

CRISTIANE DERANI

direito ambiental Econômico

2008
027545



**Editora
Saraiva**

CRISTIANE DERANI

Livre-Docente da Faculdade de Direito da USP

direito ambiental econômico

*cod
027545*

3ª edição

2008

2ª tiragem

2009



AGRADECIMENTOS

Como seria de se esperar, durante a elaboração deste trabalho não fui alimentada por nenhuma inspiração miraculosa que me permitisse sozinha desenvolver todas as letras e pensamentos expressos neste escrito. Se apresento este trabalho hoje, livrando-me do triste destino de Sísifo ao qual me aproximava, é um mérito a ser dividido.

O incentivo e a liberdade garantidos pelo meu orientador, professor Eros Roberto Grau, foram fundamentais para encorajar-me a alcançar vãos que, várias vezes, duvidava poder empreender. Nisto incluo a busca por uma complementação das pesquisas na Alemanha.

Lá fui acolhida pela paciência e interesse do professor Eckard Rehbinder, que me abriu as portas da Universidade J. W. Goethe, em Frankfurt, orientando-me na pesquisa bibliográfica e alertando-me contra minha tendência a certa indisciplina na conclusão das pesquisas.

Meu agradecimento deve estender-se aos professores Fábio Nusdeo (Faculdade de Direito da USP) e Jürgen Habermas (Faculdade de Filosofia da Universidade de Frankfurt) que me auxiliaram com indicações bibliográficas e discussões sobre economia e filosofia, procurando preencher minha falta de especialização nestas áreas.

É evidente que sem o precioso auxílio do CNPq, CAPES e DAAD não poderia sonhar com os anos dedicados exclusivamente à realização da tese de doutorado.

Enumerar os amigos que me incentivaram, criticaram e auxiliaram seria talvez penoso ao leitor e ainda correria o risco de cometer injustiça. Mas a todos eles a minha profunda gratidão e o eterno reconhecimento, mesmo quando a distância e os afazeres nos privam de mais freqüentes encontros.

Agradecer a Amira e Alexandre é lembrar da sua inabalável presença, amizade e apoio por quase trinta anos. Não é menor o meu reconhecimento a Gabriela, que de modo notável permitiu e compreendeu as ausências de sua mãe neste seu primeiro ano de vida.

São Paulo, fevereiro de 1996

SUMÁRIO

<i>Agradecimentos</i>	VII
<i>Prefácio</i>	XV
INTRODUÇÃO	XIX
CAPÍTULO I — POR QUE O DIREITO?	1
1 Direito e política	2
1.1 A civilização da ordem.....	4
1.2 A ordem jurídica é uma escolha: a escolha da Constituição Federal brasileira de 1988	8
2 Direito — Linguagem — Interpretação	14
2.1 Direito como linguagem.....	14
2.2 O texto de lei e sua base material.....	15
2.3 Norma jurídica e o “âmbito normativo”	19
2.4 Interpretação	22
2.5 Princípios e regras.....	23
2.6 Colisão de princípios e conflito de regras.....	26
2.7 Por que legitimidade?.....	27
3 Direito e a ordem social	29
CAPÍTULO II — DIREITO ECONÔMICO E DIREITO AMBIENTAL.....	37
1 Direito econômico.....	37
1.1 Direito econômico e política econômica.....	37
1.2 A dinâmica do direito econômico	43

1.3	Direito econômico, política econômica e ambiental ..	46
2	Direito e meio ambiente	49
2.1	Premissas de estudo do direito ambiental.....	49
2.1.1	Natureza e cultura	49
2.1.2	Natureza e meio ambiente	50
2.1.3	A “razão” da norma ambiental	53
2.2	O conceito de qualidade de vida unindo o direito econômico ao direito ambiental	57
2.3	Conteúdo das normas de direito ambiental.....	62
CAPÍTULO III — POLÍTICA ECONÔMICA E AMBIENTAL — POLÍTICA SOCIAL.....		73
1	Notas sobre a relação Economia — Direito — Estado ..	73
1.1	A política econômica do bem-estar	76
2	Teoria do crescimento econômico e o Produto Interno Bruto.....	81
2.1	Produto Interno Bruto e qualidade de vida	85
2.2	Crescimento econômico e a finalidade da atividade econômica.....	87
3	Economia ambiental	89
3.1	Pressupostos da economia ambiental	89
3.2	Pigou e a correção do mercado — Coase e a extensão do mercado.....	90
3.3	O problema do Estado corretor das externalidades.	92
3.4	Valor monetário da natureza e os efeitos no mercado.....	94
3.5	Sobre o “conflito” economia — ecologia	99
4	A “globalização” do problema de apropriação dos recursos naturais	103
5	Factibilidade da teoria do desenvolvimento sustentável para a proteção dos recursos naturais	110
5.1	Ótimo de pareto e sustentabilidade do desenvolvimento.....	115
5.2	Necessidade e bem-estar	117

5.3	A sustentabilidade do desenvolvimento e a política ambiental.....	120
5.3.1	As diversas espécies de valor dos recursos naturais	120
5.3.2	O desenvolvimento sustentável e a dissipação da energia	122
5.4	Limites ecológicos — Limites sociais.....	125
CAPÍTULO IV — A PRÁTICA DO DIREITO AMBIENTAL		133
1	Os princípios do direito ambiental.....	140
1.1	Princípio da cooperação.....	141
1.2	Princípio do poluidor-pagador	142
1.2.1	Princípio do ônus social.....	145
1.2.2	O princípio do poluidor-pagador orienta políticas públicas	146
1.3	Princípio da precaução.....	149
1.3.1	A base da precaução não é o risco	152
2	Direito e desenvolvimento sustentável.....	154
2.1	Avaliação de Impacto Ambiental.....	156
2.2	A normatização do desenvolvimento tecnológico e o direito ao desenvolvimento sustentável	162
2.2.1	A ambivalência da técnica	165
2.2.2	Tecnologia e poder.....	167
2.2.3	O fundamento do incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico: o exemplo do art. 218 da Constituição Federal.....	169
CAPÍTULO V — O ASPECTO CONSTITUCIONAL DA COMPATIBILIDADE DO DESENVOLVIMENTO DA ATIVIDADE ECONÔMICA COM O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO		173
1	Estado e sociedade na ordem econômica e ambiental....	175
1.1	Estado social e riqueza social	183
2	Normas programáticas, normas-objetivo	187

2.1	Normas programáticas	189
2.2	Normas-objetivo.....	190
3	A vivificação do direito	193
3.1	Interpretação da norma constitucional e o agir do direito	194
4	Compreendendo os direitos fundamentais.....	203
4.1	O conteúdo dos direitos fundamentais.....	204
4.1.1	Direitos fundamentais constitutivos: a atuação conjunta do Poder Público e dos cidadãos.....	207
4.2	A efetividade dos direitos fundamentais mediante a política dos direitos fundamentais.....	215
5	O exercício das liberdades e a interpretação dos arts. 170 e 225 da Constituição Federal.....	218
5.1	A ordem econômica, a defesa do meio ambiente e o desenvolvimento econômico	222
5.1.1	A realização da “economia social de mercado” ou “economia ecológica social de mercado”	229
5.2	Os princípios-essência na Constituição Federal.....	232
6	Os princípios da atividade econômica presentes no art. 170.....	236
6.1	Princípio da propriedade privada e da função social da propriedade.....	237
6.2	Princípio da livre iniciativa e da livre concorrência — Liberdade e igualdade para empreender.....	240
6.3	A dignidade humana	242
7	O art. 225 da Constituição Federal.....	245
7.1	O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo	245
7.2	A defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado como imperativo ao Poder Público e à coletividade.....	250
7.2.1	Poder Público	253
7.3	Normas impositivas de conduta.....	255

7.4 A redistribuição entre as gerações	257
EPÍLOGO	261
BIBLIOGRAFIA	265

PREFÁCIO

Tive o imenso prazer de ter sido orientador da Prof^a. CRISTIANE DERANI em seu doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. É a sua tese que ora é publicada.

Como qualquer outro texto, este livro admite mais de uma leitura. Aqui, contudo, essa multiplicidade [= mais de um texto no mesmo texto] se realiza de maneira mais incisiva, na medida que o livro está à disposição de classes diversas de leitores. De um lado, o leitor preocupado com o tema do meio ambiente; de outro, aquele que dedica atenção mais detida à Teoria Geral do Direito.

O tratamento dado pela Autora ao tema do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no quadro do Direito Econômico, é primoroso. O trabalho excede a generalidade dos estudos bem-feitos e deles se destaca não apenas porque é muitíssimo bem construído, mas também porque sua construção se dá em um plano mais elevado, a partir de uma sólida estrutura de conhecimentos.

Este não será conhecido como mais uma monografia ou texto sobre Direito Ambiental, senão como o livro de CRISTIANE DERANI sobre *Direito Econômico e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Será, de ora por diante, fonte necessária, indispensável, de consulta sobre o tema.

Além disso, o livro da Prof^a. CRISTIANE DERANI também sobreviverá, por longo tempo, mercê da contribuição que traz para a Teoria Geral do Direito.

A Autora visualiza a norma em seu movimento na sociedade e não a partir da falsa oposição norma *versus* realidade; repudia a afirmação da existência de dois mundos apartados, o do “ser” e o do “dever ser”.

Desde essa postura, nutrida no pensamento doutrinário mais atual, em boa parte inspirada na obra de FRIEDRICH MÜLLER, avança sua exposição.

“O sistema jurídico em si é uma abstração.” O direito, diz ela, “é composto por elementos mais complexos e dinâmicos, que são os fatos da realidade em contínua comunicação com o texto, seja na sua formação como nos seus posteriores efeitos”.

Por isso — diz ainda — a “norma só pode ser compreendida em sua plenitude com a observância sincronizada destes dois momentos: o texto e o ato. Dissociados, são corpo sem alma, literatura árida, e, acordando com o implacável revisor de Saramago, ‘tudo o que não é vida é literatura’. Portanto, para o direito não ser tomado como literatura, referências textuais a uma realidade ideal — o *que seria a* sua própria descaracterização, fazendo do direito o não-direito — entendo que o direito *é*, somente enquanto ação e reação da sociedade, sendo composto pelo texto normativo, contudo não se encerrando nele”.

Valendo-se de F. MÜLLER, a Autora observa que a norma, tanto no seu processo de elaboração como na sua aplicação, é determinada histórica e socialmente. Daí a alusão ao *âmbito da norma* — elementos e situações do mundo da vida sobre as quais recai determinada norma — que não consubstancia um tema metajurídico. “Ademais — prossegue sob a inspiração de MÜLLER — a norma não é uma obra acabada, que seria utilizável sem maiores dificuldades. Muito mais, permanecem as concepções normativas orientadoras no espaço de um campo de problemas que abrange o *âmbito da norma* e a estrutura do possível e dos casos concretos. Este é o motivo hermenêutico para a caracterização da estrutura fática normativa como *âmbito da norma*, que não é nenhum fato isolado, porém um quadro verbal que delimita o campo sobre o qual permanece imprescindível a concretização prática”.

Daí porque “a norma só pode ser completamente compreendida durante o processo de concretização” e a sua faticidade “não está simplesmente no preenchimento de seus pressupostos formais”. Fazendo ressoar a voz de von JHERING, diz a Autora: “Toda norma tem uma razão concreta a que deve sua existência. A insuficiência desta razão ou mesmo a sua inexistência arrastam a norma para o esquecimento e desprezo, como inúmeros exemplos no Brasil. As raízes da norma estão na atividade socialmente praticada ou praticável”. E completa: “*Uma prescrição legal é sempre uma resposta a uma pergunta presente, latente ou expressa numa sociedade.* Em não sendo colocada a *questão numa* determinada sociedade, não pode a resposta

apresentada pelo enunciado legal ser adequada. Não existem enunciados normativos que tenham validade para todos os tempos e povos, uma vez que eles são sempre respostas especificamente voltadas às expectativas e vontades reais existentes numa sociedade”. O *direito* não existe, existem apenas *os direitos*.

Agora, após a reflexão que a exposição de CRISTIANE DERANI induz, compreendemos porque “argumentos da realidade podem somente servir para a apuração do sentido de normas, quando estes próprios elementos da realidade habitam a norma”. E compreendemos, também, a importância das afirmações seguintes: “Normas de direito não se esgotam em seu texto, nem no *mandamento* ali expresso. A norma é sobretudo formulada tendo em vista um determinado estado da realidade social que ela pretende reforçar ou modificar. Este estado da realidade social normalmente não aparece no texto da norma. O texto é formulado, ao contrário, abstrato e geral, isto é, sem referência a motivos e contexto real. Então, não permanece o aspecto da realidade referida pela norma alheio a ela, porém constitui conjuntamente seu sentido. O sentido não pode, a partir daí, ser perseguido apartado da realidade a ser regulamentada. Ela é tanto parte da norma quanto o texto. Somente a partir deste pressuposto torna-se compreensível que as mudanças da realidade repercutam sobre o sentido da norma. ‘Um *dever-ser* há de ser formulado somente em vista de um *ser*, de modo que elementos do mundo do *ser* sejam tomados para si (*in sich*)’ [DIETER GRIMM]. ‘O teor da norma só se completa no ato interpretativo’, reitera Hesse”.

A riqueza da exposição de CRISTIANE DERANI ilumina não apenas — e tanto já bastava, à suficiência — a compreensão da relação entre *mundo do ser* e *mundo do dever ser*, mas, além disso, introduzindo a distinção entre princípios-base e princípios-essência, contribui ao esclarecimento da polêmica que se trava em torno da hierarquia entre os princípios e da relação entre princípios e direitos fundamentais.

Princípios-base, diz ela, são prescrições destinadas a estruturar a organização de uma sociedade ou de determinada atividade que a integra. São princípios que garantem à sociedade uma *estrutura específica de atuação*. A sua modificação atinge imediatamente a forma organizacional da sociedade.

Princípios-essência, de outra banda, são prescrições normativas constitucionais destinadas a traduzir valores sobre os quais se forma

uma sociedade. Conferem um caráter determinado, uma feição ao ordenamento jurídico. São preceitos que garantem a coesão no processo de aplicação das normas jurídicas, pois traduzem uma ética social de atuação. Informam o conteúdo da norma [texto normativo aplicado], por constituírem o núcleo orientador da interpretação. A sua modificação altera o caráter essencial da sociedade.

Entre ambos não há diferença hierárquica, porém uma diferença de âmbito de atuação. Diz a Autora: “Os princípios-base garantem a continuidade do sistema produtivo, assegurando os seus pressupostos. Os princípios-essência garantem a convivência em sociedade elegendo um *ethos* do comportamento social. A necessária conjugação dos princípios-essência com os princípios-base perfaz a ordem constitucional”.

Aos *princípios-base* correspondem *direitos fundamentais*. Já os *princípios-essência*, estes consubstanciam a fonte, a base sobre a qual são estruturados os *direitos fundamentais*.

Aí encontramos critério que poderá, além de tudo, informar a reflexão a propósito das situações de oposição e contradição entre princípios.

A tese ora publicada, como se vê, não é apenas um relato sobre o pensamento da doutrina; ela é uma porção do pensamento da doutrina.

Dirá o leitor deste prefácio, eventualmente, que me excedo, pouco dizendo, limitando-me quase que a transcrever o que foi dito por CRISTIANE DERANI. Assim é, deveras, não por culpa minha, mas sim porque, tendo sido seu orientador de tese, descobri que mestre é o que sabe aprender. Por isso sou grato a ela — porque me permitiu ser mestre, ensinando-me.

Eros Roberto Grau

INTRODUÇÃO

O trabalho percorre um caminho jurídico-político de sentido crítico, procurando oferecer uma visão que demonstre a indissociabilidade entre o direito econômico e o direito ambiental.

Partindo-se da percepção de que os fenômenos sociais não são estáticos, mas possuem uma dinâmica e estão em constante interação, não é possível tratar o direito como um complexo destacado que paira sobre a sociedade. Sua compreensão só é realmente possível pelo estudo simultâneo do direito como fenômeno e dos elementos que o compõem. Orientada por esta forma de análise, procurarei expor o problema, visando apresentar uma síntese no que se refere à relação entre direito, política, economia e natureza — evidentemente, dentro do contexto da sociedade brasileira contemporânea.

Não se pode tratar o direito como elemento individualizado. Sua compreensão é realmente possível pelo estudo daquela determinação recíproca entre o dado e o dar-se, ou seja, entre o fenômeno e os elementos responsáveis pelo seu surgimento, e pelas características que o individualizam. “O direito, antes de ser um sistema de normas enunciadas, está inscrito na trama das ações, na qualidade de pressupostos de algumas delas. [...] Antes de vir a ser linguagem o direito entranha o tecido do *logos* prático”¹.

Sendo os fenômenos sociais dinâmicos, o que verificamos como dado no texto jurídico não se separa de um modo particular de aparecer². A atuação do direito não se reduz a operações puramente “lógicas”. Pois a lógica é entregue apenas o domínio das idéias, e o direito se manifesta na sua *realização*. Por isso afirmo que “*a ordem jurídica é uma escolha*”.

¹ José Arthur Gianotti, Sobre o Direito e o Marxismo, in Márcio B. Naves (org.), *Crítica do direito*, p. 11.

² Cf. José Arthur Gianotti, *Trabalho e reflexão*, p. 9.

A investigação no campo do direito que proponho não se destina à apreciação do texto jurídico simplesmente, mas é antes uma “reflexão sobre *processos efetivos*”³. A reflexão como arte suprema do pensar torna possível a organização da sociedade pelo direito, fenômeno específico de cada sociedade, atado ao modo de agir humano em sociedade, determinado por ele ao mesmo tempo que também o modifica.

O jurista deve refletir sobre a norma no mundo e não sobre a estrutura normativa. Esse exercício não é sociologia do direito como classificam alguns. Tampouco me inclino à crítica da razão normativa que denominam outros, a meu ver equivocadamente, de ciência jurídica. Direito é uma prudência⁴, nutre-se devidamente da filosofia, história, economia, do vasto campo do saber desenvolvido pelo homem — inclusive valendo-se de estruturas de pensamento percorridas pelos cientistas — entretanto a nenhum se reduz.

No item 3 do Capítulo I, “*Direito e a ordem social*”, numa síntese dos itens anteriores, procuro responder à pergunta-título deste primeiro Capítulo, “*Por que o direito?*”. E, assim, finalizando, tenho por construída a estrutura básica da “luneta”. Pois é sobre o prisma do direito, cuja arquitetura é apresentada no Capítulo I, que trabalho a relação da atividade econômica com a proteção do meio ambiente. Faltar-me-ia agora apresentar algumas lentes que são necessárias à aproximação e melhor definição do objetivo. Encontram-se estas lentes no Capítulo II, “*Direito Econômico e Direito Ambiental*”, e no Capítulo III, “*Política Econômica e Ambiental — Política Social*”.

A separação do direito em ramos dá-se sobretudo por uma tentativa de circunscrever determinadas relações sociais a tratamentos jurídicos específicos (relações de família, de propriedade, de transação de bens, de organização do Estado etc.). Entretanto, no que diz respeito à separação entre direito econômico e direito ambiental, não me parecem apropriados os critérios até o momento utilizados. Uma classificação precisa revelar-se útil ao que se procura explicar. Não pretendo refutar os diversos e sempre mais diferenciados modos de segmen-

³ A análise pura do texto jurídico é empreender uma investigação sobre elaborações mentais, é procurar a “razão” da norma, a logicidade que impera nestas construções. Tal tipo de análise não é estudo sobre o direito, mas sobre o pensamento normativo. Disto me afasto, pois filósofos de categoria já se detiveram na crítica da razão.

⁴ Eros Roberto Grau, *Direito, conceitos e normas jurídicas*, p. 20.

tação do direito; contudo, para o trabalho, é fundamental que se visualize o direito como um todo e, especialmente, que se proceda à identificação dos elementos unificadores das normas que regulam a ordem econômica com as normas que dispõem sobre a conservação do meio ambiente.

No Capítulo II passo, assim, a analisar o vínculo do direito econômico com a política econômica. Apresento a concepção do direito econômico como método. Enfrento também aqui os pressupostos relativos à realização do direito econômico na forma de políticas econômicas e ambientais.

As normas ambientais são essencialmente voltadas a uma relação social e não a uma “assistência” à natureza. Tais normas de proteção ao meio ambiente são reflexos de uma constatação social paradoxal resumida no seguinte dilema: a sociedade precisa agir dentro de seus pressupostos industriais; porém, estes mesmos pressupostos destinados ao prazer e ao bem-estar podem acarretar desconforto, doenças e miséria. Com a profusão desta nova regulamentação, conceitos como crescimento, desenvolvimento e sua sustentabilidade, qualidade de vida e bem-estar exigem seu dimensionamento, sob pena de permanecer o presente estudo na superficialidade.

O fator natureza, ao lado do fator trabalho e do fator capital, compõe a tríade fundamental para o desenvolvimento da atividade econômica. Isto seria o bastante para justificar a indissociabilidade entre direito econômico e direito ambiental. Contudo, existe um outro ponto, tão ou mais forte que este: a *finalidade* do direito ambiental coincide com a *finalidade* do direito econômico. Ambos propugnam pelo aumento do bem-estar ou qualidade de vida individual e coletiva.

O tema do livro pressupõe uma investigação acurada da realidade econômica e ambiental, das suas estruturas e da sua dinâmica, sem o que a investigação jurídica cai num arcabouço formal, impedindo de se compreender o direito para além do texto, suprimindo-lhe o seu manancial de vida.

Por isso, devo admitir que, por causa da diversidade de fontes e da ambição sintética (de síntese) deste trabalho, é bastante provável que estarei mais vulnerável a erros, quando, no Capítulo III, “*Política Econômica e Ambiental — Política Social*”, trato de temas eminentemente econômicos e desenvolvidos por economistas.

Descreve o direito, a seu modo, a organização produtiva de uma sociedade. Nele também se encontram elementos para a sua manuten-

ção e transformação. A compreensão dos termos e expressões presentes no ordenamento jurídico, a sua devida contextualização, contribui para a interpretação do texto normativo, a fim de que possa viabilizar a utilização eficiente dos meios para atingir os fins colimados.

A presença desta etapa é reveladora do que me parece ser a paixão⁵ deste estudo. De que modo o direito absorve, traduz em sua linguagem e trabalha questões tão complexas — permanente objeto de estudo dos economistas e fundamentais ao desenvolvimento da sociabilidade dos homens — como a relação do desenvolvimento da atividade econômica com a conservação dos recursos naturais.

A questão ecológica é uma questão social, e a questão social só pode ser adequadamente trabalhada hoje quando toma conjuntamente a questão econômica e ecológica. É neste sentido que se reclama um redimensionamento da prática econômica, inserindo-a dentro de uma política mais abrangente, uma política social. Da economia que privilegia a concorrência para a produção de valor, onde a permanente pressão de modernização e conseqüente eficiência tecnológica requerem não só melhor como maior apropriação da natureza e energia, exige-se uma adequação a finalidades mais abrangentes, abraçadas pelas expressões qualidade de vida e bem-estar.

É evidente que o direito é *um* dos instrumentos sociais necessários ao ajuste da atividade econômica à garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado. E, como qualquer instrumento, possui uma capacidade relativa e limitada. Seus limites são formados e conformados na prática cotidiana. Entretanto, alguns limites estruturais são apresentados no decorrer desta obra. O Capítulo III fornece os aspectos econômicos dos limites ou dificuldades de concretização da compatibilização da atividade econômica com a conservação dos recursos naturais.

O item 5, “Factibilidade da Teoria do Desenvolvimento Sustentável para a Proteção dos Recursos Naturais”, é fundamental por oferecer um manancial à compreensão do texto normativo, bem como para a orientação de políticas. Desenvolvimento sustentável não é a palavra mágica que tem o poder de transformar o sonho de harmonia

⁵ Paixão, faculdade que move a alma, na compreensão de Aristóteles, apresentada no texto de Gerard Lebrun, O conceito de paixão, in *Os sentidos da paixão*, p. 22.

do homem com a natureza em realidade. É preciso alcançar o desenvolvimento sustentável? É possível? Se é, como e sob que condições? Qual o seu conteúdo, exigências e limitações? Os elementos para se responder a estas questões são apresentados no desenrolar dos quatro parágrafos que formam o item em questão.

As limitações da realização dos preceitos jurídicos que impõem um ajuste da produção à melhoria da qualidade de vida oferecida pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado podem ser encontradas também no intrincado contexto internacional. É o que demonstra especificamente o item 4 do Capítulo III, “A ‘Globalização’ do Problema de Apropriação dos Recursos Naturais”.

A preocupação em se sublinharem os limites da realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está exatamente no fiel propósito de refletir sobre as condições de sua superação. Pois é também do negativo que se constrói o positivo. Da antítese chega-se com maior firmeza à tese, posto que o escuro dá a exata medida do claro.

Encerrado o Capítulo III, julgo estar lapidada e devidamente ajustada a última lente necessária à construção da “luneta” mediante a qual vejo meu objeto (estudo): a compatibilização da realização da ordem econômica com a consecução do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, *de que modo a realização da ordem econômica prevista na Constituição Federal está envolvida com a consecução do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*.

Início o Capítulo IV, “A Prática do Direito Ambiental”, e procuro vincular as teses econômicas abordadas a questões concretas que emergem da prática do direito ambiental, inclusive destacando princípios sintetizadores, referidos como princípios do direito ambiental, cuja paternidade é atribuída a teorias econômicas. Pela apresentação dos princípios do direito ambiental busco uma orientação na elaboração das normas de direito ambiental e políticas de proteção do meio ambiente.

Neste ponto, julgo ter material suficiente para investigar o comprometimento do direito com o desenvolvimento sustentável (item 3 do Capítulo IV). Análise essencial, uma vez que, em síntese, o “espírito” do direito ambiental está na concretização de uma prática produtiva social compatível com a manutenção das bases naturais, enfim uma atividade sustentável.

Analisando o instituto jurídico que estabelece normas para o desenvolvimento de políticas de meio ambiente, a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Esta lei inaugura no Brasil a estrutura jurídica para o desenvolvimento de políticas ambientais. A relação do Estudo de Impacto Ambiental com o direito do desenvolvimento sustentável está no fato de que aquele se mostra instrumento fundamental para o planejamento deste.

A importância que ganhou o fator tecnologia na produção mundial não pode ser desprezada. Tal é destacado pelo historiador Eric Hobsbawm, em palestra, quando afirma que é o desenvolvimento das ciências e tecnologias o grande marco da revolução industrial e a única certeza desta “era dos extremos”⁶. A detenção do conhecimento garante aos Estados e às empresas maior poder e potencializa sua capacidade de acumulação de riquezas. A ambivalência da tecnologia revela-se quando se constata que a técnica é, ao mesmo tempo, instrumento para melhoria da proteção dos recursos naturais e dinamizador do esgotamento desses recursos. Por esta presença marcante do desenvolvimento técnico e científico na questão da conservação dos recursos naturais, inclusive instruindo o Estudo de Impacto Ambiental, dedico-lhe o segundo parágrafo do item “Direito e o Desenvolvimento Sustentável”, incluindo alguns comentários sobre a regulamentação do desenvolvimento técnico-científico, entendendo-a inseparável do direito econômico e do direito ambiental.

Finalmente, fixo-me no “*Aspecto Constitucional da Compatibilidade do Desenvolvimento da Atividade Econômica com o Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado*” (Capítulo V).

Procurarei ter então suficientemente argumentado que não há uma *separação material* entre economia e ecologia. *A base do desenvolvimento das relações produtivas está na natureza*. Esta união necessariamente tem de se fazer sentir no interior do ordenamento jurídico.

Uma conformação da atividade econômica ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa pela análise do modo de agir do Estado e da sociedade civil. Como se dá esta integração numa sociedade, superada a crença de que o Estado pudesse suprir todas as falhas e insuficiências do mercado, sem contudo deixar-se persuadir pela armadilha de um metafísico neoliberalismo, é o próximo

⁶ Palestra realizada no Museu de Arte de São Paulo em 14 de agosto de 1995.

passo. O item 1, “Estado e Sociedade na Ordem Econômica e Ambiental”, o item 2, “Normas Programáticas, Normas-Objetivo”, e o item 3, “A Vivificação do Direito”, do Capítulo V, perseguem este objetivo.

Em seguida vou buscar um esclarecimento e um *modus operandi* daquilo que se pode qualificar de direito fundamental declarado pela Constituição Federal, enquadrando nesta designação o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. O Capítulo 5 tem a responsabilidade de promover a ligação fundamental para o exercício integrado da profusão de direitos fundamentais existentes, designados sucintamente como “liberdades”. Assim, a liberdade de empreender é colocada lado a lado com a liberdade de dispor de um ambiente ecologicamente equilibrado. Há uma busca da simetria na aplicação desses direitos. Relaciono a esta investigação sobre o “exercício das liberdades” a raiz, a essência, do ordenamento jurídico: os princípios juridicamente positivados, essenciais ao desenvolvimento e interpretação do direito positivo (princípios-essência).

Os dois últimos capítulos procuram detalhar os princípios dos arts. 170 e 225 que julguei de extrema relevância para o desfecho da obra, incorporando os capítulos precedentes. Sublinho a relevância do parágrafo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso textualmente no art. 170, cuja compreensão em sua densidade se revela de fulcral importância.

A sustentabilidade da prática econômica visando à conservação dos recursos naturais e uma satisfatória qualidade de vida é um imperativo jurídico e uma opção política. Tanto mais coincidente o jurídico estará com o político quanto maiores forem as condições materiais para a construção efetiva de uma sociedade com sólida estrutura democrática.

Por fim, devo ressaltar que apresento as citações em língua estrangeira em traduções de minha autoria, procurando ser o mais fiel possível ao sentido do original, talvez com algum prejuízo do estilo ou da literalidade da tradução. Reescrevo no original em nota de rodapé aqueles textos cuja importância transborda o aspecto do conteúdo objetivo, quando se faz importante a apreensão do pensamento do autor no original, com todos os coloridos e requintes lingüísticos que são ceifados pela tradução, que lhe subtrai o sentido pleno ou simplesmente a beleza do escrito.

CAPÍTULO I

Por que o Direito?

Este estudo não tem como finalidade desenvolver uma teoria do direito ou das normas jurídicas. Entretanto, por uma razão metodológica, não por apego excessivo à forma, mas por nutrir o mais fiel interesse na transmissão do pensamento que aqui imobilizo em palavras, procurarei sucintamente lançar as bases da compreensão do direito brasileiro que norteará este trabalho.

Afirmo “direito brasileiro” porque é este direito que estudarei. É com ele que a sociedade brasileira *con-vive*⁷. E é guardando sua identidade que abordarei uma questão tão universal e ao mesmo tempo tão ligada à peculiaridade de cada região. O tema da conservação do meio ambiente, ou seja, do “*tratamento das bases da existência humana*”, concentrado na perspectiva do direito constitucional brasileiro, investigando suas origens e expressão no desenvolvimento das relações de produção no Brasil, é o foco deste estudo. Por isso, é oportuno trazer o ensinamento do professor Eros Roberto Grau sobre a singularidade de cada direito, herdeiro de todos os elementos da sociedade que o origina: “A análise do Direito existente em determinada sociedade só pode ser adequada e proficientemente empreendida à medida que tenhamos sob consideração as características próprias dessa mesma sociedade — e, nela a combinação das estruturas regionais, no seu peculiar modo de articulação, dentro da estrutura social global”⁸.

⁷ “Con=co — pref. do lat. co-(cum) ‘com’, que designa ‘companhia, contigüidade, sociedade’” (*Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982).

⁸ Eros R. Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, p. 26-27.

É uma verdade sempre mais imperativa que a nacionalidade da ordem jurídica constantemente cede à internacionalidade das relações político-econômicas. Mas mesmo estas influências não são simplesmente absorvidas pelas sociedades e traduzidas incondicionalmente pelo direito. Não é possível despir-se o direito de um país de sua história e cultura — seja durante sua formação, seja na sua aplicação —, as quais atuam como filtro, extraindo de cada fato genérico um fenômeno específico.

1 DIREITO E POLÍTICA

Direito é tributário da política, da mesma maneira que um rio que se forma de outro e ganha traçado próprio, porém continua sendo água do rio de origem, como tal guardando toda a essência daquele sem o que não poderia existir. Em síntese, o direito é parte de uma ordem política (ou sistema político), e aquilo que ocorre à política reflete no direito. Reciprocamente, atos do direito e as prescrições normativas formam e reformam a política⁹.

A política necessita de legitimidade, assim como o direito, para perpetuar-se na sociedade. Só a legitimidade política abre chance para a legitimidade do direito. Sua relação não é obrigatoriamente de imediata causa-efeito, porém abre o campo para atuação legítima do direito, na aceitação, participação e incentivo à organização política de uma sociedade. O direito sem seu potencial de legitimidade perece e, com ele, a política. Em resumo, um Estado Democrático de Direito só é possível com a existência concomitante de uma participação democrática efetiva na política e com a presença de normas imbuídas de um alto grau de aprovação social.

Para entender-se a dinâmica do direito, deve-se primeiramente perceber que ele não é simplesmente um conjunto de normas. Estas são uma manifestação do direito, positivação de normas de conduta, que porém não o exaurem. O direito não é uma parte, um estamento

⁹ Sempre que menciono o vocábulo política ou a expressão sistema político, entendo todos os fatores que determinam uma prática social, estejam aqueles diretamente normatizados e institucionalizados, ou que tenham em instituições ou normas seu princípio. Este vocábulo abrange, por exemplo, partidos políticos, meios de comunicação, práticas econômicas, grupos de interesses, associações civis.

da sociedade, é uma *prática social*. Todas as manifestações da vida devem ser compreendidas como reciprocamente causadas, nada podendo ser analisado senão dentro de uma visão holística deste todo complexo e múltiplo que é a realidade. Esta concepção do direito como um *elemento da organização social*, em vez de compreendê-lo como representação social estática, em si encerrada, conforme é operado por doutrinas idealistas do positivismo¹⁰ jurídico e jusnaturalismo, desenvolve-se na adoção das categorias do materialismo histórico, cujas bases foram lançadas por Marx e, modernamente, reconstruídas por Habermas. É a linha adotada neste trabalho para a compreensão do direito como uma expressão social.

Direito é também política. “Político” é, de modo não exclusivo, aquilo que pertence ao processo social de decisão, dominação, sanção, distribuição. Evidentemente, deste processo participa o direito com sua forma própria de expressão: a norma jurídica. Seguindo determinado critério, o direito é expresso na “forma de uma norma”, onde se identifica o conteúdo político de uma específica organização social. Tal verbalização dinamiza-se à medida que sai do papel e ganha o “mundo da vida”, compondo estruturas sociais de comunicação. A norma só pode ser compreendida em sua plenitude com a observância sincronizada destes dois momentos: o texto e o ato. Dissociados, são corpo sem alma, literatura árida, e, acordando com o implacável revisor de Saramago, “tudo o que não é vida é literatura”¹¹. Portanto, para o direito não ser tomado como literatura, referências textuais a uma realidade ideal — o que seria a sua própria descaracterização, fazendo do direito o não-direito —, entendo que o direito é, somente enquanto ação e reação da sociedade, sendo composto pelo texto normativo, contudo não se encerrando nele.

Em conclusão, ao tratar da ordem jurídica, refiro-me a uma organização básica proprietária de unidade interna formal (texto normativo), que se dissolve ao imergir no mar de contradições e na diversidade das sociedades modernas, sem contudo abandonar sua essência organizadora e seu potencial implementador.

¹⁰ Com esta crítica é importante trazer o alerta de Forsthoﬀ: “a superação do positivismo não é de maneira nenhuma o abandono da positividade do direito” (Ernst Forsthoﬀ, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, in R. Dreier, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, p. 56).

¹¹ José Saramago, *História do cerco de Lisboa*, p.15.

Diversidade, pluralidade, complexidade não significam perda de identidade. A existência da unidade da ordem jurídica é dada pela sua percepção no decorrer da vivência de uma sociedade, exatamente porque ela existe e se desenvolve no mesmo movimento das atividades sociais.

“O Direito é nível da própria realidade, é elemento constitutivo do modo de produção social. Logo, no modo de produção capitalista tal qual em qualquer outro modo de produção, o direito atua também como instrumento de mudança social, interagindo em relação a todos os demais níveis — ou estruturas regionais — da estrutura social global. (...) O direito é sempre fruto de uma determinada cultura”¹².

O direito, como agir em sociedade por meio de seu código próprio, é a verbalização dos elementos constitutivos de uma sociedade e de suas expectativas. Afinal, o direito é antes de tudo uma produção humana. É Friedrich Müller quem nos oferece a afirmação de Jellinek: “O direito surge definitivamente como parte do conteúdo da consciência humana”¹³. De outra forma, valendo-me de Friedrich Müller, “o direito é resultado da análise hermenêutica da normatividade jurídica”¹⁴. É o modo preciso com que este renomado jurista proclama a indissociabilidade do texto, sua interpretação e aplicação na formação do direito. A análise dos elementos normativos do direito (texto jurídico, jurisprudência) dentro do seu ambiente histórico-cultural, por pessoas, ou mesmo por expertos, constrói o direito. A norma, produto da combinação destes elementos, é nitidamente jurídica e política, pois altera necessariamente o ambiente social em que atua.

1.1 A Civilização da Ordem

A civilização moderna, cujas bases remontam ao século XIV na Europa, é especialmente marcada pela busca da ordem. Seu “desenvolvimento” percorre o trilho da organização, do estabelecimento de

¹² E. R. Grau, *A ordem econômica*, cit., p. 20.

¹³ Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität*, p. 77.

¹⁴ Para Müller, é a “estrutura normativa” resultado de análise hermenêutica da normatividade do direito. Esta análise é conduzida com a confrontação do texto normativo e o ambiente histórico e cultural em que está imerso e do qual é fruto. Cf. F. Müller, *Normstruktur*, cit., p. 89.

normas e da obediência a regras institucionalizadas. Não é a finalidade do desenvolvimento das potencialidades da personalidade do indivíduo, nem o alcance de algum ideal coletivo de felicidade e justiça, porém a manutenção da organização social em suas bases que impulsiona o surgimento das normas jurídicas nessas sociedades. A manutenção de determinado *status quo* motiva os meios. Uma estabilidade mantida dentro dos limites de variação previsível dos comportamentos é o objetivo máximo da civilização moderna, e, conseqüentemente, a *razão* de todo o direito. Esta desmistificação do direito moderno faz-se necessária, não para nos acomodarmos num determinismo atávico, mas para que possa ser verificada, sem fantasias, uma determinada *prioridade* no direito da sociedade moderna¹⁵. Sua finalidade máxima é a manutenção dos pilares necessários à realização das atividades que caracterizam esta sociedade. Contudo, tal não significa que o direito esteja impedido de realizar uma determinada justiça social e contribuir para o aumento da satisfação dos indivíduos. O que se coloca é que o direito moderno não é a simples tradução de justiça, não obstante esta seja, em determinada quantidade, necessária para a manutenção da ordem das relações sociais.

Faz-se necessário apresentar este contexto, à medida que, ao trabalhar com a Constituição Federal, estarei sobretudo discutindo princípios e direitos fundamentais individuais ou coletivos. E, para melhor orientar esse exame, é meu mister desmistificar uma pretensa relação de causalidade entre normas constitucionais e justiça. O alvo do sistema jurídico é a ordem social, independente do seu teor de justiça. Naturalmente, uma sociedade estará tanto mais pacificada e melhor poderá desenvolver suas atividades à medida que exista um mínimo de equidade nas relações e posições de e entre seus membros, bem como quanto maior for a confiabilidade na justeza do quinhão de que cada indivíduo consegue usufruir em sua vida na sociedade. Para tanto, tem-se resguardado direitos fundamentais e coletivos, que rezam

¹⁵ Toda referência ao “moderno” ou “modernização” adota o conceito de Habermas sobre este processo. Para ele, modernização — e por conseqüência o adjetivo de mesma raiz — refere-se à acumulação de capital e à mobilização de recursos; ao desenvolvimento das forças produtivas e ao aumento da produtividade do trabalho; à imposição de uma violência central política institucionalizada e à formação de identidades nacionais; à expansão do direito de participação política, do modo de vida urbano, da formação escolar formal; à secularização de valores e normas etc. (Jürgen Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, p. 10).

melhor nível de vida à comunidade, não discriminação, garantia de privacidade e de livre manifestação, direito à propriedade etc.

Porém, não há um único caminho e não nos é dado saber para onde estes instrumentos conduzem. O fato é que somente a revelação prática destas normas, ou seja, sua invocação, referência, declaração, por órgãos do Judiciário ou de qualquer outro poder do Estado, por requerimentos em peças processuais, pelos meios de comunicação, pelos atos dos cidadãos reclamando a concretização destes princípios — breve, pela prática da cidadania — conduz ao seu verdadeiro conteúdo e confere à ordem social seu real caráter.

A escolha de um princípio em detrimento de algum outro, o seu conteúdo teleológico delimitado na interpretação, nada mais é que a opção por uma determinada ordem. O que nutre tal escolha é este amálgama de aspirações individuais e coletivas por uma existência melhor e a busca de uma sociedade *racionalmente eficiente*, capaz de garantir o desenrolar de suas atividades. É uma escolha visando diminuir conflitos e garantir um equilíbrio das relações entre homens e destes com os objetos que permeiam estas relações, como os recursos naturais, propriedade, capital.

Nesta composição, conforme acertadamente identificou Auguste Comte durante o revolucionário século XIX, na França, não há mais lugar para bases metafísicas de organização, como a religião, nem para poderes sem qualquer comprometimento com uma legitimação social, como o militar. A inexorabilidade destas conclusões conduz à redefinição por ele dos conceitos-chave da revolução burguesa de 1789 — liberdade, fraternidade e igualdade.

A arcaica base da ordem social, a religião, não mais se ajusta a uma sociedade que vive de mudanças, “do progresso”. Assim já se explicava Auguste Comte, ao defender sua máxima social “l’ordre et le progrès”, em reação a meio século de crise revolucionária. Para ele, a desordem social daquele momento explicava-se pela insuficiente “teologia política” (religião e poder militar) que não conseguiu se sustentar perante “o progresso natural da inteligência e da sociedade”¹⁶. Desta forma, ilustra o “engenheiro social”:

“A ordem e o progresso, que a antigüidade olhava como essencialmente inconciliáveis, constituem cada vez mais, pela natureza da

¹⁶ Auguste Comte, *Cours de philosophie positive*, v. IV, p. 17.

civilização moderna, duas condições igualmente imperiosas cujas íntimas e indissolúveis combinações caracterizam a dificuldade fundamental e o principal recurso de todo sistema político verdadeiro. Nenhuma ordem real pode se estabelecer, nem sobretudo durar, se ela não é plenamente compatível com o progresso; nenhum grande progresso se concretizará efetivamente se ele não tender finalmente à consolidação da ordem”¹⁷.

À antiga teologia social contrapõe-se o espírito científico que nos preserva de uma ressurreição real do espírito teológico (“esprit scientifique que nous préserve à jamais d’aucune réurrection réelle de l’esprit theologique”). O “esprit industriel” representaria a garantia mais eficaz contra o retorno do estático espírito teológico da civilização. Em se mantendo o “progresso” da sociedade unicamente movido pelo “esprit industriel”, quer dizer, pelo desenvolvimento de tecnologias, pela expansão industrial e de mercados, e de tudo aquilo que assegure este movimento, insere-se todo o progresso moderno no interior de bases político-econômicas definidas que garantem o perfil de uma determinada sociedade. Por isso, não é sem mais a constatação do movimento da sociedade pelo seu modo de produção. Mais do que nunca a atividade de manutenção da vida e enriquecimento assume uma força caracterizadora da sociedade.

Comte precisou muito bem a mudança de base do paradigma da ordem social — de uma ordem estática para uma postura dinâmica. No vácuo de diretrizes deixado pelo afastamento da religião como norteador dos valores sociais, o direito assume o papel de fonte moral e normativa, circunscrevendo os limites de mobilização social, numa orientação maleável, permitindo ações das mais diversas, fixando os pilares básicos da ordem social, a partir dos quais são possíveis os entendimentos mantenedores ou transformadores do cotidiano. Se, por um lado, a civilização moderna circunstanciou seu paradigma moral, por outro lado este mundo privatizado, laicizado e desencantado (quer

¹⁷ “L’ordre et le progrès, que l’antiquité regardait comme essentiellement inconciliables, constituent de plus en plus, par la nature de la civilisation moderne, deux conditions également impérieuses dont l’intime et indissoluble combinaisons caractérisent désormais la difficulté fondamentale et la principale ressource de tout véritable système politique. Aucun ordre réel ne peut plus s’établir, ni surtout durer, s’il n’est pleinement compatible avec le progrès; aucun grand progrès ne saurait effectivement s’accomplir, s’il ne tend finalement à l’évidante consolidation de l’ordre” (*Cours*, cit., p. 8).

dizer, que perdeu as bases públicas religiosas e semimágicas de outra) manteve elementos capazes de impingir ao comportamento individual uma idéia de sacrifício e dedicação a ideais coletivos, além da manutenção do indivíduo. O equilíbrio entre estas duas espécies de valores (os individuais e os coletivos) molda os rumos de cada sociedade.

1.2 A Ordem Jurídica é uma Escolha: A Escolha da Constituição Federal Brasileira de 1988

Apesar de toda aparência de neutralidade ostentada pelo direito devido a seu revestimento formal, ele está profundamente imbricado na própria base das relações de produção, assume suas características e valores e reage às suas modificações. Seu funcionamento ajusta-se como uma engrenagem em uma máquina às relações de produção. E aqui reitero o caráter político do direito.

No caso do Brasil, o modo de produção desenvolvido é o modo de produção capitalista, explicitado e garantido pela Constituição Federal ao proteger e defender em seus princípios fundamentais os elementos que o compõem. A economia de mercado é garantida constitucionalmente, pois seus elementos fundamentais estão resguardados na Constituição Federal — livre iniciativa, trabalho assalariado (art. 1º, IV). A particularidade de cada direito é ainda mais acentuada à medida que não se pode falar de um modo de produção genérico para uma sociedade, no caso a brasileira. Não se trata de afirmar que cada modo de produção pressupõe a existência do seu direito, senão de afirmar que em cada sociedade manifesta-se um determinado direito, produto da coexistência de relações calcadas no modo de produção dominante nessa sociedade com as relações fruto de outros modos de produção que, nessa sociedade, coexistam com o modo de produção dominante¹⁸.

Por isto que não podemos adotar o simplismo de tachar o modo de produção expresso no texto da Constituição Federal como modo de produção capitalista, nivelando-o com demais Estados capitalistas, sem compromisso com seu espaço e tempo. A descrição normativa do texto constitucional brasileiro identifica uma série de relações e aspirações inerentes a esta sociedade num determinado tempo histórico, aportando à economia capitalista, que reafirma novos matizes. Assim, um fator fundamental da produção econômica, a natureza, sub-

¹⁸ E. R. Grau, *A dupla desestruturação do direito e o direito pressuposto*, p. 16.

mete-se aos efeitos da normatização dos meios de sua apropriação. Ajusta-se, portanto, a exigências de razões econômicas, estéticas, culturais, ontológicas reguladas pelo ordenamento jurídico peculiar a cada formação social.

A Constituição reelabora e dá contornos próprios ao capitalismo que declara, desenhando-o na forma de “capitalismo social”, estruturado na Carta Magna, sobretudo nos seus arts. 5º e 170. Naquele, quando dispõe sobre a garantia da propriedade privada e sua vinculação ao desempenho de uma função social (art. 5º, XXII — “É garantido o direito de propriedade” e art. 5º, XXIII — “A propriedade atenderá a sua função social”).

Ademais, o modo de produção capitalista, depurado pelos elementos da democracia social, é assegurado no artigo inaugural do capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica, no título “Da Ordem Econômica e Financeira” (art. 170). A ordem econômica deve estar fundada na livre iniciativa (art. 170, *caput*) e na livre concorrência (inciso IV). Aqui está perfeitamente elencada a defesa dos três fatores da produção — capital, trabalho, natureza — representados respectivamente nos princípios inscritos nos incisos II — propriedade privada, VIII — busca do pleno emprego, VI — defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Também é neste artigo que se encontra protegido o agente econômico nos seus dois momentos na sociedade: 1 — como trabalhador ou produtor — a ordem econômica deve estar fundada na “valorização do trabalho humano” (art. 170, *caput*) e a realização da ordem econômica deve atender à busca do pleno emprego (inciso VIII); 2 — como consumidor (inciso V — defesa do consumidor).

É fundamental a atuação do Estado para a materialização destes princípios e de todos os que visam a um maior equilíbrio nas relações sociais e integração de seus partícipes. Afinal, o Estado, ao longo dos dois últimos séculos, tem assumido um papel complementar das relações de produção, pautadas originalmente na satisfação de interesses individuais. O Estado age a fim de melhor organizar a produção e para neutralizar tensões inerentes ao processo produtivo, entre o que seja público e privado, entre democracia e capitalismo, conforme já diagnosticou Habermas¹⁹.

¹⁹ Cf. J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, v. 2, p. 507-508.

Carl Offe expressou o relacionamento tensionado entre capitalismo e democracia, sob o ponto de vista da concorrência, no seguinte paradoxo:

“Sociedade capitalista diferencia-se de todas as demais não pelo seu problema de reprodução, mas pelo fato de apresentar para o problema de compatibilização da integração social, que todas as sociedades de uma certa maneira trabalham, ao mesmo tempo, dois caminhos de solução lógica que se excluem mutuamente: o de diferenciação, ou seja, privatização da produção, e o de sua socialização, ou seja, politização”²⁰.

A perseguição da realização do bem comum pelo Estado afasta a concepção liberal de lei, que se pautava numa igualdade fictícia, e dirige-se para uma atividade em busca de concreta justiça distributiva. Nos papéis de produtor, repartidor e distribuidor de riquezas, o Estado de Direito torna-se um Estado Social de Direito²¹ à medida que se volta à organização do trabalho, bens e recursos naturais.

Retornando ao Título I da Constituição Federal, “Dos Princípios Fundamentais”, é possível afirmar que estes princípios traduzem opções políticas fundamentais sobre as quais se pauta o desenvolvimento das atividades nesta sociedade²². É oportuno lembrar Jorge Miranda, que sublinha a função ordenadora dos princípios fundamentais, quando afirma serem eles que dão coerência geral ao sistema²³.

A ligação mais profunda que ocorre entre os princípios é uma ligação ética. É a fundamentação derradeira, a pedra fundamental (*die Letztbegründung*²⁴). É aquele *topos*, liame de todo o texto, que, por representar um valor teleológico relevante, acaba se evidenciando pela tendência que mostra cada Constituição. É na manifestação desta ética que se tornou possível adjetivar generalizando uma Constituição como social, democrática etc. Não é por conter um ou outro princípio de caráter social ou democrático, mas porque seus princípios são expostos num conjunto, vinculando os sujeitos, consolidando

²⁰ Apud J. Habermas, *Theorie*, cit., p. 508.

²¹ Cf. Hermann Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur*, in Martin Drath et al. (org.), *Gesammelte Schriften*, v. 1, p. 451.

²² José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 83.

²³ Apud, José Afonso da Silva, *Curso*, cit., p. 85.

²⁴ Expressão de Karl-Otto Apel, *Diskurs und Verantwortung*, p. 7.

uma “ética de responsabilidade solidária da humanidade”²⁵, a qual trará efeitos nas atividades e conflitos humanos e será apta a conduzir à materialização de ideais sociais e democráticos.

Asseguradas a cidadania e a dignidade da pessoa humana, lançam-se as bases gerais para a igualdade entre os cidadãos, nas suas mais diversas atividades. Este nivelamento dos homens é ponto de partida de toda comunicação social que se desenrolará com base no ordenamento jurídico. O direito, enquanto norma editada, perfaz uma unidade organizada, é o sistema jurídico²⁶, e, como tal, é discurso escrito mantendo sua unidade interna: não há contradições no texto enquanto puro verbo. Canaris chama este sistema jurídico de “ordem teleológica”, um complexo a ser analisado em sua inteireza perscrutando-se por trás da *lex* e da *ratio lex* a abrangente *ratio iuris*²⁷ (contraposição que visa voltar a atenção ao sentido material e não simplesmente à ordem formal do texto).

O direito apresenta uma unidade racional, isto é, sua concepção corresponde a uma estrutura resultante de embates políticos, espelhando uma totalidade coerente dentro da diversidade e antagonismos de interesses que o formaram. Não significa a ordem desejada, porém uma organização possível, resultante das diferenças e embates inerentes a cada sociedade. O direito é a realidade com todas as dificuldades de expressão e todas as contradições. Cada formação social, cada elemento da sociedade, carrega toda a contradição imanente àquela sociedade. Cada forma de expressão social reflete a turbulência do todo.

É por isso que afirmo, a despeito da coerência do ordenamento jurídico, ser o direito necessariamente contraditório e conflituoso. Tais contradições e conflitos, no entanto, não integram o texto, surgem no momento de realização do direito: pela sua interpretação e aplicação. É nesta esfera que se localizam contradições, diferenças, lutas para manutenção e modificação de um determinado *status* no interior da sociedade. Situando-se o direito numa amplitude maior que a do texto

²⁵ Expressão de K.- O. Apel, *Diskurs*, cit., p. 16.

²⁶ Sobre sistema jurídico explica Claus-Wilhelm Canaris: “As características gerais do conceito de sistema são ordem e unidade. Elas encontram sua correspondência jurídica na concepção do texto normativo e na unidade interna que ele representa” (*Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 155).

²⁷ Cf. C. W. Canaris, *Systemdenken*, cit., p. 46.

jurídico, tem-se que este não é qualquer *ratio scripta*, porém um produto, um resultado da história e é realizado por pessoas, acusando, como tal, necessariamente contradições e insuficiências que são inconciliáveis com a imagem de unidade interna e seqüência lógica. É preciso remarcar que no direito encontra-se um elemento antagônico à generalidade e abstração exigidas por um sistema: “a tendência individualizadora” da justiça, que reage contrariamente ao pensamento sistêmico nivelador, e tem como resultado a formação de normas, que afastam *a priori* um fatalismo textual indiferente à situação concreta. Assim, a conclusão de Canaris²⁸ de que quebra de uniformidade e lacunas são portanto inafastáveis durante a prática do direito.

O direito é comumente associado à noção de lei. Quanto a isto, alerta Grau:

“O direito, assim, é concebido estritamente como conjunto de normas sancionadas e cada norma que o integra retira a sua ‘essência’ da circunstância de ser sancionada. Do Direito não cogitam os juristas — seu objeto de indagação é a norma jurídica, que se caracteriza como jurídica porque juridicamente sancionada. A norma jurídica, assim, na instância jurídica, se transforma em fetiche, tal qual a mercadoria é fetichizada na instância econômica”²⁹.

O direito, porém, contém a lei, uma vez que ele é formado de outros elementos, e só se manifesta quando assentado neste conjunto de lei e fato interligados pela ação. O desvendar das linhas do “livro de leis”, evocando a letra, seja pela instituição competente declarando determinada norma jurídica, seja por aquele que, em conhecimento do preceito, evoca-o e reclama sua aplicação, traz vida ao direito. O sistema de leis é um referencial, um instrumento para compor fatos da realidade. A força de sua presença na sociedade e seu efeito modificador, organizador, mantenedor das relações sociais resultam do sentido e valor que os *sujeitos* em sua prática diária atribuem à lei. A má compreensão da norma jurídica e sua redução a mero conceito lógico-hipotético, ou unicamente a um texto imperativo, levantam de forma aguda a questão sobre o modo apropriado da relação entre direito e realidade, exatamente no que diz respeito ao momento da concretização do direito.

²⁸ C. W. Canaris, *Systemdenken*, cit., p. 112.

²⁹ E. R. Grau, *A ordem econômica*, cit., p. 24.

O direito como texto é um experimento, apresenta um potencial, delimita um campo de ação sobre o qual a sociedade se baseia para o estabelecimento de seus relacionamentos, na requisição de validade e prevalência de interesses. Ele surge como articulador social e as normas de organização coletiva estão na sua origem e na base moderna do contratualismo privado, que tributa sua concreção ao desenvolvimento da organização da sociedade.

Não se trata aqui de negar a dogmática ou de colocá-la como um incômodo, cuja existência não se pode negar, mas que se procura por todas as maneiras dissimular. Naturalmente, ela tem um papel fundamental, na formação do direito moderno, na medida em que é por ela que se tem uma ordem jurídica com o desenvolvimento e a positivação de normas gerais e organizatórias de uma sociedade. A interpretação do direito positivo com toda contribuição que possa e deva ter da filosofia, sociologia, história, é um trabalho de interpretação de texto, de esclarecimento e determinação de seu conteúdo, o que faz da dogmática jurídica uma “disciplina multidimensional”³⁰ e, portanto, os limites da legitimidade da argumentação dogmática são definidos menos por uma metodologia, porém muito mais por um substrato social.

Ao analisarmos a Constituição Federal, várias são suas normas que requerem mais de uma interpretação, e reclamam um preenchimento via implementação política. São portais que, uma vez transpostos, levam a um campo fértil que aceita a semente que se atirar. Esta figura utilizada é especificamente para argumentar que, muitas vezes, a norma jurídica na Constituição é uma permissão a um assunto, contudo o que se desenvolve a partir dela é uma surpresa fugindo dos lindes de seu texto. O portal permite a entrada, porém não se responsabiliza pelo que, quando transposto, é encontrado, nem pelo que se passa no interior do ambiente onde ele permite o ingresso.

O sistema jurídico resume-se ao texto jurídico, como desenvolvimento de orações jurídicas, que expõem conceitos e definições, formando um conjunto abstrato que se deixa deduzir logicamente. Isto compõe apenas uma parte do direito que não se deixa reduzir a este sistema. O sistema jurídico em si é uma abstração, o direito é um nível da realidade e é composto por elementos mais complexos e dinâmi-

³⁰ Ralf Dreier, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in *Probleme der Verfassungsinterpretation*, p. 21.

cos, que são os fatos da realidade em contínua comunicação com o texto, tanto na sua formação como nos seus posteriores efeitos. A insuficiência da compreensão da norma despida de fatos é estendida diversas vezes para as bases metodológicas do tratamento do direito. Um dos erros básicos do atual positivismo jurídico, a concepção e o tratamento da norma jurídica como algo assentado em si mesmo, já dado, tem como pressuposto a separação entre norma e fatos e é esta separação que rejeito. Todo tratamento deste trabalho avalia o direito com “corpo e alma”. Norma e fato são elementos constitutivos, indispensáveis ao estudo do direito.

Esta base de interdependência do direito contribui para desmistificar o trancamento do direito, apresentando uma compreensão da norma jurídica voltada às manifestações de uma sociedade temporal e espacialmente definida, o que aliás é exigido de toda teoria que se pretende social. Abandona-se, portanto, o hábito de reduzir o direito a um conjunto de normas, exilado e condenado à solidão de um texto sem vida, pois lhe falta a humanidade só concedida com a presença do homem, sujeito participante de uma sociedade, formador, respeitador e modificador da norma. E é nesta complexidade dinâmica que se torna possível identificar em sua inteireza a escolha operada pela ordem jurídica para a manutenção da ordem social. Como já tive oportunidade de referir, baseada em Auguste Comte, esta é uma ordem de modo algum inerte, mas necessariamente voltada ao progresso. A ordem da modernidade.

2 DIREITO — LINGUAGEM — INTERPRETAÇÃO

2.1 Direito como Linguagem

O direito está necessariamente ligado à linguagem e, num sistema de direito escrito, aparecem as normas jurídicas como texto normativo, isto é, como um pronunciamento oficial autorizado do direito em vigor.

Segundo Müller, a ordem jurídica constitui um *continuum* de textos mediados por processos lingüísticos. O direito imposto pelo Estado trabalha minimamente com violência concreta — repressão policial e afins —, e muito mais com uma violência constitucional verbalmente formada, conciliada e controlável. Revela-se como representação de uma força efetiva, e esta virtualidade torna-se a própria

coerção social. Este modo de linguagem da ordem jurídica corresponde à ambição por racionalidade do moderno Estado Constitucional burguês. Esta racionalidade é ambígua no desempenho de sua função, pois ela é duplamente efetiva, na medida em que ela por um lado auxilia no processo de dominação, e por outro estabelece os pressupostos para um consenso. Isto se expressa numa dupla forma de linguagem do texto jurídico, como *texto organizador e justificador*³¹.

Este trabalho orienta-se por uma concepção do direito que analisa a norma por meio de sua interpretação e aplicação. Procura-se compreender a norma em seu movimento na sociedade e não a partir do abismo conceptual entre “norma” e “realidade”. Não é possível, numa sociedade em constante modificação social, cultural, moral, tecnológica, que se conceba o ordenamento jurídico e os fatos, um com o outro, estáticos, perenes e confrontados como possuidores de um ser independente³².

A condição humana não é uma determinante indiscutível, e o que Estado e casamento, comércio e dívida significam depende sempre de como o homem interpreta a si mesmo e seu mundo. O momento da compreensão, sua atualidade e ligação a preconceções são fundamentais para o acabamento da norma.

2.2 O Texto de Lei e sua Base Material

Já afirmei que a sociedade moderna tem como premissa a declaração de igualdade entre os homens. Igualdade formal que emoldura toda ordem jurídica, tornando-a praticável. Igualdade na razão da lei faz do homem um cidadão, tornando possível a igualdade de tratamento, o que viabiliza a necessária aceitação do direito como Instituição³³.

³¹ Friedrich Müller, *Juristische Methodik und politisches System*, p. 95.

³² Cf. F. Müller, *Normstruktur*, cit., p. 80.

³³ Aqui aplico o conceito de “Instituição Jurídica” apresentado por Habermas, que a compreende como um conjunto de normas jurídicas que não podem ser suficientemente legitimadas por meio de referências positivistas a processos. Tão logo a validade destas normas seja questionada na prática diária, não basta a referência à sua legalidade. Ela precisa de uma justificação material, porque ela própria pertence ao conjunto de organizações do mundo da vida e juntamente com normas de agir informais constituem o pano de fundo do agir comunicativo. Conseqüentemente, o direito precisa estar assentado em valores socialmente aceitáveis, capazes de justificar a sua prática (ver Jürgen Habermas, *Theorie*, cit., v. 2, p. 536).

A norma jurídica representa uma força efetiva e exerce uma função reguladora na sociedade. É ela a encenação de uma força, a sua manifestação em potencial. Havendo a possibilidade de um conflito de interesses, desponta em seu papel coercitivo. Não ocorrendo propriamente o conflito, ocorre uma generalização pelo consenso, dando lugar à manifestação da norma como indução, encorajamento, para que uma conduta seja realizada. Do encorajamento à persuasão, abre-se o lugar para todas as formas de influência do ordenamento jurídico.

Lanço mão de Giannotti, ao falar de uma “dimensão semântica da representação”³⁴. Acompanhando este autor, é possível compreender ser o texto normativo um fenômeno da sociedade, a representação semântica dos elementos presentes efetivamente nesta sociedade, a ela retornando como um todo. A medida da efetividade do direito positivo é dada na razão direta de sua capacidade de captar a sociedade como um todo. A generalidade da norma deve ser capaz de encenar a totalidade do grupo, da “comunidade”, ao mesmo tempo que unifica as ações estatais, informando o dever ser de seu comportamento³⁵. Esta norma não é um dado, mas uma “re-presentação” de condições materialmente existentes. O modo como isto se revela e o posterior trabalho desta mesma sociedade sobre o “re-presentado” é o que interessa ao trabalho jurídico. Retomando ainda uma vez o que já apresentei acima, afirmo que o estado material se dá como fundamento do estado formal, e a partir deste são desenvolvidas novas formas de ação material.

Quando nos defrontamos com a norma jurídica, devemos ter em mente que não estão nela regulamentados meramente desejos e ambição por comportamentos ou programas. A norma incorpora a tarefa de procurar reter no tempo o que o cotidiano não é ou não foi capaz de perpetuar. Nela estão presentes valores e idéias que remetem a uma

³⁴ José Arthur Giannotti, *Trabalho*, cit., p. 183.

³⁵ Explica ainda Giannotti: “Não é qualquer instituição centralizada que se diz estado; somente quando um chefe atua em vista duma comunidade, quando sua concreta re-presenta uma *koinomia*, como diziam os gregos, de sorte que o comportamento singular passa a encenar a totalidade do grupo e, dessa maneira, reivindica para si o direito de avaliar ações alheias, é que temos o estado propriamente dito. É neste monopólio da medida, seja qual for a sua forma, que detectamos a presença do estado. E neste ponto nossa concepção está muito próxima daquela de Kelsen, que igualmente se insurge contra as interpretações sociológicas do estado, insensíveis a seu lado normativo” (J. A. Giannotti, *Trabalho*, cit., p. 184).

nostalgia coletiva por uma sociedade ideal. A perda real daquilo que prescreve a norma jurídica numa sociedade acarretaria nela profundas modificações estruturais e morais, difíceis de serem absorvidas sem a erupção de um choque desintegrador.

Este movimento de retenção desempenhado pela norma jurídica pode desenvolver-se tanto no sentido de apreender o que está presente de forma ainda latente na sociedade, como também pode representar o último suspiro de determinados fatos que não mais encontram guarida na prática diária.

O sistema jurídico estrutura um movimento que já ocorre na sociedade³⁶. Este movimento é o da relação entre os homens em sociedade e deles com a natureza, constituindo o modo de produção da vida social. O regime de produção econômica assegurado pela Constituição Federal não é fruto de elucubração dos legisladores. Este regime, seguramente o do modo de produção capitalista, resulta da constatação da prática econômica existente (para Eros Grau — do direito pressuposto)³⁷. Este direito positivo que o legislador não pode criar arbitrariamente acaba influenciando as próprias relações básicas que lhe deram origem.

O processo de diversificação social leva a uma multiplicação funcional de tarefas especializadas, de papéis sociais e de interesses que a ação comunicativa liberta das estreitas ligações institucionais para um mais amplo campo de opções³⁸. Esta “ação comunicativa” se faz necessária em ações que se expandem e que são coalhadas de interesses antagônicos.

Nesta sociedade profana, a ordem normativa deve-se manter sem qualquer suporte metassocial, como o de forças divinas. Assim, transfere-se o fardo da integração social ao trabalho de compreensão entre os membros de uma sociedade.

É de grande valia o diagnóstico de Habermas da sociedade profanada, que ele denomina pós-metafísica. Nesta organização social, o peso da ordem normativa é intenso porque independe de garantias

³⁶ Ver sobre “direito posto” e “direito pressuposto” em Eros R. Grau, *A dupla desestruturação do direito e o direito pressuposto*.

³⁷ Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 209.

³⁸ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 42.

metassociais, fazendo com que a compreensão entre os “atores” sociais seja o fiel da balança da estabilidade social. Uma vez que a estabilidade social e a concatenação (coerência, continuidade) da interação social não possam ser concretizadas com a simples sobreposição de busca de interesses individuais, a sociedade precisa ser integrada por uma ação comunicativa³⁹.

Quando o contexto de interação não se deixa determinar pelo simples entendimento entre os indivíduos para se formar uma ordem estável, a sociedade precisa em última análise ser integrada por um instrumento estimulador da ação comunicativa. Nesta precisa necessidade encontramos a justificativa do direito por Habermas.

A individualização de setores da sociedade, que passam a ser teorizados como sistemas, não os torna fragmentos isolados cujo conjunto constitui um todo. “No seu movimento de individualizar-se, uma sociedade constitui uma imagem de si mesma que passa então a servir de parâmetro para as atividades políticas”⁴⁰.

Entretanto o poder, controle sobre uma sociedade, só ocorre com a capacidade de antepor-se a este ato um todo comum. Simplificadamente, é a capacidade de o timoneiro convencer a tripulação a agir sob suas ordens para um destino agradável a todos, visto que “estão todos num mesmo barco”. A norma jurídica, que é representação semântica de uma sociedade, possui uma raiz real capaz de assegurar a sua efetividade. Essa raiz é dada por aquilo que se apresenta na qualidade do ser comum da sociedade, o *bem comum*. Valor supremo que legitima este instrumental normativo a ser movimentado, visando tanto a criação como a manutenção e a reparação do todo social. Esta dinâmica só pode ser compreendida quando avaliada a unidade representativa do direito positivo.

“O texto de Lei é trabalhado na sua totalidade. Não se pode analisá-lo em tiras”⁴¹. O capítulo de meio ambiente da Constituição Federal não esgota as normas sobre meio ambiente e recursos naturais. Da mesma forma, o título da ordem econômica não forma uma constituição econômica independente das demais normas da Constituição Federal. É por isto que dificilmente me deterei em algum artigo

³⁹ *Faktizität*, cit., p. 43.

⁴⁰ J. A. Giannotti, *Trabalho*, cit., p. 185.

⁴¹ E. R. Grau, *A ordem econômica*, cit., p. 181.

específico da Constituição Federal para cumprir meu objetivo que peca conscientemente pela generalidade, pois o que pretendo evidenciar não é um conceito específico, mas um *movimento*. O que julgo apresentar é a dinâmica histórica, situando temporal e espacialmente o texto promulgado em 1988, evidenciando sua ideologia própria, assim como sua estrutura lógica, concentrando-me apenas no que tange especificamente à relação entre economia e meio ambiente.

2.3 Norma Jurídica e o “Âmbito Normativo”

Normas são mecanismos estruturadores de determinada sociedade. A concretização de normas, ou, mais precisamente, o estabelecimento de *normas decisórias* (*Entscheidungsnormen*, como quer Müller), assentadas sobre normas gerais de direito preestabelecidas, é, em princípio, não somente *interpretação do texto normativo*, mas também *análise do âmbito da norma*⁴². Portanto, o trabalho jurídico não é tratado somente como um trabalho decisório no sentido funcional, mas também na sua sistemática de trabalho, comprometido imediatamente com a realidade social⁴³. Destarte, a norma não pode mais ser entendida como apenas um texto que exprime uma regra normativa. A norma só pode ser completamente compreendida durante o processo de concretização. Seu sentido está neste processo. Tal processo, no entanto, sublinha Müller, não se limita àquele da hermenêutica tradicional, onde o aplicador é um ator social institucionalmente investido de poder para tal. Por esta teoria, o trabalho de concretização possui um raio de abrangência muito mais amplo, abraçando todos os meios de trabalho mediante os quais se chega a concretizar a norma e a realizar o direito⁴⁴.

⁴² Expressão utilizada por F. Müller para designar todo campo de atuação e de influência recebido e transmitido pelo direito, compondo-se de história, cultura, atividade política e prática da sociedade civil, instituições do Estado.

O âmbito da norma não é mera soma de fatos, porém um complexo real e possível formulado com elementos estruturais retirados da realidade, que aparecem em toda regra. O âmbito da norma não congrega a totalidade dos fatos, ele se manifesta quando um programa de interpretação prática está em curso, aplicando-se normas jurídicas que, tendo em vista o fato concreto, fazem emergir relevantes estruturas sociais básicas que delinearão o seu universo (F. Müller, *Normstruktur*, cit., p. 187-188).

⁴³ Cf. F. Müller, *Juristische Methodik*, cit., p. 9.

⁴⁴ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 456.

Explicitando melhor, a prática do direito não obedece apenas ao cumprimento de uma função declaratória do lícito e ilícito, sentenciando com base nos imperativos genéricos da norma do “dever ser”. Por intermédio de uma atividade prática perscrutadora do sentido da norma, o direito em cada sociedade deve ser compreendido e analisado dentro do seu ser em sociedade, relacionado com a política, atendendo à delimitação formal das disposições da Constituição Federal que estruturam o quadro da “organização social”. É por isso que afirmo ser também uma tarefa do direito traçar linhas gerais que delimitem o campo de ação das normas e princípios gerais previstos na Constituição. Por tais parâmetros, circunscreve-se o campo de ação da aplicação das normas genéricas da Constituição, dentro de um papel explicativo e não restritivo. O direito, enquanto doutrina, deve contextualizar as normas e procurar apresentar as faculdades abertas pela norma. Esta metodologia jurídica apresentada não se desenvolve ao bel-interesse de seus agentes, porém encontra suas bases e limites de ação nas normas constitucionais.

A Constituição, como delimitadora de práticas na sociedade, atua coordenando estas ações ou, pelo menos, garantindo sua legitimidade. É a norma, seja no seu processo de elaboração, seja na sua aplicação, determinada histórica e socialmente. Assim, quando trato do *âmbito da norma* (elementos e situações do mundo da vida sobre as quais recai determinada norma), não me refiro a um tema metajurídico, porque história, cultura, enfim, as características de uma sociedade, são os próprios componentes da norma. A propalada característica de objetividade e generalidade do direito aplica erroneamente o “absoluto” utilizado pelos parâmetros das ciências naturais. Ademais, a norma não é uma obra acabada, que seria utilizável sem maiores dificuldades. Muito mais, permanecem as concepções normativas orientadoras no espaço de um campo de problemas que abrange o *âmbito da norma* e a estrutura do possível e dos casos concretos. Este é o motivo hermenêutico para a caracterização da estrutura fática normativa como *âmbito da norma*, que não é nenhum fato isolado, porém um quadro verbal que delimita o campo sobre o qual permanece imprescindível a concretização prática⁴⁵.

A norma não pode ser entendida como limite da realidade, porém como elemento dela integrante⁴⁶. Também o texto normativo não

⁴⁵ Cf. F. Müller, *Normstruktur*, cit., p. 173-174.

⁴⁶ F. Müller, *Normstruktur*, cit., p. 168.

é nenhum fato comprovável, nenhum dado coisificado, porém um possível ponto de vista, de qualquer modo reclamante de interpretação.

O preceito jurídico é um material jurídico (*Rechtsstoff*), que precisa ser trabalhado. Ele recebe no decorrer de sua aplicação uma lapidação política e é provado durante o seu processo de realização. O essencial nesta lapidação e nesta prova está em que, pela aplicação de uma norma, todo o ordenamento jurídico é posto em discussão e são testadas suas finalidades e ideologias.

Na verdade, a norma como cláusula geral é ainda inexistente, isto é, não se traduz de imediato num fato, pois é bem um meio. Ela precisa ser desenvolvida do programa normativo para o caso particular. Não há conformidade imediata, como uma roupa que se escolhe para determinada ocasião. A norma não é um objeto inerte, modifica-se e ajusta-se pela correlação de forças que imperam durante a sua utilização (concretização).

As possibilidades de interpretação sistemática mediante a consideração dos aspectos do âmbito da norma e do ordenamento jurídico⁴⁷ aparecem em primeiro plano nesta tarefa de concretização.

Nas normas constitucionais, especialmente nas prescrições dos direitos fundamentais e demais pertinentes aos objetivos do Estado, é a identificação do âmbito da norma especialmente produtiva, porque tais normas revelam-se sobremaneira abstratas e genéricas quando se tem apenas a perspectiva do texto normativo. Porém, só o texto normativo é abstrato. Na relação entre texto e decisão concreta da norma, trabalha-se a compreensão da norma dentro da esfera do âmbito normativo. O caráter da norma é definido quando de sua aplicação.

A concretização da norma compreende tanto sua interpretação e aplicação como, com isto, a solução de um caso jurídico. Citando Theodor Geiger, afirma Müller que cada decisão de aplicação ou não da norma atribui, pelo menos em potencial, uma nova versão à “substância vinculadora da norma”, isto é, ao fato e a todos os elementos que o constituem⁴⁸.

⁴⁷ Entendo como “ordenamento jurídico” o conjunto de princípios e regras presentes na Constituição e demais normas e regulamentos a serem analisados. Toda interpretação normativa é uma interpretação do ordenamento jurídico e não de uma lei singular.

⁴⁸ F. Müller, *Normstruktur*, cit., p. 192.

É a aplicação da norma que permite a unificação da Constituição com o todo do sistema jurídico. Somente pela aplicação pode-se determinar a “justeza” de uma norma ao ordenamento, sobretudo sob o ponto de vista das garantias e proteção dos direitos individuais, da aplicabilidade conforme as demais garantias constitucionais da norma individualizada ao caso específico.

2.4 Interpretação

Tenho utilizado constantemente a palavra interpretação; cabe agora aclarar seu sentido. Adoto a distinção perspicaz de Friedrich Müller entre texto e norma jurídica. Texto jurídico é o que está escrito. A norma é o texto relacionado com situações de fato (âmbito normativo) que se quer normatizar.

Interpretação é a apuração do conteúdo verbal da norma. Argumentos da realidade podem servir somente para a apuração do sentido de normas, quando estes próprios elementos da realidade habitam a norma. Normas de direito não se esgotam nem em seu texto nem no mandamento ali expresso. A norma é sobretudo formulada tendo em vista um determinado estado da realidade social que ela pretende reforçar ou modificar. Este estado da realidade social normalmente não aparece no texto da norma. O texto é formulado, ao contrário, de modo abstrato e geral, isto é, sem referência a motivos e contexto real. Então, o aspecto da realidade referida pela norma não permanece alheio a ela, porém constitui conjuntamente seu sentido. O sentido não pode, a partir daí, ser perseguido apartado da realidade a ser regulamentada. Ela é tanto parte da norma quanto o texto. Somente a partir deste pressuposto torna-se compreensível que as mudanças da realidade repercutam sobre o sentido da norma. “Um *dever-ser* há de ser formulado somente em vista de um *ser*, de modo que elementos do mundo do *ser* sejam tomados para si (*in sich*)”⁴⁹. “O teor da norma só se completa no ato interpretativo”, reitera Hesse⁵⁰.

É, portanto, incisiva a afirmação de Habermas quando expõe que os expertos não interpretam a norma tendo em vista somente o contexto do corpo normativo como um todo, porém a partir do hori-

⁴⁹ Dieter Grimm, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, in Winfried Hassemer (org.), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, p. 44.

⁵⁰ Apud P. Bonavides, *Curso*, cit., p. 439.

zonte de uma respectiva pré-compreensão condutora da sociedade contemporânea. De tal arte que é a interpretação do direito também uma resposta, apreendida de uma maneira específica, às exigências de uma situação social⁵¹.

É a posição destes autores que adoto para o desenvolvimento deste trabalho. Este posicionamento procura evitar a antinomia de uma Constituição formal e uma material, repudiando a existência de dois mundos apartados, o do “ser” e o do “dever ser”, e a discussão, que se tem revelado inócua na prática, sobre um confronto entre realidade e norma jurídica. Arguta é a síntese de Bonavides sobre este modo de ver o direito ao afirmar que “os métodos auxiliares da metodologia tradicional herdados a nossa época são incompletos, em face da latitude e da complexidade que toma na sociedade industrial o fato político, influenciando o Direito Constitucional, e ressaltando-lhe esse aspecto, em detrimento da juridicidade, cujo colapso a metodologia concretista parece à primeira vista acelerar, dissolvendo a normatividade das Constituições”⁵².

Por ser o ordenamento jurídico formado e conformado pela realidade, temas que aparentemente se revelam contraditórios no texto normativo, como liberdade e restrição, individualismo e coletivismo, relevância e irrelevância, igualdade e diferença, devem ser compreendidos não como apresentando um antagonismo, mas conformando uma polaridade estrutural, uma vez que a existência simultânea desses opostos é inerente ao mundo da vida e estão essencialmente ligados entre si.

Não resta dúvida que interpretar a Constituição é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é sobretudo atualizá-la⁵³. É por isto que toda concretização constitucional é aperfeiçoadora e criativa.

2.5 Princípios e Regras

Tratei genericamente até o momento das normas jurídicas. Estas, no entanto, podem ser diferenciadas em duas espécies: os princípios e as regras.

⁵¹ J. Habermas, *Faktizität*, cit., p. 58.

⁵² P. Bonavides, *Curso*, cit., p. 459.

⁵³ P. Bonavides, *Curso*, cit., p. 441.

Princípios são normas que dispõem a respeito de algo a ser realizado o mais amplamente possível dentro das relativas possibilidades do direito e dos fatos. Princípios são, portanto, mandados de otimização (*Optimierungsgebote*⁵⁴) com a característica de poderem ser preenchidos em diferentes graus. A medida deste preenchimento depende não somente dos fatos como também das possibilidades abertas pelo direito. A área das possibilidades do direito é delimitada pelo conjunto de princípios e regras vigentes.

Em contrapartida, regras são normas, que podem ser ou não preenchidas, ficando descartada uma gradação de preenchimento. Quando uma norma vale há, então, um mandamento para fazer exatamente aquilo que ela exige, nada mais ou menos. As regras contêm, com isto, estipulações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isto significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção hierárquica em grau de importância⁵⁵.

Nesta linha de argumentação, defende Eros Grau que os princípios positivos do direito reproduzem a estrutura peculiar das normas jurídicas:

“Quem o contestasse forçosamente teria de admitir, tomando-se a Constituição, que nela divisa enunciados que não são normas jurídicas. Assim, por exemplo, quem o fizesse haveria de admitir que o art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, não enuncia norma jurídica ao afirmar que todos são iguais perante a lei.[...] Isso, no entanto, é insustentável, visto que temos aí, nitidamente — tal como nos arts. 1º, 2º, 17, 18, 37 — autênticas espécies de norma jurídica. Ainda que a generalidade dos princípios seja diversa da generalidade das regras, tal como o demonstra Jean Boulanger, os primeiros portam em si pressuposto de fato (*Tatbestand*, hipótese, *facti species*), suficiente a sua caracterização como norma. Apenas o portam de modo a enunciar uma série indeterminada de *facti species*. Quanto à estatuição (*Rechtsfolge*, injunção), neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras normas jurídicas incompletas. Estas são aquelas que apenas explicitam ou o suposto de fato ou a estatuição de

⁵⁴ Expressão de Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 75.

⁵⁵ R. Alexy, *Theorie*, cit., p. 76.

outras normas jurídicas, não obstante configurando norma jurídica à medida que, como anota Larenz, existem em conexão com outras normas jurídicas, participando do sentido de validade delas. De resto, a necessidade de concretização dos princípios não é exclusiva deles, manifestando-se também no caso das normas programáticas propriamente ditas e das normas preceptivas. Estamos aí diante dos princípios que Larenz refere como 'princípio em forma de norma jurídica (*Rechtsatzformige Prinzipien*)'⁵⁶.

“Cumpro observar também que não se manifesta jamais antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas. Estas operam a concreção daqueles. Assim, quando em confronto dois princípios, um prevalece sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas; não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico”⁵⁷.

O conteúdo dos princípios, sua real dimensão e alcance com todos os matizes da idéia que encerram, só é plenamente possível de ser determinado ao ser invocada sua aplicação num determinado contexto.

Os princípios desenvolvem seu próprio conteúdo (*Sinngehalt*) somente quando compõem uma dinâmica conjunta de recíproca complementação e limitação (*wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung*). Portanto, deixa-se plenamente evidenciar o significado do princípio da livre iniciativa somente quando se compreendem os princípios que a ele reagem, impondo-lhe limites e delimitando o seu campo de atuação. Por exemplo, a existência da obrigação de contratar, a proteção à dispensa do empregado ou o direito a participação nos lucros da empresa são elementos que não contradizem o princípio da livre iniciativa, ao contrário, revelam-se como sustentadores do sistema para a afirmação da autonomia privada. Em outras palavras, a compreensão de um princípio é freqüentemente correspondente ao entendimento de seus limites, isto é, o conhecimento de um princípio é permitido pela contraposição a outros princípios e à realidade a que se refere⁵⁸.

⁵⁶ E. R. Grau, *A ordem econômica*, cit., p. 125-126.

⁵⁷ *A ordem econômica*, cit., p. 134.

⁵⁸ Cf. C. W. Canaris, *Systemdenken*, cit., p. 56.

2.6 Colisão de Princípios e Conflito de Regras

Colisão de princípios e conflito de regras manifestam-se quando duas normas, utilizadas independentemente, trazem resultados inconciliáveis uma com a outra, ou seja, conduzem à concretização de dois juízos normativos que se contradizem. Estes dois confrontos diferenciam-se no modo de solucionamento.

Quando dois princípios colidem, um deles precisa dar lugar ao outro. Isto não significa, porém, nem que o princípio que se retirou é um princípio inválido, nem que esta colisão é uma exceção do direito. O que ocorre é a precedência de um sobre o outro dentro de definidas situações concretas. Em outras situações pode muito bem a precedência ser dada ao outro princípio. Isto ocorre porque os princípios no caso concreto têm diferentes pesos. O conflito entre as regras jurídicas desenvolve-se na dimensão da validade; já a colisão de princípios, porque somente princípios válidos podem colidir, ocorre além da dimensão da validade, porém na esfera dos pesos⁵⁹.

Entretanto, quem atribui peso aos princípios? A história de uma sociedade, a decisão dos seus participantes segundo regras de poder e de ação. Isto significa que o direito estende seus braços às menores decisões da sociedade, quando esta, consciente ou inconscientemente, aplica algum princípio jurídico em suas decisões. A escolha de qual princípio terá um peso superior a outro cabe a esta sociedade, e o processo desta também se remete ao direito, à medida que se pretende que a comunicação e o entendimento social se desenvolvam encerrados na ordem social, que é assegurada pela ordem jurídica.

Procurando a “justa medida” na aplicação dos princípios, a doutrina alemã tem se referido a um “princípio da proporcionalidade” (*Verhältnismässigkeit*), procurando estabelecer um relacionamento entre meio e fim, para a aplicação dos princípios, para que se torne possível um controle do excesso (*eine Übermasskontrolle*)⁶⁰. Por este princípio fica patente o caráter instrumental do direito regido por uma adequação entre fim e meio, dentro da relação no todo. Bonavides, seguindo Ermacora e Vasak, afirma com toda propriedade que “com esse princípio nasce também um novo Estado de Direito cuja

⁵⁹ R. Alexy, *Theorie*, cit., p. 77.

⁶⁰ P. Bonavides, *Curso*, cit., p. 357.

solidez constitucional resulta, sem dúvida, da necessidade de instaurar em toda ordem social os chamados direitos da segunda e da terceira geração, a saber, os direitos sociais, econômicos e culturais, a par dos direitos da comunidade, quais, por exemplo, a autonomia, a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento e a fraternidade”⁶¹.

2.7 Por que Legitimidade?

A norma jurídica possui uma dupla face: ao mesmo tempo que é um mandamento impositivo é também uma afirmação de liberdades. Segundo Habermas, o valor social da norma jurídica é determinado pelo grau de sua impregnação na sociedade. Diverso do valor convencional dos usos e costumes, sustenta-se o direito não sobre o crescimento da efetividade de formas de vida usuais e tradicionais, mas sobre uma produção artificial de facticidade — da imposição de sanções definidas na forma do direito e passíveis de serem requeridas em juízo. Em contrapartida, é medida a legitimidade das regras pela convertibilidade discursiva de uma expectativa de valor normativo — no caso de ser resultado de um processo racional legislativo —, ou caso se possa ter justificada a norma, pelo menos sob um ponto de vista pragmático, ético e moral⁶². Distende-se, portanto, a definição tautológica sobre a validade do direito positivo (vale como direito positivo o que obtém força jurídica mediante um procedimento juridicamente válido). Embora verdadeira, não se pode reduzir a norma jurídica a esta afirmação.

O que Habermas chama de “*impregnação na sociedade*” é legitimidade da norma. A legitimidade de uma norma é independente de sua consecução fática. Ao contrário, os valores sociais e o cumprimento fático variam com a crença na legitimidade dos profissionais do direito, e esta crença sustenta-se por sua vez sobre a subordinação da legitimidade, isto é, da fundamentabilidade das respectivas normas. Outros fatores como intimidação, poder, costumes ou mero hábito precisam tanto mais contribuir para estabilizar uma ordem jurídica quanto menor for o seu grau de legitimidade⁶³.

⁶¹ *Curso*, cit., p. 358.

⁶² J. Habermas, *Faktizität*, cit., p. 48.

⁶³ Cf. J. Habermas, *Faktizität*, cit., p. 48.

Fica justificado o fato de que trabalho muitas vezes com episódios do texto normativo, cuja aplicação ainda não foi reclamada, ou cujo tratamento se mostra ainda bastante débil, a despeito do tempo de edição do texto. A participação dos teóricos do direito procurando esclarecer o âmbito da norma, algumas das suas diversas possibilidades de manifestação no mundo da vida, revela-se de fundamental importância para a efetivação do direito.

O princípio da democracia precisa preencher uma lacuna num sistema de direito, cujo cerne é o interesse privado e que, portanto, termina por representar um egoísmo juridicamente organizado. Destarte, este sistema não pode se reproduzir sobre si mesmo, porém mantém-se embasado num consenso preliminar do “interesse do cidadão”.

Sem o amparo religioso ou metafísico pode o direito coercitivo, que é constituído sobre o procedimento legal, somente garantir a sua força social integrativa, na medida em que chega a compreender cada endereçado da norma jurídica tanto imerso na globalidade social como o titular individual desta norma⁶⁴.

Sob o céu de uma sociedade com valores pós-metafísicos, o direito vale somente como legítimo, quando oriundo de interesses e idéias de cidadãos iguais. Estes podem, por seu turno, mediante o seu direito democrático de participação, defender apropriadamente sua autonomia pública à medida que sua autonomia privada esteja garantida. Uma autonomia privada assegurada provê a consolidação (*Entstehungssicherung* = garantia de formação) da autonomia pública, da mesma forma que a garantia adequada da autonomia pública serve à consolidação da privada. Esta conexão circular se manifesta também na gênese do direito em vigor, pois direito legítimo reproduz-se somente na forma de uma regulação estatal de ciclo de poder, que se nutre das comunicações nas esferas privadas do mundo da vida de arraigada publicidade política. Por esta concepção de sociedade transfere-se o fardo das expectativas normativas da esfera das qualidades, competências e campos de ação dos autores para a esfera de formas de comunicação, com as quais transcorre o jogo completo da formação de opiniões e vontades informais e não institucionalizadas.

Uma ordem jurídica é legítima, na forma de como ela igualmente assegura aos cidadãos as bases da autonomia da ação privada e

⁶⁴ J. Habermas, *Faktizität*, cit., p. 51-52.

pública. Além disso, ela deve sua legitimidade às formas de comunicação com as quais ela pode externar e conservar esta autonomia⁶⁵.

O direito econômico, por excelência, trabalha com essa dupla perspectiva. O público e o privado estão de tal arte imbricados que, somente trazendo para o privado o interesse público e para o público considerações sobre o *anima* do sujeito econômico, pode-se assegurar a estabilidade da ordem econômica. Assim, o trabalho da ordem econômica diante dos desafios impostos pela necessidade de proteção ambiental não deve esquecer este relacionamento. Não é à toa que o desenvolvimento recente do direito ambiental segue a mesma melodia de complementação entre público e privado, trabalhando com normas dirigidas à abstenção privada como com determinantes de políticas públicas, uma vez que o objeto de sua atuação não pode perder de vista o objeto de que trata o direito econômico.

Enfim, à pergunta “por que a preocupação com a legitimidade da ordem jurídica?”, responde-se afirmando que a legitimidade revela o grau de democracia vivenciado por uma sociedade. E o Estado Democrático de Direito não pode ignorar a democracia, este imperativo fundamental à sua constituição e esteio necessário à sua realização.

3 DIREITO E A ORDEM SOCIAL

Não se pode sobrestimar o direito na ilusão de sua onisciência e onipotência, tudo prevendo, tudo organizando. Porque nem toda atividade social se deixa organizar, e nem mesmo quando chega a ser organizada podem-se prever todas as suas peculiaridades. Homens, ilustra Hermann Heller, não podem ter toda sua vida organizada, não são tijolos, e mesmo estes, quando se quer ordená-los, precisam ver respeitadas propriedades de leis naturais⁶⁶.

Recebo a convicção de Heller. Sociedade não é uma convenção, pela qual pessoas se colocam ao lado de outras para um fim casualmente comum, como, por exemplo, numa sociedade por ações. Ao contrário, é a sociedade-comunidade um estar-com-o-outro e pelo-

⁶⁵ J. Habermas, *Faktizität*, cit., p. 492-493.

⁶⁶ Hermann Heller, *Staatslehre*, in *Gesammelte Schriften*, M. Drath et al. (org.), v. 3, p. 185.

outro. Pessoas são ligadas por laços menos conscientes, tais como terra, cultura, destinos, atuação conjunta e interdependente. Desta união desenvolve-se a existência individual. Basta lembrar que o eu e a sociedade somente existem e permanecem à medida que se nutrem um ao outro. “Assim, somente quando o indivíduo de antemão atua com e através da comunidade estando nela incorporado, e quando a comunidade, por sua vez, é reconhecida no e com os indivíduos como real e viva, fica diminuída a funcionalização (subsunção de um ao outro como um estando em função do outro) de um ao outro e fica clara a verdadeira estrutura da realidade social”⁶⁷.

O conceito de “ação comunicativa” de Habermas traz consigo a compreensão lingüística como mecanismo da coordenação da ação, e implica também a submissão dos atores, que orientam suas ações em pretensões de validade, à imediata relevância na construção e manutenção da ordem social. A tensão entre facticidade e validade existente na linguagem reproduz-se na integração comunicativa do indivíduo, e nela deve ser eliminada, pois parte-se da premissa de que a linguagem é a fonte primária de toda integração social⁶⁸.

A racionalidade de estruturas de comunicação — e por conseguinte de estruturas normativas — é capaz de integrar numa generalização e abstração ideológicas os conflitos sociais e reformulá-los numa composição racional pela linguagem. “Em contextos de ação social, a racionalização dos meios e da escolha dos mesmos significa um incremento das forças produtivas”⁶⁹. Aqui Habermas acena que o direito, ao desenvolver uma normatização das atividades, dedica-se à regulamentação dos meios, deixando a escolha dos fins à gama de relacionamentos próprios ao mundo da vida. A ordem só é possível na escolha dos meios, não na determinação dos fins. A racionalização habermasiana cancela as relações de violência, pois, embora tencionada, a sociedade tende à composição e não à destruição. A sociedade em todas as suas contradições passa a ser administrada (*verwaltete*

⁶⁷ Hermann Heller, *Staatslehre*, cit., p. 195: “Denn nur indem man das Individuum von vornherein als mit und durch die Gemeinschaft erweckt und in sie eingliedert, die Gemeinschaft aber als in und mit den Individuen lebendig und wirklich erkennt, vermeidet man die Funktionalisierung des einen durch das ander und wird der wahren Struktur der gesellschaftlichen Wirklichkeit gerecht”.

⁶⁸ Ver J. Habermas, *Faktizität*, cit., p. 33-41.

⁶⁹ J. Habermas, *La reconstrucción del materialismo histórico*, p. 32.

Gesellschaft) obtendo uma sociedade sem oposição e um espírito reificado, como observou seu colega Adorno⁷⁰.

Nesse contexto, o direito atua assegurando os instrumentos necessários a esta convivência. É válido apresentar mais uma passagem daquele filósofo sobre a racionalidade do direito moderno: “As estruturas de racionalidade do direito moderno [...] se manifestam relacionadas com a racionalidade da ação dos sujeitos jurídicos e não com a racionalidade sistêmica da circulação econômica, junto à qual este direito moderno desempenha funções”⁷¹. Assim, para Habermas, integração social é a base da ordem social, uma fusão estabilizadora de facticidade e validade⁷².

Neste processo de integração a norma jurídica desenvolve seu papel juntamente com outros modos sociais de ação comunicativa. Para reconhecimento da norma jurídica como instrumento de integra-

⁷⁰ Apud Olgária Matos, *Os arcanos do inteiramente outro*, p. 14.

⁷¹ “Así, las estructuras de racionalidad del derecho moderno [...] se manifiestan en relación con la racionalidad de la acción de los sujetos jurídicos y no con la racionalidad sistémica de la circulación económica, respecto a la cual cumple funciones este derecho moderno” (J. Habermas, *La reconstrucción*, cit., p. 233).

⁷² “Stabilisierende Verschmelzung von Faktizität und Geltung” (J. Habermas, *Faktizität*, cit., p. 37).

Nota sobre a palavra facticidade. Segundo o *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, “facticidade” é o caráter próprio da condição humana pelo qual cada homem se encontra sempre já comprometido com uma situação não escolhida. O *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa* aproxima “facticio” de “fato”: coisa ou ação feita, o que realmente existe. A facticidade da norma refere-se às condições de realização da norma. Diz respeito a sua força injuntiva.

Nota sobre a tradução da palavra “Geltung”. Optei pelo substantivo “validade” e não vigência por aquele abranger este e não se reduzir à vigência formal da norma. Validade remete a valor. Este aqui também não é “Werte” — valor material — porém está voltado ao sentido abstrato de valoração (preocupação axiológica). Poderia bem ter utilizado o substantivo “valor” para afastar a redução do sentido de “validade”, misturando-o com o de “Gültigkeit”, que está voltado mais à preocupação de “surtir efeito”, “ser válido”. “Geltung” aqui contém também este último sentido, porém sobretudo remete à existência de valores que sustentam as normas e não apenas diz respeito à validade da norma como tradicionalmente é entendida — aquela norma que preenche os requisitos legais para produzir efeitos. Uma norma que apresenta “validade” (*Geltung*) deve conter, além dos requisitos formais, os valores legitimadores do conteúdo da norma. A ciência desta complexidade é essencial. Isto posto, quando me refiro a “validade da norma”, adoto o sentido complexo acima referido.

ção social, ou seja, do valor de uma pretensão normativa, além da pressão coercitiva da norma que age por fora restringindo os campos de ação numa função estabilizadora de expectativas do comportamento social, é necessário um contexto compatível à realização desse texto. A linguagem isolada, como no livro de um código jurídico, tem uma gama imensa de dissenso, necessitando a presença sempre mais enérgica de seu aspecto sancionador, para impor mediante força o preceituado. Seu grau de contextualização, ou seja, sua inserção no mundo da vida (*Lebenswelt*), fonte básica do trabalho interpretativo, é o que permite aferir o seu valor, que, em última análise, independe de seu grau de coerção, porém de sua aceitação e reclamo na sociedade.

A ordem social assenta seus alicerces no reconhecimento da pretensão de validade da norma jurídica. O sentido da norma constitucional, partindo-se da idéia de 1789, seria o da realização do Estado de Direito, com a devida fixação e organização do Estado Liberal na forma de uma lei. Somente com a submissão da organização do Estado à lei pôde-se oferecer a garantia da liberdade de acordo com a lei, baluarte do Estado de Direito.

Esta função da Constituição aceita na forma de lei pode e pôde naturalmente ser eficaz, quando a forma de lei da Constituição é tomada com seriedade. Como lei, submete a Constituição seu conteúdo à interpretação. Com isto, pode-se comprovar o sentido da Constituição e controlar a sua execução. Sua estabilidade resulta dos limites extraídos da interpretação da norma constitucional pela análise de seu objeto⁷³. Isto é, a sua aceitação e respeito na sociedade está vinculada à facticidade do texto normativo, quer dizer às condições objetivas que ele apresenta de efetivação na sociedade.

O Estado de Direito burguês é realizado sobretudo nas suas estruturas⁷⁴. O desenvolvimento das forças produtivas reclama uma previsibilidade e racionalidade nas estruturas que alimentam a circulação econômica. Este Estado regido pela Constituição escrita é cego a particularidades, e portanto não persegue esta ou aquela pessoa, porém tem como objetivo proteger os fatores dominantes da sociedade.

⁷³ Cf. E. Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in Ralf Dreier (org.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, p. 52.

⁷⁴ Estrutura social é formada pelas instituições e atividades sociais que atribuem a determinada sociedade seu caráter, tais como o regime econômico, o direito, a organização política.

de burguesa, a fim de que a sua dinâmica de desenvolvimento econômico não seja prejudicada⁷⁵.

Embora seja tarefa essencial ao direito fixar as linhas das estruturas sociais, ele vem assumindo sempre com maior intensidade uma postura de ordenação de situações conjunturais, o que lhe impregna também uma função de instrumento implementador das *políticas públicas*, revelando atualmente o lado *funcional* do direito paralelamente ao seu conteúdo *estrutural*. Pois, se, por um lado, fixa e ordena as estruturas básicas de desenvolvimento de uma sociedade, por outro, impõe constantemente ações que visam a determinado objetivo social. Assim, Jeameaud: “Cumpre para tanto não nos contentarmos em determinar as funções estruturadoras e reguladoras do direito nas relações sociais, mas sim procurarmos compreender como os mecanismos e as representações jurídicas organizam e regulam as relações empíricas dos indivíduos, grupos específicos e classes dentro de sociedades históricas”⁷⁶. Essa *dupla instrumentalidade do direito*⁷⁷ engendra uma falsa imagem de crise do direito. Instrumento de implementação de políticas públicas, deixa ele, por um lado, de regular exclusivamente situações estruturais, passando a ordenar situações conjunturais.

O direito é sempre fruto de determinada cultura. Ele é nível da própria realidade, é elemento constitutivo do modo de produção social. Logo, no modo de produção capitalista, tal qual em qualquer outro modo de produção, o direito atua também como instrumento de mudança social, interagindo com todos os demais níveis — ou estruturas regionais — da estrutura social global⁷⁸.

Finalizando, o direito não pode levar o estigma de “xerife” da sociedade, pois tem uma atuação ambivalente apontada neste capítulo. Seja por cumprir um papel tanto na repressão como na garantia de liberdade, seja por atuar tanto na fixação de estruturas sociais como por realizar o mister de implementar políticas públicas. Esta ambivalência afasta a idéia de segmentação do direito, seu isolamento da sociedade, sua independência e total abstração e generalidade, sua inércia diante das realizações nas demais esferas da sociedade.

⁷⁵ Cf. Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, cit., p. 90.

⁷⁶ Apud E. R. Grau, *A ordem econômica*, cit., p. 17.

⁷⁷ Expressão utilizada por Eros R. Grau em *A ordem econômica*, cit., p. 30 e s.

⁷⁸ E. R. Grau, *A ordem econômica*, cit., p. 20.

O direito não é escrito para os seus profissionais, tanto que o conhecimento do direito por todos os integrantes da sociedade é um pressuposto fictício vital para sua atuação coercitiva. A realização da cidadania, em contrapartida, reclama um real conhecimento do direito, não pelo temor ao seu poder repressivo, mas para a consciência da amplitude da ação modificadora e mobilizadora da vida social dos cidadãos. Determinadas normas, à medida que são apresentadas à sociedade, causam um impacto muito mais amplo que propriamente o temor ao seu desrespeito. Elas são capazes de instrumentalizar ações intersubjetivas pelo poder conscientizador que exercitam. Elas apresentam possibilidades. Traduzem a materialização de um pensamento e da vontade desta sociedade (seus grupos ou na sua totalidade) trazidas à administração (proteção) das instituições. A formação do texto normativo é reveladora, à medida que desvela anseios e expectativas ao declarar e assegurar a proteção e o reconhecimento público de um interesse presente na sociedade.

Imersa nesta globalidade, parto para o estudo do texto do capítulo do meio ambiente na Constituição Federal. Para melhor abalizar meu pensamento, abordo preliminarmente a relação entre direito econômico e direito ambiental, procurando argumentar pela indissociabilidade de ambos, especialmente no que concerne à interpretação da ordem econômica e da ordem ambiental descritas na Constituição de 1988.

Analiso a estréia de um capítulo sobre o meio ambiente na Constituição brasileira, que traz consigo princípios inéditos no ordenamento jurídico, os quais são capazes de exercer modificações substanciais no desenvolvimento da ordem social, seja pela orientação de trabalhos legislativos complementares, seja na fundamentação de decisões judiciais, seja também no seu papel declarador à sociedade de possibilidades asseguradas pelo direito.

O exercício comunicativo de estabilização social conta com o direito, cabedal informativo dos atos sociais, que desenvolve uma trilha própria de discussão, via inclusive capaz de orientar novas éticas. Procuo com esta investida teórica situar o direito no conflito de nosso tempo, numa tentativa de superar as visões sistêmicas compartimentadas⁷⁹. A meu ver, é a única forma de convalidar uma ética

⁷⁹ Apel denuncia este desvio do pensamento humano: "Pela perspectiva de uma teoria sistêmico-funcional, orientada pela biologia, mostra-se que nos envenenamos

presente na gênese das preocupações norteadoras do Estado Social de Direito: uma “*ética de responsabilidade solidária da humanidade*”⁸⁰. A conscientização deste movimento global integrado do direito afasta o erro procedimental grave de observação do direito apartado da dinâmica social, especialmente quando se faz a análise dos problemas da área ecológica e procura-se decidir visando saná-los ou preveni-los. Como fator econômico ou como elemento constitutivo da personalidade dos indivíduos e da sociedade, as questões referentes aos recursos naturais estão inseridas nos conflitos sociais, e sem eles não podem ser tratadas. Desta evidência não se furta a norma ambiental. Sua aplicação deve considerar todo o ordenamento jurídico. A realização do capítulo sobre o meio ambiente na Constituição Federal está relacionada com a efetivação da ordem jurídica como um todo. Caso contrário, desenvolveremos discursos floridos de ideais metafísicos sem qualquer base concreta e pouca plausibilidade de realização, pairando no éter das idéias compostas tão-somente para não serem praticadas.

Num *intermezzo* entre o estudo dos elementos constitutivos do direito econômico e do direito ambiental e sua interação, e os preceitos constitucionais propriamente ditos, procederei à abordagem, um tanto árida para os juristas, porém indispensável, de aspectos de economia e de suas particularidades reunidas na derivação denominada economia ambiental. Esta abordagem revela-se fundamental, pois de tais teorias econômicas são tomados conceitos e elementos constituidores das normas ambientais.

Descreve o direito, a seu modo, a organização produtiva de uma sociedade. As normas jurídicas são a face coercitiva e incentivadora ou inibidora do desenvolvimento das relações econômicas e sociais,

até o momento a fim de impor as finalidades construídas subjetivamente no relacionamento aos sistemas funcionais quase-finalistas, que sem a nossa participação pertencem à natureza e servem à vida da espécie humana”.

“Aus der Perspektive einer biologisch orientierten funktionalen Systemtheorie zeigte sich, daß wir es bisher weitgehend versäumt haben, unsere subjektiven Zwecksetzungen selbst in Beziehung zu setzen zu den quasi-zweckmäßigen Funktionssystemen, die ohne unserer Zutun in der Natur bestehen und das Leben der menschlichen Gattung mitbedingen. (Der Triumph des mechanistischen Denkens in der Neuzeit und die Verketzerung alles objektiv-teleologischen denkens dürfte an diesem Versäumnis nicht unschuldig sein)” (Karl-Otto Apel, *Diskurs*, cit., p. 18).

⁸⁰ Expressão de Karl-Otto Apel, *Diskurs*, cit., p. 16.

bem como a sua linguagem jurídica. A compreensão dos princípios da ordem econômica e ambiental e a correta orientação para o desenvolvimento de políticas públicas apontadas pela norma jurídica encontram nessas teorias rico manancial, possibilitando viabilizar a utilização eficiente dos meios para se atingir os fins colimados. É do movimento das práticas econômicas lá identificadas que retiram inspiração os políticos e juristas na realização do direito ambiental, seja do ponto de vista da prática legislativa, seja daquele de elaboração de políticas públicas.

Portanto, deixo-me persuadir a ousar uma viagem pelos aspectos da teoria econômica, porque mediante sua compreensão podem fluir com maior agilidade as normas jurídicas. O que opero é uma busca da raiz teórica que suporta os preceitos normativos, ao mesmo tempo que chamo a atenção para a complexidade de fatores que envolve uma acurada interpretação do texto normativo. Pois, para a prática interpretativa, deve-se ir além do texto cru que nada mais é que uma organização lógica — processo mental de organização de idéias. E a realidade não é lógica.