Beck (2010) designa de “irresponsabilidade organizada”, corresponde ao descaso dos sistemas políticos e econômicos (aqueles subservientes a esses) com relação aos riscos da sociedade de risco, entre eles, o ambiental, manipulando informações quanto ao impacto de atividades antrópicas no meio ambiente, seja pela ocultação ou distorção de dados científicos (o que se dá inclusive pela seleção de métodos), tudo sob a justificativa da inevitabilidade e necessidade de desenvolvimento técnico-científico e sob a promessa de auto equacionamento ou autorregulação desse mesmo desenvolvimento. “Como na loteria, cada um tem seu método” (p.83).

Nesse cenário de riscos e incertezas, insere-se a questão ambiental com toda pujança, tendo em vista, sobretudo, o impacto na natureza do próprio progresso tecnológico e industrial observado, de forma incipiente na Modernidade Clássica e de maneira inaudita a partir da segunda metade do século passado. Importante enfatizar, nesse ponto, que as atividades humanas produzem efeitos imprevisíveis e, não raras vezes, irreversíveis sobre o meio ambiente. Não que se defenda a paralização do processo de desenvolvimento científico, porém, mister se faz a reavaliação de seus paradigmas tradicionais, com vistas à proteção e efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como à garantia da qualidade de vida no planeta para as presentes e futuras gerações.

Nesta relação de contingência histórica e/ou demanda social, surge no plano internacional a preocupação com prevenção ou precaução do dano ambiental, viabilizados, sobretudo, repita-se, por um contexto de incerteza científica quanto ao impacto de determinada atividade humana no meio ambiente. Wold (2003) explica: “assim, pode-se dizer que o princípio da precaução deve ser aplicado quando houver incerteza científica sobre a plausibilidade da ocorrência de danos ambientais graves” (p.17).

Antes de se abordar ainda mais sobre o fundamento, conteúdo e limites do princípio, bem como sua relação com a vedação de retrocesso social, necessária se faz a seguinte distinção/esclarecimento: embora a precaução e a prevenção estejam intimamente relacionadas, alguns autores as diferenciam com base na etimologia das línguas em que originariamente foram desenvolvidas (inglês e alemão, respectivamente). Muitos não os diferenciam. Outros incorporam outros critérios de distinção, como, por exemplo, com relação ao “programa normativo” dos mesmos, para usar uma expressão de Müller (2011), em sua teoria estruturante, adotada neste trabalho. Assim, na precaução se previne o dano abstrato, provável, verossímil. Enquanto isso, na prevenção se impediria um dano atual, concreto. Nessa se evita um dano, palpável, naquela se afasta o risco, a eventualidade de um dano possível (SAMPAIO, 2003, p.71; SOUZA;SOUZA, 2010, p.189).

Entende-se não haver maior relevância teórica nessa discussão, já que, em qualquer das situações, o que se espera é a cautela decisória diante do contexto de incerteza do impacto ambiental de dada atividade humana, independentemente desse risco ser atual ou remoto, concreto ou abstrato.

O delineamento jurídico da ideia de precaução na esfera ambiental se deu em 1973, na Suécia, com a Lei sobre Produtos Perigosos, que estabeleceu medidas preventivas de dano à saúde e ao meio ambiente, ensina Sampaio (2003, p.58). Entretanto, segundo o constitucionalista, foram os alemães que lhe deram contornos mais precisos, com a edição da Lei de Proteção das Águas, que conferia ao Poder Público a tarefa de prevenir ou reduzir danos ambientais futuros, mesmo na ausência de riscos atuais, que poderiam, na verdade, nem mesmo existir: “Vinha ao mundo a *prudência da espera* ou a cautela decisória diante da incerteza do dano ambiental – a precaução” (p.59, grifos no original).

E no plano internacional, estabelece-se pioneiramente, na Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, em 1985, um acordo para a precaução da destruição da camada de ozônio, tendo como desdobramento do Protocolo de Montreal, dois anos depois, estabelecendo medidas a serem tomadas pelos signatários na eliminação da produção e consumo de gases prejudiciais à camada de ozônio (THOMÉ, 2013, p.132).

Contudo, a formulação mais frequentemente empregada é encontrada na Declaração do Rio, em 1992, estabelece que, para casos de ameaças de danos sérios e irreversíveis ao meio ambiente, a falta de “certeza científica absoluta” não pode servir de pretexto para se protelar a adoção de medidas viáveis economicamente que reduzam ou anulem o dano ambiental em questão (WORLD, 2003, p.17). Constitui-se, portanto, uma garantia contra *riscos possíveis* considerados *graves e irreversíveis* (considerado o estágio atual da ciência e não em promessas futuras de auto-equacionamento) devendo ser aplicado *dentro das capacidades* de cada Estado. Tais limitações impedem, assim, a estagnação do desenvolvimento científico-tecnológico.

O princípio da precaução pode ser aplicado, a título de exemplo, no que concerne às novas pesquisas de biotecnologia, aos alimentos transgênicos, à localização de antenas de radiofrequência, a já citada questão da emissão de gases e o efeito estufa, à manipulação de produtos perigosos, como a energia nuclear, ao fenômeno das alterações climáticas, só para citar alguns.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em Agravo de Instrumento na Ação Civil Pública 1.0718.07.001441-7/001, ajuizada pelo Ministério Público mineiro, pleiteando a paralização de obras de estação de radiocomunicação, manifestou-se acatando o princípio da precaução, em razão da incerteza dos efeitos radioativos das antenas para o meio ambiente e saúde humanas. Na decisão, o Tribunal entendeu que

a simples inexistência de unanimidade na literatura científica sobre os efeitos radioativos de antena de telefonia móvel justificavam a concessão da antecipação de tutela pleiteada (MINAS GERAIS, 2008), traduzindo-se naquilo que MACHADO (2013) sintetizou de *in dubio pro salute* ou *in dubio pro natura*.

Dessa forma, na esteira de Thomé (2013, p.149), e caminhando para conclusão, entende-se que o princípio da precaução serve de fundamento contundente para a aplicação da vedação de retrocesso socioambiental nos casos em que se verifica controvérsia científica sobre o impacto ambiental gerado pelo recuo na proteção e promoção do meio ambiente. O que não impediria, obviamente, a rediscussão do tema, afinal, as descobertas científicas são transitórias.

Importante observar que a aplicação da cláusula de vedação de retrocesso socioambiental, ao partir do princípio da precaução, não tem como intuito impedir ou estagnar a avanço do conhecimento científico e/ou do desenvolvimento. O objetivo é obstar a aprovação de normas passíveis de reduzir os níveis de proteção ambiental sem que haja o devido debate científico e a necessária participação popular, imprescindíveis à tomada de decisão no Estado Democrático Socioambiental de Direito [...]. Impõe-se, destarte, que haja um lapso temporal adequado, tanto para a observância do preceito democrático da participação, quanto para o amadurecimento do conhecimento científico. Caso tais requisitos não sejam observados, pode-se estar diante da violação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que tem como um de seus princípios norteadores a precaução. Nesse caso, o Poder Judiciário poderá declarar a inconstitucionalidade dos atos do Poder Legislativo e/ou Executivo utilizando a cláusula de vedação de retrocesso socioambiental, uma vez que a falta de certeza milita a favor do meio ambiente, sobretudo em tempos de crise ambiental.” (THOMÉ, 2013, p.148-149).

Considera-se, neste ponto, suficientemente fundamentado um princípio de proibição de retrocesso socioambiental. Poder-se-ia citar, ainda, outras fontes de legitimação desse princípio. O (i) “princípio do dever de não causar dano ambiental” é um deles e dispensa maiores esclarecimentos. (WOLD, 2003, p.25). O (ii) “princípio da participação” (SAMPAIO, 2003, p.79), que conforme visto, diante da falibilidade da ciência retirou da tecnocracia o poder de ditar suas verdades científicas, colocando nas mãos da comunidade a responsabilidade pela assunção dos riscos dos seus destinos. Dessa forma, na sua não implementação, o retrocesso pode ser considerado ilegítimo viabilizando sua anulação via judicial. O (iii) “caráter finalista do Direito Ambiental” (PRIEUR, 2013, p.17), por sua natureza, um direito engajado, comprometido com a melhoria constante do meio ambiente. A (iv) “intangibilidade dos direitos humanos” (PRIEUR, 2013, p.20), segundo o qual a

finalidade de favorecer o progresso social e instaurar melhores condições de vida, estabelecida na Declaração Universal de Direitos do Homem, trariam implícita em si a ideia de proibição de retrocesso. A (v) “ideia de progresso na ordem constitucional brasileira” (BENJAMIN, 2013, p. 56), expressada, v.g, nos artigos 3º, II e III e 4º, IX, ambos da Constituição Federal, que influencia as instituições políticas e seu instrumental jurídico.

Neste contexto, ainda se faz pertinente uma indagação: como caracterizar o recuo na proteção ambiental? Qual amplitude dessa proibição: absoluta ou relativa? É o que se segue no próximo item.

4.6 A aplicação judicial da proibição de retrocesso ambiental no Estado Democrático Socioambiental de Direito

Diante de todas as considerações acima tecidas, tem-se que a proibição de retrocesso socioambiental constitui garantia materialmente constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Não se pretende neste trabalho adentrar na discussão sobre a diferença entre regras e princípios, e, conforme aventado, toda vez que se recorreu à última expressão foi no sentido de norma fundante, estruturante e informadora de toda ordem jurídica. Como garantia, sobressai seu caráter instrumental, reforçando a necessidade dos poderes públicos pautarem suas atividades em consonância com os direitos fundamentais e corrigindo os desvios que se verificarem nesse sentido: assim, a supressão ou redução ilegítima no grau de efetivação de um direito socioambiental deve ser declarada inconstitucional.

Na verdade, juntamente com Alves (2013, p.209), entende-se que a proibição de retrocesso aplica-se a todos os direitos fundamentais, independentemente de sua natureza, dirigindo-se a todos os poderes: Legislativo, Executivo e, até mesmo, o Judiciário. Se a violação ao princípio decorrer de ato legislativo que diminua o grau de fruição do direito, esse deverá ser declarado inconstitucional; advinda de ato administrativo comissivo, mister se fará a declaração de sua nulidade, se oriunda de omissão, o Judiciário poderá compelir a administração a dar cumprimento ao comando constitucional jusfundamental. O Judiciário, alerta a jovem constitucionalista, se atrela ao princípio na medida em que lhe incumbe funcionalmente a proteção da Constituição, devendo, *ex officio*, proceder à análise da ocorrência de retrocesso socioambiental.

Teoricamente, poder-se-ia finalizar por aqui este esforço sobre o princípio em análise. Entretanto, uma questão de alta relevância prática se faz presente: quando se estará efetivamente diante de um recuo? Existem duas correntes para esta questão, uma subjetivista e outra objetivista.

Para a subjetivista, para que haja retrocesso, necessário se faz que o grau de proteção do referido direito esteja entranhado na consciência jurídica geral, de modo que as alterações levem a um sentimento generalizado de injustiça. Dentre os expoentes dessa corrente, destaca-se Jorge Miranda, José Carlos Vieira de Andrade, Felipe Derbli (SAMPAIO, 2013, p.17). Contudo, registra-se desde já que nem sempre é tão simples identificar a “consciência social de justiça”. Se a análise for em termos empíricos, numéricos (pesquisas de opinião, por exemplo, o que agudiza a crítica, sobretudo se se leva em consideração a forma pela qual essas são levadas a cabo, sem discussões amplas e sérias, revelando meramente pré-compreensões), a tarefa da jurisdição constitucional de ser guardiã dos direitos das minorias e de interesses contramajoritários restaria frustrada. Em termos normativos, a análise intersubjetiva aprofundada não atende a urgência, em geral, das demandas judicializadas.

Como alternativa, apresenta-se a corrente objetivista, que se baliza *mais* em dados normativos e empíricos existentes do que na existência de uma consciência jurídica geral. Note-se que o vocábulo “mais” reproduzido da obra do autor ora utilizado, demonstra que o critério subjetivista não é simplesmente descartado, mas, ao contrário, associado aos critérios de índole objetiva.

Segundo essa corrente, ocorre recuo do nível padrão de realização jusfundamental em pelo menos quatro situações: a) com a revogação pura e simples da lei de disciplina do direito; b) com a redução do âmbito de proteção jusfundamental; c) com a obstaculização de seu exercício, por exemplo, com o aumento de condições ou requisitos para usufruí-lo; e d) com a diminuição dos recursos públicos destinados a promovê-lo. Essas quatro situações podem conduzir a dois tipos de retrocesso: 1) normativo, quando se opera uma modificação gravosa no direito positivo (revogação plena – hipótese “a” – ou parcial de norma existente, estabelecendo nova regulamentação); e 2) eficaz, empírico ou de resultados, quando, independentemente de alteração no quadro de normas, verifica-se redução nos indicadores de políticas públicas de promoção jusfundamental. Os tipos não são excludentes, mas complementares. Um se soma ao outro para definirem avanço ou retrocesso dos direitos sociais (SAMPAIO, 2013, p.18).

Em razão das limitações relativas à corrente subjetivista acima exposta, e, além disso, pelo fato dos riscos ambientais serem muitas vezes silenciosos,

frustrando, muitas vezes a possibilidade de consolidação da necessidade da proteção no grau de consciência jurídica geral, tem-se que a corrente objetivista oferece parâmetros mais confiáveis de aferição de retrocesso, isso sem desconsiderar a própria existência de uma consciência jurídica geral¹³⁶.

Imprescindível, ainda, para a determinação da aplicação da vedação de retrocesso é saber qual o grau de afetação do direito é considerado inconstitucional. Para os minimalistas, apenas o conteúdo essencial ou mínimo vital seria assegurado. Ora, tal corrente possui pertinência com relação aos direitos que não estejam diretamente relacionados à proteção do meio ambiente. Isso porque, primeiramente, com relação aos demais direitos é possível se determinar com base em dados existentes, ainda que com certa dose de subjetividade, o que viria a ser o mínimo para uma existência digna.

Com relação aos direitos ambientais entende-se não ser viável essa vertente, tendo em vista, principalmente, a imprevisibilidade e a possível irreversibilidade dos seus efeitos, tanto para a sobrevivência, quanto para a própria qualidade de vida na terra, o que, associado à sua proteção de gerações futuras, impede estabelecer com razoável grau de segurança o que resguardaria esse mínimo ou núcleo essencial. A proibição de retrocesso socioambiental, portanto, possuiria natureza absoluta¹³⁷.

Dessa forma, a imediata aplicação da vedação de retrocesso social revela-se controle inafastável dos órgãos políticos pelo Poder Judiciário, que possui papel essencial na proteção dos direitos fundamentais e, em última análise, da própria democracia, dado o caráter estruturante dos referidos direitos. Tal controle se alicerça sobre a supremacia da Constituição, não havendo que se falar em interferência indevida do Judiciário sobre os demais poderes, já que o princípio da separação de poderes também sinaliza a necessidade de controle recíproco entre os poderes. A definição do justo e do bem deve ser a resultante das relações entre os três Poderes, já que a democracia constitucional “não se resume a uma democracia de partidos ou de

¹³⁶ Em sentido similar, cf. THOMÉ (2013, p.121-122)

¹³⁷ No mesmo sentido, cf. SAMPAIO (2013, p.19), THOME (2013, 90-91): “A corrente maximalista, por sua vez, defende a manutenção de todos os direitos já conquistados, não aceitando qualquer grau de redução na proteção dos direitos fundamentais. Filiamo-nos a esta última corrente sobretudo no que tange à garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que há um enorme *déficit* no que se refere à proteção ambiental na sociedade de risco, o que impede qualquer tipo de recuo nos níveis de proteção. Há, não restam dúvidas, um campo de prognose e de decisão dos órgãos legislativos e executivos, sobretudo para a implementação de políticas públicas. O que não se pode admitir, todavia, é que a autonomia de atuação de tais órgãos seja confundida com uma espécie de liberdade irrestrita, acarretando na redução ou supressão de normas e de mecanismos de proteção ambiental já consolidados”.

mercado político ritualizado” (p.243), ainda que se encontrem atribuições preferenciais a cada Poder, ensina Sampaio (2005).

Dessa forma, em caráter excepcional e subsidiário, admite-se que o Judiciário interfira nas decisões dos órgãos eminentemente democráticos, sobretudo quando, por meio de seus comportamentos, comprometam a integridade dos direitos fundamentais, mesmo quando a análise não for meramente normativa. O retrocesso empírico (SAMPAIO, 2013, p.20), ou de políticas públicas, também se submete ao controle judicial, inobstante não seja sua prioridade a definição e execução de políticas públicas, mas que são viabilizados pela disfuncionalidade do sistema de representação política e pela necessidade de restauração constitucional.

Assim, o controle judicial deve ser incrementado pela aplicação da proibição de retrocesso social, implementado à luz do princípio da precaução, considerando-se a transitoriedade e falibilidade da ciência, e da participação, com a inclusão no processo de tomada de decisão todos os atores envolvidos.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa sobre a qual se debruçou se desenvolveu a partir da teoria historicidade dos direitos fundamentais, tendo em vista, notadamente, a sua reflexividade com relação ao meio social sobre o qual manifesta sua incidência. Por tal razão, os contextos ideológicos, socioeconômicos, políticos e, mais recentemente, ambientais, foram abordados como fatores condicionantes do surgimento, consolidação e expansão (de titularidade e conteúdo), bem como do desenvolvimento e complexização da dinâmica de aplicação e efetivação dos referidos direitos.

Enfocou-se, sobretudo, a constitucionalização dos direitos sociais (acrescidos mais recentemente de uma dimensão ambiental), sem poder de vinculação em suas origens, devido, sobretudo, ao fato de as constituições serem consideradas cartas políticas e as declarações de direitos possuírem o caráter de expressão de um jusnaturalismo universal, fundado no antropocentrismo individualista liberal-burguês.

Assim, no primeiro capítulo, à luz da teoria dimensional dos direitos fundamentais, demonstrou-se de que maneira os direitos fundamentais podem ser compreendidos como a construção histórica de um povo da sua noção de dignidade e civilidade, compreensões que esbarram no dilema ambiental da era contemporânea, compelindo a humanidade de uma maneira global a reavaliar sua própria maneira de se posicionar diante do mundo, à exemplo do que certamente ocorreu na Primeira Modernidade, quando eventos científicos proporcionaram ao homem um “desencantamento do mundo”, propiciando, dessa forma, o terreno fértil para a passagem de um paradigma comunitarista-holístico, para um individualismo-racionalista.

Os direitos fundamentais (no plano interno) e os direitos humanos (no plano externo) constituíram e permanecem constituindo as ferramentas jurídicas fundamentais, com perdão pelo pleonasma, para a concretização e a garantia dessa concepção ideológica política e filosófica da natureza do homem como animal social.

Nessa relação de contingência, nasce o paradigma do Estado Socioambiental, fundado numa compreensão holística-ecocentrista da humanidade, cuja inexorabilidade é certificada lançando luzes sobre o que vem a ser a “sociedade do risco”, a partir da concepção de Beck, agregada de algumas críticas e revisões. A crise ambiental e social verificadas impõem com ainda mais contundência ao Estado, a partir do próprio contrato social consubstanciado no seio da Constituição,

obrigações ou deveres de respeito, proteção e promoção desse ideal de dignidade, que estará, conforme dito, condicionado pelo contexto fático subjacente. De fato, o modelo socioeconômico estabelecido na maioria das nações ocidentais terminou por criar uma situação de emergência social e calamidade ambiental, devendo necessariamente ser considerada pelo Estado em quaisquer de suas funções na execução de suas atribuições.

Entretanto, isso não significa que se tenha adotado aqui uma espécie de concepção de constituição real. Pretendeu-se demonstrar, tão somente, que a própria normatividade dos direitos, destinada a atuar reflexivamente com a realidade está necessariamente condicionada por ela, ao mesmo tempo em que é sua condicionante.

Dessa forma, constatou-se que as contingências ecossistêmicas, o próprio pluralismo e a conseqüente complexidade das sociedades modernas exigem discursos éticos e decisões políticas que estejam vinculados às formas concretas de vida e às suas particularidades.

Se a crise ecológica pode ser considerada um dos maiores problemas da humanidade derivado, justamente, de uma ética universal desenvolvimentista do *homo faber*, revela-se urgente a necessidade de reconstrução de uma ética racional da era da ciência que forneça uma razão prática para a conduta humana universalmente considerada. Isso não significa desconsiderar o pluralismo veiculados por meio argumentos centralizantes que prescrevam uma única forma de vida boa, mas, inversamente, a construção uma ética universal de direitos iguais e de co-responsabilidade na condução dos problemas comuns da humanidade é pressuposto do respeito de cada uma das formas de vida.

Estabelecidas tais premissas, pretendeu-se, a fim de se reforçar a natureza jusfundamental dos direitos socioambientais, demonstrar que autonomia privada e pública condicionam-se reciprocamente, sendo, também, simultaneamente condicionadas e condicionantes de uma igualdade material ou fática, questões ainda intrinsecamente relacionadas à questão ambiental, haja vista a estreita conexão existente entre a proteção do meio ambiente com o próprio modelo econômico-desenvolvimentista, contexto do mundo da vida que propiciou a crise apontada e que necessita de aparos e revisões para que a mesma possa ser estancada. Por meio de estudos científicos recentes, afirmou-se a relação entre estes elementos, buscando evidenciar aquilo que se convencionou denominar indivisibilidade dos direitos

humanos e/ou fundamentais, ressaltando que a efetividade de tais direitos estão complicadas.

No capítulo terceiro, outras contundentes e relevantes objeções à fundamentalidade e justiciabilidade dos direitos socioambientais foram enfrentadas. Poder-se-ia, dizer, inclusive, que o contexto até então apontado constitui o terreno que propiciou o surgimento dessas questões, contexto que por si só lançou luzes sobre o encaminhamento que se deu ao tema.

Assim, rechaçou-se as objeções de ordens diversas aos direitos fundamentais socioambientais: partindo da teoria eficaz das normas constitucionais, verificou-se, diante da multifuncionalidade de tais direitos, que do ponto de vista da estrutura da norma pouca diferença existe entre os direitos de liberdade e políticos e os direitos socioambientais. Uma vez estabelecidas as dimensões negativa e positiva de cada direito fundamental, entendido como um feixe de posições jurídico-fundamentais, averigou-se que os problemas de justiciabilidade se equivalem quando se trata das mesmas dimensões em direitos de naturezas diversas, não havendo, desse ponto de vista que se atribuir juridicidade apenas àqueles relacionados à primeira dimensão.

Nessa altura, outros argumentos (relacionados à indeterminabilidade semântica de tais direitos, à sua expressiva dependência de verbas, à separação de poderes e à correlata questão da judicialização da política) foram abordados e afastados.

Quanto à indeterminabilidade semântica, constatou-se que, com a reviravolta linguístico-hermenêutica, toda palavra ou conceito é aberto, necessitando de outros elementos, para além dos textuais, a fim de se determinar o conteúdo do direito em análise. Isso se aplica, indistintamente, à qualquer direito, de qualquer natureza.

Da mesma forma, e embora se tenha afirmado a maior dependência financeira dos direitos socioambientais, em sua dimensão prestacional, em relação aos direitos civis e políticos (cujas estruturas materiais já estão, na maior parte das vezes, estabelecidas), rejeitou-se a utilização retórica da “reserva do financeiramente possível” como forma do Poder Público se eximir da prestação dos referidos direitos, sem respaldo probatório. A discursividade do processo judicial também enseja o controle democrático das atividades dos poderes públicos, que estão vinculados constitucionalmente.

Nesse ponto, abordou-se a objeção democrática, segundo a qual os direitos socioambientais, tendo em vista sua tessitura mais aberta (não prevendo o momento e

os meios pelos quais a prestação contida no direito se daria), não seriam exigíveis judicialmente, por ser matéria atinente à esfera política determinar a oportunidade e conveniência. De fato, entende-se que a definição de políticas públicas deva ser estabelecida prioritariamente pelos poderes democraticamente constituídos, entretanto, sobreleva-se o Poder Judiciário nos casos de inação dos demais poderes, de ação insuficiente, bem como de violação dos preceitos constitucionalmente estabelecidos, que estruturam o próprio exercício do poder estatal.

Para melhor compreensão de tais direitos, abordou-se, ainda, a questão da titularidade dos mesmos, bem como dos seus destinatários. Tais direitos, embora considerados coletivos, possuem expressão individual, vinculando a todos os poderes públicos e também aos particulares.

Assim, chega-se ao ponto crucial do trabalho, que se conecta à sua hipótese: uma vez delineado o Estado Socioambiental no seio da “sociedade do risco”, direitos que demandam ações e verbas para sua efetivação foram trazidos para o bojo da Constituição. Tais direitos são marcados pela nota distintiva da fundamentalidade, e, assim, uma vez configurados por políticas públicas, não comportariam restrições em seu conteúdo material, sob pena de se configurar o que a doutrina e jurisprudência estrangeiras denominou de retrocesso social.

Essa questão foi abordada no capítulo anterior, no qual se analisou o alcance da proteção conferida aos direitos fundamentais socioambientais, sob o prisma do instituto jurídico conhecido por proibição do retrocesso socioambiental.

Os efeitos da ação antrópica sobre o meio ambiente tomaram dimensões imprevisíveis e ameaçadoras da própria existência da vida no planeta. A ciência, como parâmetro de aferição dos impactos ambientais, revela-se inconsistente e não confiável em muitos aspectos, diversamente do que se acreditava na Primeira Modernidade. Dessa forma, o Estado Socioambiental deve se alicerçar sobre os princípios do desenvolvimento sustentável e da precaução, cumprindo ao Poder Judiciário, sobretudo diante da incerteza dos riscos socioambientais, declarar a inconstitucionalidade de eventual medida do poder público que suprima ou reduza o grau de proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Embora não haja previsão expressa da proibição de retrocesso social na Constituição Federal, tal garantia pode ser considerada implícita no ordenamento jurídico brasileiro, decorrente de diversos dispositivos constitucionais, bem como de

tratados internacionais, tendo em vista a cláusula de abertura do catálogo de direitos fundamentais prevista na própria Constituição Federal.

Dessa forma, cumpre ao Judiciário, ao averiguar, com base em critérios objetivos, o retrocesso socioambiental, aplicar a proibição de retrocesso, independentemente do grau de afetação do direito, tendo em vista, sobretudo, a imprevisibilidade e possível irreparabilidade dos efeitos da supressão ou redução da proteção do meio ambiente. Tal garantia, acredita-se, assim, ser imprescindível para a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, em última análise, para efetivação da própria democracia, haja vista o caráter estruturante desse direito, conforme preconizado pela teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, José Luciano. A injustiça ambiental como desafio ao direito: o problema da distribuição desigual dos riscos e danos ecológicos no espaço ambiental. In: **Revista de Direito Ambiental**, ano 15, n.58, abril/jun 2010, p.147-173.

ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito Fundamental à Saúde: uma análise da efetividade da saúde e do princípio da proibição de retrocesso social**. 2013. 237 f. Tese (Doutorado). Puc-Minas, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

APEL, Karl Otto. **Estudos de Moral Moderna**. Petrópolis: Vozes, 2008.

APEL, Karl Otto. **Estudios Eticos**. 2 ed. Barcelona: Alfa, 1999, p. 107-175.

ARANGO, Rodolfo. Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia. In: MELLO, Cláudio Ari (coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Nº56- set/dez/2005, p.89-103. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ARENDT, Hannah. **O que é política**. Trad. Reinaldo Guarany. 3.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

AVRITZER, Leonardo. Judicialização da Política e equilíbrio de poderes no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa (orgs.). **Dimensões Políticas da Justiça**. 1.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.85-94.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. In: **Revista de Direito Ambiental**, ano 4, n.14, abril/jun 1999, p.49-82.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Princípio de proibição de retrocesso ambiental**. Anais do Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. 2012. Disponível em <<http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. **Teorias sobre a justiça**. 1ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p.153-160; p.186-192.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2003, p.69-102.

BOVERO, Michelangelo. Os adjetivos da democracia. In: **Contra o governo dos piores**: uma gramática da democracia. Rio de Janeiro: Campus, 2002, Cap.2, p.35-49.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. SARLET, Ingo Wolfgang et al. (org.). **Série Pensando o Direito**. Série Direitos Humanos. As resoluções do CONAMA no âmbito do Estado Socioambiental Brasileiro, n.10, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). **GeoBrasil 2002**: perspectivas do meio ambiente no Brasil. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/site_cnia/geo_brasil_2002.pdf>. Acesso em: 12/08/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.065-DF**. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Ementa publicada no Diário de Justiça de 04.06.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105-DF**. Relator Min. Cezar Peluzo. Ementa publicada no Diário de Justiça de 18.02.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 639.337-SP**. Relator Min. Celso de Mello. Ementa publicada no Diário Eletrônico do Judiciário de 15.09.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 598.212-PR**. Relator Min. Celso de Mello. Ementa publicada no Diário Eletrônico do Judiciário de 20.06.2013.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Efetividade dos Direitos Sociais**: prestação jurisdicional com base na ponderação de valores. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012, p.55-78.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. Direito Sociais e Justiça. In: Avritzer, Leonardo et al (orgs.). **Dimensões Políticas da Justiça**. 1.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 369-382.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 11ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. Cap. 1.

CARBONELL, Miguel. Breves reflexiones sobre los derechos sociales, In: **Derechos económicos, sociales y culturales**. Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. México, Secretaria de Relaciones Exteriores/ Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos Mexico/Comission Europea, 2005, p.41-72. Disponível em: < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2469/5.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

CUMBRE DE LA TIERRA RIO +20. Jueves, 29 de septiembre. Estrasburgo. 2011. Disponível em <<http://www.europarl.europa.eu>>. Acesso em: 14 jan. 2014

CARVALHO, Paulo de Barros. Isenções Tributárias do IPI em Face do Princípio da Não-Cumulatividade. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n.33, p.142-166, jun.1998.

CAVEDON, Fernanda de Salles; VIEIRA, Ricardo Stanziola. Conexões entre desastres ecológicos, vulnerabilidade ambiental e direitos humanos: novas perspectivas. In: Revista de Direito Economico e Socioambiental. ISSN 2179-345X, v.2, n.1, p.179-206, jan/jun 2011. Disponível em: <<http://www2.pucpr.br/reol/index.php/DIREITOECONOMICO?dd1=5784&dd99=view>>. Acesso em: 05/11/2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética, Direito, Moral e Religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – 1969. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> >. Acesso em: 12 jan. 2014.

COSMOS. Wikipedia. Disponível em < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Cosmo>>. Acesso em: 30 set. 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

DECLARAÇÃO DA CONFERÊNCIA DAS NOÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO – 1972. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO – 1992. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf> >. Acesso em: 12 jan. 2014.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DESCARTES, René. *Meditações*. In: **Os pensadores**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p.233-334.

EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e Direitos Sociais**. 1.ed. Rio de Janeiro: FAPERJ, 2009.

FARIA, José Eduardo. *Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à luz da Globalização Econômica*. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FAVARO, Ana Karina Merlim do Imperio. **Pagamento por serviços ambientais: uma contribuição para a saúde ambiental no contexto das mudanças climáticas**. 2012. 234 f. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, Programa de Pós-graduação em Saúde Pública, São Paulo. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6134/tde.../AnaKarinaFavaro.pdf>. Acesso em 10/06/2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 18-39.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A cultura dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.239-250

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GALDINO, Flávio. *O custo dos direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 209-292.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais?. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.213-238.

GALUPPO, Marcelo Campos. Positivismo Jurídico. In: Avritzer, Leonardo; Bignotto, Newton; Filgueiras, Fernando; Guimarães, Juarez; Starling (orgs.). **Dimensões Políticas da Justiça**. 1.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.85-94.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. O direito fundamental ao ambiente. In: Mello, Cláudio Ari (org.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.139-160.

GUIVANT, Julia S. A Teoria da Sociedade do Risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. In: **Estudos de Sociedade e Agricultura**, n.16, abril 2001, p. 95-112. Disponível em: <<http://r1.ufrj.br/esa/index.php?cA=db&aI=173&cR=&aT=Guivant,%20Julia%20S.&vT=cb&vA=1&vR=&vU=Guivant,%20Julia%20S>> Acesso em 08/08/2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Trad.: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre a facticidade e validade. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. 1.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. 1.ed. Porto Alegre: 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Co., 1999

HUPFER, Maria Haide; SANTANNA, Gustavo da Silva. O individualismo e seus desdobramentos frente à noção de direito ambiental: reflexões acerca da visão antropocêntrica das decisões e os reflexos no meio ambiente. In: **Revista de Direito Ambiental**, ano 15, n.60, jul/set 2010, p. 42-66.

KISS, Alexandre. Sustainable Development And Human Rights. In: TRINDADE, Augusto José Cançado (ed). **Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente**. 2.ed. San José: IIDH, 1995.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2002.

KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25-45; 81-118.

LINS, Litiane Cipriano Barbosa. **Direitos Socioambientais: Titularidade e Exigibilidade Judicial a partir da análise do Direito Fundamental à Saúde**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.155-173.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 6.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 6.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O futuro do Direito Constitucional: em busca de novos paradigmas, ou, a necessidade da construção de um conhecimento transdisciplinar que promova a religação de saberes. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e Crise Política**. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.171-190.

MAGALHÃES, José Luis Quadros de. A nova democracia, os direitos fundamentais e suas garantias. *In*: **Poder Municipal: paradigmas para o Estado Constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. Cap. 10, p.95-107

MALUSCHKE, Günther. Democracia Representativa vs. Democracia Direta. *In*: **Pensar**, Ed. especial, p.69-74, abril, 2007. Disponível em: <<http://74.125.47.132/search?q=cache:iAhl7acOtMJ:www.unifor.br/notitia/file/1616.pdf+Pensar,+Fortaleza,+p.+6974,+abr.+2007.+Edi%C3%A7%C3%A3o+Especial&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em 22 out. 2013.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

MATEUS. *In*: A BÍBLIA: trad. Ivo Storniolo, Euclides Martins Balacin. São Paulo: Paulus, 1990.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente: direito e dever fundamental**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MICHELMAN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. *In: Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. Co-edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.254-278.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade Ecológica e Estado Socioambiental e Democrático de Direito**. 2006. 198 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2529/1/000381018-Texto%2bCompleto-0.pdf>>. Acesso em 12 out. 2013.

2013. 237 f. Tese (Doutorado). Puc-Minas, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte.

MONCADA, Luís Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. Portugal: Coimbra Editora, 2006, p. 82-85, vol.I.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NARDY, Afrânio. SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris. **Princípios de Direito Ambiental**: na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.73-118.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra maioria. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros; GUIMARÃES, Flávio Romero. **Direito, Meio Ambiente e Cidadania**. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Relatório-Síntese da avaliação ecossistêmica do milênio**. Nova Iorque: ONU, 2005. Disponível em: <<http://www.millenniumassessment.org/documents/document.446.aspx.pdf>> Acesso em: 17 março 2013.

ONU. Organização das Nações Unidas. Relatório-Síntese da Conferência sobre Desenvolvimento Sustentável (RIO +20). **The future we want**. Rio de Janeiro: ONU, 2012. Disponível em: <<http://www.uncsd2012.org/thefuturewewant.html>> Acesso em: 23/09/2013 (b).

ONU. Organização das Nações Unidas. Painel Intergovernamental sobre mudanças climáticas. Disponível em: <<http://www.ipcc.ch/>>. Acesso em: 21/07/2013.

OMS. Organização Mundial da Saúde. Organização Pan-Americana da Saúde. **Mudanças Climáticas e Ambientais e seus efeitos na saúde: cenários e incertezas para o Brasil**. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/omsambiental/media/Mudanca_climatica_saude1.pdf>. Acesso em 17/09/2013.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Rights as Norms and as Ends**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=967693> Acesso em 15 de janeiro de 2012.

PEREIRA, Regina Coeli Barbosa; PEREIRA, Rosilene de Oliveira. Kant e os fundamentos do Direito Moderno. In: **Fenomenologia e Direito**. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª região. ISSN 19828977, vol.5, n.1, abr/set 2012, p. 1-150. Disponível em: <http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/kant_e_os_fundamentos.pdf> Acesso em 20/12/2012.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **O princípio de proibição de retrocesso social**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PINTO NETO, Ricardo José da Costa. O Meio Ambiente, a questão social e o Nordeste. In: TRINDADE, Augusto José Cançado (ed). **Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente**. 2.ed. San José: IIDH, 1995.

PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 39/84**. 5 de maio de 1984. Disponível em: <<http://dre.pt/cgi/dr1s.exe?t=dr&cap=1-&1200=doc92121984%20&v02=&v01=2&v03=1900-01-01&v04=3000-12-21&v05=&v06=&v07=&v08=&v09=&v10=&v11=Ac%F3rd%E3o&v12=39/84&v13=&v14=&v15=&sort=0&submit=Pesquisar>>. Acesso em: 12-12-2012.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 509/2002**. Disponível em: <<http://dre.pt/cgi/dr1s.exe?t=dr&cap=1-1200&doc=20030406%20&v02=&v01=2&v03=1900-01-01&v04=3000-12-21&v05=&v06=&v07=&v08=&v09=&v10=&v11=Ac%F3rd%E3o&v12=509/2002&v13=&v14=&v15=&sort=0&submit=Pesquisar>>. Acesso em: 12-12-2012.

PRADO, Tonia A. Tostes. **Isenção tributária de IPI, crédito presumido e não-cumulatividade**. Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI. 1.ed. Niterói: Fundação José Arthur Boiteux, 2012, p.245-264.

PRIEUR, Michel. **O princípio de proibição de retrocesso ambiental**. Anais do Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. 2012. Disponível em <<http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

QUINTO relatório de avaliação do painel intergovernamental sobre mudanças climáticas. WIKIPEDIA. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Quinto_Relat%C3%B3rio_de_Avalia%C3%A7%C3%A3o_do_Painel_Intergovernamental_sobre_Mudan%C3%A7as_Clim%C3%A1ticas>. Acesso em: 20 out. 2013.

THOMÉ, Romeu. **Estado Democrático de Direito no contexto da sociedade de risco**. 2013. 181 f. Tese (Doutorado). Puc-Minas, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2000, cap. VI.

RUFINO, Salvador Rus. Aristotelismo Político en la Europa Medieval y Moderna. **Biblioteca Saavedra Fajardo de Pensamiento Político Hispánico**. Disponível em: <<http://www.saavedrafajardo.org/Archivos/NOTAS/RES0062.pdf>>. Acesso em: 27/10/2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Da cláusula de não retrocesso social à proibição de reversibilidade socioambiental**. 2013. Artigo não publicado.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito Adquirido e Expectativa de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, cap. 1.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7ed. Porto: Edições Enfrontamento, 1999, p.74-114

SANTOS, Dione Ferreira. Direito e Meio Ambiente no Brasil. In: Avritzer, Leonardo; et al (orgs.). **Dimensões Políticas da Justiça**. 1.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 455-466.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.155-173.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Thiago. **Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socioambiental)**. In: Anais do Colóquio Internacional sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental. Distrito Federal, 2012. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/projeto_florestar/Programa_diagnosticos/materialapoio/O_principio_da_proibicao_de_retrocesso_Senado_Federa1.pdf > Acesso em: 13 set.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Thiago. **Breves Considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental**. Revista de Direito Ambiental. Ano 15, n.58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. Co-edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.213-253.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº9, de março/abril/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br.asp>. Acesso em 31 out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: DelRey, 2006, p.403-449.

SARMENTO, Daniel. Eficácia Privada dos Direitos Fundamentais. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.293-368.

SARTORI, G. A teoria da democracia revisada – as questões clássicas. São Paulo: Ática, 1994.

SASS, Liz Beatriz. **Direito e Natureza: (re)construindo vínculos a partir de uma ecocidadania.** Curitiba: Juruá, 2008, p.102

SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada.** São Paulo: Ed. Record, 2001.

SILVA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil.** 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol.I.

SILVA, José Afonso da. **O Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 6ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOFFIATI, Arthur. A natureza no pensamento liberal clássico. *Revista de Direito Ambiental*, nº20.

SPINELLI, Miguel. *Filósofos Pré-Socráticos. Primeiros Mestres da Filosofia e da Ciência Grega.* 2ª edição. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, pp. 167–271.

STRECK, Lênio Luiz. **Diferença ontológica entre texto e norma.** Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Streck.pdf. Acesso em: 12 out. 2013

THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito. In: **Meritum: Revista de Direito da Faculdade FUMEC**, ISSN 2238-6939, vol.3, n.1, p. 317-358, jan/jun 2008. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/article/view/787/631>> Acesso em 20/10/2013.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica.** São Paulo: Ed. RT, 2011.

BROWN WEISS, Edith. Intergenerational Equity and Rights of Future Generations. In: TRINDADE, Augusto José Cançado (ed). **Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente.** 2.ed. San José: IIDH, 1995.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.** São Paulo: Renovar, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck. A Judicialização da Política. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez;

STARLING, Heloísa (orgs.). **Dimensões Políticas da Justiça**. 1.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.207-214.

VILLEY, Michael. **Estudios en torno a la noción de Derecho Subjetivo**. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaiso, 1976, p.23-57.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 155 e ss.