

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RICARDO CAVEDON

**OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO SISTEMA JURÍDICO DO SÉCULO XXI:
UMA RELEITURA DA RACIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE
TERCEIRA GERAÇÃO**

CURITIBA PR

2015

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RICARDO CAVEDON

**OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO SISTEMA JURÍDICO DO SÉCULO XXI:
UMA RELEITURA DA RACIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE
TERCEIRA GERAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof.(a) Dr.(a) Claudia Maria Barbosa

**CURITIBA PR
2015**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

C381 2015	<p>Cavedon, Ricardo</p> <p>Os direitos transindividuais no sistema jurídico do século XXI: uma releitura da racionalidade dos direitos fundamentais de terceira geração / Ricardo Cavedon ; orientadora, Claudia Maria Barbosa. – 2015 [249] f. ; 30 cm</p> <p>Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2015. Bibliografia: p. [240-249]</p> <p>1. Direito constitucional. 2. Interesses coletivos. 3. Direitos civis. 4. Poder judiciário. 5. Política pública. I. Barbosa, Claudia Maria. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>Doris 3. ed. – 341.2</p>
--------------	--

RICARDO CAVEDON

**OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO SISTEMA JURÍDICO DO SÉCULO XXI:
UMA RELEITURA DA RACIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE
TERCEIRA GERAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professora Dra. Claudia Maria Barbosa
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professor Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professor Dr. José Antônio Peres Gediel
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 16 de março de 2015.

Dedico este trabalho à minha esposa e às minhas
duas filhas, inspirações para meus estudos e
conquistas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar à minha dedicada esposa, por ter sustentado nosso lar nesse período dificultoso, ter ancorado nossa família, por estar já há quase dez anos ao meu lado e em todos os momentos, felizes ou tristes, demonstrar inequívoco apoio e compreensão. Sem sua ajuda e dedicação certamente não teria chegado até aqui.

Merecem igual agradecimento os meus pais, por estarem sempre presentes, e denotarem apoio incondicional e irrestrito em todos os momentos, por serem exemplos dos mais salubres para minha formação moral e de caráter, e por compartilharem toda a sabedoria de vida que possuem na criação de minhas pequenas filhas.

Agradeço à Professora Claudia Maria Barbosa, pela disponibilidade na orientação, pelos ensinamentos, pela compreensão nos momentos mais difíceis e pela liberdade concedida na realização desta pesquisa, sem a qual certamente não teria alcançado o resultado que ora se apresenta.

Meus sinceros votos de agradecimento aos Professores Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Vladimir Passos de Freitas, Flávia Cristina Piovesan, e Heline Sivini Ferreira, pelos grandiosos ensinamentos, pelo exemplo de humildade que demonstram dentro e fora da sala de aula, pela inspiração e constante incentivo que me auxiliaram a percorrer os tortuosos caminhos da pesquisa científica e alcançar o resultado expressado neste trabalho.

Ao Desembargador Laertes Ferreira Gomes e sua esposa Glaci, agradeço imensamente pelo constante apoio e incentivo proporcionados ao longo de toda esta jornada, sem os quais certamente a conclusão do presente trabalho não seria possível.

Ao Desembargador Edgard Fernando Barbosa agradeço pelas lições de incentivo, apoio, dedicação e amizade, um exemplo de profissional e de pessoa humana a ser seguido.

À Eva Curelo, solícita funcionária do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, agradeço pela constante ajuda, pelas conversas, conselhos, e por se mostrar uma grande amiga durante todo o curso.

Aos amigos do mestrado, especialmente Liana Amin Lima da Silva, Karoline Strapasson, Luciana Xavier Bonin, Suzana Maria Rossetti Perandre, Felipe Furtado Ferreira, Daniel Jimenez Ormianin, Mariane Natal, agradeço pelo companheirismo durante todo este percurso em busca de uma melhor compreensão do direito e do mundo em que vivemos.

CAVEDON, Ricardo. Os direitos transindividuais no sistema Jurídico do século XXI: Uma releitura da racionalidade dos direitos fundamentais de terceira geração. 2015. 249 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

RESUMO

O desenlace histórico-sistemático da construção da ciência jurídica contemporânea, espelhada nas transições paradigmáticas do direito racionalista europeu, demonstrou uma racionalidade científica centrada no indivíduo, que não enxergava a realidade heterogênea e multifacetária das sociedades periféricas, e não visualizava bens jurídicos que não pudessem ser realizados individualmente. Os bens jurídicos idealizados no mundo moderno, com a ruptura das estruturas medievais, centravam-se em um instrumental jurídico baseado no individualismo e na apropriação dos recursos naturais como meio para o desenvolvimento capitalista. A construção do pensamento jurídico racionalista embasado na revolução científica do iluminismo teve o individualismo como fundamento principal, e logrou por centralizar o estado-nação e a economia de livre mercado como estruturas fundamentais do mundo oitocentista, omitindo deliberadamente os interesses coletivos e transindividuais presentes na realidade existencial heterogênea principalmente dos países periféricos. A imposição soberana do pensamento cultural eurocêntrico redundou na construção de um regime jurídico monocultural na Europa e a transposição deste direito liberal individualista e da economia de mercado para os países periféricos para as sociedades multiculturais e pluralistas da América Latina e África, fez com que houvesse a perpetuação das desigualdades e injustiças sociais profundas existentes no dito mundo subdesenvolvido. Somente com as mazelas da revolução industrial e com os movimentos reformistas do início do século XX é que a ciência jurídica se viu obrigada a ceder espaço aos interesses coletivos e transindividuais, com a ruptura do movimento codificador e a superveniência de inúmeras legislações extravagantes dotadas de conceitos legislativos semanticamente indeterminados, capazes de alcançar mediante a interpretação integrativa estes interesses de natureza diferenciada, o que contudo somente poderia se dar mediante escolhas políticas de modo a fazer com que a ciência jurídica passasse a ostentar uma estrita relação com a atividade política. Empreender-se-á a análise da estruturação e características dos direitos coletivos e transindividuais e a notória dificuldade em se incorporá-los no atual sistema jurídico de matriz individualista, pela falta de estruturas elementares e conceitos fundantes, propondo ao final um método ou forma de interpretação valorativa de conceitos semanticamente indeterminados que agregue escolhas políticas, delinear políticas públicas, no intuito de realização destes direitos de ordem coletiva e transindividual com base na observância da realidade existencial e socioambiental, sendo necessária a reconstrução de alguns conceitos fundamentais e a observância de um parâmetro interpretativo para tal desiderato, que se aborda como o conceito de bloco de constitucionalidade a circunscrever a atual noção de sistema jurídico do século XXI.

PALAVRAS-CHAVE

Direito constitucional. Sistema jurídico. Direitos transindividuais. Direitos difusos. Direitos coletivos. Políticas públicas. Poder Judiciário. Conceitos jurídicos indeterminados. Interpretação integrativa. Interpretação valorativa. Bloco de constitucionalidade.

CAVEDON, Ricardo. Os direitos transindividuais no sistema Jurídico do século XXI: Uma releitura da racionalidade dos direitos fundamentais de terceira geração. 2015. 249 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

ABSTRACT

The historical and systematic outcome of the construction of contemporary legal science, mirrored in the paradigmatic transitions of European rationalist law, it demonstrated a focused scientific rationality in individual, that couldn't see the heterogeneous and multifaceted reality of peripheral societies, also not visualized legal interests that couldn't be performed individually. The legal interests idealized in the modern world, with the breakdown of medieval structures, focused on a legal instrument based on individualism and ownership of natural resources by means of capitalist development. The construction of rational legal thought grounded in the scientific revolution of the Enlightenment had individualism as primary foundation, and was able to centralize the nation-state and the free market economy as fundamental structures of nineteenth-century world, deliberately omitting the collective and transindividual interests present in reality heterogeneous existential mainly the peripheral countries. The sovereign imposition of Eurocentric cultural thinking resulted in the construction of a monocultural legal regime in Europe and the transposition of this law liberal individualistic and market economy for the peripheral countries to the multicultural and pluralistic societies in Latin America and Africa, had made the perpetuating inequality and deep social injustices in that developing world. Only with the ills of the industrial revolution and the reform movements of the early twentieth century is that legal science was forced to give way to collective and transindividual interests, the breaking of the encoder movement and the occurrence of many extravagant laws provided concepts legislative semantically indeterminate, able to achieve through the integrative interpretation of these interests differentiated nature, which however could only occur through political choices to make legal science passed to bear a close relationship with political activity. Undertake it will be the analysis of the structure and characteristics of collective and transindividual rights and the notorious difficulty in incorporating them in the current legal system of individualistic matrix, the lack of basic and fundamental concepts structures, proposing to end a method or form of evaluative interpretation semantically indeterminate concepts that add political choices, delineate public policies, conducting purpose of these rights and collective transindividual order based on compliance with environmental and existential reality, it will be the necessity of reconstruction of some fundamental concepts and the observance of a parameter interpretation for this aim, it discusses how the concept of constitutional block to limit the current notion of legal system of the XXI century.

KEYWORDS

Constitutional law. Legal system. transindividual rights. Diffuse rights. Collective rights. Public policies. Judiciary. Indeterminate legal concepts. Integrative interpretation. Evaluative interpretation. Constitutionality block.

SUMÁRIO

01	INTRODUÇÃO	01
02	A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO PENSAMENTO RACIONALISTA: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DAS PRIMEIRAS NOÇÕES DE SISTEMA NA CIÊNCIA DO DIREITO.	
	02.1 Premissas metodológicas: O pensamento jurídico na antiguidade clássica e as primeiras noções de sistema na ciência do direito.....	07
	02.2 O pensamento jurídico racionalista da modernidade: As bases do positivismo jurídico e os métodos lógicos sistemáticos de aplicação da lei centrados no indivíduo ...	19
	02.3 A abertura sistêmica da ciência jurídica e a tentativa de superação do raciocínio subsuntivo: O reconstrutivismo normativo dos textos legais em um sistema fulcrado na racionalidade científica.....	37
03	A CRISE DO PENSAMENTO INDIVIDUALISTA E A ATIVIDADE POLÍTICA COMO FORMA DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.	
	03.1 O racionalismo individualista como fundamento para a centralização do estado-nação e da economia de livre mercado e a omissão deliberada dos direitos transindividuais	55
	03.2 A desconstrução do paradigma jurídico individualista diante as crises econômicas do modelo de livre mercado.	
	03.2.1. As crises no cenário econômico-político do século XX e seus reflexos na proteção dos direitos transindividuais: A relativização de alguns conceitos fundamentais.....	77
	03.2.2. O surgimento dos direitos transindividuais e o efeito simbólico das legislações extravagantes a questionar o modelo econômico até então existente	88
	03.3 As políticas públicas, os ciclos econômicos e as flutuações da economia de livre mercado: Reflexos na realização dos direitos transindividuais.	
	03.3.1. As políticas públicas como intervenção estatal indireta na economia para contenção das falhas de mercado e realização de direitos não individualizáveis ...	101
	03.3.2. A estruturação dos direitos transindividuais e a sua realização mediante políticas públicas	112

04 OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO SISTEMA JURÍDICO DO SÉCULO XXI: A SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO MEDIANTE A ATIVIDADE INTERPRETATIVA.

04.1 Estrutura e características dos bens jurídicos transindividuais como direitos não passíveis de individualização e de objeto indivisível.

04.1.1. Superação da dicotomia interesse público/interesse privado com os interesses metaindividuais..... 125

04.1.1 Interesse social, interesse estatal, e o interesse transindividual 129

04.1.2 Os bens coletivos não pessoais e sua não inserção na esfera pública e nem na esfera privada..... 141

04.1.3 Os interesses transindividuais como direitos de terceira geração 145

04.1.4 Características dos bens jurídicos transindividuais e a normatividade alargada de seus conceitos jurídicos estruturantes 149

04.2 Os direitos transindividuais como macrobens que não se inserem na dicotomia público-privado e as dificuldades de implementação e ressarcimento destes direitos sem destinatários definidos.

04.2.1 Diferenciação entre a representatividade de ordem massificada (macrobem) e o suporte material (microbem) dos direitos transindividuais..... 156

04.2.2 O bem jurídico do equilíbrio ambiental advindo da normatividade alargada da expressão jurídica “meio ambiente” 160

04.2.3 Os danos ambientais transfronteiriços e seu reflexo na categoria dos direitos transindividuais..... 164

04.2.4 A normatividade alargada do macrobem transindividual e a redefinição de alguns conceitos estruturantes do direito..... 174

04.2.5 As consequências da violação dos bens transindividuais diante das aspirações sociais massificadas..... 177

04.2.6 Os danos morais coletivos e sua atual compreensão jurisprudencial: um status normativo às aspirações sociais massificadas..... 180

04.3 As novas perspectivas do constitucionalismo latino americano na proteção dos direitos transindividuais.

04.3.1 As novas análises científicas no campo da ciência socioambiental: do racionalismo científico ao interrelacionamento recíproco da ecologia profunda 190

04.3.2 Uma nova compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana 192

04.3.3 A natureza como sujeito de direitos e a necessidade de releitura de alguns conceitos fundamentais 195

04.3.4	A nova concepção do bem ambiental transindividual como macrobem não passível de individualização	202
04.4	A busca por um método interpretativo que supere a racionalidade individualista na tutela dos interesses transindividuais	
04.4.1	A interpretação no novo ideal de sistema do século XXI	205
04.4.2	A normatividade alargada dos direitos transindividuais e a técnica legislativa do reenvio do intérprete para elementos afetos à concretude social	207
04.4.3	A superação do raciocínio subsuntivo com os conceitos jurídicos dotados de uma normatividade alargada	212
04.4.4	O bloco de constitucionalidade e o novo ideal de sistema jurídico do século XXI	217
05	CONCLUSÃO	235
06	REFERÊNCIAS	240

01. INTRODUÇÃO:

O tema a ser tratado na presente dissertação aborda a construção histórico-filosófica da ciência jurídica sob uma perspectiva metodológica. As reminiscências do pensamento jurídico na história espelham um método de aplicação do direito baseado na arte da contradição, da retórica dialética da antiguidade clássica até o sistema hermético de construção normativa oitocentista, que tinha como destinatário único o indivíduo na sua relação com a propriedade. A noção moderna e científica de sistema jurídico, construída a partir do século XVII com base nas escolas metodológicas de pensamento jusracionalista, desde os glosadores, comentadores, e humanistas, até a escola histórica de Savigny, e os formalistas do século XIX, que embasaram o pensamento juspositivista do início do século XX, fizeram com que a ciência do direito fosse capaz de cooptar fatos da realidade estruturando-os em padrões pré-determinados, enxergando um único sujeito social, o que redundou na exclusão e omissão de toda uma realidade existencial e socioambiental inerente aos bens jurídicos transindividuais, cuja natureza não individualizável e não apropriável permaneceu invisível para o direito durante muitos séculos. O presente trabalho restringe-se, assim, a analisar os bens jurídicos transindividuais, as suas características e estrutura e os pressupostos para sua efetivação no sistema jurídico através da atividade interpretativa, dado que a natureza diferenciada destes bens jurídicos de caráter transindividuais faz com que se estruturam legislativamente mediante conceitos jurídicos indeterminados, os quais necessitam de colmação valorativa para sua realização fática, havendo de se integrar o âmbito da política com o âmbito jurídico para se compreender os direitos transindividuais no atual modelo de sistema jurídico do século XXI.

Como problema, faz-se a asserção na forma interrogativa acerca da possibilidade de se utilizar de critérios interpretativos (como o método do reenvio em que um conceito jurídico indeterminado remete o intérprete para elementos situados originariamente fora do sistema) para a realização ou efetivação de direitos transindividuais no atual sistema jurídico, cuja matriz é eminentemente individualista, herdada da noção liberal de estado, que detinha como foco a proteção eminentemente dos direitos individualizáveis de primeira geração, tutelando o indivíduo na sua relação com a propriedade. Uma vez que os bens jurídicos transindividuais se situam originariamente fora do sistema jurídico, nas memórias de um povo (patrimônio histórico cultural), nos valores que possuem (valores ambientais) ou nas aspirações sociais de bem conduzir a coisa pública, interessando a todos os cidadãos e inclusive às suas futuras gerações, pode-se dizer que se tratam os bens jurídicos transindividuais de macrobens – abstrações que não se confundem com seu suporte material, cuja estrutura física encontra-se situada na dicotomia público-privada, mas a abstração decorrente de sua proteção se perfaz pelo reenvio realizado com o intérprete para

elementos que se situam originariamente fora do sistema jurídico, na realidade existencial, no inconsciente coletivo de um povo ou na recalcitrância dos comportamentos sociais, elementos estes a que o direito deve se fazer permeável. O contexto filosófico-científico da dogmática juspositivista e, especificamente, a técnica legislativa que lhe deu guarida (teoria da subsunção), estruturou-se de modo a não conseguir enxergar a realidade existencial eminentemente heterogênea adstrita aos bens de natureza não-individualizáveis, o que faz com que, ainda hoje, haja uma grande dificuldade teórica na incorporação destes direitos transindividuais no sistema jurídico contemporâneo. Para dar conta desta realidade, há a necessidade de se pensar em formas alternativas para compreender os direitos transindividuais e raciociná-los perante o sistema jurídico atual, erigindo-se neste trabalho algumas formas de pensar que poderão contribuir para este desiderato.

Para responder a este problema será preciso delinear metodologicamente a construção histórica da noção de *sistema jurídico* que a ciência do direito assumiu durante o curso das épocas, desde as reminiscências históricas da origem do conceito de direito natural (que a filosofia estoica submetia às ordenações fatalistas dos ciclos vitais), passando pelo caráter retórico dialético da *práxis* do direito romano (mais tarde corporizado no *Corpus Iuris Civiles*), bem como pelo sistema fechado/hermético da época positivista, até a noção que se tem hoje de sistema jurídico, como um conjunto normativo aberto, que não raro convida o intérprete a recepcionar elementos políticos e consuetudinários para colmatar os conceitos jurídicos indeterminados que recheiam as atuais constituições e legislações extravagantes. Formulou-se a hipótese partindo da premissa de que os direitos coletivos e transindividuais, porque não individualizáveis, estão sendo estruturados e raciocinados atualmente perante um sistema jurídico de matriz individualista, de modo que para sua incorporação no sistema e efetivação na realidade social, necessitam de técnicas hermenêuticas que levem o intérprete para elementos situados originalmente fora do sistema jurídico essencialmente individualista. Este exercício hermenêutico que se embasa em elementos extra sistemáticos, afetos à realidade existencial e socioambiental, impõe uma mutação/relativização de alguns dos conceitos estruturais do direito, que podem e devem sofrer uma releitura; como o conceito de Estado, pela relativização de seus elementos (soberania, território, e até mesmo povo); o conceito de Direito Subjetivo pertencente à coletividade e às futuras gerações, pelo reconhecimento de que há pretensões titularizadas por grupos não individualizáveis (portanto não passíveis de subjetivação) que devem ser agasalhadas pelo poder judiciário; o conceito de Relação Jurídica, que passa a ser sustentado por conteúdos indeterminados (sujeitos indeterminados e objeto indivisível); servindo também este pensamento para enunciar que o princípio da dignidade da pessoa humana deve agregar uma dimensão de inter-relação e

interdependência do ser humano com a natureza, fugindo da noção antropocêntrica do mundo, que embasou a construção do atual sistema normativo existente na ciência do direito.

Assim, é preciso compreender a estruturação dos bens jurídicos transindividuais, e a sua forma de incorporação ao sistema jurídico contemporâneo para identificar os pressupostos teóricos que os acompanham, tendo em vista que na condição de direitos não individualizáveis, remetem o intérprete para elementos situados originalmente fora da noção sistemática do direito, servindo na maioria das vezes de instrumentos interdisciplinares para sua efetivação, como as políticas públicas, instrumentos de efetivação destes direitos transindividuais, ou a criatividade jurisprudencial para entendê-los como direitos não passíveis de individualização e incorporação ao patrimônio público ou privado. A utilização de métodos de interpretação jurídica, para a colmatação de conceitos jurídicos indeterminados presentes no atual ordenamento, a parametrizar a realização e efetivação de políticas públicas mediante a liberdade dada ao aplicador da lei, serviria para a paulatina reinserção destes direitos não individualizáveis no sistema jurídico por intermédio da atividade do intérprete, operando-se para sua efetivação uma mutação ou evolução de alguns conceitos estruturais do direito, cuja identificação (desta mutação normativa) é relevante a ponto de não se poder efetivar estes direitos de natureza diferenciada sem que se possa identificar e perceber o novo significado que impõe a alguns destes conceitos estruturais do direito. Em verdade, o direito precisa alcançar a realidade socioambiental expressa nas atuais sociedades contemporâneas complexas e massificadas, e para tanto, especialmente para que possa se fazer permeável à este desiderato, necessita de uma forma de compreensão e construção que torne possível a efetivação destes direitos não individualizáveis.

A pesquisa pretende contribuir para a elaboração teórica dos direitos coletivos e transindividuais, com a identificação de sua estruturação conceitual e de seus conceitos fundantes, pretendendo-se elencar suas características e formas de tutela legislativa, para só então adentrar na melhor forma de interpretação e efetivação destes direitos de natureza diferenciada, e na busca de um parâmetro interpretativo (como o bloco de constitucionalidade) para balizar sua aplicabilidade.

A hipótese central consiste em defender a necessidade de uma nova categoria de direitos, de cunho transindividual, os quais se incorporados no sistema jurídico mediante técnicas hermenêuticas, relativizam conceitos estruturais do direito, e podem ser vislumbrados como intrínsecos à realidade existencial e socioambiental da humanidade, podendo o direito se fazer permeável mediante a técnica legislativa que reenvia o intérprete para elementos situados originariamente fora do sistema jurídico, mas que paulatinamente

são reinseridos no sistema mediante a atividade doutrinária e jurisprudencial. É necessário delinear uma nova base hermenêutica que permita ao direito, por meio de seus intérpretes, dar conta dessa nova realidade protegendo adequadamente esse novos bens e direitos transindividuais.

Para tanto, no primeiro capítulo, identifica-se no curso da história as primeiras referências ao direito natural, como antítese do direito positivo, e a filosofia que o substanciou em cada época histórica, desde sua origem na filosofia estoica em estrita ligação com a natureza, passando pelo pensamento jurídico na antiguidade clássica, ligada à autoridade divina do pensamento teocêntrico, até a modernidade, construída pelo pensamento racionalista antropocêntrico. A modernidade racionalista reduziu o conhecimento do mundo extenso à dimensão sujeito-objeto, embasando a construção de um sistema jurídico autônomo, espelhada no positivismo jurídico, no indivíduo e na sua relação com a propriedade, no intuito de assegurar uma economia de livre mercado, que fez com que a realidade existencial e socioambiental (e os bens jurídicos transindividuais) se tornassem a um só tempo objetos passíveis de apropriação e mercantilização pelo indivíduo sujeito eu-pensante, senhor e detentor de tudo aquilo que não fosse considerado humano. Neste sistema racionalista individualista oitocentista, escravos, negros, mulheres, crianças passaram a ser considerados como meros objetos, bens jurídicos que poderiam ser apropriados e incorporados ao patrimônio individual do sujeito eu pensante, superior intelectual e materialmente; e os bens jurídicos transindividuais – entre os quais o bem ambiental e cultural (macrobens) – que não possuem uma estrutura jurídica que permitiam ser individualizados e coisificados, mas são ao contrário direitos que não possuem titulares determinados e por isto não podem ser divididos entre seus destinatários, não sendo assim passíveis de incorporação ao patrimônio público/privado, estatal ou particular, passaram durante mais de um século a ser caracterizados pela invisibilidade, deliberadamente omitidos e esquecidos, sem que pudessem se estruturar juridicamente foram amplamente negligenciados.

No segundo capítulo, procurar-se-á correlacionar a ciência jurídica de matriz racionalista oitocentista baseada na tutela do indivíduo, com a redução de todo o conhecimento do mundo extenso à uma dimensão sujeito-objeto, que passou a individualizar e tornar passível de incorporação ao patrimônio individual todos os bens jurídicos de natureza diferenciada surgidos no início do século XX como novos sujeitos sociais coletivos e novos bens jurídicos não individualizáveis (e não passíveis de realização individual), que somente poderiam ser tutelados mediante conceitos jurídicos abertos e indeterminados, com técnicas de integração valorativa, que operam reenvio do intérprete para elementos situados originalmente fora do sistema jurídico, nos elementos

consuetudinários, nas memórias dos povos e nas aspirações sociais reinantes nos comportamentos recalcitrantes da realidade social. Os direitos coletivos e das coletividades (em especial os direitos socioambientais) vivem na realidade social e se fazem perceber como elementos integrativos da realidade normativa. A estruturação da economia de livre mercado, a mercantilização das relações humanas, e a noção de patrimônio como tudo que possa ser valorado economicamente, coisificado e incorporado à propriedade individual, fez com que se construísse um sistema jurídico ancorado e estruturado com base nos interesses passíveis de serem individualizados, enquanto que os interesses e direitos transindividuais foram deliberadamente esquecidos, omitidos e tornados irrelevantes. Apenas com as crises do modelo liberal individualista, com as mazelas das revoluções industriais, é que se puderam observar que as falhas da economia de livre mercado violavam e degradavam interesses de natureza coletiva, destruindo a realidade existencial e prejudicando direitos de ordem massificada, não passíveis de individualização. Este domínio individualista repercutiria inelutavelmente em dificuldades e incongruências graves para a efetivação dos direitos coletivos e transindividuais na realidade dos países periféricos, como a realidade brasileira, da América Latina, e africana, eminentemente heterogênea e multicultural. Passou-se a exigir do direito e das legislações que vinham surgindo no curso deste cenário transformador, uma maior preocupação com os interesses de ordem coletiva e transindividual. Superou-se o dogma das codificações, e as inúmeras legislações extravagantes que vinham surgindo passavam a tutelar estes direitos de natureza diferenciada, sem titularidade determinada, e com objeto indivisível, mediante conceitos jurídicos indeterminados. O efeito simbólico destes conceitos jurídicos – não auto aplicáveis *prima factie* – tornou-se bastante evidenciado com as legislações extravagantes sendo utilizadas cada vez mais com objetivos políticos e sem haver a correspondente eficácia e auto aplicabilidade dos inúmeros conceitos legislativos abertos semanticamente que vinham surgindo. Os direitos transindividuais mais uma vez, apesar de começarem a ser constantemente objetos de tutela legislativa, ainda não eram objetos de políticas públicas capazes de tornarem efetiva sua realização existencial. A contenção das falhas da economia de livre mercado passariam a exigir cada vez mais do ente estatal uma intervenção direcionada, indireta, mas que pudesse de alguma forma concretizar interesses e direitos coletivos e transindividuais. Cada vez mais passou a fazer parte do discurso jurídico a necessidade de uma maior participação cidadã – sociocêntrica - nos processos de decisão política, haja vista os direitos coletivos e transindividuais dependerem de decisões políticas – de políticas públicas – para se tornarem efetivos e se realizarem no mundo existencial.

Esclarecidas as premissas históricas e sociopolíticas analisa-se no terceiro capítulo as características e estrutura destes direitos de natureza diferenciada, são direitos não passíveis de serem individualizados, que ostentam uma natureza indivisível e interessam a titulares indeterminados, não sendo passíveis de subjetivação. Inserem-se na legislação mediante conceitos legislativos indeterminados, abertos, que remetem o intérprete para uma realidade existencial situada fora do sistema, presente nas memórias da comunidade, no inconsciente coletivo dos povos, tais como os bens jurídicos culturais e histórico paisagísticos, nos valores objetivos da humanidade, como o património ambiental, ou nas aspirações sociais de prover a esmerada administração e ordenação da res pública, como património comum, que devem ser geridos não só no interesse dos entes estatais, mas também de toda a coletividade. Intentar-se-á delinear a reinserção na estrutura sistemática do direito destes elementos situados originalmente fora do sistema jurídico, mas que mediante a dupla verificação como macrobens transindividuais e microbens, estes últimos como suportes materiais dos direitos transindividuais inseridos na dicotomia público-privada, podem ser raciocinados e delimitados como direitos sujeitos a valorações pelo intérprete aplicador da norma jurídica de caráter aberto e indeterminada. Esta integração de elementos consuetudinários situados originalmente fora do sistema faz com que sobrevenha uma relativização, evolução ou mutação, da releitura conceitual, de alguns dos conceitos estruturais da ciência jurídica, cuja identificação (desta mutação normativa) é relevante para dar as bases de efetivação destes direitos de natureza diferenciada. Referido exercício hermenêutico promove um avanço na concepção de estado para incorporar a tutela socioambiental, ainda que com isto opere a resignificação de alguns dos conceitos fundantes do direito contemporâneo, como a noção dos elementos do conceito de estado moderno (soberania, território, povo, nação), a estruturação dos direitos subjetivos das coletividades, a resignificação do conceito de relação jurídica, que passa a ser sustentado por conteúdos não determinados (sujeitos indeterminados e objeto indivisível), cuja identificação assume função primordial para a reestruturação da estatalidade atual necessária para alcançar a noção de Estado de Bem Estar Socioambiental. Como tais direitos de natureza diferenciada passam a ser tutelados mediante conceitos indeterminados – passíveis de integração valorativa - por certo que a colmatação valorativa destes direitos necessitam de uma liberdade interpretativa parametrizada ou balizada pela noção de bloco de constitucionalidade, porquanto os direitos humanos integrantes do sistema convencional – aceites pelo estado – devem efetivamente parametrizar as liberdades interpretativas na nova noção de sistema do século XXI.

02. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO PENSAMENTO RACIONALISTA: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DAS PRIMEIRAS NOÇÕES DE SISTEMA NA CIÊNCIA DO DIREITO.

02.1 Premissas metodológicas: o pensamento jurídico na antiguidade clássica e as primeiras noções de sistema na ciência do direito.

Na antiguidade clássica, notadamente na Grécia,¹ com o estoicismo,² surgido por volta de 300 a.C., no que se denominou período helenístico,³ caracterizado pela expansão da cultura grega para toda a Europa em razão das conquistas de Alexandre Magno, é que se observam as primeiras definições acerca de cosmopolitismo e pertencimento e inter-relacionamento do homem com a natureza. Os estoicos aproximavam as noções de direito – tido como universal – da natureza, notadamente em razão de suas crenças ligadas aos ciclos naturais, onde todo ser corpóreo está adstrito ao fatalismo dos ciclos e às leis da natureza como fator imponível.⁴ Para o estoicismo, tudo o que é corpóreo é semelhante a um ser vivo, ao sopro vital, e se relaciona à noção de pertencimento como “parte” da mesma razão universal (ou “logos”). A inter-relação do homem com a natureza, para os estoicos, possui ligação com a virtude, e está determinado por uma espécie de sucessão periódica das fases oriundas de um determinismo que dirige o universo, tudo sendo absorvido pela mesma razão universal. A primeira concepção de direito natural veio desta Filosofia; tratava-se de um direito que advinha da natureza, fundado no inter-relacionamento e interdependência que tinha o ser humano com o seu destino natural de origem e retorno ao eterno ciclo universal.⁵

¹ Na Grécia já existia uma concepção de justiça universal na atuação dos tribunais populares. Platão já se referia a uma justiça inata, universal e necessária.

² “A escola estoíca foi fundada por Zenão de Cício (334-264 a.C.) e continuada por Cleanto de Assos (331-232 a.C.) e Crisipo de Solis (280-210 a.C.). Posteriormente, a escola transformou-se, tendendo para uma posição eclética, com Panécio de Rodes (185-112 a.C.) e Possidônio de Apaméia (135-51 a.C.)” (in Epicuro, Lucrécio, Cícero, Sêneca, e Marco Aurélio. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 19. (Coleção os Pensadores)).

³ O período helenístico retrata a época desde as conquistas de Alexandre Magno (356-323 a.C.) até a incorporação da península grega por Roma em 146 a.C., em que houve a expansão da cultura grega com as conquistas. Raquel de Souza, na obra organizada por Antonio Carlos Wolkmer, aponta as épocas da Grécia antiga nos seguintes termos: “Quando se discute a Grécia antiga, é comum dividir sua história em vários períodos: o arcaico – do oitavo ao sexto século a.C., quando se iniciam as Guerras Pérsicas; o clássico – quinto e quarto séculos a.C.; o helenístico – desde Alexandre Magno até a conquista romana do Mediterrâneo oriental; o romano – fixado a partir da derrota de Antônio e Cleópatra por Augusto. Para o estudo do direito grego é particularmente interessante o período que se inicia com o aparecimento da pólis, meados do século VIII a.C., e vai até o seu desaparecimento e surgimento dos reinos helenísticos no século III a.C. Esse período de cinco séculos corresponde aos convencionalmente denominados época arcaica (776 a 480 a.C., datas dos primeiros Jogos Olímpicos e batalha de Salamina, respectivamente) e período clássico (quinto e quarto séculos a.C.).” (Wolkmer, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história de direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 49).

⁴ “A racionalidade do processo cósmico manifesta-se na ideia de ciclo, que os estoicos adotam e defendem com rigor. Herdeiros do pensamento de Heráclito de Éfeso (séc. VI a.C.), os estoicos concebem a história do mundo como feita por sucessão periódica de fases, culminando na absorção de todas as coisas pelo Logos, que é Fogo e Zeus. Completado um ciclo, começa tudo de novo: após a conflagração universal, o eterno retorno” (in Epicuro, Lucrécio, Cícero, Sêneca, e Marco Aurélio. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 20. (Coleção os Pensadores)).

⁵ Sobre estas ponderações ver: Epicuro, Lucrécio, Cícero, Sêneca, e Marco Aurélio. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 19-23. (Coleção os Pensadores)).

A origem do direito natural, tal como advindo da natureza, teve suas primeiras concepções surgidas da Filosofia estoica no período helenístico de expansão da cultura grega para toda a Europa. A Filosofia estoica, mais tarde, teria inclusive grande importância para a formação da cultura romana, resgatada notadamente por pensadores como Sêneca e Epicuro, na concepção de que todas as pessoas, partes da mesma razão universal, ou “logos”, constituíam elemento integrante e essencial do modelo universal, cujo desdobramento e necessário delineamento se arrefecia nos ciclos inevitáveis e fatais dirigentes do universo.

O império romano, surgido por volta de 27 a.C., expressou um direito construído como privativo dos cidadãos romanos⁶, somente aplicável aos descendentes dos *quirites*,⁷ integrantes das famílias patriarcais, na imposição de um direito que tinha como destinatário apenas estes únicos sujeitos sociais, dominantes na época do império, para a tutela e proteção de seus interesses privados como finalidade essencial, notadamente na manutenção e tentativa de perpetuação do sistema centrado no poder patriarcal, cujo *pater familia* concentrava a propriedade no mesmo círculo familiar durante séculos.

A despeito da herança grega, foi o ciclo do direito romano que revelou as primeiras teorizações a respeito da jurisdição e da construção do direito jurisprudencial.⁸ A experiência romana, muito mais ligada à *práxis* jurídica do que a preocupações sistemáticas, espelhou uma atividade jurisprudencial nascida da análise de casos concretos com suas soluções, distante da sistematicidade, por não possuir um critério metódico de análise de seus fatos sociais, entretanto, nem por isso longe de um certo rigor científico em suas aspirações.⁹

⁶ Em sua primeira concepção, o direito proposto pelos romanos era denominado de *jus civile*, sendo privativo de seus cidadãos. Seus destinatários eram tão somente os cidadãos romanos, não se estendia aos estrangeiros (conquistados) porque era um direito exclusivo dos que pertenciam às organizações familiares descendentes dos *quirites*.

⁷ A única classe detentores de direitos pertencia às organizações familiares patrícias e tinham como chefe o *pater familiae*. A acepção *quirites* (cuja tradução literal do latim é “lançeiros”, de *quiris*, “lança”) era o nome dado aos cidadãos da Roma Antiga, e significou, durante um período expressivo, a cidadania romana integral.

⁸ “Não que o direito romano seja o primeiro sistema de normas jurídicas de que se tem registro. Existem notícias mais antigas, como as experiências dos egípcios, dos gregos, dos hebreus, dos babilônicos, entre outros. É que, mesmo sem grandes preocupações sistemáticas, os romanos produziram uma grande síntese jurídica: O *Corpus iuris civilis*.” (ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil, 2ª ed., Del Rey, 2008, p. 06 e 08).

⁹ “Os romanos nunca levaram muito a sério a questão de saber se sua atividade era uma ciência ou uma arte. Do seu exercício, porém, podemos tirar conclusões interessantes. Tomemos um exemplo apresentado e discutido por *Viehweg* em sua obra *Topik und Jurisprudenz*. *Viehweg* comenta os *Digestos* de Justiniano (*Digesto* 41,3,33). Os textos discutem o usucapião. A introdução refere-se à aquisição por usucapião de filho de uma escrava roubada. Segue-se uma série de soluções a um conjunto de problemas, em que se buscam pontos de apoio para a argumentação (boa-fé, interrupção), retirada de outros textos já comprovadamente aceitos e reconhecidos. O jurista coloca um problema e trata de encontrar argumentos. Vê-se levado a não ordenar o caso ou os casos dentro de um sistema prévio, exercendo o seu juízo por considerações medidas e vinculadas. Pressupõe, é verdade, um nexo entre os casos, mas não visa à sua demonstração. Dá, assim, um tratamento ao tema que nos lembra o *‘reasoning from case to case’* anglo-saxão, mas que com ele não se confunde, pois seu empenho não é tomar casos já decididos, em toda a sua extensão, utilizando-os como exemplo, mas abstrair o caso e ampliá-lo de tal maneira que se possa obter uma regra geral. Este modo de teorizar o direito, característico do pensamento jurisprudencial romano, se é verdade que se desenvolveu a partir de uma experiência própria, ditada pelo trato com os conflitos e suas soluções, nem por isso deixa de representar uma forma peculiar de ‘ciência’ jurídica. A palavra ciência vem aí entre aspas, porque não é empregada no sentido da ciência moderna, mas com o significado mais amplo de saber, saber prático, ao qual, porém, não falta certo senso de rigor na própria construção de uma terminologia jurídica”. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008, p. 19).

Em sua primeira concepção, o direito proposto pelos romanos era privativo de seus cidadãos, descendentes dos *quirites*, denominado de *jus civile*. Seus destinatários eram tão somente os cidadãos romanos, não se estendia aos estrangeiros (conquistados) porque era um direito exclusivo dos que detinham acesso a suas fórmulas.¹⁰ Precisavam ser pronunciadas as fórmulas certas, nos lugares certos, pelas pessoas certas (pontífices ou pretores), para que se alcançasse a validade dos atos, e conseqüentemente, dos negócios realizados. A validade dos atos vinculava-se, então, ao uso correto das formas; mais ou menos como nos tempos atuais, em que alguns atos, cujas formalidades intrínsecas são da sua essência, dependem do respeito às suas formas para alcançarem validade e produzirem efeitos no mundo jurídico.¹¹

Esse formalismo do direito romano arcaico, por outro lado, segundo José Reinaldo de Lima Lopes, contribuiu para laicizá-lo, e para afastá-lo das experiências de caráter moral e religioso, talvez por isso a experiência romana seja constantemente referenciada como uma das primeiras teorizações jurisprudenciais da história. Ainda que distante da sistematização, constituiu-se por certo como uma experiência jurídica relevante, que não pode ser destituída de um certo grau de cientificidade (embora sem ser sistematizável no estrito sentido do termo).¹²

Gradativamente, em longa e lenta evolução, sob a notória influência do pensamento grego¹³ e, especialmente, da filosofia estoica¹⁴, o crescer da gente do Lácio fez com que o

¹⁰ Na lição de José Reinaldo de Lima Lopes "... o que determina o perfil do direito romano arcaico é que ele só se aplica aos romanos, cidadãos, descendentes dos quirites. Por ser um direito dos cidadãos é que se dirá *ius civile*. Tem um papel destacado neste direito tudo aquilo que ajuda a preservar a cidade tradicional: o patrimônio da família, verdadeira unidade de produção, e aqueles bens essenciais para tal unidade, como a terra e os escravos. Ao lado disso, já que a unidade produtiva exige um comando, o papel do pai de família é central e os filhos só se emancipam quando podem constituir suas próprias unidades produtivas. (...) Enquanto não for ampliada a cidadania para qualquer habitante do império (212 d. C.), o direito civil é reservado aos romanos e os não-romanos ficam excluídos do âmbito de validade das regras de propriedade (propriedade quiritária, como se diz), do casamento e da família do *ius civile*." (LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História: lições introdutórias. 3ª ed. São Paulo. Atlas. 2008, p. 32).

¹¹ "Este direito quiritário aplica-se por um processo especial e formal. O formalismo do direito arcaico romano precisa ser compreendido para além do caráter 'mágico' que algumas vezes se atribui a ele. De fato, considera-se mágica aquela prática que deseja controlar forças superiores pelo exercício de certos rituais, inclusive pronunciando-se as fórmulas. Isto, por exemplo, distinguiria a magia da religião: a prática religiosa não crê na manipulação das forças naturais pela simples realização de ritos. O direito arcaico não é mágico neste sentido. A melhor explicação para ele é dada quando entendemos a função performática da linguagem, conforme argumenta J. L. Austin. Esta a explicação dada por Bretonne para o direito formal romano. Segundo Austin, há casos em que *falar é fazer*. Nestes casos, a palavra é performativa, ela realiza aquilo que diz: o exemplo mais claro é a promessa. Ao dizer, 'eu prometo', cria-se a promessa. O direito, mesmo o contemporâneo, é cheio destes casos. O casamento, por exemplo, só se realiza quando são pronunciadas as palavras certas na ocasião certa e pelas pessoas certas. Nem por isso dizemos que há mágica. A colação de grau universitário é outro exemplo. O direito arcaico era assim: cheio de fórmulas que precisavam ser pronunciadas no lugar certo pelas pessoas certas. (...) Ora, possuindo as fórmulas os negócios poderiam ser realizados e por isso o formalismo do direito contribui para laicizá-lo e para desligá-lo de considerações de caráter moral ou religioso." (LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História: lições introdutórias, 3ª ed., ed. Atlas, 2008, p. 33).

¹² LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História: lições introdutórias, 3ª ed., ed. Atlas, 2008, p. 33.

¹³ Platão já se referia a uma justiça inata, universal e necessária.

¹⁴ A filosofia estoica, surgida em Atenas por volta de 300 a.C., teve grande importância para a cultura romana, na medida em que dizia que todas as pessoas eram parte de uma mesma razão universal, ou "logos", considerando-as cada qual como um mundo em miniatura, um "microcosmo", que era reflexo do "macrocosmo". Isto levou à idéia de um direito universalmente válido, o assim chamado direito natural. O direito natural baseava-se na razão atemporal do homem e do universo e, por isso mesmo, não se modificava no tempo e no espaço, (...) valendo para todas as pessoas, inclusive para os escravos. Para os estoicos, as legislações dos diferentes Estados não passavam de imitações imperfeitas de um direito cujas bases estavam na própria natureza. (cf. REALE, Giovanni. História da filosofia antiga, v. III: Os sistemas da Era Helenística, 4ª edição, 2006, p. 353-357).

império realizasse a integração jurídica dos povos conquistados, ampliando o direito peculiar e próprio dos romanos de tal forma a convertê-lo num direito comum tanto a romanos quanto a estrangeiros - o chamado *jus gentium* ou direito das gentes.¹⁵ Tratava-se de um direito mais apropriado aos estrangeiros e ao comércio, sem formalidades extremadas, expandia-se por todas as nações estrangeiras ditas civilizadas.¹⁶

Esta concepção de direito das gentes levou os romanos a perscrutar indistintamente um direito aplicável tanto para estrangeiros, em sua relação com Roma, quanto para os romanos cidadãos. Tratava-se de um direito inspirado na filosofia estoica e que seguia o que já era proposto pelo pensamento grego. O *ius gentium* possuía muito do então direito natural, o conhecido *ius naturale*, que era visto como um direito universal, imutável e jungido à natureza que detinha o ser humano. Na Idade média, este direito natural viria a adquirir ainda a conformação com a vontade divina, pelo que as leis humanas não poderiam contrariá-lo.¹⁷ José Reinaldo de Lima Lopes referencia:

“... os estoicos no final do século IV a.C. e nos séculos seguintes completam mais um salto qualitativo na direção da universalidade. Se acima das solidariedades familiares é possível construir uma solidariedade cívica, então também é possível que haja uma solidariedade ainda mais universal, *cosmopolita*. Num mundo construído pelo império helenístico e depois pelo império romano, num mediterrâneo totalmente helenizado, os estoicos vão pregar uma cidadania universal, um pertencimento ao gênero humano. E os juristas romanos serão, a seu tempo e modo, influenciados pelas reflexões estoicas, para falarem de um *ius gentium*.¹⁸

O resgate da filosofia estoica teve sua importância na paulatina mutação do direito construído pelos romanos. A concepção romana do direito, a poucas épocas, circundou-se numa noção de valor universal, surgindo, conforme relata Miguel Reale¹⁹, uma estrita

¹⁵ Cf. REALE Miguel, Lições Preliminares de Direito, 27ª edição, ed. Saraiva, 2004, p. 148-9.

¹⁶ Aqui é possível vislumbrar o germen do direito internacional, que após a época romana viria a ser esquecido durante algum tempo, somente vindo a ressurgir diante “a forte influência religiosa, sobretudo pela presença da Igreja e do Papado na conclusão dos mais variados tratados. Naquele tempo havia o primado da teologia sobre o direito e é por isso que os dois importantes autores da época eram teólogos. Francisco de Vitória (1483-1546), dominicano espanhol, valorizou a componente internacional das sociedades políticas em suas obras *De indis* e *De Iure Belli*, insistindo na interdependência das nações, e afirmou que existiam regras comuns a todos os povos que constituíam o Direito das Gentes, que era o direito universal de toda a humanidade. Para Vitória, o direito das gentes tinha um duplo sentido: por um lado era o direito universal do gênero humano e, por outro, era o direito dos povos nas suas relações recíprocas. O jesuíta espanhol Francisco Suárez (1548-1617), em seu tratado *De Legibus*, ofereceu alicerces de uma teoria geral da sociedade e do Estado. Considerou que, apesar das divisões em povos e reinos, o gênero humano mantinha uma certa unidade e que, em função disso, as nações necessitavam de regras jurídicas que as dirigissem e as organizassem reciprocamente, ao que também chamou direito das gentes. Para além de explanar o direito das gentes fundado no direito natural, também tratou do direito das gentes positivo, que seria aquele fundado no costume. Outrossim, defendeu a utilização da arbitragem como sistema pacífico de solução de conflitos em substituição à guerra. Relevar que as ideias de Vitória e Suárez sobre o direito das gentes eram indissociáveis da Teologia. Toda e qualquer conclusão que se extraía do direito natural era fundamentada na vontade divina. Mas é a partir das ideias do holandês Hugo Grotius (1583-1645), considerando o fundador do moderno direito das gentes e pai do Direito Internacional, que tem início uma fase de separação entre Teologia e Direito e de tolerância religiosa como fundamento do convívio internacional. Isto porque Grotius substituiu a concepção teológica do direito natural, pela concepção racionalista. Suas principais obras são *Mare Liberum* e *De Iure Belli Ac Pacis* e graças a Grotius que o Direito internacional público aparece como ciência autônoma e sistematizada.” (BRAGA, Marcelo Pupe. Direito internacional. Editora Método, São Paulo, 2009, p. 07-08).

¹⁷ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Coleção Elementos de Direito. São Paulo. Ed. Ícone. 1995, p. 15-17.

¹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História: lições introdutórias, 3ª ed., ed. Atlas, 2008, p. 22.

¹⁹ REALE Miguel, Lições Preliminares de Direito, 27ª edição, ed. Saraiva, 2004, p. 149.

vinculação do direito romano com as teorizações do *jus naturale* - a filosofia do direito natural. Dita filosofia, segundo Luis Roberto Barroso, correspondeu ao “reconhecimento de que há na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada pelo Estado”,²⁰ isto é, são valores e princípios que independem de um direito positivo. Esse direito natural teria validade em si mesmo, sendo legitimado por uma ética superior que estabeleceria limites inclusive à própria norma estatal.

Pode-se dizer, conforme Miguel Reale, que esse direito natural, na linha da história, ora manteve sua “feição originária, ligada à filosofia aristotélica e estoica, aos juriconsultos romanos e aos mestres da Igreja, desde Santo Agostinho a Santo Tomás de Aquino”, tendo em outras épocas se convertido, já no *medievo*, em um direito de cunho eminentemente racionalista, cuja expressão imediata era a razão humana, sendo ainda, em tempos mais recentes, apresentado “sob um enfoque crítico-transcendental”.²¹ Mas, apesar da variância de doutrinas e concepções que sofreu - retornando à cena, ou dela nunca saindo - releva sopesar, na época, seguindo a lição de Luis Roberto Barroso, duas versões mais significativas para esse direito natural em ascensão: a) *a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus*; e b) *a de uma lei ditada pela razão*.²²

É certo que no período da *práxis* romana houve inúmeras tentativas para dar cientificidade ao direito. Entretanto, uma de suas peculiaridades encontrava-se justamente na ausência de cientificidade, em razão de seu caráter essencialmente dialético, cuja racionalidade a levava tipicamente para um saber eminentemente “prudencial”.²³ Esta perspectiva, distante da sistematicidade, segundo os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Junior, “vai marcar o pensamento científico do direito no correr dos séculos, tornando-se não só um dos traços distintivos, mas também motivo para inúmeras tentativas de reforma, cujo intuito – bem sucedido ou fracassado – será dar-lhe um caráter de ciência, conforme os modelos da racionalidade matemática”.²⁴ Segundo Ferraz Junior:

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luis Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 01-48).

²¹ REALE Miguel, Lições Preliminares de Direito, 27ª edição, ed. Saraiva, 2004, p. 373.

²² BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luis Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 19. “O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humana, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII.” (REALE Miguel, Lições Preliminares de Direito, 27ª edição, ed. Saraiva, 2004, p. 34).

²³ A jurisprudência romana aostentava, segundo Ferraz Junior, uma “racionalidade dialética” que a tornava tipicamente “um saber prudencial (fronesis)”. Por isso, as suas teorizações jurídicas desenvolvem um estilo peculiar de busca de premissas suficientes, mas não necessariamente fortes para elaborar um raciocínio, o que dá ao Direito o caráter de algo que o jurista não se limita a aceitar, mas constrói de modo responsável”. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008, p. 20).

²⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008, p. 21. Ainda segundo Ferraz Junior, “a ‘ciência’ jurídica dos romanos nos põe em meio do problema da cientificidade do direito, sem tematizá-lo diretamente. Nela está presente, de modo agudo, a problemática da chamada ciência prática, do saber que não apenas contempla e descreve,

“Se insistirmos, porém, em classificar o pensamento jurisprudencial dos romanos nos quadros de uma teoria da ciência, o melhor a fazer é referir-se à tradição aristotélica e ao critério da racionalidade. Aristóteles propõe um conceito bastante estrito de ciência, tida como o conhecimento da coisa como ela é: vale dizer, o conhecimento da causa, da relação e da necessidade da coisa. Nestes termos, o conhecimento científico é conhecimento universal ou conhecimento da essência. O instrumento deste conhecimento é o silogismo dedutivo e indutivo, que nos permite, a partir de premissas seguras, a obtenção de conclusões validas e certas. De outro lado, fala-nos ele da *prudência*, como conhecimento moral, capaz de sopesar, diante da mutabilidade das coisas, o valor e a utilidade delas, bem como a correção e justiça do comportamento humano **A prudência é dotada de uma racionalidade própria, cujo instrumento básico é a dialética, enquanto arte das contradições, do exercício escolar da palavra, do confronto das opiniões.** Aqui se enquadra a jurisprudência romana, cuja racionalidade dialética a torna tipicamente um saber prudencial (*fronesis*). Por isso, as suas teorizações jurídicas desenvolvem um estilo peculiar de busca de premissas suficientes, mas não necessariamente fortes para elaborar um raciocínio, o que dá ao Direito o caráter de algo que o jurista não se limita a aceitar, mas constrói de modo responsável.” (grifos nossos) ²⁵

Não obstante as tentativas de regulação jurídica centralizadora, a miscigenação de novos usos e costumes da gente germânica, que vinham ocorrendo ao mesmo passo da rápida e contundente expansão do império, paulatinamente, entrou em atrito com a cultura patrimonialista e familiar enraizada do povo do Lácio.²⁶ Passou-se a espelhar em poucas épocas um processo de fragmentação do direito existente no império do ocidente, expressando-se já a partir do século IV as ordens jurídicas autônomas e autossuficientes. A queda do Império Romano do Ocidente, ocorrida por volta de 476 d.C., significou para muitos historiadores o marco do início da Idade Média. Apesar disto, já no século IV d.C., ou seja, cem anos antes do marco histórico da queda de Roma, já havia naquela região feudos autônomos como expressão de ordens jurídicas fragmentadas, com os seus senhores e vassalos. Estruturas regionalizadas começaram a aparecer com as diferentes culturas existentes entre os povos germânicos e a gente do Lácio. Eram costumes, segundo Miguel Reale, de “gente que ainda não haviam alcançado o grau de evolução histórica atingido pelos romanos”, ²⁷ e isto contribuiu para a fragmentação cada vez mais acentuada da ordem jurídica anteriormente existente, começando a se esboçar um processo que viria a se denominar de feudalismo.

Sem embargo do feudalismo reinante na Europa ocidental desde muito cedo, o império do oriente, que passou a se denominar Império Bizantino, com a compilação jurídica

mas também age e prescreve. Este caráter, aflorado na jurisprudência romana, vai marcar o pensamento científico do direito no correr dos séculos (...)” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008, p. 21).

²⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2008. p. 20.

²⁶ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 27ª edição, ed. Saraiva, 2004, p. 149.

²⁷ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 27ª edição, ed. Saraiva, 2004, p. 149.

feita pelo imperador Justiniano (527 d.C.- 565 d.C.), lançou bases para uma materialização legislativa que viria a se tornar célebre, o *Corpus Iuris Civilis*, notadamente porque seria resgatado e praticamente reinventado a partir do século XVI pela escola dos glosadores, comentadores e humanistas. O império oriental expressaria seu poder por quase mil anos, apenas vindo a ter seu termo com a queda de Constantinopla em 1453, o que viria a simbolizar o início da idade moderna.²⁸

É bom lembrar que o direito romano veio a ser reestudado e reinterpretado já no curso da Idade Média, com a doutrina jurídica do século XVI, “respectivamente pelos juristas da universidade medieval, glosadores e comentadores, e pelos professores alemães que tentavam a unificação jurídica nacional”.²⁹ Conforme atesta José Reinaldo de Lima Lopes, “como toda ‘volta’ histórica’, as redescobertas do direito romano foram um uso não previsto historicamente para decisões, sentenças e instituições. Nestes termos, a redescoberta do direito romano nunca veio acompanhada das mesmas instituições, ou ambiente cultural, originais.”³⁰ Talvez por isso seja o direito romano tão enormemente referenciado pela doutrina contemporânea como o legado da antiguidade clássica. A concepção individualista do direito teve aqui seu florescer, na fase clássica que vai de 150 a.C. à 284 d.C., momento de maior produção jurídica da história de Roma, e maior refinamento da cultura romana. A divisão tradicionalmente aceita da história do direito romano abrange o período arcaico, a fase clássica, e o período tardio (pós-clássico ou *cognitio extra ordinem*). Na lição de Giordano Bruno Soares Roberto:

“A época *antiga*, que se estenderia até meados do século II a.C., caracterizada por um direito arcaico, primitivo, extremamente formal, próprio de uma sociedade ainda rústica. A época *clássica*, de cerca de 150 a.C. a 284 d.C., em que floresceu um direito individualista, bastante flexível, pensado e trabalhado por grandes juristas, característico de uma sociedade bastante desenvolvida. E, por fim, a época do Baixo Império, também chamada de *pós-clássica*, que coincide com a crise do Império Romano, cujo direito era dominado pelo absolutismo imperial.”³¹

Por certo, os romanos a partir de suas conquistas recolheram muito da experiência de outros povos antigos. Demoraram, contudo, séculos para realizar a compilação de todo o seu legado de modo completo e penetrante. Desde o século IV o império teria se dividido

²⁸ Os glosadores no século 16 teriam resgatado o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano para transformá-lo em expressão da razão escrita; os comentadores (século 14 a 15), influenciados pela escolástica, buscariam adaptar as glosas aos costumes da época. E ainda os humanistas (século 15), influenciados pelo renascimento, viriam a aplicar métodos históricos na interpretação do direito justiniano. Aqui aparece a escola histórica de Savigni (que contribuiu para os estudos do desdobramento da posse e da propriedade), e, mais tarde, a partir do século 18, o aparecimento do movimento da jurisprudência dos interesses, cuja principal expressão era encontrar os valores que substanciavam a lei por meio de uma interpretação eminentemente vinculada à época de sua instituição (mens legis – valores por trás da lei utilizados pelo legislador).

²⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3ª ed. São Paulo. Atlas. 2008, p. 15-6.

³⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3ª ed. São Paulo. Atlas. 2008, p. 15-6.

³¹ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*, 2ª ed., Del Rey, 2008, p. 07-8.

definitivamente, ficando, de um lado, o império do ocidente, com sede em Roma, e de outro, o império do oriente, com sede em Constantinopla. A queda de Roma, por volta do ano de 476, simbolizou o fim do império ocidental (e o início da Idade Média), período caracterizado pela invasão e o estabelecimento de uma série de reinos germânicos no ocidente.³² Durante muito tempo na Idade Média, com a derrocada das velhas instituições da antiguidade, e a influência crescente dos povos germânicos, os quais conservavam seu próprio direito consuetudinário, o direito romano manteve-se “reduzido a um direito consuetudinário provinciano, o direito romano vulgar”.³³

O império romano do oriente, contudo, resistiu por muito tempo, tendo seu termo somente com a queda de Constantinopla, em 1453, o que marca para alguns historiadores o início da Idade Moderna. E foi lá que as compilações de Justiniano (†565), materializadas pelo *Corpus iuris civilis*, segundo Caenegem, expressaram “um dos mais célebres projetos legislativos da História (...) o resultado final de dez séculos de evolução jurídica”. O *Corpus iuris civilis* assumiria o papel de “mensagem para os juristas futuros”, expressando a compilação de uma “seleção substancial das obras de juristas clássicos e da legislação imperial.” Entretanto, seu papel histórico somente começaria no ocidente por volta do ano 1100, permanecendo desconhecido durante os primeiros séculos da Idade Média, devido ao isolamento do ocidente e ao fracasso de Justiniano em reconquistar os territórios invadidos pelos germânicos.³⁴

“Em 527, Justiniano subiu ao trono, sucedendo a seu tio Justino, que o adotara. Por sua ordem, numerosos textos de épocas anteriores foram compilados e reunidos num só corpo que, mais tarde, receberia o nome de *Corpus iuris civilis*. Trata-se de um dos mais famosos monumentos legislativos da história. É formado por quatro coleções. A primeira se chama *Digesto* ou *Pandectas* e é, sem dúvida, a mais importante. Concluída em 529, reúne trechos das obras de vários juristas romanos do período clássico. As *Institutas* ou *Instituições* também foram promulgadas em 529. Seu texto, cujo objetivo era fornecer uma introdução ao estudo do direito romano, teve como base os Comentários de Gaio, editados por volta do ano 160. Completando a obra, temos o *Codex*, que reúne as constituições imperiais até então publicadas, e as *Novelas*, que abrangem as constituições editadas pelo próprio Justiniano. Quase todos os textos tinham sido produzidos na época clássica, período de maior refinamento da cultura jurídica romana, e estavam sendo agrupados na época pós-clássica, caracterizada pela decadência dessa cultura. Ao ver a obra concluída, Justiniano editou uma constituição imperial, proibindo que se lhe fizesse qualquer comentário. O Imperador a considerava perfeita, completa, suficiente. O mesmo gesto seria repetido por outros governantes, inclusive por Napoleão, quase treze séculos depois, ao proibir a interpretação do Código Civil francês.”³⁵

³² ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil, 2ª ed., Del Rey, 2008, p. 09-10.

³³ CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 25-6.

³⁴ CAENEGEM, R. C. Van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 25-6.

³⁵ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil, 2ª ed., Del Rey, 2008, p. 06-7.

A ascensão do pensamento jurídico da época clássica, na Alta Idade Média, período em que o mundo romano, notadamente com as invasões bárbaras, foi largamente alcançado por culturas diversas, se deu de forma paulatina. Conforme relata Miguel Reale, “com a invasão dos bárbaros, sabem que a civilização romana se desintegrou: novos usos e costumes invadiram o mundo europeu; eram costumes da gente germânica, de povos que ainda não haviam alcançado o grau de evolução histórica atingido pelos latinos.”³⁶ A civilização do Lácio teve de se adaptar a essa miscigenação de novos usos e costumes da gente germânica;³⁷ novos hábitos e culturas diferenciadas passam a integrar a realidade dos destinatários deste direito, tendo havido a necessidade, sob o embasamento teórico-filosófico do pensamento estoico,³⁸ de se proceder à expansão jurídica deste direito privativo dos romanos aos estrangeiros, direito construído sob o embasamento da retórica-dialética, abstraído pelo cotejamento dos casos com suas soluções, o que foi feito, segundo Miguel Reale, no intuito de integração jurídica dos povos conquistados.

Este alargamento do direito romano com uma noção mais acentuada de valor universal,³⁹ fez com que o império realizasse a integração jurídica dos povos conquistados, alterando a concepção do *jus civiles* (direito dos cidadãos), para a noção de um *jus gentium* (direito das gentes), que se estenderia também aos estrangeiros. Mais se tratou de uma necessidade do que efetivamente preocupação com valores humanos, porquanto se perquiria um direito mais apropriado aos estrangeiros e ao comércio, sem formalidades extremadas, capaz de se expandir por todas as nações estrangeiras ditas civilizadas.

A tentativa de fomentar as trocas comerciais e o desenvolvimento da atividade econômica, que se tornou bastante significativo a partir de determinada época, fez com que o direito privativo dos romanos se tornasse limitado e incapaz de regular toda a complexidade social surgida com a expansão do império.⁴⁰ Daí porque os estrangeiros, em razão das trocas comerciais, passaram a ter direitos e prerrogativas na sociedade do Lácio; alargou-se o direito peculiar e próprio dos romanos (*jus civiles*) numa noção do que veio a se denominar *jus gentium* (direito das gentes). Ainda, contudo, o referido direito, construído

³⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 27ª edição, ed. Saraiva, 2004, p. 149. Os latinos a que se refere Miguel Reale são os povos que detinham em sua cultura a língua de origem indo-européia (do ramo ocidental dessa família), falada pelos habitantes do Lácio e pelos antigos romanos, o latim, documentada desde o séc. VII a.C., que teve curso no Império Romano, até os séc.(s) IV-V. (HOUAISS, A.; *Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*, 2001).

³⁷ Ver neste sentido: Reale, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. p. 148-149.

³⁸ As primeiras noções de universalismo e cosmopolitismo trazidas para Roma por pensadores como Sêneca e Epicuro, vieram dos estoicos. Para o estoicismo tudo o que é corpóreo é semelhante a um ser vivo, ao sopro vital, e se relaciona à noção de pertencimento como “parte” da mesma razão universal (ou “logos”). A inter-relação do homem com a natureza possui ligação com a virtude, e está determinado por uma espécie de fatalismo dos ciclos que dirige o universo. A primeira concepção de direito natural veio desta filosofia, era o direito que advinha da natureza, fundado na inter-relação e dependência que tinha o ser humano de seu destino natural (Sobre este pensamento ver: Epicuro, Lucrecio, Cícero, Sêneca, e Marco Aurélio. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 19-23. (Coleção os Pensadores)).

³⁹ Ver neste sentido: Reale, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 2004. p. 148-149.

⁴⁰ Celso Furtado relata o colapso do império romano do ocidente, baseado num sistema econômico escravista comercial, não possuiu um direito capaz de sustentar uma uniformização geográfica e centralizadora do poder para a manutenção da estrutura econômica. Ver nesse sentido: FURTADO, Celso (1920-2004). *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2009, p. 117-118.

sob as bases estruturais da *práxis* romana, e fomentado pela retórica-dialética oriunda do pensamento de Aristóteles, apenas representou uma tentativa não bem-sucedida de unificação jurídica e homogeneização de uma população extremamente heterogênea, não logrando frear, na Europa ocidental, a crescente fragmentação que vinha se constituindo já a partir do século IV (ano 300 d.C.).

A antiguidade clássica, portanto, moldou uma estruturação jurídica que havia se formado pela *práxis* romana, baseada na arte da contradição, no cotejamento dos casos concretos com suas soluções; teve seu sucesso na construção de um conceito de propriedade arraigado à permanência do instituto nos círculos familiares, sem referendar à sua livre circulação, a propriedade era vista como arraigada à cultura patrimonialista dos romanos. O *pater familia* lograva manter e perpetuar a propriedade nas castas familiares mediante um direito construído unicamente para o cidadão romano, com uma estruturação econômica, baseada na mão de obra escravista, dotada de uma certa inflexão de seus mercados, que se perpetuou por longos séculos restritos aos entornos dos ambientes políticos e militares, absorvendo os excedentes da produção na estrita medida em que suas condições mais imediatas assim o permitiam.

A poucas épocas sobreveio o colapso do império romano do ocidente, porque baseado num sistema econômico escravista comercial, cujo direito não conseguiu manter uma uniformização geográfica centralizadora do poder para a manutenção da estruturação econômica. A deslegitimação política ideológica do império, com a destruição da enorme maquinaria administrativa-militar que o constituía, derivados de outros fatores sociológicos e culturais, segundo Celso Furtado, logrou trazer “consequências profundas para a economia da imensa área que ocupava”. Segundo este autor:

“O desaparecimento das populações urbanas que se haviam formado em torno dos núcleos administrativos e militares privou os campos de mercado para seus excedentes de produção. Os tributos, por um lado, e o comércio, por outro, haviam induzido a uma utilização mais intensiva da terra e da mão de obra escrava ou livre. Nessa época, como hoje, era o desenvolvimento urbano que determinava o progresso nas técnicas agrícolas. Desarticulado o sistema administrativo-militar, desapareceram as condições da segurança que possibilitavam o comércio; por outro lado, desaparecidos os tributos, terminava a principal fonte de renda das populações urbanas, que viviam de subsídios ou da prestação de serviços. Em consequência, as cidades tenderam a despovoar-se e mesmo a desaparecer. Em Roma, por exemplo, foi tão grande o despovoamento que apenas o bairro central estava habitado no século VI. Temos aí bem configurado um caso de involução de um sistema econômico. Por toda a parte se reduzem as transações, aumentando relativamente a produção destinada a autoconsumo, baixa a produtividade, atrofia-se a renda social.”⁴¹

⁴¹ FURTADO, Celso (1920-2004). Desenvolvimento e subdesenvolvimento. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2009, p. 117-118.

No início da idade moderna, com a propagação das escolas metodológicas que resgataram o direito romano do *Corpus Iuris Civiles*, e com a instauração da perpetuação do poderio político da Igreja Católica, cujo interesse pela expansão do comércio e das navegações foi um dos fatores que marcaram a passagem do feudalismo da Idade Média para a Idade Moderna,⁴² com a ascensão dos Estados-Nação europeus,⁴³ o Estado moderno surgiu, na expressão do absolutismo monárquico, legitimando-se como instituição política sob o auspício de um direito natural oriundo eminentemente da vontade divina, legitimado por Deus e pelas emanações de um direito natural transcendental. Surgiriam as universidades e o renascimento daria as bases filosóficas para a elevação do conhecimento científico, logrando afastar o pensamento científico das noções teocêntricas de legitimação do saber; a centralização do pensamento científico na pessoa humana passaria a adotar a maior expressão de elevação e conhecimento; abandonar-se-iam quaisquer conotações coletivistas ou divinas, para se adotar o modelo hegemônico de construção científica antropocêntrico, embasado na pessoa humana como centro do saber.

As primeiras escolas metodológicas do direito tiveram início no século XII, em Bolonha. Lançando mão a estudos jurídicos metódicos, e eminentemente técnicos, os glosadores detinham no estudo do direito romano, notadamente do *Corpus Iuris Civiles*, seu principal foco.⁴⁴ Segundo John Gilissen, os juristas da escola de Bolonha foram os primeiros, na Idade Média, a afastar o estudo do direito dos antigos quadros do *Trivium*, marcados pelo uso característico da retórica e da dialética. Estudaram o direito romano como um sistema

⁴² Importantes progressos ocorreram no curso dessa transformação do Ocidente, marcados pelo desenvolvimento do mercado e do comércio, pela derrocada dos regimes feudais e a diminuição dos poderes dos senhores, com a paulatina centralização do poder pelas autoridades monárquicas, segundo lembra Caenegem: "O estado nacional soberano tornou-se a forma dominante de organização política (...) A emergência de autoridades nacionais deu-se à custa do império e impediu as tentativas germânicas de restaurar o poder universal do Império Romano. Esse mesmo desenvolvimento significou também a diminuição do poder dos senhores feudais enquanto o governo central afirmava-se e fortalecia-se. A organização da Igreja seguiu uma tendência centralizadora semelhante. (...) A economia política fechada e essencialmente senhoril foi substituída por uma economia de mercado. Isso foi sustentado (...) pela renovação e transformação da atividade econômica em geral, ajudada pelo surgimento de numerosas cidades. (...) (CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 43-4).

⁴³ A evolução social foi notória, Caenegem assevera que à expansão econômica correspondeu uma expansão urbana, e assim o "... sucesso comercial dos negócios urbanos passou a regular a marcha do desenvolvimento econômico do país." Houve um profundo desenvolvimento intelectual. O nível cultural geral elevou-se de maneira considerável, o que se refletiu particularmente na alfabetização e no uso crescente da língua vernáculo. O pensamento racional também continuou a ganhar terreno. Foi também nesse período que as universidades surgiram e espalharam-se por toda a Europa, trazendo consigo uma disciplina intelectual baseada nas grandes obras filosóficas e jurídicas da Antiguidade greco-romana. O pensamento antigo passou a ser objeto de estudos intensos, o que culminou com a Renascença. Com o aparecimento do método científico moderno, que era experimental, houve a libertação enfim dos dogmas e dos argumentos baseados na autoridade, refletindo o pensamento científico uma conotação que mais se aproximaria da dos tempos atuais (CAENEGEM, R. C. Van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 43-4).

⁴⁴ "Por volta do ano 1100, o Ocidente redescobriu o *Corpus Iuris Civilis*. As compilações de Justiniano passaram a ser o mais importante objeto de estudo das universidades que acabavam de se formar. Na base da ciência jurídica européia, portanto, está o direito romano. Somado a outros elementos menos importantes, como o direito canônico, o direito romano estudado nas universidades formou verdadeiro *Ius Commune* para todo o ocidente. (...) Alguns motivos são apontados para a apropriação do direito romano na Idade Média. Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que o *Corpus Iuris* era a síntese do que o direito romano havia produzido em seu período mais rico e sofisticado. Sua adoção representava, portanto, enorme avanço, pois o direito consuetudinário vigente era bastante primitivo. Além disso, pode-se mencionar alguns fatores externos para o sucesso do direito romano, entre eles o apoio da Igreja Romana, que baseava a educação de seus juristas no *Corpus Iuris Civilis*, e o apoio dos imperadores que estavam desejosos de se libertar dos entraves feudais e viam no *Corpus* 'uma reserva inesgotável de argumentos para reforçar suas posições'. (ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil, 2ª ed., Del Rey, 2008, p. 12-3).

jurídico coerente e completo, contribuindo para o surgimento das escolas (que mais tarde viraram faculdades) exclusivamente reservadas aos estudos jurídicos.⁴⁵ Ali se fez a união entre o direito justinianeu e a ferramenta intelectual da filosofia grega. Tratou-se de período expressivo em que o discurso jurídico adquiriu especial importância, principalmente na disputa política pela jurisdição, diante da centralização progressiva do poder que vinha se propagando na Europa ocidental. José Reinaldo de Lima Lopes referencia:

“O século XI e sobretudo o século XII são os séculos da redescoberta de boa parte da tradição clássica. Depois da tomada de Toledo pelos cristãos (em 1086, por Afonso VI) estabelece-se ali uma atividade crescente de intercâmbio cultural, formando a famosa escola de tradutores (...). O mesmo ocorre em Palermo com o reinado dos normandos na Sicília (a partir de 1060). É justamente neste tempo que se tem notícia segura de que em Bolonha, no início do século XII, Irnério ensina direito tendo como base a compilação de Justiniano. Vai-se dar aí a união do direito romano justinianeu com o ambiente filosófico. É notável, pois, que a expansão material e militar da Cristandade ocidental dê-se simultaneamente com o interesse pela cultura clássica, conservada e elaborada pelos muçulmanos em certas regiões do mediterrâneo. Ao lado da descoberta de alguns textos clássicos, ou de sua versão completa, ressurgem os textos do direito romano salvos pela consolidação bizantina de Justiniano.”⁴⁶

Os glosadores, dentre o século XII até a primeira metade do século XIII, aproximaram a ciência jurídica de um produto dogmático, cuja base assentava-se nos textos de Justiniano como encarnação da “*ratio scripta*”⁴⁷. Longe de considerá-la como um produto histórico, os glosadores não iam além do *Corpus iuris*, viam-no ao contrário como uma “categoria de modelo universal e eterno, de revelação”.⁴⁸ Não havia, portanto, nenhum caráter interpretativo nas glosas, limitadas a uma atividade eminentemente exegética de explicação ou esclarecimento linguístico de trechos do *Corpus*.⁴⁹

Seguiu-se o estudo do direito romano na Europa medieval, através dos comentadores, pelos séculos XIV e XV, e dos humanistas, no século XVI. Os comentadores, diferenciando-se, de seus precursores, buscavam adaptar os textos básicos do *Corpus iuris* às necessidades de sua época, cuidavam de estudar as glosas já realizadas, dando-lhes

⁴⁵ GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 343.

⁴⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História: lições introdutórias, 3ª ed., ed. Atlas, 2008, p. 98.

⁴⁷ O principal objetivo da Escola dos Glosadores era “compreender o texto romano por intermédio de explicações feitas palavra por palavra ou em esclarecimentos de algumas passagens mais obscuras. Essas explicações e esclarecimentos recebiam o nome de *glosas*. Para os glosadores, o *Corpus iuris* era perfeito. As contradições encontradas no texto não poderiam ser verdadeiras, mas apenas aparentes. E, para desfazê-las, utilizavam a *distinctio*, técnica que consiste em distinguir os diversos significados de uma palavra a fim de restabelecer a coerência do conjunto. O certo é que os glosadores não iam além do texto do *Corpus* que, para eles, era a própria *ratio scripta*. Não achavam necessário, portanto, fazer qualquer contextualização.” (ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil, 2ª ed., Del Rey, 2008, p. 13-4).

⁴⁸ CAENEGEM, R. C. Van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 71.

⁴⁹ “Os glosadores também escreveram comentários mais ou menos sistemáticos do direito romano, chamados *Summa*. O exame aprofundado duma questão de direito era apresentado sob o nome de *quaestio*. Mas, no conjunto, o método permaneceu essencialmente analítico, exegético; a síntese não desempenha aí senão um papel muito acessório.” (GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 343).

soberba importância. Fortemente influenciados pela escolástica,⁵⁰ os comentadores são largamente associados ao ensino universitário, que na época se expandia significativamente, detendo uma conotação prática em suas interpretações, aliavam os costumes e as ordenações então vigentes às glosas do direito erudito. Os humanistas, por outro lado, detendo uma notória influência do renascimento, aplicavam o método histórico e filológico na interpretação do direito justinianeu, de modo a compreender o contexto social de suas regras jurídicas, e de determinar o significado exato de suas previsões.⁵¹ Sobressaia-se, neste período, segundo Ferraz Junior, o caráter exegético de seus propósitos, entretanto, o pensamento jurídico à moda dos glosadores manteve o temperamento dialético-retórico (no sentido aristotélico) de seu método “sem oposição até o século XVI, quando começou, então, a sofrer críticas, sobretudo – dizia-se – quanto à sua falta de *sistematicidade*.”⁵²

02.2 O pensamento jurídico racionalista da modernidade: As bases do sistema positivista e os métodos lógicos sistemáticos de aplicação da lei centrados no indivíduo.

Por volta do século XV, com o embasamento teórico filosófico de pensadores como Jean Bodin (1530-1596)⁵³ e Thomas Hobbes (1588-1679),⁵⁴ foram formuladas as bases para a sobreposição do regime monárquico absolutista entre as sociedades europeias.⁵⁵ A elaboração de um pensamento eminente arraigado às explicações dos fenômenos naturais pelas emanações divinas, pelo poder de Deus, apesar de vir a legitimar a imposição do regime soberano absolutista, paulatinamente passou a agregar em si mesmo temperos de

⁵⁰ A escolástica é a denominação utilizada para se referir um método de pensamento muito difundido no ensino nas universidades medievais europeias, com forte entrelaçamento com o pensamento cristão, baseava-se na tentativa de conciliação entre um ideal de pensamento racional, corporificado na tradição grega do platonismo e aristotelismo, e a experiência de contato direto com a verdade revelada, tal como a concebe a fé cristã. Um exemplo expressivo é a obra-prima de Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, frequentemente referenciada como representante expressivo da escolástica. (HOUAISS, A.; Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, 2001).

⁵¹ CAENEGEM, R. C. Van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 74-9.

⁵² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008, p. 22.

⁵³ Jean Bodin (1530-1596) foi um teórico absolutista francês, que concedeu em suas obras o alicerce intelectual para o regime absolutista europeu, tendo sustentado que somente um soberano absoluto poderia exigir obediência total e assim evitar tumultos e insurreições; adepto da teoria do direito divino dos reis, defendeu nos seus *seis livros da República* (1576), a ideia da “soberania una e indivisível”; segundo Jonh Gilissen, “pelo rigor e pela lógica que usou na construção da sua teoria da soberania ele é o pai do absolutismo” (GILISSEN. Jonh. Introdução Histórica ao Direito. Tradução de A. M. Hespanha, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 360).

⁵⁴ Thomas Hobbes (1588-1679) foi um filósofo e teórico inglês, autor da teoria moderna da causalidade e da justificativa clássica do Estado autoritário, que considerava a sociedade como uma organização artificial existente para que os homens escapem de suas próprias depredações, dado que a condição humana no seu estado de natureza possui como único interesse aquele próprio que, em estado de exaltação, torna a vida miserável, solitária brutal e curta, Afirmava, na sua obra mais importante (*Leviatã*, 1651) que para escapar das constantes depredações alheias, foi que os seres humanos formaram a sociedade e governo por intermédio de um contrato social, o que justificava a teoria de um poder absoluto para a manutenção da ordem social. (cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã* ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Coleção Fundamentos do Direito, 3ª edição, Ed. Ícone).

⁵⁵ Franz Wieacker consigna que “em Jean Bodin e Thomas Hobbes se encontram adeptos do absolutismo” (WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 317).

um racionalismo ainda contido mas que viria a se desenvolver por pensadores como Hugo Grocio (1583-1645),⁵⁶ Samuel Pufendorf (1632-1694),⁵⁷ e Cristian Wolf (1679-1754).⁵⁸

A partir do início do século XVI, a reforma protestante, capitaneada por Lutero,⁵⁹ viria a contribuir de modo bastante significativo para a superação do pensamento de um direito natural oriundo exclusivamente das emanações divinas e das noções teocêntricas de explicação do mundo. Não mais se falaria no cristianismo primitivo (com a moralidade contundente de São Basílio,⁶⁰ de que a propriedade somente se justificaria quando circunscrita ao necessário), mas serviria o direito natural agora – mais ligado à razão humana do que ao poder de Deus – para trazer a conotação de que o trabalho justifica a propriedade e a acumulação do não perecível, como testificou Jonh Locke (1632-1704), em sua obra Segundo Tratado do Governo Civil.⁶¹

Com a revolução científica, embasada no discurso metódico de René Descartes (1596-1650), que formulou o conhecimento global do mundo externo, matematizando a natureza, reduzindo-a a dimensão sujeito-objeto do eu pensante, quedou-se superando definitivamente qualquer explicação teocêntrica do saber científico. O reducionismo científico, embasado na consumação da matematização da natureza iniciada pela escolástica tardia do medievo, tornou sistematizável a experiência científica, dotando-a de uma nova visão mecanicista do mundo, tendo definitivamente, com Descartes, sido reduzido o conhecimento do mundo à uma dimensão objetiva e eminentemente racionalista e antropocêntrica; tudo quedou-se passível de ser medido e confinado nas estruturas limitadas do “sujeito eu pensante” e do “mundo objetivo extenso”; o que não era visto como sujeito, como, por exemplo, a natureza, os bens jurídicos não individualizáveis e não apropriáveis de caráter transindividuais ou metaindividual, como o patrimônio histórico-

⁵⁶ Hugo Grocio, baseado em Francisco de Vitória, elaborou o conceito de que o direito das nações deveria ser universalmente reconhecido, dando às normas básicas a necessidade de serem aceitas por todas as civilizações.

⁵⁷ Samuel Pufendorf elaborou um sistema metodológico autônomo para o direito, baseado na dedução e observação. Seu livro mais expressivo é denominado direito da natureza e das gentes. Simbolizou aqui a desvinculação definitiva da ordem divina (dos dogmas da Igreja) com a explicação do direito.

⁵⁸ Cristian Wolf elaborou ainda mais o pensamento de Puffendorf, dando a conotação de que os princípios do direito somente poderiam ser estabelecidos pelo método científico.

⁵⁹ “(...) é preciso destacar a importância da reforma protestante e o modo pelo qual contribuiu para muitos dos fundamentos do surgimento do Estado moderno. Ocorre que a Reforma Protestante foi um marco histórico que inaugurou valores éticos e políticos inovadores: o fim do domínio político da Igreja Católica; o surgimento de liberdades políticas; liberdade de culto e de religião; liberdade de imprensa, liberdade de pensamento e, principalmente, liberdade de cátedra nas universidades. Evidentemente o fim do preeminência política da Igreja Católica foi conquista de uma cidadania efetiva que propiciou um movimento social de grande importância. Lutero jamais esteve só! Com ele a população alemã enfrentou o poder da Igreja Católica de sua época e as reformas religiosas deram causa a muitas reformas políticas, as quais influenciaram outros povos e Estados, como a Inglaterra e a França”. (GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. Direitos Humanos e Cidadania no Brasil. In: Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade. Org. Richard Pae Kim, Sérgio Resende de Barros, Fausto Kozo Matsumoto (coordenadores), São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 28).

⁶⁰ ¿Es que se va a llamar ladrón al que desnuda a quien está vestido, y va a haber otro nombre al que no viste al desnudo, pudiendo hacerlo? (Eduardo Rubianes *apud* SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Função Social da Terra. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 20).

⁶¹ Locke, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil, Capítulo V – de la propiedad, Colección Clásicos del Pensamiento, Ed. Tecnos. España. 2006.

cultural, a probidade na administração pública,⁶² o meio ambiente, seriam previamente passível de apropriação, coisificação e incorporação ao patrimônio individual do ser humano. Luiz Edson Fachin sobre o sistema oitocentista do direito que embasou a teoria geral do direito civil moderno, assenta que dito sistema:

“(...) ao estabelecer que coisas são inapropriáveis legalmente e não podem estar no tráfego jurídico, está a dizer que certo bem se coloca fora da moldura, operando-se um juízo de exclusão. Assim ocorre, também, com aquelas coisas que não pertencem a ninguém, uma vez que o seu ingresso no mundo jurídico implica na sua apropriação. Quando se define essa necessidade de uma titularidade sobre as coisas, o que se quer dizer é que as coisas sem titular não devem assim permanecer, ainda que se admita um estágio transitório de ‘atitularidade’, do qual são exemplos a herança jacente e a declaração de ausência. O sistema jurídico busca definir um sujeito para um conjunto de objetos.”⁶³

Galileu Galilei (1564-1642), Nicolau Copérnico (1473-1543), Francis Bacon (1561-1626), e Isaac Newton (1642-1727), ainda, contribuiriam para alcançar a nova imagem física do mundo, que expulsou da ciência, nas palavras de Fritjof Capra, a noção que anteriormente havia de um “universo orgânico, vivo e espiritual”.⁶⁴ A racionalização científica sobreviria definitivamente, a partir de então, dos estudos dos fenômenos passíveis de serem medidos e quantificados racionalmente, derivados da análise dos elementos objetivos, reduzindo-se por assim dizer o mundo em critérios meramente matemáticos. Foi reescrita a visão que se tinha da natureza, ligada aos elementos transcendentais, para uma forma mecanicista e objetiva de enxergar o mundo, derivada unicamente da razão humana e de seus limites objetivamente cognocentes. Segundo Fritjof Capra:

“Nos séculos XVI e XVII, a visão de mundo medieval, baseada na filosofia aristotélica e na teologia cristã, mudou radicalmente. A noção de um universo orgânico, vivo e espiritual foi substituída pela noção do mundo como uma máquina, e a máquina do mundo tornou-se a metáfora dominante da era moderna. Essa mudança radical foi realizada pelas novas descobertas em física, astronomia e matemática, conhecidas como Revolução Científica e associadas aos nomes de Copérnico, Galileu, Descartes, Bacon e Newton. (...) Galileu Galilei expulsou a qualidade da ciência, restringindo esta última ao estudo dos fenômenos que podiam ser medidos e quantificados (...) René Descartes criou o método do pensamento analítico, que consiste em quebrar fenômenos complexos em pedaços a fim de compreender o comportamento do todo a partir das propriedades das suas partes. Descartes baseou sua concepção da natureza na divisão fundamental de dois domínios independentes e separados – o da mente e o da matéria. O universo material, incluindo os organismos vivos, era uma máquina para Descartes, e poderia, em princípio, ser entendido completamente analisando-o em termos de suas menores partes. O arcabouço conceitual criado por Galileu e Descartes – o mundo como uma máquina perfeita governada por leis matemáticas exatas – foi completado de maneira triunfal por Isaac Newton, cuja grande síntese, a mecânica newtoniana, foi a realização que coroou a ciência do século XVII. (...)”⁶⁵

⁶² “(...) Cabe notar que também certos atos de gestão da coisa pública podem atingir interesses difusos, nos casos em que aqueles atos, por sua natureza, atingem largos segmentos da sociedade, por via mediata ou reflexa.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 86).

⁶³ FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 176.

⁶⁴ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Ed. Cultrix. 2002, p. 24-25.

⁶⁵ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Ed. Cultrix. 2002, p. 24-25.

Logo após, no século XVIII, com o contributo da química dado por Antoine Lavoisier, ainda segundo Capra, “os modelos mecânicos simplistas de organismos vivos foram, em grande medida, abandonados, mas a essência da idéia cartesiana sobreviveu. Os animais ainda eram máquinas, embora fossem muito mais complicados do que mecanismos de relojoaria mecânicos, envolvendo complexos processos químicos. Portanto, o mecanicismo cartesiano foi expresso no dogma segundo o qual as leis da biologia podem, em última análise, ser reduzidas às da física e às da química. Ao mesmo tempo, a fisiologia rigidamente mecanicista encontrou sua expressão mais forte e elaborada num polêmico tratado, *O Homem uma Máquina*, de Julien de La Mettrie, que continuou famoso muito além do século XVIII, e gerou muitos debates e controvérsias, alguns dos quais alcançaram até mesmo o século XX.”⁶⁶

A razão humana assume assim um posto em que nunca havia se situado anteriormente. Os métodos científicos moderno amparam-se no racionalismo e passam a descrever o mundo de modo lógico e objetivo, os complexos fenômenos da vida e da natureza passam a ser reduzidos a concepções racionalistas e objetivas, cujas explicações poderiam sempre ser alcançadas pela razão enquanto elemento cognocente, os elementos materiais da vida seriam capazes de se auto definirem sem qualquer interferência de ordem subjetiva, moral ou espiritual. Conforme elucida Miguel Reale:

“Na Época Moderna cresce desmedidamente a confiança nos poderes da razão. Para os grandes metafísicos do século XVII, como Descartes e Malebranche, Espinosa e Leibniz, “a razão é a região das verdades eternas, verdades comuns ao espírito humano e ao divino”, encontrando a sua máxima expressão nas Matemáticas. Daí aparecer, na doutrina de Hugo Grócio, um dos fundadores do novo jusnaturalismo, o problema do Direito enlaçado com o da Matemática. Na mesma linha de pensamento, consoante nos lembra Ernst Cassirer, declara Leibniz que a Ciência do Direito pertence às disciplinas que não dependem de experiências, mas de definições; não de fatos, mas de demonstrações rigorosamente lógicas.”⁶⁷

A ascensão do absolutismo com a centralização paulatina do poder fez com que a atividade legiferante se tornasse cada vez mais intensa,⁶⁸ constituindo-se em contrapartida

⁶⁶ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Ed. Cultrix. 2002, p. 24-25.

⁶⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 98-99.

⁶⁸ Miguel Reale assenta que “a época moderna assinala-se por um grande impulso do indivíduo no sentido de sua própria afirmação. No mesmo momento em que o homem se aventura pelos mares para descobrir novos continentes, ele também aprimora os seus meios de domínio das forças da natureza. Não se contenta mais com a vida municipal. Ele estende seus olhos para outras regiões. Aos poucos, do amálgama dos povos medievais, vão surgindo as Nações modernas, como a portuguesa, a espanhola ou a francesa, num processo que vai durar muito tempo; a Nação italiana, por exemplo, só adquire independência na segunda metade do século XIX. Com o desenvolvimento da indústria, da técnica, do comércio, com aquilo que se pode chamar de primórdios do capitalismo ou da civilização capitalista, o Direito costumeiro não era mais suficiente. Os reis sentiram necessidade de fazer a coordenação ou ordenação das leis dispersas, bem como das regras costumeiras vigentes, que tinham o grande defeito de ser desconexas ou particularistas. Surgiram, assim, as primeiras consolidações de leis e normas consuetudinárias, que tomaram o nome de Ordenações, por serem o resultado de uma ordem do rei. São as ‘Ordenações’ dos reis da Espanha, ou da França, bem como dos grandes monarcas portugueses. Portugal foi um dos primeiros países a procurar pôr ordem e sistema no seu Direito” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. São Paulo: Ed. Ed. Saraiva, 2004. p. 150-151)

uma espécie de “burocracia jurídica”, cada vez mais regionalizada, dando um cunho muito particular e específico à ordem jurídica.⁶⁹ Com o surgimento das universidades, e o ideário do iluminismo, o movimento *jusnaturalista* moderno propriamente dito, expressado na Europa ocidental por volta do século XVII, ganhou força, e a ciência jurídica começou a dar seus primeiros passos em busca de uma sistematização.⁷⁰ Tratava-se, nas palavras de Franz Wieacker, da “longa e multifacetada época entre, por um lado, a jurisprudência da Baixa Idade Média e a sua recepção na Alemanha e, por outro, a revolução cultural do jusracionalismo”.⁷¹

“... A ciência do direito, nos quadros do jusnaturalismo, se de um lado quebra o elo entre jurisprudência e procedimento dogmático fundado na *autoridade* dos textos romanos, não rompe, de outro, com o caráter dogmático, que tentou aperfeiçoar, ao dar-lhe a qualidade de *sistema*, que se constrói a partir de premissas cuja validade repousa na sua generalidade racional. A teoria jurídica passa a ser um *construído sistemático* da razão e, em nome da própria razão, um instrumento de crítica da realidade. Duas contribuições importantes, portanto: a) o método sistemático conforme o rigor da dedução; b) o sentido crítico-avaliativo do direito posto em nome de padrões éticos contidos nos princípios reconhecidos pela razão.”⁷²

A era moderna sobressaltar-se-ia com uma nova concepção para o direito natural, cuja origem não era a natureza, como na antiguidade, nem o direito divino, como no *medievo*, mas um fundamento único constituído e integrado exclusivamente pela razão humana.⁷³ Foi principalmente com o ideário de Hugo Grotius (†1645), Samuel Pufendorf (†1694), Christian Thomasius (†1728) e Christian Wolff (†1754), caracterizando o jusnaturalismo como um direito eminentemente racional, que a ciência jurídica e o pensamento sistemático realizaram íntima conexão,⁷⁴ isso por volta do final do século XVII

⁶⁹ CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 44.

⁷⁰ “A moderna Escola do Direito Natural recusava derivar seus princípios de sistemas externos, como o direito divino ou o *Corpus iuris*. Através do estudo racional e da crítica da natureza humana, os autores dessa escola procuravam princípios evidentes e axiomáticos, dos quais pudessem deduzir todos os outros *more geométrico*. O nome ‘direito da razão’ (*Vernunftrecht*) é, portanto, mais adequado do que ‘direito natural’, que possui outras conotações.” (CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 165).

⁷¹ WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 228-9.

⁷² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito. São Paulo Atlas, 2008, p. 26.

⁷³ “Por meio de um estudo racional seria possível descobrir os princípios que deveriam reger a vida em sociedade. A partir desses princípios axiomáticos outros mais específicos poderiam ser deduzidos, construindo-se, assim, um completo sistema de normas. (ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil, 2ª ed., Del Rey, 2008, p. 20).

⁷⁴ José Reinaldo de Lima Lopes leciona: “... não é apenas uma nova ciência que está surgindo. São também os Estados nacionais modernos e o mercado. Um soberano que pretende exercer o monopólio da legislação e da jurisdição, como antes não havia, e uma vida econômica de trocas e de mercadorias. A velha sociedade de ordens (dos guerreiros, religiosos e trabalhadores – bellatores, oratores, laboratores) cede lugar a uma vida crescentemente aburguesada, em que os deveres feudais e pessoais se transformam em prestações pecuniárias. Neste mundo de relações econômicas abstraídas das relações pessoais, a promessa e o exercício individual da vontade ganham uma dimensão nova. Da teoria dos contratos como realização de negócios essencialmente justos, passa-se a uma teoria dos contratos como obrigação derivada da vontade e de promessa.” LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História: lições introdutórias, 3ª ed., ed. Atlas, 2008, p. 198.

e início do século XVIII. Pode-se dizer que a maior contribuição do jusnaturalismo moderno para o direito privado europeu foi efetivamente o seu caráter de *sistema*.⁷⁵

Segundo o testemunho de Franz Wieacker, a jurisprudência europeia fora até aqui “uma ciência da exegese e de comentários de textos isolados, tendo permanecido assim depois do fracasso do projeto sistemático do humanismo (glosadores)”. O direito natural, contudo, no jusracionalismo, aproximar-se-ia de uma demonstração lógica de um sistema fechado tornando-se, em contrapartida, nas palavras de Wieacker, na “pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos”.⁷⁶ É dizer, a jurisprudência da época, a partir de então, passou a representar um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e domina até hoje os códigos e os compêndios jurídicos.

Na esteira da lição de R. C. van Caenegem:

“Grotius tentou encontrar um fundamento para o direito das nações que deveria ser universalmente reconhecido. Descobriu-o na noção indispensável de direito natural: certas normas básicas tinham de ser necessariamente aceites por todos os homens e Estados civilizados, pois elas correspondiam aos princípios da natureza humana e constituíam, portanto, a base comum partilhada por todos os homens. Essas regras existiam independentemente do *ius divinum* (direito divino), pois eram válidas até mesmo se fosse admitido que Deus não existia. Esse argumento fez com que Grotius derrotasse seus opositores religiosos, pois desse modo o direito natural podia unir católicos, protestantes e até mesmo os devotos de uma ‘religião natural’. Essas normas também eram independentes do direito romano (Grotius distinguia taxativamente esse sistema do direito romano), pois o *Corpus iuris* reconhecia apenas a autoridade universal do imperador e, portanto, não podia oferecer a base necessária para regulamentar relações entre Estados soberanos. Além disso, tais normas eram independentes de qualquer legislador, pois nenhuma autoridade supranacional podia reivindicar a imposição de normas positivas de direito aos Estados da Europa moderna.” (...)

Samuel Pufendorf, por sua vez, “expôs um sistema que era racional e independente de todos os dogmas religiosos e que se baseava na dedução e na observação. Suas obras mostram claramente a influência do pensamento científico da época, em particular a de Descartes e Galileu; é necessário partir de verdades evidentes e proceder com rigorosa observação científica. A teoria geral de Pufendorf exerceu forte influência sobre as Partes Gerais (Allgemeine Teile), características dos modernos códigos europeus. Ele desenvolveu suas teorias sobretudo em relação ao contrato e à propriedade, frequentemente tomando empréstimos e construindo a partir da obra de Grotius.”

Christian Thomasius ainda, um aluno de Pufendorf, “continuou a obra de seu professor e desenvolveu suas teorias numa direção pragmática, para que pudessem ser postas em prática pelo legislador”. Ele (...) “criticou o obscurantismo e a

⁷⁵ “O primeiro período dos pensadores jusnaturalistas da época moderna (os teólogos morais e cultores de direito das gentes espanhóis, Althusius e Grócio) está ainda diretamente subordinado à tradição escolástica e teológica. Nele não se tenta nem a ruptura polémica a partir de uma metafísica teocêntrica do direito, nem se constituem os pressupostos metodológicos para um sistema jurídico autónomo. (...) Só uma segunda geração (Hobbes, Espinosa, Pufendorf) elaborou as bases metodológicas de um sistema jusracionalista autónomo e combateu a dependência metodológica da ética social profana em relação à teologia moral. O seu método estabelecido por Hobbes sob a directa influência de Descartes e de Galileu; Pufendorf tentou utilizar a racionalização e matematização tornada com ela possível para a tentativa de criar um sistema jusnaturalista geral, enquanto que, ao mesmo tempo, completava a emancipação em relação à teologia moral da ortodoxia luterana. Com isto se libertava finalmente o espaço para um sistema jusracionalista no qual os princípios do direito natural aparecessem como leis naturais da sociedade. Um epígono deste estádio, Christian Wolff, desdobrou e pormenorizou tanto o sistema que, a partir de então, este ficou em condições de ser adoptado pela ciência jurídica positiva.” (GILISEN. Jonh. Introdução Histórica ao Direito. Tradução de A. M. Hespanha, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 304).

⁷⁶ WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Trad. A. M. Botelho Hespanha, p. 309/310.

desumanidade da tortura judicial e da caça às bruxas. Pronunciou-se resolutamente a favor de uma legislação nova e racional, livre da autoridade absoluta do direito antigo (particularmente do direito romano)”.

Christian Wolff (...) já antecipava que os princípios do direito deviam ser estabelecidos pelo método científico moderno. É característica da obra de Wolff que os axiomas do direito natural sejam elaborados através de exemplos concretos detalhados e que o método científico seja usado para deduzir todas as normas do direito de acordo com os princípios da prova geométrica (Spinoza fornecera o modelo para tal). Como ele próprio formulara em 1754, ‘todas as obrigações são deduzidas da natureza humana num sistema universal’. Foi a obra de Wolff que serviu de ponto de orientação para autores posteriores da Escola de Direito Natural. Seu método influenciou os julgamentos dos tribunais, que recorriam ao emprego da dedução lógica a partir das normas fundamentais e dos conceitos gerais, mais do que ao exemplo dos precedentes. A prática do direito na Europa continental de hoje ainda está moldada pela concepção wolffiana do direito como uma disciplina e um sistema lógico fechado.”⁷⁷

A época do jusracionalismo, que durou por dois séculos (séc. XVII-XVIII), espelhou importante e direta influência sobre a legislação e a jurisprudência da maior parte dos povos europeus. Hugo Grotius (†1645), e Samuel Pufendorf (†1694), a seu tempo e seu modo, notadamente, elaboraram as bases de um sistema metodológico autônomo, puramente racional, e por consequência, completamente livre de dogmas religiosos. Suas reflexões, nitidamente inspiradas em Galileu Galilei, fundador da nova imagem fisicalista do mundo, Baruch Espinoza (1632-1677), que desenvolveu o criticismo às superstições míticas e bíblicas tendo formulado uma nova ética baseada em postulados e definições estruturados de forma geométrica, e Descartes,⁷⁸ que formulou o conhecimento global do mundo externo, notavelmente, implementaram a fase lógico-sistemática do jusnaturalismo (expressado como jusracionalismo, pela ênfase na natureza e razão humana). Mais tarde, Christian Thomasius (†1728) e Christian Wolff (†1754) desenvolveriam ainda mais o pensamento elaborado por Pufendorf e Grotius, dando-lhe a conotação de que os princípios do direito somente poderiam ser estabelecidos pelo método científico.⁷⁹

Com o jusracionalismo a ciência jurídica adotou uma construção conceitual, buscando fundamentar suas premissas através da exatidão matemática da razão, tornou-se a poucas épocas uma expressão sistematizada marcada pela pretensão de ordenação lógica de seus próprios preceitos. Segundo Franz Wieacker, “o jusracionalismo baseia-se, portanto, numa nova antropologia. O homem aparece não mais como uma obra divina,

⁷⁷ CAENEGEM, R. C. Van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 165-8.

⁷⁸ “Descartes, em especial, consumou a matematização da natureza iniciada pela escolástica tardia, ao tornar sistematizável, através da redução à dimensão sujeito-objecto do Eu pensante e do mundo objectivo extenso, a descrição da imagem do mundo. Do ponto de vista metodológico, a construção sistemática da experiência científica apenas se consumou através do estrito raciocínio dedutivo que, progredindo a partir dos axiomas, se justificou e orientou constantemente pela observação empírica (da natureza externa, da sociedade humana, da alma humana)” (WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 285).

⁷⁹ WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 361.

eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural;⁸⁰ a humanidade, não mais (na primeira versão) como participante de um plano divino de salvação ou (na última) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através de leis naturais”.⁸¹

“A pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas. E, tal como a conexão lógica das leis naturais produz o sistema do mundo físico, que atinge o seu auge nos *Principia mathematica* de Newton, também as leis naturais do mundo social produzem um sistema fechado da sociedade, um direito natural. Eis aqui a origem remota deste novo reflexo do direito natural da antiguidade ocidental a que chamamos juraracionalismo.”⁸²

Por certo, o juraracionalismo pretendeu expurgar do ordenamento positivo as normas que considerava em desacordo com os “princípios superiores da razão”, assim preparando caminho para uma construção sistemática autônoma.⁸³ Detendo maior ênfase na razão humana, e não mais na origem divina, buscou superar o dogmatismo medieval, passando a dar, nas palavras de Barroso, maior “substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a *tolerância religiosa* e a *limitação ao poder do Estado*.”⁸⁴ A este respeito leciona R. C. van Caenegem:

“(…) A filosofia do iluminismo rejeitou os velhos dogmas e as tradições (especialmente religiosas) e colocou o homem e seu bem-estar no centro de suas preocupações. A mudança de atitude foi causada parcialmente pela influência da ciência moderna: sua nova concepção, de um universo dominado por elementos mensuráveis e leis de física que podiam ser provadas logicamente, substituiu a velha cosmologia, com seus espíritos e círculos celestiais. O método do direito natural do século XVIII caracteriza-se pela dedução exata e precisa de axiomas estabelecidos, exatamente como na matemática. A abordagem era notadamente inspirada pelo *Discours de la méthode de Descartes* (1637), pela *Philosophiae naturalis principia*

⁸⁰ “A estas mudanças corresponde o novo direito natural. Estava já em gestação desde o final do século XVI na Escola de Salamanca. Distingue-se do direito natural clássico por sua antropologia: o ser humano é essencialmente, para os modernos, um indivíduo que se associa, sua sociabilidade corresponde a uma tendência natural (apetite), mas já não é sua condição existencial, ou sua natureza, no sentido medieval. A natureza ou substância de um ser, segundo a metafísica tomista, é uma especial união de forma substancial (estrutura) e matéria. A antropologia moderna dispensa a forma substancial, pois esta, para ser entendida, pressupõe uma finalidade no ser (um relógio é relógio por ter uma certa finalidade, e uma pessoa humana é pessoa humana por ter uma certa finalidade, que lhe é substancial). A natureza não tem finalidade, pois é um mecanismo puro e simples; já os homens estão divididos quanto à sua finalidade, e as guerras de religião e as guerras civis eram prova evidente disto. O direito natural moderno deve ser, pois, uma regulação das individualidades, um mínimo que permita a convivência dos opostos. Deve garantir a paz.” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*, 3ª ed., ed. Atlas, 2008, p. 198).

⁸¹ WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 288.

⁸² WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 288.

⁸³ “... É porque o juraracionalismo é, ele próprio, um sistema fechado de verdades (isto é, certezas) da razão. Daí o objetivo, político e ideológico, que o levou a situar o direito como um sistema que partisse de regras ou princípios gerais, as quais, contrapostas ao direito vigente – costumeiro e romanístico -, apenas o validariam se evidenciada a concordância entre esse e o direito natural, cujos postulados assume como internos, conaturais a uma ‘essência’ do próprio direito.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 137-9).

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.34.

mathematica de Newton (1687) e pela *Ethica geométrico demonstrata* de Spinoza (publicada postumamente em 1677). De acordo com as novas concepções, o homem e a sociedade faziam parte de um universo inteligível governado pelas leis da natureza. A ideia de um ser criado à imagem de Deus e colocado acima da natureza estava agora excluída do discurso científico.”⁸⁵

A derrocada da autoridade filosófica do *jusnaturalismo* (expressado na superação histórica do *jusracionalismo*) teve uma participação decisiva das ideias de Immanuel Kant. Segundo Franz Wieacker, a “Crítica da razão prática” de Kant e os seus “Fundamentos Metafísicos da Teoria do Direito” refutaram a metafísica jurídica do jusnaturalismo clássico, bem como do jusracionalismo, provando a inadmissibilidade de seus postulados materiais. Com isso, diz Wieacker, ficaram “espiritualmente desacreditados os princípios jusnaturalistas acrílicos dos grandes fundadores do jusracionalismo, bem como os grandes atentados dos legisladores iluministas contra o direito histórico das nações, descrédito que, muitas vezes, prejudicou uma apreciação justa dos seus méritos no plano prático os quais não puderam ser prejudicados pela sua ingenuidade metodológica.”⁸⁶ Wieacker esclarece que as ideias de Kant:

“... puseram a nu, mesmo antes de Hegel, o condicionamento pelas situações (não a impossibilidade) de qualquer opção ética de caráter material. (...) No entanto, como já por volta de 1800 os pensadores mais fecundos – à frente dos quais estão Hugo, Feuerbach e Savigni – duma ou doutra forma, eram partidários de Kant, a questão da justiça do direito positivo passou daí em diante a fundar-se na ética kantiana da autonomia moral da pessoa e da sua vontade ética e na concepção kantiana da ordem jurídica como a forma de tornar possível a maior liberdade compatível com a liberdade dos outros sujeitos de direitos. Através das ‘críticas’ de Kant, sobretudo através da ‘Crítica da Razão Pura’, a questão acerca dos requisitos apriorísticos de uma ética social assumiu, paralelamente, a forma de uma questão acerca dos requisitos formais de uma ciência jurídica positiva filosoficamente legitimada. Da ética de Kant (que, em si mesma, não era de modo algum formal) provém, portanto, um dos veios principais do formalismo científico, ou seja, do positivismo científico que havia de transformar o *usus modernus* tardio numa ciência autônoma do direito positivo”⁸⁷

Com Immanuel Kant passou a ciência prática não ter mais como objeto imbricações metafísicas e ficções, o que redundou na concepção de que a ciência passa a trabalhar unicamente com conceitos eminentemente racionais que possam ser deduzidos de regras ou princípios práticos necessários e universais. Para assumir tal caráter os princípios e regras práticas têm de ser produzidos pela razão, o que corresponde a dizer que “uma regra não é objetivamente válida na ordem prática – da mesma maneira que uma lei na ordem

⁸⁵ CAENEGEM, R. C. Van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 178.

⁸⁶ WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespánha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 401.

⁸⁷ WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespánha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 402.

teórica – senão na medida em que ela vale independentemente de condições contingentes e subjetivas, isto é, empíricas. É necessário portanto, assim que a razão promulga um tal princípio, que ela não se dirija senão a si mesma, quer dizer, que ela seja ao mesmo tempo a causa e o objeto do princípio.”⁸⁸

A ciência jurídica começaria a esboçar a concepção de sistematização autônoma e abstrata, desvinculada, portanto, dos dogmas da Igreja e da imagem teocêntrica do mundo, e também dos estamentos e enclaves coletivos existentes na sociedade (tal como os povos indígenas, organizações não estatais coletivas, os próprios interesses não individualizáveis, etc.),⁸⁹ posto que para esta nova imagem científica e reducionista do mundo tudo o que não fosse sujeito-indivíduo haveria de se tornar mero objeto, de modo que tudo e todos que não pertencessem à nação humana (e civilizada) pretensamente superior eram passíveis de se coisificarem e serem escravizados e apropriados.

A concepção da nova ciência jurídica se criou a partir daí pela materialização da razão pura, completamente desvinculado do poder de Deus e das explicações teocêntricas para a ciência, podendo, no direito, ser expressada pela sistematização matemática dos processos de aplicação da lei, retratados pela elaboração de requintados processos metódicos de aplicação do direito, com a lógica subsuntiva reduzindo a atividade normativa à mera subsunção do fato à norma (materialização da razão escrita). Os pensamentos de Samuel Pufendorf (1632-1694), Christian Thomasius (1655-1728), Cristian Wolf (1679-1754), e, mais tarde, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) seriam decisivos para este mister.

Este período expressivo durou os séculos XVI a XIX, alcançando uma forte representação pelo que viria a se denominar Escola da Exegese, cujas concepções criam, a partir de então, uma nova identidade ao direito, não mais ligado à natureza, como na antiguidade clássica, nem à ordem divina, ou aos dogmas da Igreja, como na Idade Média, mas sendo visto, a partir deste ponto, apenas como expressão única da razão humana. Métodos legislativos eminentemente lógico-subsuntivos auxiliariam a extração da solução previamente antevista pelos textos legais para todos os fatos da vida social que podiam ser regulados e previamente idealizados. Foi o primeiro grande passo para o surgimento das revoluções liberais, dando ensejo já no início do século XIX, à concretização dos movimentos que buscavam a codificação do direito, tendo seu máximo esplendor na

⁸⁸ CAILLE, Alain, LAZZERI, Christian, SENELLART, Michel (Org.). História argumentada da filosofia moral e política: a felicidade e o útil, Tradução de Alessandro Zir, São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 29.

⁸⁹ “(...) a história das instituições políticas está a evidenciar que somente através de expedientes espúrios ou artificiais foi possível afastar os grupos sociais dos centros de decisão política, e, mesmo assim, por curto espaço de tempo (os regimes totalitários ou absolutistas soem reprimir a formação de grupos sociais, salvo evidentemente, aqueles fomentados pelo próprio Estado, e que, por isso mesmo, nada mais são do que um prolongamento deste último). O fato é que há uma tendência natural a que os interesses da coletividade sejam aglutinados, ‘filtrados’ em núcleos surgidos *espontaneamente*, antes de ascenderem aos centros nevrálgicos do Estado.” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 107).

publicação do monumento das ordenações civis francesas – o conhecido Código Civil Napoleônico.⁹⁰

“(…) O Direito natural é uma luta contra o sistema medieval de estudo e ensino, de submissão à tradição e aos costumes e sobretudo contra a ordem pré-liberal, pré-burguesa e pré-capitalista. Por isso a revolução burguesa, francesa ou americana, será travada em termos jusnaturalistas, com a invocação do direito natural como arma de combate, justamente contra o edifício jurídico-institucional do Antigo Regime. Os juristas filósofos do direito natural terão um papel ideológico relevante no processo revolucionário porque justificarão a derrubada da tradição medieval, incorporada seja nas instituições políticas, seja na regulação privada dos negócios (contratos, propriedade, família e sucessões).⁹¹

Ditos movimentos liberais – notadamente a revolução francesa – vinham declarar os ideais burgueses, entre os quais, o da igualdade de todos perante a lei, pelo que, ao mesmo tempo, esfacelavam, nas palavras de Reale, com “os núcleos nos quais ainda subsistiam sistemas jurídicos particularistas com pretensão de soberania perante o Estado”, bem como, suprimiam com os privilégios e prerrogativas que a nobreza e o clero possuíam. Desaguaram por fim na construção de um direito que se revelava unicamente pela “expressão da vontade geral”.⁹² Pontifica Judith Martins-Costa:

“(…) um novo conceito de lei será fundamental porque o jusracionalismo se desenvolve na época em que nascem os Estados modernos sob o signo do absolutismo, libertando o poder do soberano dos limites postos pelas jurisdições infra-estatais. Com a progressiva ruína da velha ordem feudal – onde os centros de poder se encontravam pulverizados e a produção jurídica operava através de uma multiplicidade de fontes –, estratifica-se o poder central e centralizador a um só tempo, o poder em sua nova face é uma força expansionista (conquista novos mundos, a América, o Oriente) e intervencionista (pois já atua através de políticas públicas bem marcadas, das quais a constituição das grandes companhias marítimas é o exemplo mais visível). A garantia política do processo expansionista e intervencionista, evidentemente sujeito a riscos, se dá mediante a forma de uma atitude estatal permanente e continuada, consubstanciada no fortalecimento do aparelho do Estado. O poder soberano já não está referenciado apenas à Corte, à união dos poderes da nobreza e do clero, mas se torna sinônimo de poder estatal, entendendo-se, por este, ‘o funcionamento regulamentado, de acordo com competências, de um aparelho munido da utilização legítima da força’. Um dos seus instrumentos, talvez o mais importante, será justamente a lei. (...) ao mesmo tempo em que o Estado se ‘absolutiza’, e exatamente porque é ‘absoluto, *intenta unificar as fontes de produção jurídica na lei* – concebida, esta, como expressão da vontade do soberano – e no ordenamento jurídico estatal, cuja expressão máxima é a vontade do príncipe. Ao absolutismo político corresponderá o absolutismo jurídico. Atente-se, contudo, ao conceito de direito aí produzido: o direito é identificado com a lei, e esta é tida como revelação ou expressão da vontade superior, porquanto não será estranho ao jusracionalismo certa inspiração de matriz religiosa que o conduzirá ao uso de um

⁹⁰ “... A Revolução Francesa atinge um ponto culminante com a publicação do Código Civil de Napoleão. É um monumento da ordenação da vida civil, projetado com grande engenho e não menor arte. Portalis, um de seus grandes elaboradores, prudentemente reconheceu a existência de insuficiências e lacunas no Código, mas assim não pensaram os seus primeiros intérpretes, os quais pretenderam que não havia parcela da vida social que não tivesse sido devida e adequadamente regulada, razão pela qual haviam sido revogadas todas as ordenações, usos e costumes até então vigentes (...) (REALE, Miguel, 1910-2006, Filosofia do direito, 19. ed. - São Paulo, Saraiva, 1999, p. 277).

⁹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história : lições introdutórias ,3ª ed., São Paulo : Atlas, 2008.

⁹² REALE, Miguel, 1910-2006, Filosofia do direito, ob. cit., p. 277.

modelo teológico 'independente da Revelação, da interpretação das fontes das Escrituras e mesmo transconfessional'. Mais tarde, como sabemos, os pontos de apoio a uma concepção voluntarista da lei serão centrados na sua 'sacralidade' ou na 'onipotência' do legislador."⁹³

Complementada a revolução burguesa, nas palavras de Luiz Roberto Barroso, "o direito natural viu-se domesticado e ensinado dogmaticamente".⁹⁴ O desenlace do *jusnaturalismo*, que consistiu no ápice de sua filosofia, foi com a consolidação dos ideais burgueses, o direito burguês deveria cuidar somente daquilo que lhe competia, sendo alheio a todo o resto, isto significa um direito constituído pelo material da ciência dogmática, ou seja, por normas, conceitos e regras, e que paulatinamente transformar-se-ia na elaboração de um material puramente abstrato. A ciência jurídica agora seria em sua origem desvinculada de toda a realidade e heterogeneidade existente no tecido social de seus destinatários, deveria cuidar somente daquilo que lhe competia, das relações sociais entre sujeitos proprietários, com destinatário certo, um sujeito social único, sendo todo o resto, não enquadrável naquela moldura, aquilo que não fosse possível de apropriação, não passível de condições de se sobrepor ao pensamento dominante eurocêntrico. O direito passaria a expressar na sua dimensão mais intrínseca o reducionismo científico da ciência moderna, somente enxergaria aquilo que fosse possível de se reduzir à dimensão sujeito objeto, tudo o que não fosse sujeito seria reduzido a mero objeto passível de se coisificar e incorporar ao patrimônio privado.

O próprio conceito de patrimônio formulado pela racionalidade civilística que até hoje vige e prepondera em nossos ordenamentos jurídicos entende e compreende o conceito de patrimônio como uma universalidade de direitos, um complexo de relações jurídicas, aferíveis economicamente, ou seja, somente se enquandra para a racionalidade civilística como patrimônio aquelas relações jurídicas que são aferíveis economicamente, que possuem valoração econômica e podem ser quantificadas monetariamente, nada sendo atribuído neste conceito à necessidade de proteção ou promoção da dignidade humana ou valores extrapatrimoniais que igualmente constituem numa noção ampla valores indispensáveis à existência humana.⁹⁵

⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 140-2.

⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), Revista Acadêmica Brasileira de Direito Constitucional, n. 1, p. 17-59, 2001, p. 22. E também em: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luís Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 01-48. Ainda, LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História: lições introdutórias, 3ª ed., ed. Atlas, 2008, p. 188.

⁹⁵ O conceito clássico de Patrimônio, segundo a racionalidade civilística, se traduz por uma universalidade de direito, que segundo o artigo 91 do Código Civil Brasileiro de 2002, constitui um complexo de relações jurídicas, de uma determinada pessoa, dotadas de valor econômico. Assim, para os Professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, o conceito pode "ser compreendido, amplamente, como o complexo de relações jurídicas apreciáveis economicamente (ativa e passiva) de uma determinada pessoa (...) uma totalidade de bens dotados de economicidade pertencentes a um titular, sejam corpóreos (casa, automóvel, etc), ou incorpóreos (direitos autorais)." É mister registrar, para estes autores, "a premente necessidade de uma nova compreensão da matéria, vislumbrando o patrimônio em perspectiva humanista, afirmando a sua funcionalização à

Conforme Barroso:

“O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizam a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representam, também, a sua superação histórica.”⁹⁶
No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação.”⁹⁷

Com a positivação dos ideais *jusracionalistas*, o Estado passou a representar uma estruturação fundante nas novas bases políticas assentadas na realização do indivíduo e na natureza humana agora reconhecidamente livre e igual.⁹⁸ O direito passa a não mais inspirar-se em valores *extra legem*, e o Estado, de um dia para o outro, passa de opressor a defensor do espírito humano, em nome do livre mercado. O Estado conteria em si mesmo a liberdade, a igualdade e a propriedade, devendo garantir a segurança e a ordem, e assegurar a participação calculada do cidadão na vida pública.

A partir de então o *jusracionalismo* cedeu lugar à doutrina positivista, e a lei exsurgiu a plano tão alto que passou a ser tratada como a principal fonte do direito. O direito natural é empurrado para a margem da história, e a onipotência positivista do século XIX passou a resolver o problema da Ciência do Direito na questão da melhor interpretação da *lei positiva*.

Com o processo de transformação do Estado moderno para o Estado liberal houve uma significativa centralização de suas fontes normativas, bem como da jurisdição, além do surgimento do “constitucionalismo moderno”,⁹⁹ tendo havido nessa medida uma expansão

promoção da dignidade do homem. Assim, **urge uma ampliação da ideia de patrimônio para abarcar, não apenas as relações patrimoniais da pessoa, mas, por igual, diferentes outros valores.** (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB, 11ª edição, ed. Juspodvm, p. 509 e 511). (grifo nosso)

⁹⁶ Bobbio, Matteucci e Pasquino, Dicionário de política, 1986, p. 659: “Com a promulgação dos códigos, principalmente o napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo”. (BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), Revista Acadêmica Brasileira de Direito Constitucional, n. 1, p. 17-59, 2001, p. 36).

⁹⁷ BARROSO, Luis Roberto, ob. cit., Revista Acadêmica Brasileira de Direito Constitucional, n. 1, p. 36/37, 2001.

⁹⁸ “... no final do século XVIII, conjugam-se vários fatores que iriam determinar o aparecimento das Constituições e infundir-lhes as características fundamentais. Sob influência do jusnaturalismo, amplamente difundido pela obra dos contratualistas, afirmava-se a superioridade do indivíduo, dotado de direitos naturais inalienáveis que deveriam receber a proteção do Estado. A par disso, desenvolve-se a luta contra o absolutismo dos monarcas, ganhando grande força os movimentos que preconizavam a limitação dos poderes dos governantes. Por último, ocorre ainda a influência considerável do Iluminismo, que levaria ao extremo a crença na Razão, refletindo-se nas relações políticas através da exigência de uma racionalização do poder. Aí estão os três grandes objetivos, que, conjugados, iriam resultar no constitucionalismo: a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 18.ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 168).

⁹⁹ JJ Gomes Canotilho, sobre o surgimento do constitucionalismo, não obstante referenciar a existência de um constitucionalismo antigo, baseado em “todo o esquema de organização político-jurídica que precedeu o constitucionalismo moderno”, e no qual se incluiria por exemplo o constitucionalismo grego e o constitucionalismo romano, assevera que “fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos políticos, filosóficos e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado *constitucionalismo antigo*, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente

latente no processo burocrático, como salienta José Reinaldo de Lima Lopes: “o Estado liberal e burguês que emergiu no século XIX teve a mesma pretensão totalizante do mercado, da moeda e da mercadoria, e obedeceu a uma expansão territorial e funcional contínuas. A burocracia cresceu, o controle disciplinar cresceu, e a atividade do jurista começou a reduzir-se à exegese da legislação.”¹⁰⁰ A centralização legislativa serviu para suplantiar todo e qualquer regime anterior que se pretendia superior ao Estado, e a técnica legislativa propôs a assimilação de tudo que fosse possível de prévia antecipação, tudo que pudesse ser englobado pela lógica racional haveria de estar previamente estabelecido nas suas fontes legislativas. A norma seria produto de uma racionalidade matemática, e a lei deduzida de prévia definição de mundo, oriunda de uma concepção homogênea e que enxergava um único sujeito social, o indivíduo na sua relação com a propriedade. O positivismo assim impôs uma ruptura com as concepções anteriores e serviu para centralizar o estado e a estatalidade, conforme leciona José Reinaldo de Lima Lopes:

“O positivismo impôs uma ruptura com o senso comum: o senso comum, como se sabe, tende a ser conservador e fixista. O Estado liberal precisava ser implantado, precisava ser criado e substituir o Antigo Regime. A legislação deste Estado veio para pôr fim a todo o direito anterior e seu instrumento privilegiado foi o Código: uma lei que dispunha sistemática e completamente sobre um assunto determinado. O código pretendia ter um caráter axiomático. Opunha-se à falta de sistema das ordenações anteriores. (...) Uma herança paradoxal e contraditória é esta do positivismo jurídico. De um lado recebe do jusracionalismo moderno a formação axiomática, transmitida junto com a idéia de legislação e código. De outro lado, recebe a concepção voluntarista de lei, histórica e positiva. Assim, ao contrário da ciência empírica, atém-se ao método dedutivo do século XVIII e afasta-se da verificação. A verificação a que se propõe não pode ser outra senão constatar quais as leis promulgadas e em vigor, uma verificação documental. Abandona-se a referência ao sistema prudencial que vigorara na escolástica medieval. O positivismo associa-se, pois, a um método dedutivista que tem sua origem em dois fenômenos modernos interligados: soberania do Estado nacional e movimento codificador.”¹⁰¹

A construção dos dogmas do Estado moderno mediante um direito centrado nas premissas lógico e silogísticas representou uma construção ideológica marcada pela

limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até o século XVIII”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 46).

¹⁰⁰ “O ideal de uma ciência positiva, ou positivista, assenta-se na tradição idealista da filosofia do fim do século XVIII. Em primeiro lugar, define-se uma distinção entre sujeito e objeto do conhecimento e suas relações recíprocas. Em segundo lugar, propõe uma objetividade do conhecimento demonstrável pela manipulação e pela experimentação. Conhecer é saber fazer, é reproduzir e prever. A ciência é então destacada da interpretação e da razão prática, e associada à razão instrumental e ao cálculo. O universo tem uma linguagem matemática, e é possível conhecê-la, prevendo os fenômenos. O empirismo associa-se, pois, ao idealismo: a descoberta das leis e a formulação das hipóteses (elementos ideais) são verificadas, ou falsificadas, como diz Popper, pela experimentação e pela observação. Claro que a observação científica é polêmica por natureza, conhece-se contra o conhecimento anterior. A discussão sobre o positivismo é enorme e hoje em dia, quando o positivismo dá sinais de esgotamento, esta discussão é ainda maior, pois a própria tradição filosófica positivista apresenta diversas correntes, e os que propõem métodos não positivistas também se alinham em perspectivas diversas. No direito, o positivismo deu aos juristas a sensação confortável de que estavam ainda atualizados com o desenvolvimento geral do pensamento. Se a ciência medieval se confundia com a *especulação gramaticada*, e se a ciência moderna se associava à geometrização do mundo, os juristas haviam, a seu tempo, incorporado aquelas concepções de ciência. (...) elegeram um objeto e o privilegiaram: a lei, o ordenamento positivo.” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*, 3ª ed., ed. Atlas, 2008, p. 203-4).

¹⁰¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*, 3ª ed., ed. Atlas, 2008, p. 204-6.

pretensão de individualizar as relações sociais. Construiu-se a noção antropocêntrica de modo a catalogar e previamente rotular todos os bens jurídicos existentes como possíveis de incorporação ao patrimônio individual; o ente público, o estado soberano, pautado na imposição sistemática de suas leis, promoveu a necessidade de marcar a vontade individual com a lei como posição forte de uma classe social reinante e dominante intelectual e materialmente.

A técnica legislativa daí surgida fez com que fosse enfatizado o uso de processos lógicos, consistentes em estudos sistemáticos e analíticos. O positivismo jurídico buscou encontrar no significado da lei a possibilidade de solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social.¹⁰² Os juristas da época findavam-se em um único objeto - a lei - cujas interpretações se davam através de requintados processos lógicos, eminentemente racionais e intelectivos. O esplendor desse período se deu com o advento da conhecida Escola da *exegese* – na França – e dos *pandectistas* – na Alemanha. Segundo Ferraz Junior:

“O positivismo jurídico, na verdade, não foi apenas uma tendência científica, mas também esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa. O período anterior à Revolução Francesa caracterizara-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força, provocando a insegurança das decisões judiciais. A primeira crítica a esta situação veio do círculo dos pensadores iluministas. *A exigência de uma sistematização do Direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos. Daí surgiu, na França, já no século XIX, a poderosa ‘École de l’Exégèse’, de grande influência nos países em que o espírito napoleônico predominou, correspondendo, no mundo germânico, à doutrina dos ‘pandectistas’.*¹⁰³

Assim foi que o discurso jurídico reduziu-se, por assim dizer, a certas e determinadas tarefas - tipicamente dogmáticas – que cada vez mais exigiram a sistematização e a teorização da experiência jurídica, circunscrevendo-a na unificação construtiva dos juízos normativos, juntamente com o esclarecimento histórico de seus fundamentos.¹⁰⁴ A escola da *exegese*¹⁰⁵, e a doutrina dos *pandectistas*, notavelmente construíram as circunstâncias necessárias para a adaptação do historicismo às exigências estritamente sistemático-dogmáticas da época, buscando sempre conceber a identificação do direito com a lei.¹⁰⁶ Em verdade estas escolas detinham como maior instrumento a interpretação gramatical, suas teses principais, segundo ensina Caenegem, afirmavam que

¹⁰² Cf. REALE, Miguel, 1910-2006, *Filosofia do direito*, op. cit., p. 279.

¹⁰³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*, ed. Atlas, São Paulo, 2008, p. 32.

¹⁰⁴ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, p. 79.

¹⁰⁵ “A tese fundamental da Escola é a de que o Direito por excelência é o revelado pelas leis, que são normas gerais escritas emanadas pelo Estado, constitutivas de direito e instauradoras de faculdades e obrigações, sendo o Direito um sistema de conceitos bem articulados e coerentes, não apresentando senão lacunas aparentes” (REALE, Miguel, 1910-2006, *Filosofia do direito*, 19. ed. - São Paulo, Saraiva, 1999).

¹⁰⁶ Cnf. REALE, Miguel, 1910-2006, *Filosofia do direito*, 19. ed. - São Paulo, Saraiva, 1999.

“o estatuto e o direito eram idênticos, e as outras fontes de direito – costume, erudição, jurisprudência, direito natural – tinham apenas importância secundária”¹⁰⁷.

O movimento da escola histórica, cujo fundador *Friedrich Carl Von Savigny* (†1861), com a obra *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), proclamava que “a experiência histórica de um povo devia ser a verdadeira fonte de inspiração para sua prática jurídica” Segundo Caenegem, “essa escola acreditava que o direito era uma expressão orgânica natural da vida de um povo. Assim, não podia ser codificado num determinado estágio de seu desenvolvimento”¹⁰⁸ Abarcando a interpretação histórica e sistemática como delineamento racional, esta escola de pensamento buscou as reminiscências do direito romano para trazê-lo e adaptá-lo aos estudos jurídicos da Alemanha do século XIX. Segundo Ferraz Junior:

“Savigny exigia da investigação científica do direito o reconhecimento uniforme *do valor e da autonomia de cada época, conforme os princípios da ciência histórica*. Mas ao seu lado estava também a Dogmática Jurídica, vista como teoria do direito vigente, que, para os representantes da Escola Histórica, passou inclusive a ter uma importância até maior do que a pesquisa histórica propriamente dita. O próprio Savigny reconhecia, aliás, que *o estudo científico (histórico) do Direito Romano visava ao estabelecimento daquilo que era ainda utilizável no presente.*”¹⁰⁹

Foi Savigny¹¹⁰ um dos primeiros autores a vislumbrar a lei como representação de uma realidade que nasce obedecendo a determinadas aspirações da sociedade, pois interpretada pelos que a elaboram, tem sempre um significado que não é imutável. Um traço característico da Escola Histórica foi a idéia contemporânea de que a lei, quando feita, não fica adstrita às suas fontes originárias, devendo acompanhar as vicissitudes sociais pelas quais uma sociedade se constrói.

De modo geral, o pensamento central da tese do positivismo jurídico encerra-se na concepção do que ainda hoje entendemos por sistema - caracterizado, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior, como um *instrumento metódico de pensamento dogmático do*

¹⁰⁷ “Não chega a surpreender, numa atmosfera de extrema subordinação ao estatuto e desconfiança em relação tanto à jurisprudência quanto à erudição, que a escola dominante de pensamento praticasse uma interpretação literal dos códigos, razão pela qual ficou conhecida como Escola Exegética. (...) Para compreender o significado exato dos códigos, era necessário partir do texto, apenas do texto, e não de suas fontes. A erudição e a jurisprudência tiveram, portanto, de resistir a retroceder em direção a um estágio anterior aos códigos, pois isso conduziria inexoravelmente à incerteza.” (CAENEGEM, R. C. Van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 208 e 211-2).

¹⁰⁸ CAENEGEM, R. C. Van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 198-9.

¹⁰⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008., p. 29/30, ed. 1980.

¹¹⁰ “Sua obra revela, até certo ponto, uma inovação decisiva na sistemática jurídica. Nela o sistema perde, em parte, ou pelo menos na aparência, o caráter absoluto da racionalidade lógico-dedutiva que envolve, com sentido de totalidade perfeita, o jurídico. O sistema ganha, ao contrário, uma qualidade contingente, que se torna pressuposto fundamental da sua estrutura. Na fase madura do seu pensamento, a substituição da lei pela convicção comum do povo (Volksgeist) como fonte originária do direito relega a segundo plano a sistemática lógico-dedutiva, sobrepondo-lhe a sensação (Empfindung) e a intuição (Anschauung) imediatas. Savigny enfatiza o relacionamento primário da intuição do jurídico não à regra genérica e abstrata, mas aos “institutos de direito” (Rechtsinstitute), que expressam “relações vitais” (Lebensverhältnisse) típicas e concretas. Os “institutos” são visualizados como uma totalidade de natureza orgânica, um conjunto vivo de elementos em constante desenvolvimento. É a partir deles que a regra jurídica é extraída mediante um processo abstrativo e artificial, manifestando o sistema, assim explicitado, uma contingência radical e irretorquível.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, ed. Atlas, 2ª ed., São Paulo, p. 28, 2008).

direito. A ênfase desse sistema é seu caráter lógico-dedutivo, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas, da generalidade para a singularidade. A totalidade desse sistema - marcado pela ausência de lacunas - seria uma conceitualização apenas *per definitionem* – ou seja, de ficção jurídica necessária.¹¹¹

A essa idéia de sistema como método, conforme Ferraz Junior, liga-se o chamado *procedimento construtivista* no qual “as regras jurídicas são referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios e daí deduzidas”.¹¹² Ensina o mesmo doutrinador que “as lacunas (aparentes) devem sofrer uma correção num ato interpretativo, não pela criação de nova lei especial, mas pela redução de um caso dado à lei superior na hierarquia. Isto significa que as leis de maior amplitude genérica contêm, logicamente, as outras, na totalidade do sistema.”¹¹³ Daí porque o próprio sistema tende a fechar-se em si mesmo.

Sob esse pretexto, o ponto central da discussão do positivismo jurídico reduziu-se tão-somente à questão da validade da lei no sistema, ou seja, uma lei vigente estaria sempre fundamentada por outra lei, que por sua vez, encontra-se fundamentada pela lei superior da pirâmide – a qual Kelsen chamou de norma fundamental. Essa norma fundamenta todo o sistema jurídico embora não esteja sequer expressa – sendo somente pressuposta.

De outro modo, por influência da doutrina *pandectista*, o positivismo jurídico passou a sustentar que uma lei válida deveria ser aplicada através da subsunção da norma jurídica ao caso concreto, em regra, conforme Ferraz Junior, utilizando-se da chamada *teoria da subsunção*.¹¹⁴ Na *teoria da subsunção* ocorre o “estabelecimento tanto de uma premissa maior, a qual conteria a diretiva legal genérica, quanto da premissa menor, que expressaria o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo concreto ou decisão.”¹¹⁵ Trata-se de lição até hoje aceita e eficazmente aplicada no mundo jurídico.

Esses dois instrumentos até hoje empregados oriundos do positivismo jurídico moderno - o *procedimento construtivista* e a *teoria da subsunção* – no dizer do mesmo doutrinador, marcaram significativamente o desenvolvimento da “ciência” jurídica, simbolizando sua efetiva desvinculação do direito sagrado.

¹¹¹ “Primeiramente essa concepção informa a “jurisprudência dos conceitos” (Begriffsjurisprudenz), que acentua-se e desenvolve-se com Puchta e sua “pirâmide dos conceitos”. Mais tarde, tem-se o advento da chamada “jurisprudência dos interesses” (Interessenjurisprudenz), na qual o sistema não perde o seu caráter de totalidade fechada e perfeita, mas perde em parte sua qualidade lógico-abstrata. “Com a introdução do conceito de ‘interesse’ e, já anteriormente, com o de ‘finalidade’ (Zweck) no conceito de sistema aparece uma dualidade que se corporificará, mais tarde, naquilo que Heck denominaria ‘sistema exterior’ (äusseres System) e ‘sistema interior’ (inneres System) ou ‘sistema dos interesses’ como relacionamento de ‘conexões vitais’ (Lebenszusammenhängen). A idéia de sistema fechado, marcado pela ausência de lacunas, ganha com isso o caráter de ficção jurídica necessária, isto é, o sistema jurídico é considerado como totalidade sem lacunas apenas *per definitionem*.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008., p. 33/34).

¹¹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, p. 81.

¹¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, p. 80.

¹¹⁴ Diz Ferraz Junior tratar-se de um dogma.

¹¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, p. 81.

Desde então, a partir dos vindouros séculos, a ciência jurídica passou a não mais nutrir qualquer *conteúdo ético teologicamente fundado*, para tão-só submeter-se a formas abstratas, “sobre as quais se dispõe com certa liberdade através de novas abstrações”.¹¹⁶ Assim, o direito desvincula-se de qualquer conteúdo moral axiológico para reduzir-se a uma simples discussão normativa sistêmica que se legitima pelas suas próprias abstrações.

Seus maiores defensores tiveram por aspiração a exigência de acabamento e de completude do ordenamento com a purificação da ciência jurídica de quaisquer preocupações metajurídicas.¹¹⁷ Nutriam o ideal, diante uma crise epistemológica, de uma ciência despossuída de juízos de valor, cujo maior princípio fosse a ausência de lacunas.¹¹⁸

Cedo veio o problema dessa concepção, que apresentou incontestável deficiência: o inevitável distanciamento progressivo da realidade.

Por certo, o positivismo jurídico ao estruturar uma ciência cuja abstração seria originada de outra abstração, preocupando-se de modo cada vez mais preponderante tão somente com a função de suas próprias classificações, com a natureza jurídica de seus próprios conceitos, passou, nessa medida, a desconhecer por completo a pluralidade da realidade empírica a que imediatamente sustentava, fazendo irrelevante o fundamento *quantitativo e qualitativo* de suas criações, na medida em que invocava tão-somente o fundamento da lei validamente constituída para fundamentar um juízo subsuntivo.

É dizer, o positivismo jurídico ignorou qualquer efetividade ou adequação de seus conceitos ao seio social ao qual estava direcionado, e, por isso, foi aos poucos perdendo sua noção de legitimidade. Deveria o direito ter por função regular a realidade, mas, lamentavelmente acabou em desconhecer por completo a destinação para a qual se originou, relegando a sociedade da época ao arbítrio desmensurado da Lei como verdade universal. O positivismo de então, como diria Tumánov, era considerado como um sistema perfeito e, como todo o dogma, não precisaria de qualquer justificação além de sua própria existência.¹¹⁹

¹¹⁶ . FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, p. 81.

¹¹⁷ “Kelsen reconhece que o direito é um fenômeno de amplas dimensões, sendo objeto de uma Sociologia, História, Antropologia, Psicologia, Ética etc. Para a Ciência do Direito *stricto sensu*, porém, ele deve ser visto como um objeto que é o que é *pela sua especial força normativa*.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, ob. cit, p. 37).

¹¹⁸ “En el más amplio y menos preciso de sus sentidos la expresión ‘positivismo jurídico’ se usa para *excluir* aquella actitud según la cual la descripción y, en general, el manejo del derecho, exigen tomar en cuenta pautas que necesariamente integran todo orden jurídico porque son intrinsecamente justas o porque derivan del significado mismo de la expresión ‘orden jurídico’. (...) En un segundo sentido de ‘positivismo jurídico’ esa expresión excluye no solo las diversas formas de jusnaturalismos, sino también toda referencia a entidades metafísicas tales como fuerzas generadoras subyacentes o esencias ocultas y demás mobiliario de estancias supraempíricas.” (CARRIÓ, Genaro R. Principios jurídicos y positivismo jurídico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, p. 16).

¹¹⁹ TUMÁNOV, Vladimir. O pensamento jurídico burguês contemporâneo, Lisboa, Caminho, 1984, p. 141.

02.3. A abertura sistêmica da ciência jurídica e a tentativa de superação do raciocínio subsuntivo: O reconstrutivismo normativo dos textos legais em um sistema fulcrado na racionalidade científica.

Os questionamentos difamados a abandonar o pensamento exegético de aplicação da lei no final do século XIX e primeira metade do século XX, foram marcados por uma ruptura metodológica caracterizada pela limitação do método subsuntivo. Esta nova tendência metodológica teve, sobretudo, ênfase na aplicação judicial da lei, em vista do positivismo legalista desfalecer de critérios satisfatórios para preenchimento de suas lacunas. Nesse período, a procura de um método de interpretação da lei dissonante da exegese legalista ganhou relevo principalmente com as mutações sociais engendradas pela primeira grande guerra mundial, colocando os juízes, segundo Franz Wieacker, “perante a tarefa de ajustar o direito legal ao novo modelo social”, passou-se a admitir, inclusive, que a aplicação da lei mediante a interpretação alcançasse o trabalho de “*desenvolvimento* de um direito *praeter* ou mesmo *contra legem*”.¹²⁰

Foi nesse contexto que surgiu, na expressão de Franz Wieacker, a teoria do “achamento da solução jurídica” (*Rechtsfindung*)¹²¹, sustentada em sua versão clássica por Phillip Heck. Seu método para preenchimento de lacunas baseava-se no pressuposto de que a cada norma legal “subjazeria um acto de valoração de interesses e uma opção voluntarista entre várias valorizações possíveis dos interesses opostos das partes em conflito”.¹²² Esta escola, em verdade, buscava atuar sobre a vida, tal como ela se realiza nas decisões judiciais. Em Karl Larenz vê-se que enquanto a orientação anterior, “a jurisprudência dos conceitos”, sob o signo do positivismo legalista, limitava-se a perquirir uma mera “subsunção lógica da matéria de fato aos conceitos jurídicos – e, nessa conformidade, concebia o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos, requerendo assim o primado da lógica no trabalho juscientífico”, a “jurisprudência dos interesses” tenderia, ao invés, por perquirir para o primado da indagação sobre a vida e suas valorações. Larenz classifica o movimento como uma espécie de reação ao método

¹²⁰ “A descoberta da realidade pelo naturalismo jurídico despertou, mesmo no seio da dogmática do direito privado, novas tendências metodológicas que tiveram sobretudo em vista a aplicação judicial da lei. O problema da aplicação do direito parecia ter serenado a partir da vitória do positivismo legal nas modernas codificações, através da limitação do juiz à tarefa da subsunção legal. No entanto, na medida em que o caráter lacunar das ordens jurídicas escritas se voltou a pôr, colocou-se de novo a questão de um método de interpretação da lei capaz de preencher as lacunas; e, quando as mutações sociais postas a descoberto pela primeira Guerra Mundial colocaram os juízes perante a tarefa de ajustar o direito legal ao novo modelo social, a questão de aplicação da lei através da interpretação começou a transformar-se na questão da admissibilidade do *desenvolvimento* do direito *praeter* ou mesmo *contra legem*” (WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 664).

¹²¹ Ver WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 665.

¹²² WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 666.

exegético de interpretação da lei, predominante no séc. XIX, questionando o reducionismo do método subsuntivo e suas limitações.¹²³

“A jurisprudência dos interesses – e esta é a sua afirmação justeorética fundamental – considera o Direito como ‘tutela de interesses’. Significa isto que os preceitos legislativos – que também para HECK constituem essencialmente o direito – ‘não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprios, produtos de interesses’. As leis são as ‘resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento’. Na tomada de consciência disto, garante-nos HECK, reside o ‘cerne da Jurisprudência dos interesses’, sendo também daí que ele extrai a sua fundamental exigência metodológica de ‘conhecer com rigor histórico, os interesses reais que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão de cada caso, esses interesses’. Deste modo, também para HECK, como para JHERING, o legislador como pessoa vem a ser substituído pelas forças sociais, aqui chamadas ‘interesses’ (o que é justamente uma forma de sublimação), que, através dele, obtiveram prevalência na lei.”¹²⁴

Como missão, nos ensina Larenz, a “jurisprudência dos interesses” teve por “exortar o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei com vista ao caso judicando”, de modo que “em vez de uma derivação lógico-formal a partir de um conceito superior”, se procedesse a uma “formação valorativa do preceito”, e com isso, com ênfase na investigação tanto da lei como das relações da vida, resultasse a decisão objectivamente adequada. Assim, a jurisprudência dos interesses – embora não quebrasse verdadeiramente os limites do positivismo – teve uma “atuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista”. Seu maior precursor, Philipp Heck, exigia que o juiz em face de uma lacuna da lei, tendo presentes os interesses em jogo, os avaliasse de maneira autônoma, embora em harmonia com os princípios de valoração contidos na lei, não era incutido, portanto, só em “subsumir logicamente as situações de facto em representações existentes do preceito”, mas devendo sempre percorrer um caminho que não levasse, por si só, ao fim em vista, tendo de ampliar as disposições da lei de harmonia com juízos de valor. Dessa forma, o julgador, dita Karl Larenz, “se encontra fundamentalmente vinculado pelos juízos de valor do legislador que seja possível conhecer, pois só na medida em que estes não possam descobrir-se é que é chamado a uma valoração pessoal.”¹²⁵

“Se abstrairmos de que todo e qualquer juízo – e, por conseguinte os ‘juízos de valor’ – não é suscetível de se aplicar, mas apenas de se repetir ou por em prática, ou de que, em suma, os ‘juízos de valor’ andam aqui continuamente confundidos com

¹²³ LARENZ. Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª edição. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1997, p. 63-82.

¹²⁴ LARENZ. Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª edição. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1997, p. 66.

¹²⁵ LARENZ. Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª edição. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1997, p. 69 e 71.

os conteúdos dos valores ou os critérios de valoração, o que resta, no fim de contas, é que a ciência do Direito é qualificada agora de 'investigação de valores'.¹²⁶

Na verdade, uma vez que a jurisprudência dos interesses analisava os interesses pré-estabelecidos pelo legislador para seguir a sua valoração, era evidente o caráter tópico¹²⁷ que intentava incutir nas decisões jurídicas dos casos concretos. Uma vez que a solução dos conflitos não consistia tanto numa subsunção da situação de fato aos princípios sistemáticos e conceitos gerais de caráter superior, “como numa solução prática de um problema através da discussão dos pontos de vista práticos-morais do campo problemático e na escolha das soluções praticáveis”, era então evidente que “os interesses por ela analisados e a discussão das valorações possíveis destes levava, sim, em certa medida, ao levantamento de pontos de vista práticos para a solução do problema”, o que levou esta atividade a se auto-intitular como “orientação na arte prática do achamento da decisão”.¹²⁸

“As limitações da jurisprudência dos interesses só se tornam patentes em relação a uma autêntica ‘lacuna de determinação’ (*Gebotslücken*) da ordem jurídica legal. Pois, neste caso, ela convidava o juiz expressamente a uma decisão do conflito de acordo com os interesses dominantes em concreto. Quais eram estes interesses era questão que ele deveria colher, desde logo, das decisões semelhantes do legislador. Se não obtivesse aqui resposta, ele era abandonado a uma livre consideração das finalidades do direito que não tinha em conta uma hierarquia pré-estabelecida dos valores jurídicos. Na verdade, uma vez que a jurisprudência dos interesses analisava os interesses pré-estabelecidos e preferidos pelo legislador para seguir a sua valoração, ela não dava ao juiz qualquer indicação para o caso em que a lei não tivesse procedido a uma tal valoração. Nestes casos-fronteira, a jurisprudência dos interesses que se mantinha fiel à lei fica até mais desarmada do que um naturalismo radical que não fosse encaminhado para uma imediata descrição dos valores mais elevados da vida e da sociedade.”¹²⁹

¹²⁶ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª edição. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1997, p. 72.

¹²⁷ “A partir de uma apreciação das técnicas práticas da aplicação da lei e do desenvolvimento do direito pelos juristas, Theodor Viehweg tentou, numa recente obra, já famosa, determinar os fundamentos da decisão jurídica concreta. Viehweg vê nestas decisões *soluções de problemas* e liga isto à teoria aristotélica do achamento [*Auffindung*] (*inventio*) dos pontos de vista (*topoi, loci*) dos argumentos jurídicos na antiga retórica. A partir daqui, as verdades a-históricas do direito do anterior jusnaturalismo e os conceitos, regras, máximas e construções da tradição jurídica europeia aparecem como um *thesaurus* de apoio da discussão (de *inventiones*, no sentido da tópica aristotélica e ciceroniana), cuja correcção ética *prática* se baseia na verossimilhança (probabilidade) racional das soluções dos problemas continuamente experimentados pela jurisprudência e finalmente por ela mantidas. O mérito da tópica jurídica reside na apresentação da possibilidade de ir buscar à discussão histórica dos problemas na actuação prático-social responsável dos juristas as tais verdades jurídicas tantas vezes procuradas num plano extra-histórico e, ao mesmo tempo, na clarificação das tarefas prático-morais e dos limites da construção conceitual e sistemática do direito.” (WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 689-690).

¹²⁸ WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 668.

¹²⁹ WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 669.

Sem embargo de não se poder afirmar ao certo se esta escola de pensamento elaborou um conceito sistemático de pensamento jurídico, pode-se dizer, isto sim, seguindo a doutrina de Canaris, que “a jurisprudência dos interesses produziu um trabalho muito valioso, no próprio domínio da problemática do sistema, sobretudo com a idéia de sistema interno e com referência ao seu conteúdo teleológico”.¹³⁰ A sistematização procedida o foi apenas interna, uma vez que o julgador basearia seu juízo em valores que originaram a própria lei, sem, entretanto, considerar a heterogeneidade das relações sociais e a unidade do direito, notadamente nos países periféricos, motivo este que lhe originou inúmeras críticas, por não conceber ou ao menos considerar a unidade do sistema e a complexidade sociais que mais tarde viria a se descortinar.

“Heck rejeita expressamente a idéia – em si evidente – de que os elementos da ordem imanente seja visíveis nos interesses singulares e caracteriza o sistema como ‘sistema de decisões de conflitos’. A questão, porém, de saber até onde este realiza a unidade interior e a adequação da ordem jurídica conduz imediatamente à questão prévia de como se coloca a jurisprudência dos interesses perante a idéia da unidade do Direito – e, com isso, a um ponto crítico nas bases filosóficas desta doutrina. Aqui, a jurisprudência dos interesses oferece, de facto, aos seus adversários, pontos fracos essenciais, tendo assim a sua relação com a idéia da unidade do Direito sido sempre objecto de crítica. Já no ano de 1914, Kretschmar, no seu excelente discurso de reitor, onde ponderou soberanamente as fraquezas e as vantagens da jurisprudência dos conceitos como da dos interesses, criticara, nesta, o abandono da idéia de unidade. De modo semelhante, Hegler criticou a jurisprudência dos interesses por acentuar apenas os juízos de valor expressos nas normas *singulares*, assim como os mais altos valores do Direito, como a justiça, a equidade, etc., descurando, no entanto, ‘o que fica entre eles, os escopos fundamentais específicos do respectivo aspecto jurídico’ ou, como diríamos hoje: os princípios gerais do direito; e de modo característico, ele associou-lhe a censura da falta de formação do sistema.”¹³¹

131

Na lição de Claus-Wilhelm Canaris, não há duvidas: “a força da jurisprudência dos interesses localizou-se na discussão do problema singular e não na elaboração das ‘grandes concatenações’ – o que aliás é plenamente compreensível, no prisma da história da metodologia, como contra-movimento antitético contra os exageros da época anterior”.¹³² Mas não se pode dizer que não constituiu grande avanço na questão da metodologia jurídica, tendo principalmente iniciado a discussão, ainda que de modo implícito, acerca do raciocínio tópico para a solução dos problemas jurídicos que a realidade apresenta,

¹³⁰ CANARIS. Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2002, p. 65-6.

¹³¹ CANARIS. Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2002, p. 56-7.

¹³² CANARIS. Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2002, p. 61-2.

estabelecendo os mecanismos que viriam a desvincular a ciência jurídica de uma visão hermética do direito, como desenhada pelo movimento positivista predecessor.

Desta forma, o resgate da construção histórica do direito, no século XIX, momento em que as codificações oitocentistas eram tidas como “constituições do direito privado”, pois pautavam seus valores fundamentais no indivíduo e na sua relação com o patrimônio,¹³³ assumindo as codificações o papel de “estatuto único e monopolizador das relações privadas”,¹³⁴ impõe entender que o processo de construção não só do pensamento técnico científico do direito, que embasou a construção do modelo econômico, mas também da própria técnica legislativa e de aplicabilidade do direito, para se chegar às formas atuais de aplicação do direito, foi um processo paulatino e bem elaborado, mas que desconheceu desde a sua origem a realidade existencial, principalmente dos países periféricos, pois embasado em raciocínios derivados de abstrações decorrentes delas próprias impôs um sistema conceitual dotado de uma superioridade científica para todo o mundo colonizado.

Assim, o intento que se extrai do cenário inerente ao século XX, pós primeira guerra mundial, com o advento da massificação social e a maior complexidade das relações existenciais, foi a de uma abertura sistêmica profunda na ciência do direito, que vinha se operando desde o final do século XIX e o início do século XX, pelo surgimento de novos sujeitos sociais – para além do indivíduo proprietário - e de novos bens jurídicos de ordem coletiva – para além daqueles bens passíveis de incorporação ao patrimônio individual, que vinham sinalizando a superveniência de uma ruptura profunda com o modelo codificado e individualista predecessor. Novos métodos de interpretação que não prescindissem daquelas realidades sociais heterogêneas passavam a se tornar uma aspiração cada vez maior dos setores mais sensíveis às vicissitudes e limitações apresentadas pelo método subsuntivo.

Por certo que com o surgimento destes novos sujeitos sociais organizados coletivamente, ou de natureza transindividual, e destes novos bens jurídicos de natureza não individualizáveis, não mais parecia aquele sistema conceitual e científico encaixar-se adequadamente sem que ocorresse a superação do dogma da completude das codificações civis. A legislação civilística anteriormente destinada a regular “através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular”,

¹³³ O direito privado clássico, nas palavras de Gustavo Tepedino, se ocupava em regular “a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada inspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. (...) Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas. Os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou do insucesso das transações, expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade de cada indivíduo. (TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 02-03)

¹³⁴ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 02-03

¹³⁵ de modo que o direito público não viria de nenhuma forma interferir na esfera privada, viria a ficar severamente relativizada, com o surgimento de grupos vulneráveis que vinham exigir do poder público atuação estatal no intuito de proteção de suas reivindicações coletivas, e proteção para valores agora transindividuais e que não poderiam ser individualizados, não poderiam entrar para o mundo jurídico porque não enquadráveis na limitada definição de direitos subjetivos. Conforme Gustavo Tepedino:

“O Código Civil de 1916, bem se sabe, é fruto da doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. (...) o Código Civil Brasileiro, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito privado. De fato, cuidava-se da garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-as contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas. O direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas.” ¹³⁶

Ensina Jonh Gilissen que no período histórico das codificações, notadamente nas primeiras obras escritas após o movimento, ainda por juristas influenciados pelo “estudo tradicional do direito romano”, não se admitia a lei como exclusiva fonte do direito, sendo que para os juristas da época “a lei retirava a sua força do direito, e não o direito da lei”. Em outras palavras, “a interpretação da lei não se poderia fazer senão em função da concepção que a fez nascer”,¹³⁷ buscava-se a vontade do legislador histórico naquele momento da elaboração legislativa, sendo esta a noção do direito que viria a empreender a força cogente para a imposição de suas determinações ordenativas. Somente com a complexidade social advinda da massificação é que se procurou outorgar à lei a autonomia suficiente para que determinasse as noções de direito que instituíam com as suas sucessivas interpretações. A dicotomia criada era clara: ou se procurava a vontade do legislador histórico, ou se almejava a análise do texto desprendido de seu autor, mas em cotejo com as outras normas que podiam se extrair dos sistemas codificados, cuja crise retratava um embaraço à segurança dos estatutos oitocentistas.

Como se refere Karl Larenz em sua obra de metodologia da ciência do direito, “se a interpretação não deve ser deixada ao arbítrio do intérprete, mas decorrer de modo seguro e comprovável, então é preciso ter determinados critérios de interpretação em conformidade com os quais o intérprete possa se guiar”.¹³⁸ E foram dois os métodos clássicos que se

¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 02-03.

¹³⁶ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 02-03.

¹³⁷ “(...) os autores dos códigos napoleônicos foram buscar muita coisa ao direito romano e ao direito costumeiro francês do Antigo Regime. É, portanto, com o auxílio do direito romano e do direito costumeiro francês que se devem explicar os códigos e as outras leis da época revolucionária e napoleônica. Daí o nome de ‘Escola Histórica’ ou ‘Escola remanista e costumeira’ (...)”. (GILISSEN. Jonh. Introdução Histórica ao Direito. Tradução de A. M. Hespanha, 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 514-515).

¹³⁸ LARENZ. Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª edição. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1997, p. 450.

criaram na literatura jusfilosófica e metodológica da segunda metade do século XIX, segundo Karl Larenz, “a primeira, a teoria subjetivista ou teoria da vontade, considera escopo da interpretação a indagação da vontade histórico-psicológica do legislador, e a segunda, a teoria objetivista ou teoria da interpretação imanente à lei, a exploração do sentido que é inerente à própria lei”.¹³⁹

Desta época se extrai, ainda, notadamente dos estudos de Friedrich Carl Von Savigny, na denominada escola histórica de interpretação do direito,¹⁴⁰ outros elementos de interpretação que hoje se identificam como adstritos a um método lógico formal, mais especificamente, uma interpretação do direito mediante os elementos literal/gramatical, sistemático, teleológico, ou histórico, cuja intenção era que se aplicassem de modo conjunto haja vista sua interdependência e inter-relação.¹⁴¹

Na interpretação literal, não era permitido ao intérprete ir além das possibilidades semânticas do texto, pois os conceitos contidos na norma não podiam ser distorcidos ou distorcer o conteúdo normativo literal extraído do texto. É dizer, o intérprete era tolhido no processo de adaptação da norma à realidade social, via-se unicamente a forma lógico-silogística de aplicabilidade do direito. Já com a interpretação sistemática, procurava-se analisar o dispositivo legal não de modo isolado, mas em conjunto com os outros dispositivos lançados em sistemas normativos codificados, cujo entrelaçamento era o primeiro passo para a compreensão da completude e integração lógica do ordenamento jurídico oitocentista.¹⁴² Com a interpretação teleológica, tinha-se por função buscar as finalidades da norma no contexto em que ela foi editada, as finalidades intencionadas pelo legislador no momento de sua edição, almejando encontrar as soluções para os casos concretos de acordo com a intenção oculta da norma, que muitas vezes era a de proibir

¹³⁹ “Como representantes da teoria subjetivista da interpretação vimos sobretudo WINDDSCHIED e BIERLING e, em certo sentido, também PHILIPP HECK, e como representantes da teoria objetivista, KOHLER, BINDING e WACH, bem como, posteriormente, RADBRUCH, SAUER e BINDER.” (LARENZ. Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª edição. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1997, p. 445.

¹⁴⁰ “O direito é aí concebido como fenômeno que aponta para certas estruturas que revelam certa articulação “natural”, certa “normatividade” própria. Costuma-se empregar a respeito delas, em alusão a Savigny, o termo “instituto jurídico” não com o significado positivista de “complexo de normas”, mas como realidade concreta, dotada de um *sentido*.” *A problemática do sentido faz com que a Ciência do Direito apareça como ciência cultural, não necessariamente o produto metódico de procedimentos formais, dedutivos e indutivos, mas um conhecimento que constitui uma unidade imanente, de base concreta e real que repousa sobre valorações.*” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008, p. 38).

¹⁴¹ Diz Larenz que entre os estudiosos da metodologia jurídica do século XIX encontrava-se “tanto aqueles que estão orientados à vontade do legislador histórico, como aqueles que se orientam a uma conexão normativa de sentido que a transcenda. Já SAVIGNI distinguia os elementos gramatical, lógico, histórico, e sistemático da interpretação. E assinalava já também que estes distintos elementos não podiam ser isolados, mas deviam sempre actuar conjuntamente.” (LARENZ. Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª edição. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1997, p. 450).

¹⁴² Apenas, após as primeiras décadas do século XX, com a superação do liberalismo e o aparecimento de novos sujeitos sociais mercedores de tutela estatal mediante legislações extravagantes, é que se passou a se falar em microssistemas legislativos, como por exemplo, o micro sistema de proteção dos direitos coletivos, cuja interpretação daí se passou a fazer de modo particularizado e levando-se em consideração apenas as particularidades do microssistema, o que fez alcançar ainda hoje esta forma de interpretação - sistemática, uma relevante função estruturante da ciência jurídica contemporânea, notadamente quando adstrita aos microssistemas legislativos que protegem e tutelam direitos de natureza diferenciada e não individualizáveis, coletivos e transindividuais.

comportamentos previamente delimitados, mas não de outorgar diretrizes gerais ou orientações comportamentais.

Destes métodos ainda se propunha o resgate da interpretação histórica, que mais se assemelhava com a união ou reelaboração dos outros elementos do que efetivamente um método autônomo, mesmo porque todos pairavam sobre os elementos norteadores da dicotomia clássica da interpretação do *ancien regime*, circunscritos ao objetivismo e subjetivismo, como formas de interpretar historicamente um dispositivo, seja pela observância da realidade do momento da interpretação, seja pela observância da vontade do autor na elaboração do texto e da realidade existente naquele momento.

Enquanto que na forma subjetivista via-se unicamente a busca pela intenção do legislador histórico, a *mens legis*; na forma objetivista, via-se que o texto poderia ter vida autônoma, pois se desprenderia de seu autor para lançar efeitos sobre a história posterior que o autor não poderia sequer imaginar, efeitos estes que, em cotejo com outros elementos culturais, serviriam para determinar mais plenamente seu sentido. Pretendia-se com isto conferir à lei sempre uma imanente condição de ulterioridade na adaptação de sua significação normativa com a realidade social existente na época de sua aplicação; eis porque o direito poderia viver para além do texto.¹⁴³

Karl Engisch, comparando a interpretação jurídica objetivista (adotada na época do formalismo) com os limites do subjetivismo judicial, em um primeiro momento exorta a hipótese de uma interpretação histórica do preceito, dizendo que quando *a vontade do legislador histórico não é apreensível*, é necessário adotar-se a solução “*mais razoável*”, a qual, na dúvida, deve ser considerada como aquela que o legislador quis.¹⁴⁴ Após, reconhecendo que nem sempre isto é possível (achar uma solução mais razoável e adotá-la como a que o legislador quis), consente em pressupor casos em que se teria de proceder a uma adaptação do conceito legal com a época do intérprete (desvinculando-o, portanto, da vontade do legislador histórico). Ter-se-ia aí, na lição de Engisch, que se verificar “*se não se terá porventura constituído um Direito consuetudinário que confere ao juiz legitimidade para*

¹⁴³ Logra-se aqui invocar o fenômeno da história dos efeitos de Hans George Gadamer, na visão de Giovanni Reale e Dario Antiseri: “Não é raro que, diante de certas interpretações de um texto, especialmente se esse texto foi objeto de muitas e diversas interpretações ao longo de muitos séculos, nós sejamos levados a dizer o que essas interpretações veem no texto. Dizemos isso quase que para diminuir o valor de tais interpretações: elas vão além do que o autor pretendia, sendo, portanto, desprovidas de valor. Entretanto, aqui Gadamer observa bem o fato de que o autor de um texto é “um elemento ocasional”. O autor não é o seu produto e, uma vez gerado, um texto tem vida autônoma. Assim, por exemplo, ele tem efeitos sobre a história posterior, efeitos que o autor não podia prever nem imaginar. E essas consequências do texto entram em simbiose com outros produtos culturais. A história dos efeitos de um texto sempre determina mais plenamente o seu sentido. E o intérprete relê o texto também à luz da história dos seus efeitos.” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. História da filosofia. Do romantismo até nossos dias. São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 632).

¹⁴⁴ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, p. 182.

despreendendo-se da vontade do legislador histórico, preencher o texto da lei com um sentido ajustado ao momento actual, um sentido razoável, adequado aos fins do Direito".¹⁴⁵

Ora, em hipóteses como estas, então, o texto teria vida autônoma. Porque se desvinculado de seu autor - o legislador histórico - lançaria efeitos e consequências sobre a história posterior que o autor (o legislador) não poderia sequer imaginar. Aqui se diria, seguindo as lições de Hans-George Gadamer, que seu autor (o legislador) seria apenas um "elemento ocasional", e a determinação do verdadeiro sentido do texto somente se daria com a análise dos efeitos e consequências que ele teria espelhado na história posterior.¹⁴⁶

Em outras palavras, para captar o verdadeiro sentido de um texto, seria imprescindível um ulterior juízo de adaptação com a realidade social do momento em que é ele interpretado, e não com o contexto político e social da época do legislador.

Se os textos legais no modelo de estado atual são lançados cada vez mais com conceitos vagos ou abertos, é inafastável a idéia de que os ditos conceitos legais indeterminados terão de ser colmatados mediante valorações. E mais, dependendo da dimensão da indeterminação, é possível sustentar uma total desvinculação do intérprete da lei com a vontade do legislador histórico. Karl Engisch, a este respeito, alertou:

"As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juizes e os funcionários da administração não descubrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador. E assim continuará a ser no futuro. Será sempre uma questão duma maior ou menor vinculação à lei."¹⁴⁷ (grifos nossos).

Nesse aspecto, os conceitos dos textos legais, para Engisch, muito raramente são absolutamente determinados (o autor considera como tais os conceitos numéricos, de medida ou os referentes a valores monetários - muito comuns no direito de trânsito ou no estabelecimento de valores pecuniários). Em sua maior parte, nos fala o autor, os conceitos legais são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte.¹⁴⁸

A indeterminação, contudo, pode se dar em relação à *pluralidade de sentidos* (e nestes casos, deve-se interpretar a partir do contexto do caso), ou em relação à imprecisão mesma *dos limites do conceito* (indeterminação em sentido estrito).¹⁴⁹ Aí, diga-se, há de se falar em indeterminação quando a *"subsunção, em virtude da pluralidade e complexidade*

¹⁴⁵ ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, p. 183.

¹⁴⁶ Sobre a história dos efeitos de Hans-George Gadamer ver: REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. História da filosofia. São Paulo: Paulinas, 1990-1991. V. 3: Do romantismo até nossos dias, p. 632.

¹⁴⁷ ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, p. 207.

¹⁴⁸ ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, p. 209.

¹⁴⁹ Nesse sentido: ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, nota n. 03, p. 259.

das considerações a fazer, pode pôr em causa a univocidade do resultado”,¹⁵⁰ e não tão simplesmente quando a interpretação do conceito levante dúvidas, caso em que caberia à atividade judicial a tarefa de eliminar esta dúvida (nesse sentido, inclusive, já tratava Kelsen).¹⁵¹

A indeterminação em sentido estrito, portanto, será aferida quando houver *pluralidade de sentidos* de uma palavra que exprime o conceito (quando bastará utilizar-se de uma interpretação progressista ou evolucionista¹⁵²), ou quando houver uma *imprecisão dos limites do conceito* (o que Phillip Heck denomina de “halo do conceito”¹⁵³), mas devendo esta última imprecisão levar a dificuldade (ou impossibilidade) de se encontrar um único resultado com a utilização da subsunção, e não meramente levantar dúvidas que poderão ser dirimidas pelo órgão judicial.¹⁵⁴

Assim, estes conceitos que possuem seus limites imprecisos¹⁵⁵ podem ser conceitos *descritivos*, ou *normativos*. Os conceitos descritivos são facilmente determináveis pela observância da realidade, pois diz Engisch que “*designam ‘descritivamente’ objetos reais ou objetos que de certa forma participam da realidade, isto é, objetos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepçãoáveis*”.¹⁵⁶ Os conceitos normativos, contudo, operam aquilo que o autor denominou de “*referência a valores, a saber, a referência do conteúdo e da extensão de todo o conceito jurídico às específicas idéias valorativas do Direito*”.¹⁵⁷

Desse modo, os conceitos indeterminados *normativos* (de limites imprecisos) que fazem/levam o intérprete a uma referência valorativa, acabam por se remeter a institutos do direito. Ou seja, a valoração que os permeia são valorações encampadas pelo direito. Contudo, estas valorações encampadas pelo direito, podem ocorrer de maneira direta ou indireta. Direta é quando o sentido normativo é preenchido pelo próprio significado do conceito, como por exemplo: Casamento, funcionário público, menor, etc. Indireta é quando o conceito, apesar de descrever um fato ou ato do mundo tangível, necessita se referir à

¹⁵⁰ Nesse sentido BACHOF, citado por ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, nota n. 03, p. 260.

¹⁵¹ Assim, mesmo, sustentava a teoria pura de Kelsen, na medida em que para ele caberia ao julgador a escolha de um dos sentidos, para dirimir a dúvida, e realizar a subsunção, mediante a discricionariedade própria do julgador.

¹⁵² Como aquela em que o intérprete faz um juízo posterior de adaptação da norma ao contexto social em que é interpretada (hoje se diria em relação ao contexto axiológico constitucional e internacional inerente ao conceito de bloco de constitucionalidade em sentido amplo).

¹⁵³ “Com Phillip Heck, podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo conceitual.” (ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, p. 209).

¹⁵⁴ Tudo conforme ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, p. 209.

¹⁵⁵ Chamados pelo autor de conceitos relativamente determinados (quando ao halo conceitual de Heck). E que deferem-se dos absolutamente determinados, quanto ao núcleo conceitual.

¹⁵⁶ Tudo conforme ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, p. 210.

¹⁵⁷ Tudo conforme ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, p. 210.

normatividade do direito para dar sentido ao conceito (por exemplo, “coisa alheia”, significa que pertence a outrem, ou seja, necessário pressupor o regime jurídico da propriedade).¹⁵⁸

Agora, há os conceitos indeterminados *normativos* que efetivamente necessitam de uma valoração advinda ou do *subjetivismo do intérprete* (conceitos discricionários), ou de uma valoração preexistente no seio da coletividade.¹⁵⁹ Estes conceitos sim necessitam de preenchimento valorativo, e somente aí se estará a encarar uma limitação à teoria da subsunção.

Assim sendo, não obstante o contexto político e social que embasou a construção metódica do direito no século XIX impingir ao aplicador da legislação uma auto contenção no processo de interpretação e aplicação do direito, decorrente dos próprios abusos ocorridos em épocas anteriores, certo é que a aplicação judicial do direito viria a se desenvolver de modo muito significativo, notadamente após a segunda metade do século XX, com a percepção da necessidade que a ciência jurídica assumiria em permitir o reconstrutivismo normativo dos textos legais, quando o mundo passa a proclamar o retorno da incorporação de valores na colmatação dos conceitos legais abertos, mediante a atividade jurisprudencial criativa, em repúdio aos horrores ocorridos na segunda grande guerra mundial.

A poucas épocas, portanto, passou-se a utilizar critérios menos rígidos na atividade de interpretação do direito, com as constituições do mundo pós-guerra sendo alçadas a centro de sentidos para a interpretação do ordenamento e sustentáculo dos sistemas jurídicos nacionais, irradiando sua força normativa para as legislações ordinárias.¹⁶⁰

O método lógico formal, que engloba todos estes elementos de interpretação (literal, teleológico, sistemático e histórico), teve sua desenvoltura mais bem aprimorada com o passar das décadas, e veio posteriormente a embasar a ideia da interpretação evolutiva, ou em sede constitucional, da mutação da norma constitucional no tempo, capitaneada pelos estudos doutrinários que enxergam alterações não formais na significação normativa das normas constitucionais.¹⁶¹

¹⁵⁸ Cf. ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, p. 212.

¹⁵⁹ ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, p. 213.

¹⁶⁰ Nesse sentido ver: BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, p. 297-320.

¹⁶¹ No magistério de **Anna Cândida da Cunha Ferraz**, trata-se de processos informais de mutação da constituição (entendemos, das normas jurídicas em geral), cujo fundamento está na interpretação constitucional e nos costumes sociais, *verbis*: “... a mutação constitucional consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.” (CUNHA FERRAZ, Ana Cândida da. Processos Informais de mudança da constituição. São Paulo: Max Lominad, 1986, p.9). **J. J. Gomes Canotilho**, sobre o tema, leciona: “A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. O reconhecimento

A interpretação evolutiva, portanto, ostenta grande importância na atual conjuntura político social e no direito contemporâneo, logrando grande utilidade principalmente quando se fala em integração e colmatação de conceitos indeterminados que tutelam e promovem a efetivação dos direitos humanos e fundamentais, coletivos e transindividuais, nos ordenamentos nacionais. A busca da finalidade social da norma, com a adequação de seu conteúdo às exigências coletivas a que ela se dirige, permeando as exigências do bem comum ¹⁶² é o que se passa a se sustentar a partir da primeira metade do século XX. Com efeito, o mundo da segurança, retratado pelas grandes codificações privadas, entra em declínio na Europa já do final do século XIX, conforme preleciona Gustavo Tepedino:

“Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliado às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando de tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia. O Estado legislador movimentava-se então mediante leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes e conjunturais, no intuito de reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas, que se formavam na ordem liberal e que reproduziam, em certa medida, as situações de iniqüidade que, justamente, o ideário da Revolução Francesa visava a debelar.” ¹⁶³

Por certo que, após esta revolução interpretativa e paradigmática, os conceitos legais - anteriormente retratos de uma sociedade paritária que ostentava um único destinatário social - foram alçados à mera indicação de um caminho a se percorrer pelo intérprete, no esforço hermenêutico de colmatação das normas mediante valorações. O processo de massificação social ocorrido no curso do século XX, e a complexidade cada vez

destas mutações constitucionais silenciosas ('stillen Verfassungswandlungen') é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Professor da Faculdade de Direito de Coimbra. Direito Constitucional e teoria da constituição. 5ª edição, Livraria Almedina Coimbra – 2001; p.1.213-4). Por sua vez, **Jorge Miranda**, também orienta: *“A interpretação jurídica deve ser não só objectivista como evolutiva, por razões que cremos evidentes: pela necessidade de congregar as normas interpretandas com as restantes normas jurídicas (as que estão em vigor, e não as que estavam em vigor ao tempo da sua publicação), pela necessidade de atender aos destinatários (os destinatários actuais, e não os do tempo da entrada em vigor das normas), pela necessidade de reconhecer um papel activo ao intérprete, ele próprio situado no ordenamento em transformação. (...) E também a interpretação constitucional deve ser, e é efectivamente, evolutiva, pois qualquer Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está sujeita à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. (...) Não obstante, não pode a interpretação evolutiva servir para matar um número maior ou menor de normas, mas, pelo contrário, para, preservando o espírito da Constituição, as manter vivas; aquilo, no limite, poderá ocorrer por virtude de costume constitucional, não por virtude de actividade interpretativa. (...) Por seu turno, a revisão indirecta não é senão uma forma particular de interpretação sistemática. Consiste no reflexo sobre certa norma da modificação operada por revisão (revisão directa, revisão propriamente dita): o sentido de uma norma não objecto de revisão constitucional vem a ser alterado por virtude da sua interpretação sistemática e evolutiva em face da nova norma constitucional ou da alteração ou da eliminação de norma preexistente.”* (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2ª edição, Coimbra, Ed. Limitada, 1983, Tomo II, p.117). **Luis Roberto Barroso**, sobre o tema, assim leciona: *“A interpretação evolutiva (...) consiste na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes. (...) Sem que se opere algum tipo de ruptura na ordem constituída - como um movimento revolucionário ou a convocação do poder constituinte originário -, duas são as possibilidades legítimas de mutação ou transição constitucional: (a) através de uma reforma do texto, pelo exercício do poder constituinte derivado, ou (b) através do recurso aos meios interpretativos. (...) Essa interpretação evolutiva se concretiza, muitas vezes, através de normas constitucionais que se utilizam de conceitos elásticos ou indeterminados, como os de autonomia, função social da propriedade, redução das desigualdades etc., que podem assumir significados variados ao longo do tempo. Por vezes, uma emenda constitucional, introduzindo modificação em algum subsistema constitucional, pode alterar a compreensão de conceitos e institutos já existentes.”* BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 144/145.

¹⁶² O artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro contempla que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

¹⁶³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 04

maior da realidade social, fez com que não mais se acomodassem, em um único e exclusivo código legislativo, toda a infinidade de conflitos e interesses que efervescia da realidade social, agora multifacetada e plurisocial,¹⁶⁴ de modo a se necessitar de legislações extravagantes para promover e tutelar estes novos sujeitos sociais e bens jurídicos diferenciados (massificados, coletivos e transindividuais) que vinham surgindo.

A nova concepção legislativa que sucedeu às codificações não mais trouxe em seu bojo conceitos jurídicos estanques, com a técnica legislativa limitada da subsunção e a fórmula básica da hipótese-consequência, mas espelhava agora uma realidade complexa e impassível de abstrata definição; os conceitos legais passam a ser mais abertos, elásticos, indeterminados, e por vezes passam a necessitar de valores para sua colmatação. Não mais se faz possível, como regra, prever antecipadamente hipóteses e nem mesmo consequências dos fatos sociais, mas é preciso outorgar ao intérprete a construção da normatividade da legislação de acordo com os elementos apriorísticos da sociedade complexa atual, daí porque a interpretação do direito passa a deter uma importância fundamental para sua aplicação.

No contexto da massificação social, pautada pela efervescência social e cultural, num mundo onde a industrialização latente desestruturou a estabilidade formada pela união dos interesses anteriormente priorizada, a sociedade como um todo passa a não mais reger-se por uma única e exclusiva classe hegemônica, desaparecendo o sujeito social único a ser ouvido, “o sujeito comum, aquele desenhado na esteira da Revolução Francesa pelo princípio da igualdade, abstrata, frente à lei.”¹⁶⁵ A sociedade torna-se, a poucas épocas, um mundo massificado, complexo; “à massificação social corresponderá o desenvolvimento irreversível de um novo pluralismo social”.¹⁶⁶

Isso corresponde a dizer que a sociedade passou a deter peculiaridades que transpassaram a “unidade concreta das relações sociais”¹⁶⁷, na medida em que a lei não mais representa uma única e exclusiva classe hegemônica. Não mais se puderam acomodar num único e exclusivo código todos os interesses em que converge o multifacetado meio social. Custou-se a perceber, nas palavras de Martins-Costa, que “não teria mais sentido, nem função, o *código total*, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos

¹⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 04.

¹⁶⁵ “... não há apenas um único sujeito social a ser ouvido, não há mais um sujeito comum, como aquele desenhado na esteira da Revolução Francesa pelo princípio da igualdade, abstrata, frente à lei.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 281)

¹⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 280.

¹⁶⁷ As expressões usadas por Judith Martins Costa, de “unidade formal do Estado” e “unidade concreta das relações sociais” refletem a sociedade oitocentista, assentada na propriedade fundiária e no liberalismo econômico, com uma uníssona classe hegemônica, dotada de um sistema jurídico “completo, pleno, total, harmônico e auto-referente das leis civis. O código era tido como a “Constituição da vida privada”, e, portanto, “a unidade das relações sociais representada pela unidade da classe hegemônica se refletia na unidade legislativa que o código continha”. (cf. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 277).

comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura.”¹⁶⁸ Por certo o dogma da identidade entre o direito e a lei passa a ser definitivamente questionado e superado.

Notadamente, a “multiplicidade de textos legais”, nas palavras de Judith Martins-Costa, abalou fundamentalmente a estrutura codificada,¹⁶⁹ uma vez que a cada interesse presente na sociedade, frente a cada sujeito social dissonante, forte e ao mesmo tempo independente, correspondeu um microsistema legislativo multidisciplinar, o que mais tarde, na lição da autora, viria, juntamente com outros fatores, a impossibilitar a “integridade lógica do sistema”, esboçando-se então um mundo marcado pela insegurança,¹⁷⁰ onde a imprevisibilidade das decisões judiciais poderia vir a afrontar a estabilidade social se não houvesse uma ordem de valores a pautar e circunscrever a atividade interpretativa, que viria a se denominar de bloco de constitucionalidade.¹⁷¹

Neste mundo da imprevisibilidade, a complexidade das demandas exige do intérprete maior sensibilidade para fatores sociais afetos à concretude e à realidade muitas vezes vulnerável de determinadas camadas sociais, e a bens jurídicos antes invisíveis para o direito, cuja natureza coletiva, transindividual, não individualizável, viria a tornar de difícil compreensão e implementação pelo sistema,¹⁷² de sorte que a técnica legislativa e a

¹⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 282.

¹⁶⁹ “As leis se multiplicam não só em número, mas na modalidade expressiva e sintática. A sua linguagem ‘múltipla e discordante, prolixa e ambígua, declamatória e programática’ está, enfim, completamente esquecida do desejo voltariano da lei ‘claire, uniforme et précise’. Afasta-se para longe o mito de uma linguagem unitária, matematizante, desenvolvida segundo regras de interpretação precisas que atuem, para o intérprete, como critérios constantes e unívocos de leitura.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 282).

¹⁷⁰ “Hoje vive-se, diversamente, no ‘mundo da insegurança’. Esta não reside apenas na circunstância da multiplicidade de textos legais que abalaram a estrutura codificada, mas, fundamentalmente, na impossibilidade de manter-se, no universo em que vivemos, a integridade lógica do sistema”. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 276).

¹⁷¹ Ir-se-á tratar mais especificamente deste parâmetro no terceiro capítulo deste trabalho.

¹⁷² A matriz racionalista e privatista da ciência jurídica expressou uma construção teórica baseada na necessidade de relações igualitárias, expressada pela liberdade de contratar, e, para a expansão das relações capitalistas, procurou estruturar um sistema jurídico capaz de incorporar a liberdade individual no contrato e a propriedade absoluta como fonte matriz de fundamentação do sistema; um sistema fechado, hermético, que tivesse como destinatário social único o indivíduo, livre e igual, na sua relação com a propriedade, seria a construção mais adequada para amealhar a centralização paulatina do poder e a estruturação necessária de uma economia de livre mercado. Esta concepção individualista da sociedade, que mais tarde serviria como base estrutural para remontar o sistema jurídico na concepção liberal de estado abstencionista, viria a desconhecer desde sua gênese os enclaves existentes entre o que se denominou de interesse público, como o conjunto e mero somatório dos interesses privados, e o interesse privado, em si mesmo considerado. Obviamente que esta construção ideológica marcada fortemente pelo pensamento antropocêntrico e eurocêntrico de superioridade cultural, limitada temporal e espacialmente, confrontou a poucas épocas a superveniência e o aparecimento, principalmente no contexto de resposta às mazelas capitalistas pós-revolução industrial, de novos sujeitos sociais organizados coletivamente e de novos bens jurídicos não individualizáveis, que antes eram invisíveis para o direito, como os recursos ambientais e culturais, que ninguém poderia deles dispor, não obstante a todos pertencessem ou interessassem, mas por certo que também não poderiam assumir a condição de simples bens pertencentes ao patrimônio público, porquanto não sujeitos aos procedimentos da desafetação, inerentes à disciplina clássica dos bens públicos, tampouco podendo haver neles a mera disposição, como se fossem qualquer bem jurídico passível de incorporação ao patrimônio individual. A lesão a estes bens jurídicos, pois, não poderia ser dividida entre partes iguais, pois ao mesmo tempo em que possuíam titularidade indeterminada, ostentavam um objeto indivisível, de modo que se lesionados não viriam a afetar apenas alguns especificadamente, podendo ao contrário todos invocar sua proteção, inclusive as futuras gerações. Para a proteção destes novos bens jurídicos não individualizáveis os estados intervencionistas viriam a elaborar um discurso de inclusão baseado em normas programáticas, que estabeleceriam metas não imediatas, dilatavam no tempo a esperança de bem estar para os grupos vulneráveis (trabalhadores, consumidores, idosos, crianças, etc) ou mesmo de uma efetiva proteção e implementação substancial da natureza e dos bens culturais. Óbvio que os

própria fundamentação do sistema alteram-se substancialmente, com a incorporação de princípios estruturantes, com forte viés valorativo e força normativa, tratando-se agora de um sistema aberto, permeável, perene e mutável de acordo com as exigências da complexidade social.

As normas-princípio, que passam a recheiar as Constituições na segunda metade do século XX e os documentos internacionais, notadamente de direitos humanos, passam a ser vistos como um sustentáculo, uma base inquebrantável, “*os princípios são ordenações que se irradiam e imantam nos sistemas de normas, são - como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira - núcleos de condensação nos quais confluem valores e bens constitucionais*”.¹⁷³ Tornam-se a fundamentação primeira do novo sistema jurídico que se passou a construir a partir da segunda metade do século XX, ancorado principalmente na base estrutural e unificador do princípio da *dignidade da pessoa humana* e suas variadas acepções.¹⁷⁴

Luís Roberto Barroso explicita:

“Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema; integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis

anteriores sacrossantos dogmas liberais, que fundavam a noção de estado moderno, viriam paulatinamente a ser questionados, relativizados, pois a propriedade anteriormente absoluta haveria de sofrer limitações; os contratos anteriormente embasados acriticamente na autonomia absoluta da vontade haveriam de ceder aos interesses coletivos. Pretendia-se aviltar a construção individualista de acumulação do capital, com as técnicas de interpretação que poderiam aplicar o direito de modo emancipatório, procurando justiça e implementando garantias sociais, outorgando ao intérprete da norma constitucional e dos documentos internacionais de proteção da pessoa humana a função de aproximar a lei com a justiça e os valores éticos.

¹⁷³ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23 ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2004, p.92.

¹⁷⁴ Agrega-se atualmente a este postulado uma nova e intrínseca dimensão de inter-relacionamento e inter-dependência do ser humano com o ambiente ecologicamente equilibrado, entendendo-se assim que há uma evolução do próprio conceito que fundamenta a dignidade. Trata-se de um conceito estrutural do direito que amolda uma remodelação na sua construção normativa, agregando uma dimensão ecológica muito significativa que, segundo lecionam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, avança na ideia de que a dignidade dos seres humanos vai além da mera condição humana, alcançando, por exemplo, o *status* moral aos animais, ou até mesmo, para os latinos, a exemplo do Equador, a própria dimensão holística de que a natureza por si só pode possuir dignidade, e daí porque lhe conferir o *status* de sujeito de direitos, procurando-se assim superar a dignidade oriunda e inspirada no formalismo kantiano, que retrata a autonomia moral da pessoa humana unicamente, por ser o ser humano o único apto a deter “a maior liberdade compatível com a liberdade dos outros sujeitos de direitos” ou seja, percebe-se a limitação de tratar o ser humano como o único ser vivo capaz de sempre atuar como um fim em si mesmo, não podendo ser usado como meio, a não ser que esteja com isto cumprindo ao mesmo tempo um fim para si mesmo. Veja-se que, na lição de Ramiro Ávila Santamaria, equívocos podem ocorrer com este pensamento reducionista, adstrito ao formalismo exacerbado, pois para este autor o ser humano pode ser adequado em muitos contextos também como um meio, a realizar o fim de outro ser humano, e nem por isso deixará de ter uma condição moral de sujeito, colocando-se pois que, assim como o ser humano nem sempre será um fim em si mesmo, também a natureza nem sempre será um meio apenas, na medida em que também tem seus fins próprios, e assim como o ser humano, pode determinar-se a si mesma, para garantir sua sobrevivência. Ressalta Ramiro Santamaria, portanto, que o ser humano necessita da natureza assim como a natureza necessita do ser humano, encontrando uma dimensão de equilíbrio e harmonia, o que não permite que se raciocine colocando apenas o ser humano no centro do pensamento jurídico. (SANTAMARIA, Ramiro Ávila. La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política, p. 173-238. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011, p. 192). Por este motivo, é possível se pensar hoje em uma dimensão mais avançada da dignidade da pessoa humana, como centro do pensamento jurídico, mas com a incidência do princípio da solidariedade (art. 3º, III, CF) a invocar a necessidade de um bem estar ambiental, que vai além do ser humano, sofrendo um processo de reconstrução, oriundo de seu próprio marco axiológico, cuja normatividade, nas palavras de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, impõe “uma tentativa de diálogo normativo entre a realização dos direitos sociais e a proteção ambiental, na condição de projetos inacabados da modernidade, já que apenas os direitos liberais alcançam – em certa medida – um nível maior de realização” (SARLET, Ingo, FENSTERSEIFER, Tiago, Direito Constitucional Ambiental, Ed. RT, São Paulo, 2011, p. 45)

desempenhados pelos princípios: a) *condensar valores*; b) *dar unidade ao sistema*; c) *condicionar a atividade do intérprete*.¹⁷⁵

Com efeito, os princípios foram acobertados pelos ordenamentos jurídicos como bases estruturais que sustentariam a partir de então a convivência humana. Incorporados nas legislações dos Estados mundiais e nas Constituições e documentos internacionais, os princípios jurídicos abriram campo de pesquisa para uma nova concepção legislativa e de *práxis* jurídica. Sua força normativa exsurgiu de seu enquadramento hierárquico-normativo como “espécies de normas”, gerais ou constitucionais, assim como o são as regras.¹⁷⁶

Hoje observa-se segundo Martins-Costa uma crescente “atuação da órbita estatal na regulação do mundo dos privados – mediante, inclusive, o estabelecimento de políticas públicas e a elaboração de normas diretivas – e a aceitação efetiva da força normativa da Constituição sobre o direito privado, inclusive para o efeito da aplicação direta de seus princípios na legislação ordinária”¹⁷⁷ Assim, supera-se a noção do direito como uma estrutura hermética desenhada pelos iluministas, para a tutela e promoção dos interesses de um destinatário social único, a classe proprietária, passando-se a depositar as

¹⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), Revista Acadêmica Brasileira de Direito Constitucional, n. 1, p. 17-59, 2001, p. 43. E também em: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luís Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 01-48.

¹⁷⁶ As regras se aplicam mediante subsunção. São proposições normativas que contém um comando objetivo na forma de tudo ou nada, ou são aplicadas na sua plenitude ou são violadas. Conforme assevera Barroso, “se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir de modo direto e automático, produzindo seus efeitos”. Não incidirá, no entanto, se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor (BARROSO, Luis Roberto, ob. cit., Revista Acadêmica Brasileira de Direito Constitucional, n. 1, 2001, p. 44). Quando há conflito entre as regras, se aplica uma em detrimento da outra, que é violada. Assim sendo, quando a situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham, há três tradicionais critérios que devem ser aplicados, conforme ensina Norberto Bobbio: “o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior; o cronológico – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior; e o da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral” (BOBBIO, Norberto, Teoria do ordenamento jurídico, 1990, p. 81 e ss). Os princípios, entretanto, segundo Robert Alexy, devem se aplicar de forma mais ou menos intensa e de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem nunca excluírem-se mutuamente, não comprometendo jamais a validade que detém no ordenamento jurídico. (ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81 ss). Quando ocorre colisão entre os princípios, em função de seu maior grau de abstração e amplitude, os critérios anteriormente narrados não são plenamente satisfatórios. Não se pode simplesmente aplicar um em detrimento do outro. Por esse motivo, entra em cena a técnica denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses, pela qual se busca estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos, devendo-se aplicar no caso concreto cada qual na medida de suas possibilidades e valores condizentes e harmonizáveis com a situação específica. Dessa forma, não há que se falar em exclusão mas sim em ponderação entre princípios. Devendo-se levar em conta sempre a importância que os bens jurídicos cotejados têm no caso concreto bem como as peculiaridades de cada situação em específico. Isso pode ser percebido no julgamento do HC n. 82.424/RS. O STF identificou um conflito envolvendo os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão. Não houve nesse caso, em momento algum, diga-se, exclusão de um princípio em detrimento de outro, ou, sequer que existe hierarquia entre ambos. Houve que foram ponderados por meio de uma aplicação gradual. Como bem reconheceu o Ministro Marco Aurélio em seu voto, as colisões entre princípio (sob essa ótica) somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostas a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito entre regras resolve-se na dimensão da validade, (...) o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da “ponderação”, que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 82.424/RS). Sem embargo, tal desenvoltura deve por certo, sempre e inelutavelmente, balizar-se pelos mais rígidos critérios outorgados pelos postulados da razoabilidade, proporcionalidade e proibição dos excessos (normas de segundo grau), esses que servem de parâmetros para a aplicabilidade das normas (de primeiro grau) no sistema jurídico. Assim, seguindo a doutrina de Humberto Ávila, é possível distinguir os postulados (de maneira simplória) da seguinte forma: a) razoabilidade se caracteriza pelo exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual; b) proporcionalidade se refere a uma exame abstrato da relação meio-fim, e a c) proibição dos excessos diz respeito a que uma norma ao ser aplicada não pode invadir o “núcleo essencial” de um princípio de ordem fundamental do cidadão. (ver ÁVILA, Humberto. A teoria dos princípios e o direito tributário. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 125, p. 33-49, fev. 2006).

¹⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 282.

esperanças em uma constituição, em toda a sua amplitude como lei fundamental, farta em modelos jurídicos abertos, cuja linguagem “*não está cingida à rígida descrição de fattispecies cerradas, à técnica da casuística*”,¹⁷⁸ mas remete o intérprete para elementos valorativos afetos à concretude social, lançando a esperança de concretização normativa por intermédio da interpretação integrativa.

A ruptura daquele sistema individualista e excessivamente hermético se perfez com a inserção paulatina no direito da necessidade de tutela e proteção de direitos de cunho coletivo e transindividuais; foi a duras penas, nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso, que “o Estado teve que aceitar a ascensão dos interesses coletivos, aglutinados em grupos sociais bem definidos, entre os quais alguns se institucionalizaram, como os sindicatos, as ordens profissionais; hoje é inegável a importância do papel político-social desempenhados por eles; e a própria função do Estado ficou facilitada nesse campo, visto que as aspirações dos amplos setores sociais aglutinados nesses grupos chegavam ao Estado já melhor definidas, decantadas nos debates intensos das categorias envolvidas.”¹⁷⁹ Alheio a isto, viu-se a técnica legislativa mudar significativamente, com a inserção pelo direito de conceitos indeterminados, cuja tomada de decisão para preenchimento de sua significação normativa – mediante a opção valorativa mais viável – passou a se situar no âmbito da política, onde grupos vulneráveis passavam a reivindicar crescentemente atuação pelo ente estatal, a esfera privada passou a ser vista como deflagradora de injustiças e demasiadas externalidades capazes de por si só mitigar e vulnerar grupos sociais coletivos e necessitados de tutela por um direito hermético construído pela matriz individualista e racionalista que abria agora uma fissura com a superveniência do pensamento coletivo e transindividual.

A lógica individualista via-se na iminência de ser superada. O surgimento de inúmeras legislações extravagantes viriam a sedimentar a falência do sistema codificado, seriam novas legislações aptas a tutelar por meio de microssistemas legislativos os inúmeros e novos sujeitos sociais e bens jurídicos coletivos e transindividuais que vinham surgindo com a massificação social desenvolvida pelas revoluções industriais, a complexidade social cada vez mais marcante impunha uma ruptura, e trazia em si a

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 285.

¹⁷⁹ Cf. MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 107. Ainda segundo este autor: “Já no tocante aos interesses difusos, a resistência é mais recente e não menos acirrada. Esses interesses constituem um arsenal dos anseios gerais e mais profundos da comunidade, e representam um importante reduto a ser cuidadosamente preservado pelo Estado, até o momento em que eles possam deixar o estágio fluido e ascender à ordem normativa. É possível que na base dessa resistência esteja o temor do Estado em ceder aos grupos intermediários o espaço que lhes possibilite fazer aflorar aqueles interesses ainda não suficientemente maduros. Na verdade, quer o Estado reservar a si o poder de fazer a ‘escolha política’ dentre aqueles interesses; e a ação dos grupos que deles querem se fazer portadores significaria uma concorrência incômoda. Essa estratégia de defesa, porém, parece partir de uma falsa premissa, qual seja, a de que os grupos são corpos estranhos ao processo político-social, quando, ao contrário, eles são imanentes à vida em sociedade.” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 107-108).

necessidade de criação e elaboração interpretativa e judicial ao direito para se desvincular cada vez mais da tutela única daquele sujeito social proprietário almejando alcançar as novas necessidades exigidas pelo mundo massificado. A fissura do pensamento individualista viria a se materializar cada vez mais pelas novas concepções de mundo e pelas relações econômicas cada vez mais complexas e exigentes de um mundo em pauta de se tornar massificado, o que viria a alterar de modo substancial a posição do ente estatal e sua função, bem como as formas com que necessitava intervir nas relações econômicas. A atividade política passa a ser considerada relevante para a proteção de interesses supraindividuais e coletivos, e a ruptura do pensamento individualista e racionalista no direito viria a se descortiar como consequência direta das mudanças econômicas e sociais que viriam a se materializar no mundo pós guerra mundial da segunda metade do século vinte.

03. A CRISE DO PENSAMENTO INDIVIDUALISTA E A ATIVIDADE POLÍTICA COMO FORMA DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

03.1 O racionalismo individualista como fundamento para a centralização do estado-nação e da economia de livre mercado e a omissão dos direitos transindividuais.

O positivismo jurídico de matriz oitocentista espelhou uma racionalidade científica que somente viria a tutelar um único sujeito social, cujas aspirações representavam a classe social proprietária, necessitada de relações igualitárias, estruturada na noção de contratualismo e de propriedade derivada de uma relação contratual. Os pilares do direito privado racionalista passariam a ser o contratualismo e a propriedade absoluta, legitimada pelo contrato, expressão dos novos ideais de liberdade e igualdade abstrata ante a lei criada pelas revoluções liberais (Revolução Inglesa no século XVII, e Revoluções Americana e Francesa, ambas no século XVIII).

A técnica legislativa dominante durante esta época seria abarcada pela casuística, que antevia os fatos da realidade que interessavam ao sujeito destinatário deste direito, e os estabelecia abstratamente em textos herméticos, tutelando, assim, o sujeito social único, o sujeito burguês na sua relação com a propriedade, logrando-se com isto desvincular o intérprete-aplicador do direito de qualquer critério subjetivo, tendo este sistema lançado as bases para a construção do princípio da segurança jurídica, expresso pela teoria da repartição dos poderes, que outorgava ao direito estabilidade e previsibilidade¹⁸⁰ na regulamentação dos interesses sociais únicos dos sujeitos proprietários.

As revoluções liberais, talhadas pelos interesses da ascendente classe burguesa-proprietária, assumiria a tarefa de incorporar a noção de liberdade abstrata perante a lei do sujeito destinatário do direito; era a expressão dos direitos fundamentais de primeira geração (direitos individuais, direitos civis e políticos),¹⁸¹ marcados pela necessidade de

¹⁸⁰ Segundo Canotilho, são essas – estabilidade e previsibilidade – as ideias nucleares do princípio da segurança jurídica. No primeiro caso, revela-se a importância da intangibilidade das decisões, pois que, “uma vez adaptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, (...) não devem ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoáveis alterações das mesmas quando ocorrerem pressupostos materiais particularmente relevantes”. Já o segundo caso se reconduz, fundamentalmente, “à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos” (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 372).

¹⁸¹ “Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda características cruciais do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos. Essas idéias tiveram decisiva influência sobre a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e sobre a Declaração francesa, de 1789. Talvez, por isso, com maior frequência, situa-se o ponto fulcral do desenvolvimento dos direitos fundamentais na segunda metade do século XVIII, sobretudo com o Bill of Rights de Virgínia (1776), quando se dá a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, até ali mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que a normas jurídicas obrigatórias, exigíveis judicialmente. (...) Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.” (MENDES,

exigir uma abstenção do Estado na ordem social, caracterizada pela intervenção estatal limitada na ordem econômica para o desenvolvimento de um livre mercado, no intuito de tornar a economia auto regulável. Para Ana Claudia Schwenck dos Santos as revoluções burguesas marcaram o surgimento da cidadania liberal:

“A cidadania liberal teve como alicerces a participação política, a igualdade, a nacionalidade e os direitos naturais do homem. O liberalismo – cenário em que surgiu a cidadania liberal – é destacado por algumas características interessante evidenciadas por Gianpaolo Poggio Smanio: A nova ordem social é baseada no ‘modelo individualista hobbesiano’ na obtenção do lucro, com novos sujeitos sociais, além da ideia da formação do Estado através de um pacto consensual entre os indivíduos. Pacto que permitiria a construção da conceituação jurídica de institutos que protegerão o indivíduo da própria ação do Estado’. O liberalismo colaborou para um avanço importante que foi o reconhecimento dos direitos fundamentais do indivíduo, entretanto a cidadania não era plena, o exercício dos direitos a ela inerentes era vedado aos analfabetos, mulheres e pobres, fato determinante para o surgimento de classes econômicas diferentes entre si, inclusive, escravidão.”¹⁸²

Neste período, portanto, se elaborou uma ciência do direito sistematizada, com a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789,¹⁸³ que teve influência para o vindouro movimento das codificações. O casuísmo legislativo teve a pretensão de antever todos os fatos da realidade social e de previamente catalogá-los em textos expressos e definidos previamente. Os destinatários destes códigos eram unicamente os sujeitos proprietários. Luiz Edson Fachin emoldurou que “a base da teoria geral das relações privadas foi o que sustentou, no domínio econômico, o *laissez-faire* da Escola Liberal”.¹⁸⁴ Precisamente assevera este doutrinador que a “transposição do conceito ético de pessoa para a esfera do direito privado foi o que operou, naquele contexto, sob os conceitos fundamentais de pessoa, direito subjetivo, dever jurídico e relação jurídica”, as relações econômicas de uma economia, para poder se desenvolver livremente, capaz de se auto regular e por si mesma reger as relações sociais implementando supostas relações justas e equânimes. Esse mecanismo, assentou Fachin, refletiu-se no “distanciamento propositado entre o direito e as relações de fato excluídas do sistema”.¹⁸⁵

O direito individualista e racionalista, fulcrado no contratualismo e na propriedade absoluta, seria construído e idealizado para servir de instrumentalização da manutenção e perpetuação das relações capitalistas,¹⁸⁶ na medida em que se procurou, em um primeiro

Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 266-267).

¹⁸² SANTOS, Ana Claudia Schwenck dos. Efetivação dos direitos difusos e coletivos: Ação Civil Pública. São Paulo, LTr, 2013, p. 18.

¹⁸³ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi um documento elaborado com a Revolução Francesa, e logrou definir todos os direitos individuais do ser humano, promovendo uma suposta universalidade de suas proposições. Foi influenciada pela doutrina dos “direitos naturais”, os quais deveriam ser válidos em todo o lugar e em qualquer tempo, representando direitos que deveriam pertencer a toda a raça humana, mas que na verdade representaram apenas a classe social ascendente que capitaneou as revoluções, o indivíduo proprietário e a sua relação com a propriedade.

¹⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 211.

¹⁸⁵ FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 211.

¹⁸⁶ Nesse sentido Eros Grau, “(...) o direito, (...) é elemento constitutivo do modo de produção, quaisquer que sejam elas, não se podem reproduzir sem a ‘forma’ do direito; o direito é instância no entanto dotada de eficácia própria, que se manifesta no

momento, afastar o homem de sua terra, ou seja, afastar o ser humano da sua base fundiária, para que fosse ele obrigado a vender sua mão de obra no mercado, tornando-se a terra uma garantia para o sistema financeiro e, ao mesmo tempo, uma forma de exploração de renda fundiária para o proprietário contratual. O dinheiro como uma representação não exata do padrão-ouro, viria a fornecer as engrenagens necessárias para que a economia pudesse se tornar auto regulável, necessitando-se de mão de obra para se justificar uma exacerbada superprodução de bens, capaz de estruturar a acumulação capitalista, fundada no lucro, fazendo com que o ser humano fosse separado da terra, muitas vezes pela violência o homem foi repticamente separado de sua base fundiária;¹⁸⁷ com o desdobramento da posse e da propriedade, no sentido de que, somente se tem propriedade com um contrato,¹⁸⁸ pois aquele que cultivou a terra e por ali estabeleceu durante séculos a

bojo de uma relação de causalidade estrutural, resultante de interações dela (instância jurídica) com as demais instâncias desse todo complexo”. Assim, mesmo anteriormente ao advento da Constituição escrita, lá se encontrava em cada sociedade no bojo de suas ordens jurídicas, como parcela delas, normas institucionalizadas das ordens econômicas (mundo do ser) nelas praticadas. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica). 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 58-89 e p. 70-71.

¹⁸⁷ Ver nesse sentido: WOOD, Ellen Meiksins. As origens agrárias do capitalismo. Revista Crítica Marxista, n. 10, ano 2000. São Paulo: Boitempo. p. 12-30. A autora relata inicialmente que não obstante seja comum associar o surgimento do capitalismo com o desenvolvimento das cidades, anuncia que “o capitalismo, com todo o seu impulso específico de acumular e de buscar o lucro máximo não nasceu na cidade mas, no campo” (cf. p. 05). O trabalho na forma pré-capitalista se desenvolvia por meio da coerção direta, exercida pelos senhores rurais ou pelo Estado, através do emprego da força superior, já na sociedade capitalista a forma dominante de apropriação do excedente está baseada na expropriação dos produtores diretos, cujo excedente é apropriado exclusivamente por meios puramente econômicos, capitalistas se apropriam da mais valia sem necessidade da coerção direta. A relação entre produtores e apropriadores é mediada pelo mercado. O capitalismo deve se expandir constantemente de maneiras e formas sociais desconhecidas. Os camponeses na sociedade pré-capitalista tinham acesso aos meios de produção, à terra, sem precisar oferecer sua força de trabalho no mercado como uma mercadoria. A exceção a esta regra geral desenvolveu-se na Inglaterra, já no século XVI, país que possuía rede de estradas e de vias de transportes fluviais e marítimas que unificavam a nação de modo excepcional para o período, tinha como característica a concentração de propriedade sendo que a produção era feita de forma significativa por meio de arrendamento, esta forma fez com que para se pagar o valor do aluguel, quando mais fosse produzido mais competitivo aquele produtor seria, sendo que seus produtos deveriam ser colocados no mercado. Assim verificou-se nesse ambiente a competitividade e a dependência pelo mercado. O resultado deste tipo de produção rendeu a Inglaterra a característica de ter o setor agrário mais produtivo. Proprietários e arrendatários se tornaram igualmente preocupados com o que chamavam de *improvement* (melhoramento), o aumento da produtividade da terra visando o lucro. Esse aumento da produtividade não estava diretamente relacionado a tecnologia, mas sim ao desenvolvimento de técnicas agrícolas e formas de concepção da propriedade. Do ponto de vista dos proprietários e dos arrendatários capitalistas, a terra devia ser liberada de todo tipo de obstrução ao seu uso produtivo e lucrativo. Defendia-se a propriedade não apenas privativa mas excludente, literalmente excluindo outros indivíduos da comunidade, através de eliminação das regulações das aldeias e das restrições ao uso da terra, pela extinção dos usos e direitos costumeiros. A primeira lembrança de cercamento ocorreu no século XVI, quando grande senhores de terras procuraram retirar camponeses das terras que podiam se tornar mais rentáveis se usadas para pasto. Esses cercamentos ocorreram de forma violenta primeiramente, e causaram revoltas nos séculos XVI e XVII, no início a prática foi obstaculizada, mas uma vez que as classes agrárias conseguiram moldar o Estado aos seus interesses, não houve mais interferência estatal e um novo tipo de cercamento apareceu, com o uso da estrutura do direito, e a criação dos registros imobiliários. Ver nesse sentido: WOOD, Ellen Meiksins. As origens agrárias do capitalismo. Revista Crítica Marxista, n. 10, ano 2000. São Paulo: Boitempo. p. 12-30.

¹⁸⁸ Mesmo a usucapião que possui suas origens no mundo romano e grego, durante longo período histórico somente se aplicava e era validamente reconhecido ao cidadão pertencente às castas proprietárias; é dizer, o instituto visto como uma situação de fato somente era aplicado e validamente utilizado nas propriedades quirítárias, destinado aos cidadãos romanos, e sua fundamentação era a negligência de outros proprietários no pertinente à posse sobre o bem fazendo desaparecer o direito sobre o domínio, o que equivaleria à sua renúncia (ver nesse sentido: RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas, 4ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 248-249). Ainda é possível se dizer, com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que “na aquisição da propriedade imobiliária, o registro é fundamental para gerar o efeito constitutivo da alteração da titularidade do bem (apenas sua eficácia é promanada da início da situação de fato), com base na declaração de domínio objeto da decisão judicial. Todavia, a propriedade mobiliária dispensa o registro, sendo suficiente a tradição da coisa. Destarte, será bastante o registro da aquisição no Cartório de Títulos e Documentos a fim de que se produza oponibilidade erga omnes”. Ainda segundo os mesmos doutrinadores, possível se sustentar a existência de usucapião sobre bens incorpóreos, podendo existir posse sobre os conhecimentos e sobre as inovações tecnológicas, bastante o sujeito deter a titularidade sobre o direito (legitimidade) pelo mesmo prazo do bem móvel, que se funda, por exemplo, em relação às ações nominativas, “na inscrição do nome do acionista ou titular em Livros e Registros competentes. (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Direitos Reais, 9ª edição, ed. Juspodvm, 2013, p. 518-9). Portanto, em todas as situações é sempre necessário se pensar em um Registro nos cartórios de títulos competentes, mesmo que seja para que o direito tenha oponibilidade erga

sua moradia e base da família, apenas poderá ter a propriedade se a terra a ele for concedida por meio de um contrato, tendo-se criado, com isto, no mundo oitocentista, segundo a lição de Karl Polanyi,¹⁸⁹ as bases para uma economia auto regulável, mediante as três ficções, quais sejam, a terra (com a apropriação da natureza), o trabalho (com a mercantilização da mão de obra), e o dinheiro (com uma aproximação inexata do padrão-ouro).¹⁹⁰

A concepção de Estado liberal – em que permite ao mercado se auto regular – sem qualquer necessidade de intervenção no desenvolvimento do capital, foi talhada e construída para a promoção e proteção dos interesses do sujeito social único, a classe burguesa ascendente. Ignorar-se-ia toda a heterogeneidade das relações sociais reinante-dominante no inter-relacionamento entre diferentes culturas que vinham ocorrendo no processo de colonização;¹⁹¹ ignorar-se-ia também qualquer direito preexistente à ordem estatal daí derivada, sob as bases de uma falaciosa pretensão de superioridade do indivíduo proprietário, e de que as relações sociais seriam homogêneas, outorgando-se à humanidade a simetria liberal, que viria a se perpetuar até os dias de hoje na concepção de que em um Estado só há um direito e para cada direito há apenas um Estado e um só povo.

A ideia de Estado soberano, constituído pela expressão do poder hegemônico, foi estabelecida sob as bases do contexto filosófico e científico desenhado à época do racionalismo. Dalmo de Abreu Dallari define o Estado como uma “ordem jurídica soberana

omnes, sempre assim sendo necessário ainda que em sentido largo, a existencia de um “contrato” ou ato jurídico antecedente para embasar a posse e por consequente a aquisição da propriedade. E este “contrato” ou ato jurídico em sentido amplo nunca poderia ser aplicado ou utilizado por quem se encontrava fora do sistema, por aqueles que não eram vistos como sujeitos de direitos, como mulheres, crianças, escravos, índios, negros, colonizados, que eram meros objetos também passíveis de incorporação ao patrimônio individual dos detentores da cidadania moderna, naquele direito oitocentista construído para os proprietários.

¹⁸⁹ Cf. Polanyi, Karl. *A grande transformação*: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000. p. 161-257.

¹⁹⁰ Pelo padrão ouro a riqueza de um país seria expressada pelo montante de reserva de ouro que possuía, aumentando com isso a confiabilidade e liquidez internacional para fornecer garantias e empréstimos no cenário internacional. Ver nesse sentido: FIORI, José Luis. Estados, moedas e desenvolvimento. In: FIORI, José Luis (org.) Estados e moedas no desenvolvimento das nações. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 49-85. No Brasil, acerca do ouro como ativo financeiro, dispõe a Lei nº 7.766/89, em seus artigos 1º a 3º, que: **Art. 1º** O ouro em qualquer estado de pureza, em bruto ou refinado, quando destinado ao mercado financeiro ou à execução da política cambial do País, em operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, na forma e condições autorizadas pelo Banco Central do Brasil, será desde a extração, inclusive, considerado ativo financeiro ou instrumento cambial. **§1º** Enquadra-se na definição deste artigo: **I**- o ouro envolvido em operações de tratamento, refino, transporte, depósito ou custódia, desde que formalizado compromisso de destiná-lo ao Banco Central do Brasil ou à instituição por ele autorizada. **II**- as operações praticadas nas regiões de garimpo onde o ouro é extraído, desde que o ouro na saída do Município tenha o mesmo destino a que se refere o inciso I deste parágrafo. **§2º** As negociações com o ouro, ativo financeiro, de que trata este artigo, efetuada nos pregões das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros ou assemelhadas, ou no mercado de balcão com a interveniência de instituição financeira autorizada, serão consideradas operações financeiras. **Art. 2º** Para os efeitos desta Lei, as cooperativas ou associações de garimpeiros, desde que regularmente constituídas, serão autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operarem com ouro. Parágrafo único. As operações com ouro, facultadas às cooperativas ou associações de garimpeiros, restringem-se, exclusivamente, à sua compra na origem e à venda ao Banco Central do Brasil, ou à instituição por ele autorizada. **Art. 3º** A destinação e as operações a que se referem os arts. 1º e 2º desta Lei serão comprovadas mediante notas fiscais ou documentos que identifiquem tais operações. **§1º** O transporte do ouro, ativo financeiro, para qualquer parte do território nacional, será acobertado exclusivamente por nota fiscal integrante da documentação fiscal mencionada. **§2º** O ouro acompanhado por documentação fiscal irregular será objeto de apreensão pela Secretaria da Receita Federal.

¹⁹¹ Segundo Carlos Marés, a sociedade feudal que previa leis especiais para determinados estamentos da sociedade foi definitivamente abandonada e superada, passando a ser inconcebível no estado liberal burguês a jusdiversidade, porquanto o direito tem de ser uno e gerador de sua própria fonte (cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 63).

que tem por fim o bem comum de um povo em determinado território”.¹⁹² Constrói-se a noção de soberania como expressão de poder centralizador, com a finalidade de promoção do bem comum do sujeito destinatário do direito vigente, necessitando-se ainda do elemento Povo. O Estado sendo a expressão da vontade de um só povo, ao qual pertence uma única nação; e um único território, cuja jurisdição estatal passa a ser limitada pelo contexto geográfico, como que circunscrita à ação jurídico/política de um Estado pretensamente homogeneizador das relações sociais. Acerca deste ponto Leciona Carlos Marés:

“(…) A cultura constitucional procurou encerrar o universalismo no Estado: um Estado único, com uma única fonte de Direito, emanada diretamente da Constituição, com leis organizadas em Códigos, que encerrariam todas as possibilidades das relações jurídicas, em sistema sem lacunas. Esta organização social que não admite fissuras nem diferenças, não pode aceitar o índio com uma vida e organização social fundada em outros princípios que não sejam os enunciados constitucionais que se efetivam pelo Direito civil. Dito em outras palavras, não pode este sistema sem lacunas aceitar povos que prescindam do Estado e da propriedade privada”¹⁹³

A economia de mercado, elaborada por uma espécie de artificialismo reinante na dominação dos grupos detentores do poder econômico, necessitava separar o homem da terra e da natureza. A ideia de um mercado imobiliário foi uma necessidade para o desenvolvimento fabril e do próprio liberalismo, pois havia a pretensão de se ter mão de obra livre e em excessiva proporção para se perpetuar o intento capitalista, o que Karl Marx denominaria posteriormente de exército industrial de reserva.¹⁹⁴ A criação do mercado de trabalho, derivada da assertiva de que o trabalho deveria encontrar seu preço no mercado, a criação do padrão-ouro, com a constituição do crédito como uma ficção, justamente porque em um determinado momento passou a existir mais crédito do que efetivamente o ouro poderia garantir, foi uma necessidade a fazer com que a economia se tornasse auto regulável.

O dinheiro deveria sujeitar-se a um mecanismo automático, e os bens deveriam ser livres para fruírem de um país para outro no livre-comércio, sem empecilhos ou privilégios, segundo Karl Polanyi, e o trabalho seria a expressão da liberdade baseada no contrato,

¹⁹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria do estado*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

¹⁹³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 83.

¹⁹⁴ “(…) Com a grandeza do capital social já em funcionamento e com o grau de seu crescimento, com a expansão da escala de produção e da massa dos trabalhadores postos em movimento, com o desenvolvimento da força produtiva de seu trabalho, com o fluxo mais amplo e mais completo de todos os mananciais da riqueza, expande-se também a escala em que uma maior atração de trabalhadores pelo capital está ligada à maior repulsão dos mesmos, cresce a rapidez da mudança da composição orgânica do capital e de sua forma técnica e aumenta o âmbito das esferas da produção que são atingidas ora simultânea ora alternadamente por ela. Com a acumulação do capital produzida por ela mesma, a população trabalhadora produz, portanto, em volume crescente, os meios de sua própria redundância relativa. Essa é uma lei populacional peculiar ao modo de produção capitalista, assim como, de fato, cada modo de produção histórico tem suas leis populacionais particulares, historicamente válidas. Uma lei populacional abstrata só existe para planta e animal, à medida que o ser humano não interfere historicamente. Mas, se uma população trabalhadora excedente é produto necessário da acumulação ou do desenvolvimento da riqueza com base no capitalismo, essa superpopulação torna-se, por sua vez, a alavanca da acumulação capitalista, até uma condição de existência do modo de produção capitalista. Ela constitui um exército industrial de reserva disponível, que pertence ao capital de maneira tão absoluta, como se ele o tivesse criado à sua própria custa.” (MARX, Karl. *O Capital: Crítica da Economia Política*. Livro Primeiro: O processo de produção do capital, Tomo 2 (capítulos XIII a XXV). Seção IV, a produção da mais-valia relativa (continuação) Ed. Fund Victor Civita (1907 - 1990), p. 262-263).

vindo a se constituir os dogmas artificiais do liberalismo, utilizados para alcançar o ideal do *laissez faire*. No sistema capitalista o homem, sob o nome de mão de obra, e a natureza, sob o nome de terra, seriam colocados à venda, e o preço da força de trabalho era regulado pelos salários, enquanto o preço do uso da terra era idealizado como renda fundiária.¹⁹⁵

Entre o final do século XVIII e durante todo o século XIX, com o desenvolvimento do sistema capitalista e as mazelas geradas pela grande revolução industrial, os estados europeus viriam a enriquecer de modo muito acentuado, financiados pelos recursos naturais e matérias-primas extraídos das colônias de exploração, servindo de base para a estruturação de uma economia auto regulável e do ideal capitalista, justificador da acumulação e do lucro, ao mesmo tempo em que a miséria e a desigualdade viriam a se acentuar cada vez mais, perpetuando as injustiças e a concentração dos benefícios do capital.

O estado liberal foi elaborado, segundo Carlos Marés,¹⁹⁶ para que não houvesse definitivamente qualquer reconhecimento de estamentos intermediários entre o cidadão e o Estado, o que corresponde a dizer que pretensamente se buscou desconsiderar e acabar com quaisquer organizações coletivas, corporações ou grupos homogêneos existentes anteriormente a este Estado. A cultura do individualismo e o império da vontade individual, expressa pela liberdade do contrato, fez com que este estado liberal se tornasse, ele mesmo, em um ser individual (pessoa jurídica de direito público), uma pessoa de natureza especial, singular.¹⁹⁷ Ainda que tentasse encarnar a vontade de todos indistintamente, passaria a ser visto unicamente como sujeito singular, individualmente, sem conceber aos “*enclaves de grupos humanos com direitos próprios da coletividade*”, os quais não seriam reconhecidos nem integrados à simetria do Estado liberal.¹⁹⁸ Daí porque não haveria de se reconhecer quaisquer corporações dentro do Estado, apenas o interesse individual e a soma dos interesses individuais; o interesse coletivo viria a se tornar tão somente aquele que correspondesse exatamente à soma dos interesses individuais, e quaisquer direitos transindividuais seriam invisíveis para o Estado liberal.¹⁹⁹ Ainda para Carlos Marés:

“O Estado procurou organizar um sistema jurídico abrangente, único, universal, suficientemente abstrato para que pudesse alcançar todas as situações. Dividiu-se em direitos individuais por um lado e de todos, por outro. Organizou aquele de forma detalhada e o chamou de direito privado. Todo o resto enquadrado como sendo direito do próprio Estado e chamou de direito público. A dicotomia entre público e privado deveria responder também à dicotomia individual/coletivo, tudo que fosse coletivo deveria ser

¹⁹⁵ Cf. POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000. p. 161-257.

¹⁹⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 62.

¹⁹⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 62.

¹⁹⁸ Na segunda metade do século 18 ainda ocorreria a primeira revolução industrial, financiada pela enorme riqueza que a Europa levou da América, segundo Enrique Dussel *apud* VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Sur, Rev. int. direitos human.* São Paulo, vol. 4, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100003>>. Acesso em: 3 maio 2013.

¹⁹⁹ Ver nesse sentido: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Os direitos invisíveis. In: *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba, Letra da Lei, 2011, p. 27-47.

público, quer dizer estatal. Até hoje, todas as crises se superaram com o estreitamento do privado cedendo ao público, o Estado em cada crise assumiu mais espaço, mais tarefas, mais serviços. (...) Com tudo isso, o direito se constituiu sobre a idéia de propriedade privada capaz de ser patrimonializada, isto é de ser um bem, uma coisa que pudesse ser usada, fruída, gozada. Portanto, esta propriedade é material, concreta. Isto significa que o direito individual é, ele também, físico, concreto.”²⁰⁰

Nesta concepção de Estado liberal, impor-se-ia ao Estado único notavelmente nos países periféricos a assimilação das culturas diferenciadas, como organizações indígenas, povos tradicionais ciganos ou negros, remanescentes de quilombos, tornando-os simplesmente pobres não integrados ao regime hegemônico; deliberadamente, e talvez no único intuito de despojá-los de seus bens naturais, que fazem parte da estrutura constitutiva dos povos tradicionais, criou-se a dicotomia do público-privado, do individual e do coletivo, este sendo unicamente aquilo que pertencesse ao ente estatal.²⁰¹ O que não viria a se retratar como individual, portanto, seria de propriedade do Estado, ou seria patrimônio público, ou particular. Ao mesmo tempo, o que não fosse patrimônio estatal, público, haveria de ser com certeza individual. O que é público é de propriedade do Estado, e todo o resto é privado. Esta a racionalidade presente ainda hoje em nossas codificações civis, tal como o artigo 98 do código civilista de 2002.²⁰² Para a representação dos grupos, cria-se a ficção da personalidade jurídica individual, como se indivíduo abstrato fosse, sendo o Estado ele mesmo uma personalidade individualizada. Tal construção na verdade mascara a afirmação do espaço privado na legitimação do lucro, e qualquer direito à cultura passa a não mais do que o exercício de uma simples liberdade pertencente a um indivíduo ou a alguns indivíduos vistos como únicos em si mesmos considerados.²⁰³

A filosofia que se formou na Europa do século XVIII e XIX tinha o individualismo como fundamento central, tendo os pensadores mais requintados elaborado teorias que imputassem a ideia do exercício da liberdade estritamente vinculada a concepções pré-concebidas, ou à reinante ideologia liberal em ascensão, ou ao pensamento da antiguidade clássica (fulcrado na participação política-comunicativa do cidadão proprietário). O pensamento da modernidade, portanto, ligado à liberdade de crença e consciência, à proteção da pessoa e da propriedade, constituiu-se o núcleo da ciência jurídica e do direito privado a espelhar a nova ideologia fulcrada no indivíduo, enquanto sujeito titular de direitos.

²⁰⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Os direitos invisíveis. In: *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba, Letra da Lei, 2011, p. 29

²⁰¹ “O liberalismo individualista observado no direito subjetivo exigia que esse direito estivesse ligado a um titular determinado ou, pelo menos, determinável, e isso impediu a tutela coletiva de vários direitos titularizados por toda a coletividade (saúde, meio ambiente, educação, dentre outros)” (SANTOS, Ana Claudia Schwenck dos. *Efetivação dos direitos difusos e coletivos: Ação Civil Pública*. São Paulo, LTr, 2013, p. 29).

²⁰² Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

²⁰³ Nesse sentido: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 70.

²⁰⁴ Assim, seja assegurando a participação no espaço público dos cidadãos, ²⁰⁵ seja assegurando a proteção da pessoa e da propriedade, o ideário perscrutado naquela época necessitava ter como cerne a garantia da propriedade alheia e da segurança na sua manutenção. A participação da vida pública seria adstrita ao ambiente do cidadão proprietário, desconhecendo desde sempre as manifestações culturais e a liberdade dos povos tradicionais, que seriam catalogados como objetos passível de incorporação ao patrimônio individual do pretense cidadão com liberdade cívica.

O direito serviria nesta concepção, e aí se encontra o respaldo da filosofia de Immanuel Kant, não só para a realização da moral, mas também para assegurar o livre desdobramento da vontade individual. Segundo Franz Wieacker, a exigência posta por Kant, de que a liberdade individual possa conviver e coexistir com a liberdade de todos os outros integrantes da sociedade, faria com que surgisse as definições, no século XIX, notadamente pelas escolas metodológicas do direito, de direito subjetivo, de autonomia privada, de negócio jurídico, e da vontade negocial. ²⁰⁶

As circunstâncias relevantes deste processo de expansão e imposição cultural europeia, cujas teorias foram elaboradas sob as bases do racionalismo jurídico produzido sob a realidade social de cinco países hegemônicos – Alemanha, França, Itália, Inglaterra e Estados Unidos – podem ser estruturadas da seguinte maneira: em um primeiro momento, é preciso ser considerado que já no século XVIII e XIX havia a noção de Estado soberano, seja com o absolutismo monárquico, seja posteriormente com a ascendência dos ideais burgueses de liberdade e igualdade abstrata ante a lei, materializada pelo contratualismo. A construção conceitual do direito racionalista, portanto, tinha como foco único o indivíduo, e a lei, constituída como razão pura do direito, detinha a finalidade latente de proteção dos interesses do sujeito proprietário, na pretensão de apropriação pelo homem de tudo o que pudesse ser catalogado como bem jurídico. A estruturação do conceito de bem jurídico, assim, pelas escolas metodológicas do direito oitocentista, se deu sob este critério, de tudo aquilo que pudesse ser apropriado pelo homem, por se constituir como objeto, sendo sujeito apenas o indivíduo livre e igual abstratamente diante da lei.

²⁰⁴ Ver nesse sentido o debate entre Habermas e Rawls, que preconizam os ideais dos liberais, que fundavam a ideia da liberdade na proteção da pessoa e da propriedade, e dos republicanos, que defendiam a liberdade de participação e de comunicação política a possibilitar a autodeterminação dos cidadãos. (cf. HABERMAS, Jürgen e RAWLS, John. Debate sobre el liberalismo político. Barcelona: Paidós, 1998).

²⁰⁵ Nesse sentido: SILVA, Ricardo. Maquiavel e o conceito de liberdade em três vertentes do novo republicanismo. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais. Fev. 2010, v. 25, n.º 72, verbis: “O principal legado desses clássicos da antiguidade para os humanistas do renascimento italiano teria sido a lição de que a plena realização da humanidade dos indivíduos só seria possível mediante a participação desses indivíduos – cidadãos – nos assuntos públicos”. Nesse sentido também a teoria constitucional discursivo-dialógica proposta por Jürgen Habermas, que prega a ideia de interligação entre a autonomia privada e a autonomia pública, no sentido de que “somente a partir da intersecção entre a autonomia pública e a autonomia privada é que se alcança um espaço de autonomia comum, o que se realiza no cotidiano entre cidadãos e um Espaço Republicano Democrático”. (cf. HABERMAS, Jürgen e RAWLS, John. Debate sobre o liberalismo público. Barcelona: Paidós, 1998).

²⁰⁶ WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 428.

Formulou-se nesta concepção a ideia de interesse, fulcral para o pensamento jurídico contemporâneo, o conceito de interesse é sem dúvida um pilar sobre o qual se assenta o direito atualmente. O vocábulo compreende um substrato que passou a ser compreendido em uma dimensão objetiva, porquanto visto para além de uma simples aspiração subjetiva, mas alcançando uma vantagem do homem em relação a um bem ou a um valor, uma “posição favorável à satisfação de uma necessidade”, notadamente, segundo a lição de Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, “a relação que caracteriza o interesse, analisada sob a ótica do sujeito, traduz-se em necessidade e, quando focado sob o prisma do objeto, em utilidade”.²⁰⁷ No mundo oitocentista, e até mesmo hoje, esta relação de interesse é amplamente vista como uma relação de complementariedade entre uma pessoa (sujeito) e um bem material ou imaterial passível de incorporação ao patrimônio individual, ou seja, dotado de valor e quantificação econômica.²⁰⁸ A própria noção de patrimônio formulada na matriz civilista do direito é afeta a um conceito valorado economicamente, visto como uma universalidade de direito, um complexo de relações jurídicas, pertencente a uma pessoa, e dotado de valor econômico.²⁰⁹

A dimensão sujeito-objeto, pois, foi o cerne proficiente a estruturar a racionalização do pensamento científico oitocentista e refletiu no direito pelo modo de tornar toda a realidade do mundo extenso em objeto passível de apropriação e incorporação ao patrimônio individual, daquele sujeito homem europeu superior intelectual e materialmente. O individualismo fulcrado no contratualismo viria a tornar todos iguais abstratamente perante a lei, e fazia com que todos os indivíduos fossem livres, pois podiam contratar e exigir do Estado suas liberdades negativas, no livre-desenvolvimento de suas economias e de seus saberes, visando desenvolver a sua propriedade. Aquele, contudo, que não tivesse propriedade, e assim não pudesse exercer a liberdade por meio do contrato, passaria a ficar, como ainda hoje está, à margem do sistema. O sufrágio censitário representou grande expressão desta época, porquanto iguais eram somente aqueles detentores de capital, a contradição é óbvia: mulheres não eram iguais, escravos não eram iguais, colonizados não eram iguais, pobres não eram iguais, e tudo e todos do mundo oitocentista que pudessem ser catalogados como objetos, até mesmo os escravos, as mulheres e as crianças, seriam passíveis de sofrerem a apropriação pelo pretense sujeito de direitos intelectual e financeiramente superior.

²⁰⁷ Cf. CAMARGO FERRAZ. Antonio Augusto Mello de. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 6, p. 33-46, fevereiro/2010, p. 35

²⁰⁸ A noção de patrimônio formulou-se como um conceito afeto ao de universalidade de direito, constituindo-se até hoje como, nos termos do artigo 91 do Código Civil Brasileiro, como um “complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

²⁰⁹ Nesse sentido o artigo 91 do atual Código Civil Brasileiro: “Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

Carlos Marés elucida que “o direito liberal apenas se expressa em face de destinatário uno e identificável, desconhecendo as coletividades, apenas contorna aquele objeto que pode ser avaliado economicamente”.²¹⁰ Afirma este autor que o próprio conceito de pessoa jurídica foi formulado para tornar grupos identificados como pessoas individualizadas, porquanto:

“(…) tudo o que fosse coletivo e não pudesse ser entendido como estatal não teria relevância jurídica. Tudo o que não pudesse ser materializado em patrimônio e não pudesse ter um valor ainda que simbólico, também estava fora do direito. O titular do direito haveria de ser sempre uma pessoa individual que inclusive pudesse ser responsabilizada por seus atos. Nesta relação o titular de direito há de ter, também, deveres, por isso a pessoa, para o Direito contemporâneo há de ser una e identificável. Por outro lado, o objeto há de ser conhecido e avaliável economicamente. Nesta avaliação reside sua juridicidade, a tal ponto que o direito resolve todas as pendências, em última instância, em perdas e danos. Esta regra até mesmo para bens patrimoniais intangíveis, como o chamado dano moral, a propriedade intelectual e os direitos do autor. A vida de cada um passa a ser valorada patrimonialmente, o imaterial se materializa no valor de troca, ainda quando trocar não se quer.”²¹¹

Outra consideração necessária para definir a construção conceitual eurocêntrica do direito e a concepção de sujeito de direito individualista, idealizada sob o auspício do racionalismo jurídico, é o fato de esta construção fundamentar-se também no empreendimento da Colonização da América Latina, África e Ásia, com a exploração da mão de obra escrava e indígena, e o arrazogue de um regime imposto de modo a ignorar e destruir as realidades sociais e culturais muito diferenciadas da construção europeia individualista pretensamente superior.²¹² Os direitos coletivos e transindividuais, nesta concepção, eram invisíveis e não poderiam ser vislumbrados como relevantes para a estruturação do sistema jurídico, que se pauta na lógica da apropriação. Os bens jurídicos transindividuais, porque inapropriáveis, inalienáveis e impassíveis sequer de serem individualizados,²¹³ não podem ser percebidos por este sistema míope, baseado numa

²¹⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O renascer dos povos indígenas para o direito. Juruá, 2006, p. 168.

²¹¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O renascer dos povos indígenas para o direito. Juruá, 2006, p. 168.

²¹² Boaventura de Sousa Santos constrói uma análise sociológica dos estágios de sociabilidade entre culturas multiformes, agregando a qualificação como um primeiro estágio de sociabilidade, de “violenta”, quando a cultura dominante reivindica o controle total (intenta-se suprimir, marginalizar e destruir a cultura subalterna). Define o autor, como um segundo estágio de sociabilidade, a “coexistência”, estágio em que a sociabilidade descamba para um *apartheid* cultural, quando se permite que se desenvolvam as culturas em separado com ordens jurídicas paralelas; contudo, proíbe-se desde logo qualquer contato e interação entre ambas. O terceiro estágio é denominado de “reconciliação”; neste ocorre uma espécie de justiça restaurativa, desequilíbrios do passado continuam se reproduzindo, direito comunitário ou indígena possuem apenas uma sobrevivência residual. Há ainda o último estágio, que se denomina de “convivência”, e consiste numa reconciliação orientada ao futuro. Diferentes universos jurídicos coexistem, há intercâmbios interculturais, autoridades compartilham o poder, resolvem-se os conflitos segundo o *modus vivendi* estabelecido em regras constitucionais consensuais. Afirma este autor que a concepção de Estado marcada pela simetria liberal somente é capaz de produzir um estágio de sociabilidade até no máximo um processo de reconciliação, mas jamais chegará ao estágio necessário da convivência (SANTOS. Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de derecho y sociedad, julio 2010. p. 80 et seq).

²¹³ “Os interesses difusos situam-se no ‘extremo oposto’ dos direitos subjetivos, visto que estes apresentam como nota básica o ‘poder de exigir’, exercitável por seu titular, contra ou em face de outrem, tendo por objeto certo bem de vida. Ora, é justamente essa relação entre titularidade do interesse e uma pessoa determinada que inexistente nos interesses difusos; sendo insuscetíveis de apropriação a título exclusivo, os interesses difusos caracterizam-se, justamente, com referir-se a uma série indeterminada de sujeitos.” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 83).

sociedade pretensamente homogênea com a exclusão de toda uma realidade socioambiental heterogênea e rica culturalmente, existente principalmente nos países periféricos.

Diz-se que a construção conceitual de Descartes do sujeito eu pensante, como indivíduo pessoa, espelhada principalmente no ideário renascentista, não teria nenhum significado se sugerido, por exemplo, a um nativo integrante de uma população tradicional da África, dado que não poderia ele cultural ou racionalmente se considerar como indivíduo pessoa, distanciado da comunidade à qual pertencia. Este pensamento ainda hoje nos remete à pretensão de entender as culturas coletivas como inferiores na concepção civilizatória, e os direitos coletivos culturais e transindividuais como objetos passíveis de apropriação individual.²¹⁴ Se pensarmos, contudo, principalmente no relacionamento dos povos tradicionais com a natureza, e a relação de respeito e pertencimento em uma dimensão de autointegração dos nativos com os ciclos naturais da biodiversidade e ecossistemas naturais, possivelmente viríamos a nos questionar acerca do primeiro pensamento de inferioridade civilizatória, notadamente por pensar que a razão não mais é o centro do pensamento avançado, mas a necessidade de o homem entender justamente esta dimensão de inter-relação para com a natureza a que pertence e dela é parte integrante.²¹⁵ Outro ponto a se considerar, é a dimensão que estas populações tradicionais possuem da concepção de coletivismo e direitos coletivos, uma vez que os nativos só se consideram indivíduos enquanto pertencentes a sua coletividade. A noção de sujeito de direitos subjetivos e centro de imputação, para as populações tradicionais, pensando-se em uma possível analogia,²¹⁶ sempre quedaria substancialmente diferente, pois albergada por racionalidades fundamentalmente diversas.²¹⁷

²¹⁴ “Efetivamente, os esquemas políticos-institucionais baseados em estruturas antigas, de tipo liberal-individualista, não se adaptam bem às novas exigências da ‘ordem coletiva’. Aqueles esquemas visavam, justamente, o contrário do reclamado pelos tempos que correm, visto que se pretendia evitar a formação de núcleos coletivos entre o Estado e o cidadão. Fomentou-se a ‘ordem individual’, porque o indivíduo isolado é fraco e mais facilmente dominado; essa postura vigorou também para a ordem econômica, com Adam Smith, e sua apologia da livre iniciativa, como bem lembrado por Barbosa Moreira. (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 112). Barbosa Moreira assenta que: “A filosofia do egoísmo, que impregnou a atmosfera cultural dos últimos tempos, não concebe que alguém se possa deixar mover por outra força que o interesse pessoal. Nem faltou quem ousasse enxergar aí a regra de ouro: a melhor maneira de colaborar na promoção do bem comum consistiria, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus próprios interesses. O compreensível entusiasmo com que se acolheu há dois séculos e se cultua até hoje, em determinados círculos, essa lição de Adam Smith, explica o malogro da sociedade moderna em preservar de modo satisfatório bens e valores que, por não pertencerem individualmente a quem quer que seja, nem sempre se veem bem representados e ponderados ao longo do processo decisório político-administrativo, em geral mais sensível à influência de outros fatores.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. RDA 139, jan./mar/1980, p.105, *apud* MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 112).

²¹⁵ Nesse sentido, ver temas como a ecologia profunda, a teoria de gaia e a teia da vida em Fritjof Capra (CAPRA, Fritjof. A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Editora Cultrix, 2002).

²¹⁶ A Constituição Federal Brasileira assim dispõe a respeito dos índios: Artigo 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (...) Artigo 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

²¹⁷ “Quando se fala em ação, vislumbra-se, de pronto, aquele direito que todos têm de pedir ao Poder Judiciário a correção das lesões aos interesses individuais. Sim, pois, o regime democrático, que supõe comunidades de seres humanos livres, deixa ao

Sem embargo desta realidade, a imposição desse sistema abstrato e racionalista,²¹⁸ desenhado para a proteção e promoção dos interesses capitalistas e individualistas às sociedades coloniais eminentemente plurais e culturalmente diferenciadas, permitiu que se desenhasse uma estrutura jurídica e social que perdura até hoje com graves incongruências e incoerências.

A apropriação das terras tradicionais pertencentes já há séculos às populações tradicionais das Colônias de exploração se deu de modo impiedoso. O sujeito eu pensante, individualista, enquanto senhor proprietário, detinha como carta de interesses a integração e dominação dos povos tradicionais e a apropriação da natureza como objeto. A idealização da construção conceitual do instituto da propriedade, tal como oriunda de uma relação contratual, e não de um estado de fato, de proximidade com a natureza, foi o símbolo desta empresa. Daí porque foi formulada para que a anterior posse e cultivo, já anteriormente existente e consolidada pelos povos tradicionais da América Latina e da África, fossem completamente desconsideradas.

As Revoluções liberais serviram assim para a promoção e proteção dos interesses unicamente do sujeito social dominante – o sujeito proprietário. As leis (e constituições) foram elaboradas para um destinatário único, o sujeito individualista e senhor da natureza e dos objetos técnicos. O sujeito social dominante, o proprietário, considerado em sua individualidade, elaborou um contexto filosófico e científico propício para a centralidade e superioridade das concepções racionalistas europeias, construído de modo localizado e para a promoção de interesses únicos legitimados pela ideia de raça superior e dominante.

Eugênio Raúl Zaffaroni, em valioso ensaio sobre a cultura latino americana, atestou a superioridade europeias com ponderações contundentes a respeito do eurocentrismo científico e jurídico do mundo oitocentista, e a nossa cultura ainda muito arraigada ao pensamento europeu como se sua superioridade intelectual pudesse nos referendar a um

indivíduo, primeira e precipuamente, a resistência na defesa dos seus direitos. Daí a tradicional posição da doutrina ao conceituar a ação como um direito subjetivo, vale dizer, direito de agir em juízo em defesa de interesses próprios. A ação civil pública rompe com esse princípio tradicional, tendo natureza especialíssima: não é direito subjetivo, mas direito atribuído a entes públicos e privados para a tutela de interesses não-individuais stricto sensu.” (MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em foco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 103).

²¹⁸ Ricardo Sanín Restrepo, contesta este direito racionalista e abstrato, afirmando que se trata de um projeto de homogeneização cultural e política do social (cuja origem verdadeira é eminentemente heterogênea). Afirma que a imposição deste sistema racional faz com que a soberania popular (povo) se transforme na consequência ou no efeito da ordem jurídica, quando na verdade deveria ser o povo e a soberania popular a causa da ordem jurídica. Sustenta que este direito liberal somente vê os problemas quando colocados numa unidade racional apolítica, que se insere na normatividade, criando uma espécie de antagonismo que na verdade fundamenta a própria ideia de democracia. O sujeito social, então, nesta racionalidade, é antecipadamente fabricado para a ação política, e a objetividade social é uma consequência lógica do cumprimento de um processo racional. O direito liberal então trabalha com um sujeito autônomo, fabricado fora do social com a igualdade como aspiração, cria uma simetria que não altera a realidade social e nem a realização do processo histórico, e esta objetividade social é consequência lógica de um processo racional. Parte do agente social não encontra identidade dentro do sistema porque ele se constrói negando a inclusão, afirmando que depois que é excluído do sistema nele não se enquadra mais, não podendo mais regressar para a mesma lógica. Representa o ato de individualização da complexidade social, e transforma o povo que em essência coletivo em uma abstração individualizante, representada pela noção de sujeito de direito. Não existe ser coletivo fora do indivíduo, somente podendo se traduzir em “ser” quando o direito determina sua existência. (RESTREPO Ricardo Sanín. Teoría Crítica constitucional 2: de existencialismo popular a la verdad de la democracia. 1ª ed., Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011 - Crítica y derecho, 4).

outro sentido de povo colonizado, não só historicamente, mas que ainda perdura culturalmente em nosso inconsciente.²¹⁹ Assevera este autor que a cultura europeia protagonizou “uma civilização depredadora, identificada há mais de meio século como portadora de uma espécie de neurose civilizatória, traduzida pela acumulação ilimitada de bens”,²²⁰ sintetizada pela incapacidade premente de incorporar a morte como estágio natural da vida. A Europa, para este autor:

“(…) corporativizou suas sociedades, se aproveitou de invenções chinesas e árabes, e desenvolveu uma tecnologia de ponta em navegação e de guerra avançada de tal modo a empreender uma empresa de domínio planetário, levando a cabo horribles crímenes contra a humanidade na América e na África, aniquilando populações, reduciendo ao mínimo otras, e transportando numerosos esclavos para obter bens que eran escasos em seu território, especialmente materias primas y metales preciosos. Desta forma foi se consolidando uma civilização industrial com centro dominante e uma periferia dominada. Seus pensadores foram elaborando sutis racionalizações no entendimento de que o êxito material deste processo indicava sem dúvida nenhuma sua superioridade intelectual. A razão como exclusividade foi sinônimo de capacidade de domínio, como no seu dever de dominar como obra humana. Kant se deu conta claramente de que a própria razão imponía limites, mas de inmediato Hegel lhe deu un carácter motor. Um torpe como Spencer, no máximo esplendor da maior grosseria do pensamento, lhe deu forma vulgar para popularizar e romper os poucos limites do motor humano superior. Hegel foi sem dúvidas o ideólogo mais fino e sofisticado do domínio centro nórdico europeu do planeta. Para este filósofo o Geist – o espírito, longe de estar

²¹⁹ “Europa corporativizó sus sociedades, aprovechó inventos chinos y árabes, desarrolló una tecnología de punta en materia de navegación y guerra y emprendió una empresa de dominio planetario, llevando a cabo horribles crímenes contra la humanidad en América y en África, aniquilando poblaciones, reduciendo al mínimo otras y transportando esclavos, para obtener bienes que eran escasos en su territorio, especialmente materias primas y medios de pago. De esta forma se fue consolidando una civilización industrial, con centro dominante y periferia dominada. Sus pensadores le cantaron sutiles racionalizaciones en el entendimiento de que el éxito material de este mismo proceso indicaba sin ninguna duda su superioridad. (...) La razón como exclusividad fue sinónimo de capacidad de dominio, cuando no del deber de dominar como obra humana. Kant se dio cuenta claramente de que la propia razón imponía límites, pero de inmediato Hegel le dio un carácter motor. Un torpe como Spencer, en el máximo esplendor de la mayor grossería del pensamiento, le dio forma vulgar para popularizarlo y romper los pocos límites del motor humano superior. Hegel fue sin duda el ideólogo más fino y sofisticado del dominio centro nórdico europeo del planeta. Para este filósofo el Geist – el espíritu –, lejos de estar en todo, es un impulso que avanza sólo en la humanidad y lo lleva adelante una parte de ella. La historia es una suerte de flecha que sube y, naturalmente, en la punta se halla su propia cultura – es el máximo exponente del etnocentrismo – y no toma en cuenta los que sólo parecen ser accidentales (hoy se los llamaría efectos colaterales), como los genocidios cometidos por el Geist en su siniestro ascenso triunfal, que más lo asemeja a un espectro. Esa encarnación del Geist en su raza y clase no es muy diferente de la teoría legitimante de las castas indias, según la cual los espíritus superiores reencarnan en la casta superior. Más aún: podría perfectamente constituir una escatología complementaria de la tesis del Geist. En su imparable progreso el fantasmagórico y criminal Geist hegeliano no sólo mató a millones de personas, sino que también fue dejando a su vera a todas las culturas que sometió o subestimó: por supuesto, nuestra América no tiene historia, es inferior en todo – incluso geográfica y zoológicamente, hasta la carne vacuna aquí es despreciable, nuestras montañas corren equivocadas, nuestros animales son débiles, nuestros leones son calvos, etc. – y nuestros indios son estúpidos, fallecen al ponerse en contacto con el conquistador y los que sobreviven deben ser tratados como niños; los africanos están en estado de naturaleza, no tienen moral y practican los peores crímenes; los árabes, mestizos o aculturados musulmanes son fanáticos, decadentes y sensuales sin límites; los judíos tienen una religión que les impide alcanzar la auténtica libertad, pues están sumergidos en el servicio riguroso; los asiáticos apenas están un poco más avanzados que los negros y los latinos nunca alcanzaron el período del mundo germánico, que es ese estadio que se sabe libre queriendo lo verdadero, eterno y universal en sí y por sí. Cabe observar que todas las culturas que fueron descartadas en el curso del avance del dominio que legitimaba Hegel, respondían a reglas éticas que siempre en alguna medida – mayor o menor – hubiesen impedido protagonizar la incommensurable destrucción provocada por el colonialismo y el neocolonialismo. Entre éstas se hallaban – por supuesto – nuestras culturas originarias, consideradas infantiles. (...) Pocas décadas después de Hegel y por el lado del biologismo organicista se desplazó la versión más torpe de la legitimación del dominio europeo, que fue la de Herbert Spencer (...). *Hegel y Spencer fueron diferentes*, en cuanto a que el primero era un finísimo filósofo virtuoso como pocos de su instrumento y el segundo algo así como un borracho en La Scala de Milán, pero ninguno de ambos dudaba de su posición en la punta de la evolución (sea espiritual o biológica) y era esto lo que legitimaba el colonialismo y el neocolonialismo. Fueron dos caminos diferentes para festejar y legitimar a una civilización que practicó los peores crímenes de la historia y que promovió un sistema de producción que depreda el planeta y que en menos de un siglo alteró las relaciones de equilibrio de Gaia en mucha mayor medida que en todos los milenios anteriores. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Pachamama y el humano. En La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política, 25-137. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011).

²²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Pachamama y el humano. En La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política, 25-137. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011.

em tudo, é um impulso que avança somente na humanidade e leva adiante uma parte dela. A história é uma sorte de flecha que sobe e, naturalmente, na ponta se localiza sua própria cultura – é o máximo expoente do etnocentrismo – e não leva em conta os que somente parecem ser acidentes (hoje seriam chamados efeitos colaterais), com os genocídios cometidos pelo Geist em sua sinistra ascensão triunfal, que mais o assemelha a um espectro. Essa encarnação do Geist em sua raça e classe não é muito diferente da teoria legitimadora das castas indiananas, segundo a qual os espíritos superiores reencarnam na casta superior. Mais ainda, poderia perfeitamente constituir uma escatologia complementar da tese do Geist. Em seu imparável progresso o fantasmagórico e criminal Geist hegeliano, não somente matou a milhões de pessoas, senão que também foi deixando a sua verdade a todas as culturas que somente o subestimou: por acaso, nossa América não tem história, é inferior no todo – inclusive geograficamente e zoológicamente, até a carne do gado aqui é desprezível, nossas montanhas correm equivocadas, nossos animais são débeis, nossos leões são calvos, etc. – e nossos índios são estúpidos, falecem ao se porem em contato com o conquistador e os que sobrevivem devem ser tratados como crianças; os africanos estão em estado de natureza, não têm moral e praticam os piores crimes; os árabes, mestiços ou aculturados muçulmanos são fanáticos, decadentes e sensuais sem limites; os judeus têm uma religião que lhes impede de alcançar a autêntica liberdade, pois estão submergidos no serviço rigoroso; os asiáticos apenas estão um pouco mais avançados que os negros e os latinos nunca alcançarão o período do mundo germânico, que é esse estado que se sabe livre querendo o verdadeiro, eterno e universal em si e por si. Cabe observar que todas as culturas que foram descartadas no curso do avanço do domínio que legitimava Hegel, respondiam a regras éticas que sempre em alguma medida – maior ou menor – houvessem impedido protagonizar a incomensurável destruição provocada pelo colonialismo e o neocolonialismo. Entre estas se localizam – com certeza – nossas culturas originárias, consideradas infalíveis. (...) Poucas décadas depois de Hegel, e pelo lado do biologismo organicista surgiu a versão mais torpe da legitimação do domínio europeu, que foi a de Herbert Spencer o segundo algo assim como um alcoólatra na escala de Milão, mas ninguém de ambos duvida de sua posição na ponta da evolução (seja espiritual seja biológica) e era isto que legitimava o colonialismo e o neocolonialismo. Foram dois caminhos diferentes para festejar e legitimar a uma civilização que praticou os piores crimes da história e que promoveu um sistema de produção que depreda o planeta e que em menos de um século alterou o equilíbrio de Gaia em muita maior medida do que em todos os milênios anteriores” (tradução livre).²²¹

Este sistema ideológico foi amparado na construção do capitalismo que se estruturou pelas relações jurídicas embasadas no contrato e na propriedade, Neste modelo econômico sustentado pelo direito de matriz individualista e hermético, o sujeito não proprietário (o proletário) tinha de vender sua força de trabalho e servir aos interesses do sujeito dominante, o explorador capitalista. Ou seja, não poderia se apossar de uma terra e viver para seu sustento (porque a propriedade é somente oriunda do contrato),²²² os povos tradicionais foram expulsos de suas terras ou flagelados pelas escravaturas, quando não dizimados e mortos pelos interesses do povo hegemônico. Esta foi a realidade do empreendimento das colonizações.

²²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Pachamama y el humano. En La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política, 25-137. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011 – tradução livre.

²²² No Brasil colonial a terra somente viria a ser transformar em propriedade privada em duas situações: a) concessão de terras devolutas pelo Estado, ou concessão de sesmarias pelo sesmeiro nomeado por Portugal. Ambas as situações dependiam da concordância estatal e da necessidade de se efetuar o pagamento de altos preços os quais nem os povos tradicionais nem os imigrantes, quem dirá escravos libertos, poderia pagar. Os imigrantes tinham de se submeter antes a alienar sua mão de obra, fomentando a produção do capital, para poder um dia, se tivessem sorte, juntar dinheiro suficiente para adquirir uma terra (ver neste sentido: Souza Filho, Carlos Frederico Marés de. *Função social da terra*. Ed. Sergio Fabris, Porto Alegre, 2003).

A matriz racionalista e privatista da ciência jurídica expressou uma construção teórica baseada na necessidade de relações igualitárias, para a expansão das relações capitalistas, procurou estruturar um sistema jurídico capaz de incorporar a liberdade individual e a propriedade absoluta como fonte matriz de fundamentação do sistema; um sistema fechado, hermético, que tinha como destinatário social único o indivíduo, livre e igual, na sua relação com a propriedade, seria a construção mais adequada para amearhar a centralização paulatina do poder e a estruturação necessária de uma economia de livre mercado.

A concepção individualista da sociedade,²²³ que mais tarde serviria como base estrutural para remontar o sistema jurídico na concepção liberal de estado abstencionista, viria a desconhecer desde sua gênese os enclaves existentes entre o que se denominou de interesse público, como o conjunto e mero somatório dos interesses privados, e o interesse privado, em si mesmo considerado.²²⁴ Obviamente que esta construção ideológica marcada fortemente pelo pensamento antropocêntrico e eurocêntrico de superioridade cultural, limitado temporal e espacialmente, confrontou a poucas épocas a superveniência e o aparecimento, principalmente no contexto de resposta às mazelas capitalistas pós-revolução industrial, de novos sujeitos sociais organizados coletivamente e de novos bens jurídicos não individualizáveis,²²⁵ que antes eram invisíveis para o direito, como os recursos

²²³ “Embora se lhe possam encontrar antecedentes mais recuados (oposição entre filósofos estoicos e aristotélicos, entre a teologia inspirada em Santo Agostinho e a inspirada em S. Tomás de Aquino), a genealogia mais direta do paradigma individualista da sociedade e do poder deve buscar-se na escolástica franciscana quatrocentista (Duns Scotto, 1266-1308; Guilherme d’Occam, 1300-c.1350). É com ela – e com uma célebre querela filosófica, a questão ‘dos universais’ – que se põe em dúvida se não é legítimo, na compreensão da sociedade, partir do indivíduo e não dos grupos. Na verdade, passou a entender-se que aqueles atributos ou qualidades (‘universais’) que se predicam dos indivíduos (ser pater famílias, ser escolar, ser plebeu) e que descrevem as relações sociais em que estes estão integrados não são qualidades incorporadas na sua essência, não são ‘coisas’ sem a consideração das quais a sua natureza não pudesse ser integralmente apreendida – como queriam os ‘realistas’. Sendo antes meros ‘nomes’, externos à essência, e que, portanto, podem ser deixados de lado na consideração desta. Se o fizermos, obtemos uma série de indivíduos ‘nus’, incaracterísticos, intermutáveis, abstratos, ‘gerais’, iguais. Verdadeiros átomos de uma sociedade que, esquecidas as tais ‘qualidades’ agora tornadas descartáveis, podia também ser esquecida pela teoria social e política. Esquecida a sociedade, o conjunto de vínculos inter-individuais, o que ficava era o indivíduo, solto, isolado, despido dos seus atributos sociais. Estava quase criado, por esta discussão aparentemente tão abstrata, um modelo intelectual que iria presidir a toda a reflexão social durante, pelo menos, os dois últimos séculos – o indivíduo, abstrato e igual. Ao mesmo tempo que desapareciam do proscênio as pessoas concretas, ligadas essencialmente umas às outras por vínculos naturais; e, com elas, desapareciam os grupos e a sociedade. (HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*; Fundação Boiteux, 2005, P. 116-117).

²²⁴ A experiência jurídica começaria a esboçar a concepção de sistematização autônoma e abstrata, desvinculada completamente dos dogmas da Igreja e da imagem teocêntrica do mundo. Formular-se-ia a dicotomia racionalista do mundo moderno, fulcrada no indivíduo, enquanto sujeito destinatário único do direito. O coletivo, público, viria a se traduzir unicamente pela somatória dos interesses individuais, e o que não fosse público, como somatório das partes, seria necessariamente privado, o que viria a se expressar mais tarde nas codificações civilistas. No Brasil, pelo artigo 98 do Código Civil de 2002 (revogado artigo 66 do CC/1916), no sentido de que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. O bem ambiental, notadamente pela concepção reducionista do mundo, demoraria séculos para adquirir relevância jurídica, porquanto o direito racionalista de matriz oitocentista desconheceria os estamentos e enclaves coletivos existentes na sociedade (tal como os povos tradicionais, organizações coletivas, e, especificamente, o bem ambiental, etc.).

²²⁵ Nesse sentido ver SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*; ob. cit., p. 174, *verbis*: “(...) Estes novos direitos tem como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada, de não se ter ou não poder ter clareza sobre ela. Não são fruto de uma relação jurídica precisa mas apenas de uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais tradicionais. Esta característica os afasta do conceito de direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, porque é um direito sem sujeito! (...) É evidente a ausência de titulares desse direito porque não se pode encontrar quem o possa adquirir e integrar a seu patrimônio ou encontrar a relação contratual que lhe deu origem. Para a cultura contratualista é fundamental o momento de passagem do bem de um a outro patrimônio, porque é neste contrato de passagem que reside a legitimidade da propriedade, se o contrato é válido, a propriedade é

ambientais, bens jurídicos estes que ninguém poderia dispor, não obstante a todos pertencessem ou interessassem, mas por certo que também não poderiam assumir a condição de simples bens pertencentes ao patrimônio público, porquanto não sujeitos aos procedimentos da desafetação, inerentes à disciplina clássica dos bens públicos, tampouco podendo haver neles a mera disposição, como se fossem quaisquer bens jurídicos passíveis de incorporação ao patrimônio individual. A lesão a estes bens jurídicos, pois, não poderia ser dividida entre partes iguais, pois ao mesmo tempo em que possuem titularidade indeterminada, ostentam um objeto indivisível,²²⁶ de modo que se lesionados não restam afetados apenas alguns especificadamente, podendo ao contrário todos invocar sua proteção, inclusive as futuras gerações. A lesão decorrente da afronta a interesses difusos, segundo lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, “é disseminada por um número indefinido de pessoas, tanto podendo ser uma comunidade (por exemplo, uma vila de pescadores, ameaçada pela emissão de dejetos urbanos no mar) como uma etnia (nos casos de discriminação racial) ou mesmo toda a humanidade (como na ameaça constante de guerra nuclear, ou na exploração predatória e anárquica da Amazônia)”.²²⁷

Para a proteção destes novos bens jurídicos não individualizáveis os estados intervencionistas viriam a elaborar um discurso de inclusão, baseados em normas programáticas, que estabeleceriam metas não imediatas, dilatavam no tempo a esperança de um bem estar com a natureza. Óbvio que os anteriores sacrossantos dogmas liberais, que fundavam a noção de estado moderno, viriam paulatinamente a ser questionados, relativizados, pois a propriedade anteriormente absoluta haveria de sofrer limitações; os contratos anteriormente embasados acriticamente na autonomia absoluta da vontade haveriam de ceder aos interesses coletivos.²²⁸ Aviltava-se a construção individualista de acumulação do capital, o que repercutia de modo acentuado na conceitualização da estatalidade no decorrer do século XX.

legítima. Para os direitos socioambientais que não derivam de contratos, não interessa perquirir o momento da aquisição, ou da proteção do bem. O direito coletivo, assim, é fruto da lei, quer dizer da criação e determinação da sociedade por seus representantes nas instâncias próprias. Não pode haver proteção a estes direitos senão quando a lei assim o determina, porque a sua criação significa a criação de deveres para os titulares de direitos individuais.(...)”. (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*; ob. cit., p. 174).

²²⁶ “(...) os interesses difusos são indivisíveis, no sentido de serem insuscetíveis de partição em quotas atribuíveis a pessoa ou grupos preestabelecidos. Trata-se, como preleciona J. C. Barbosa Moreira, de uma ‘espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade”. (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 83)

²²⁷ MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 83.

²²⁸ Relevante para esta compreensão o momento histórico exato em que se transformou o interesse de cunho coletivo no direito de natureza não individualizável. O interesse transindividual, na lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, não se apresentam “jungidos a um vínculo jurídico básico, mas a situações contingenciais, deriva a consequência de que ele são mutáveis como essas mesmas situações de fato; e mesmo podem fenecer e desaparecer, acompanhando o declínio e extinção dessas situações. Pela mesma razão, reaparecerão, mais adiante, quando ainda uma vez ressurgirem as mesmas causas fáticas anteriores. Aí, aliás, uma diferença entre os interesses e os direitos: aqueles, oriundos do plano fático (‘existência-utilidade’) tendem a repetir-se e a transformar-se indefinidamente; estes, presos ao plano ético normativo, não têm a mesma plasticidade e esgotam sua função a partir do momento em que outorgam uma prerrogativa a seu titular, ou inovam na ordem jurídica, criando, extinguindo ou modificando o statu quo ante.” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 89-90).

Outra concepção relevante a considerar foi que o casuísmo legislativo, como técnica de legislar, impôs aos estados a proteção e promoção dos interesses únicos destes sujeitos proprietários, estruturada na dimensão dos preceitos primários e secundários da concepção normativa casuística, constituída por elementos claros e previsíveis que facilitaríamos a tutela do indivíduo enquanto interessado no desenvolvimento de seu patrimônio, mas sem levar em consideração outros valores existenciais e transindividuais, o que redundou, notadamente nos países periféricos, num processo de concentração originária da terra e das riquezas monetárias, espelhado no mundo colonizado pela desigualdade social profunda e pela concentração de renda cada vez mais latente e inelutável.

Os direitos fundamentais de 1ª geração assim, como reflexos dos direitos individuais cultivados e protegidos ao longo do século XIX, em sua maioria os direitos civis e políticos, unicamente, seriam a expressão da abstenção estatal na ordem social e da intervenção estatal econômica regrada tão somente para assegurar uma econômica de livre mercado,²²⁹ instrumentalizando as relações econômicas pelas declarações de proteção dos direitos do homem e do cidadão, notadamente pelo direito da propriedade de cunho absoluto, direito fundamental irrestrito, conotações utilizadas para a proteção e promoção do desenvolvimento mercantilista e da livre iniciativa em nome do livre mercado e dos interesses dos grandes capitalistas, redundando em processos de concentração de renda e capital que geraríamos uma incipiente e originária marca no início do desenvolvimento econômico e social das sociedades periféricas. A estruturação do sistema jurídico assim foi necessária para o amplo desenlace da economia auto regulável, ideal do liberalismo econômico.²³⁰

²²⁹ “A primeira (geração) abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refretária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de culto e de reunião. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Por isso, a liberdade sindical e o direito de greve – considerados, então, fatores desarticuladores do livre encontro de indivíduos autônomos – não eram tolerados no Estado de Direito liberal. A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhes fossem colidentes.” (MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 267).

²³⁰ “no modelo clássico (liberal) o único sujeito jurídico era o indivíduo, tout court. Hoje esse indivíduo abstrato entra qualificado (como empresário, como trabalhador) daí advindo certos efeitos jurídicos, precisamente por essa qualificação econômica. A ordem jurídica da economia é uma ordem jurídica de categoria: os seus sujeitos surgem qualificados pelo lugar (:função) que ocupam na vida econômica (:produção e distribuição). De igual forma, o objeto das relações jurídicas no modelo clássico era a coisa, sem mais. Hoje também a coisa entra qualificada: como empresa, como meio de produção, como bem de consumo, etc. Isto tem uma consequência importante, a fratura da unidade, (generalidade) dos institutos jurídicos clássicos. O caso é nítido no que respeita ao instituto da propriedade. A distinção da propriedade de bens econômicos (empresas, meios de produção em geral e de bens não econômicos é de máxima relevância para certos efeitos jurídicos, especialmente para efeito do objeto da nacionalização (somente os bens econômicos nessa qualidade podem ser objetos de nacionalização) e para efeito de limitações à propriedade (a questão da funcionalização do direito de propriedade respeita quase exclusivamente aos meios de produção). (MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. 3ª ed. Coimbra: Centelho, 1978. p. 89-90).

A revolução industrial deste modo teve como elemento norteador e fundador um sistema jurídico capaz de cooptar determinados fatos sociais relevantes aos indivíduos proprietários e regulá-los de modo premeditado e em seu benefício, omitindo deliberadamente a tutela de bens jurídicos que não espelhassem os interesses individualistas do sujeito proprietário. A técnica casuística de legislar foi elaborada com um vício originário, sem enxergar primordialmente quaisquer interesses coletivos e transindividuais que não ostentassem conotações e delineamentos claros e inequívocos, os quais se por ventura cogitados deveriam merecer proteção tão somente de forma reflexa e indireta. A atuação social na sociedade pós industrial ²³¹ que vinha se formando acabava por gerar riscos por vezes quantitativamente insuportáveis e imprevisíveis, os quais viriam a escapar das instituições de controle e não poderiam ser antecipadamente previstos, e por este motivo, dado a imprevisibilidade dos fatos sociais e das atuações humanas, passariam a fazer com que houvesse uma grande dificuldade em estabelecer de modo concreto e coerente nas legislações que vinham surgindo conceitos legais e abstratas definições acerca de elementos que pudessem adequadamente regular os novos fatores sociais de um mundo em pautas de se tornar massificado. ²³² Era a fissura da técnica legislativa casuística da subsunção, e a necessidade de uma expansão legislativa capaz de incorporar os interesses coletivos e transindividuais que vinham surgindo no sistema jurídico, mediante a atividade política dependente dos ciclos econômicos, em que o sistema capitalista poderia promover a tutela e promoção de mais de um único sujeito social, mas não mediante uma técnica legislativa hermética, mas através da atividade política que passariam a assumir um papel relevante para a implementação de novos direitos coletivos que vinham surgindo. A este respeito:

²³¹ Utilizando-se a terminologia de Ulrich Beck, conforme: BECK, Ulrich. Risk Society and the Provident State. In: LASH, Scott; SZERSZYNSKI, Bronislaw; WYNNE, Brian (orgs). Risk, environment & modernity: towards a new ecology. Londres: Sage Publications, 1998, p. 30; apud FERREIRA, Helene Sivini. A sociedade de risco e o princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina; 2003.

²³² Ao mesmo passo em que a história identifica inúmeras mutações no corpo social pelo contexto histórico da primeira, segunda e terceira revolução industrial, cujas características são marcadas pelas mudanças tecnológicas e mecanicistas dos produtos técnicos, e pelos inúmeros processos de transformação da produção artesanal para a produção por máquinas, com o desenvolvimento cada vez maior da tecnociência, redundando posteriormente no que veio a se denominar de revolução tecnocientífica, chamada por alguns de terceira revolução industrial, ocorrida a partir da segunda metade do século XX, teve seu esplendor nos avanços dos meios de transporte e de comunicação, simbolizando o encurtamento das distâncias e a relativização latente da dimensão espaço tempo, marcada pelo aprimoramento dos meios digitais e de comunicação, o sociólogo Ulrich Beck reporta a existência no curso da história de uma sociedade pré-industrial, caracterizada como pré-modernidade, de uma sociedade industrial, identificada como primeira modernidade, seguida por uma sociedade de riscos, identificada na segunda modernidade ou no período da modernidade avançada. Perfazendo uma narrativa histórica, o referido autor identifica três fases de evolução da sociedade que diferem entre si quanto à caracterização dos perigos e dos riscos oriundos da incerteza e da imprevisibilidade dos acontecimentos cotidianos. No contexto de transição entre uma sociedade industrial cujos riscos eram calculados, passa a existir uma sociedade de riscos, onde os riscos vão escapar cada vez mais das instituições de controle e proteção da sociedade industrial, redundando em uma alteração substancial de sua natureza. Os riscos concretos da sociedade industrial tornam-se abstratos, incalculáveis por definição e com efeitos incertos e imprevisíveis. A própria ciência não consegue mais prever ou antever as consequências das tomadas de decisões, o que corresponde a dizer que as condutas humanas passam a operar com uma total ausência de capacidade de percepção pelos sentidos dos resultados de suas decisões. Ver neste sentido: BECK, Ulrich. Risk Society and the Provident State. In: LASH, Scott; SZERSZYNSKI, Bronislaw; WYNNE, Brian (orgs). Risk, environment & modernity: towards a new ecology. Londres: Sage Publications, 1998, p. 30; apud FERREIRA, Helene Sivini. A sociedade de risco e o princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina; 2003.

“O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o État Gendarme, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc.”²³³

O sistema capitalista pressupunha uma economia baseada na separação entre os produtores e os meios de produção, que pertencem a terceiros. O capitalista não trabalhador e detentor dos meios de produção não participa da produção, contudo possui e se apropria de seus produtos, mas mediante esta relação acaba por ocorrer inevitáveis externalidades que vilipendiam interesses coletivos, não pertencentes exclusivamente nem ao produtor nem ao detentor dos meios de produção, e cuja lesão não pode vir a ser individualizada e nem dividida, relativizando-se seu ressarcimento. É dizer, o produto social espelhado como a diferença entre aquilo que se gasta para produzir e aquilo que dele resultou seria de exclusiva e irrestrita disposição do detentor capitalista, não sendo cogitado qualquer reflexo deste processo de apropriação porventura violador de interesses até então invisíveis pelo direito, como os valores sociais e culturais, ou socioambientais, que não podem pertencer a ninguém exclusivamente, mas a todos indistintamente. Ou seja, o direito liberal enxergaria somente o indivíduo, e via para além dele somente a soma dos interesses individuais. A apropriação privada do produto social redundava em um rendimento sem trabalho (como juros, lucros, e rendas), e viria a desconhecer desde a sua origem as externalidades decorrentes do processo de produção, ainda que vilipendiasse necessidades originárias e heterogêneas de camadas sociais inferiores.²³⁴

Esta separação e cooptação da realidade fez com que fosse praticamente se dissipando a produção sustentável para o autoconsumo, que ao longo dos séculos foi sendo reduzida e cada vez mais combatida, dado que os excedentes da produção deveriam premeditadamente ser direcionados para o mercado, já que a intenção do modelo industrial criado e estruturado ao longo do século XIX pela inteligência superior eurocêntrica não era o produto, mas todo o esforço direcionado pelos detentores dos meios de produção

²³³ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 267-268.

²³⁴ Cf. MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. 3ª ed. Coimbra: Centelha, 1978. p. 104-112

almejavam os rendimentos da produção, e não ela em si mesmo considerada, um rendimento sem trabalho, um lucro sem esforço, baseado na exploração, e na apropriação privada da força de trabalho alheia.

A relação da economia de livre mercado entre a força de trabalho (que gera a oferta de bens e produtos), e a necessidade de uma demanda consumerista (gerada pela necessidade de escoamento da superprodução), impõe pensar no sistema como adstrito a um equilíbrio instável destes fatores, cujos desequilíbrios sempre seriam provocados direta ou indiretamente pela escassez ou super excitação de tais fatores. As constantes crises do capitalismo, no curso do século vinte e até mesmo antes disto, fizeram surgir o pensamento de que existem ciclos econômicos inevitáveis os quais devem ser corrigidos pela intervenção estatal direta ou indireta na economia, seja regulatória, fiscalizatória, fomentadora, seja mediante políticas públicas, as quais viriam a promover e realizar direitos transindividuais e coletivos que por ventura vinham surgindo das reivindicações sociais massificadas.

A atividade política viria a se tornar a poucas épocas o cerne proficiente para a tutela dos direitos de natureza coletiva e transindividuais; idealizar-se-ia o conceito de interesse público, representando uma resposta estatal para a contenção dos desequilíbrios econômicos e da violação generalizada destes direitos de natureza coletiva e transindividual, não podendo ser afastada sua existencia e correlação do viés econômico que sustentam os ciclos econômicos existentes no atual sistema capitalista vigente.

Com as mazelas sociais advindas da primeira e segunda revolução industrial,²³⁵ a poucas épocas passou-se a considerar que a relação de equilíbrio que deveria existir nos ciclos econômicos seria força propulsora para a concretização de direitos não realizáveis individualmente, a serem efetivados mediante políticas públicas e atividades estatais não individualizadas. Passou-se a perceber que não existem direitos efetivos que não dependam dos ciclos econômicos e da instrumentalização política do direito, derivada das relações econômicas, notadamente quando se esta em jogo questões transindividuais e de interesse de toda a coletividade.²³⁶

A humanidade passaria a se preocupar com os direitos coletivos e transindividuais. Os direitos sociais e transindividuais surgiriam com as externalidades advindas da segunda e terceira revolução industrial. A massificação social tornaria a humanidade conectada em valores compartilhados; a revolução tecnocientífica nos meios de comunicações e de

²³⁵ Apenas para constar, a primeira revolução industrial ocorreu da segunda metade do século XVIII até a primeira metade do século XIX e envolveu inúmeros processos de transformação da produção artesanal para a produção por máquinas, com a crescente utilização das linhas de montagem e da produção em série. Já a segunda e a terceira revolução industrial ocorreram a partir da segunda metade do séc. XIX, e segunda metade do século XX, respectivamente (HOUAISS, A.; Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, 2001).

²³⁶ Ver nesse sentido: GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005, p. 241-254.

transporte redundariam em transformações sociais e existenciais muito significativas. Ao se perceber a existência dos direitos coletivos, metaindividuais (além do indivíduo) e supraindividuais (acima do indivíduo isoladamente considerado) dar-se-ia início aos movimentos reformistas, anarquistas e de ruptura com o sistema econômico privatista e individualista do século XIX.²³⁷ O primeiro passo para a “revelação” destes interesses e direitos, como bem delineia Rodolfo de Camargo Macuso, “deu-se com o advento da Revolução Industrial e a conseqüente constatação de que os valores tradicionais, individualistas, do século XIX, não sobreviveriam muito tempo, sufocados ao peso de uma sociedade ‘de massa’”.²³⁸

O processo de massificação social teve seu nascedouro portanto na primeira metade do século XX com o ápice das revoluções industriais, que redundou notoriamente nas primeiras crises capitalistas mais significativas. As mudanças tecnológicas e mecanicistas dos produtos técnicos, diante o cenário industrial, envolvendo o aprimoramento das indústrias química, elétrica, do petróleo e do aço, e mais tarde, as descobertas da tecnociência e da cibernética, com as redes computacionais, o comércio eletrônico, a internet, fizeram com que ocorresse uma revolução nos meios de comunicação e de transportes, denotando-se daí o encurtamento das distâncias e a absurda reestruturação do consumo em massa e dos meios de produção. Todo este contexto tornaria o mundo muito mais complexo, massificado e precoce. Segundo Daniel Carnio Costa:

“A sociedade simples, como conflitos circunscritos ao indivíduo, passou a ser extremamente complexa e interligada. A evolução tecnológica, industrial e os meios de comunicação deram uma nova dimensão aos litígios. Os conflitos individuais tornaram-se conflitos de massa. Não se trata mais tão somente de uma questão entre dois sujeitos determinados. Há conflitos que atingem grupos imensos de pessoas ou até mesmo pessoas indeterminadas. Atualmente, por exemplo, o defeito de um produto pode atingir e lesar pessoas indeterminadas em várias partes do mundo, considerando a amplitude e a velocidade de sua distribuição. O dano ambiental ou paisagístico atinge a todos indistintamente.”²³⁹

A humanidade a partir do início do século vinte passaria a se preocupar muito mais com os direitos coletivos. Segundo leciona Rodolfo de Camargo Macuso, “nessa sociedade de massa, não há lugar para o homem enquanto indivíduo isolado; ele é tragado pela rodaviva dos grandes grupos de que se compõe a sociedade: não há mais a preocupação com

²³⁷ Ver nesse sentido: WOLKMER, Antônio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Organizadores: David Sánchez Rubio, Joaquim Herrera Flores, Salo de Carvalho. 2ª ed., Porto Alegre, ed. EDIPUCRS, 2010, p. 16-17.

²³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 77.

²³⁹ COSTA, Daniel Carnio. Danos individuais e ações coletivas. 2ª edição. Curitiba, Juruá, 2011, p. 37.

as situações jurídicas individuais, o respeito ao indivíduo enquanto tal, mas, ao contrário, indivíduos são agrupados em grandes classes ou categorias, e como tais, normatizados.”²⁴⁰

Os direitos coletivos surgiriam, portanto, das externalidades da segunda e terceira revolução industrial, a inserção no meandro jurídico dos direitos coletivos de objeto determinável, portanto, dos direitos sindicais, consumeristas, e sociais, viriam a surgir na primeira metade do século XX. Seriam ainda, contudo, tratados como meros programas estatais, como objetivos políticos, os estudos acerca das externalidades da sociedade de massa, globalizada, até a segunda metade do século, não ingressariam adequadamente no meandro jurídico. A atividade política ainda seria amplamente capitaneada como responsável pela implementação destes direitos coletivos e transindividuais, cujos estudos mais apurados a respeito de sua estruturação e abstratas definição somente viria a ocorrer, segundo Daniel Carnio Costa, na década de setenta. Para este autor, o congresso de Pavia, em 1974, na Itália, capitaneou um dos primeiros estudos formais sobre os aspectos fundamentais dos direitos transindividuais.²⁴¹ Surgiria ainda na visão deste autor dos estudos de juristas Italianos, entre os quais, Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti e Trocker,²⁴² que anteciparam as discussões sobre os direitos transindividuais. Mauro Cappelletti na década de sessenta, ainda, em sua obra pioneira intitulada de Acesso à Justiça também já traçava as primeiras delimitações sobre o tema.²⁴³

Conforme bem reporta Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Em virtude dessa radical transformação da sociedade tradicional numa sociedade de massas, de tecnologia crescente, os valores alteram-se, interesses de outra ordem afloraram e passaram a clamar por proteção. Dentre esses interesses ‘novos’, os ditos ‘coletivos’ receberam guarida e possibilidade de expansão no seio das associações, sindicatos, bem como foram criados novos instrumentos jurídicos, como os contratos ‘de massa’ e mesmo uma tutela jurisdicional específica no caso de conflitos de base trabalhista. Mais recentemente, verificou-se que há necessidade, também, de tutelar os outros interesses revelados por esse processo social: os interesses ‘difusos’, isto é, aqueles que deparam a órbita dos grupos

²⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 77.

²⁴¹ Cf. COSTA, Daniel Carnio. Danos individuais e ações coletivas. 2ª edição. Curitiba, Juruá, 2011, p. 38.

²⁴² Cf. COSTA, Daniel Carnio. Danos individuais e ações coletivas. 2ª edição. Curitiba, Juruá, 2011, p. 38

²⁴³ Ver nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/1988. Reimpressão de 2002, p. 10-5, para quem: “Interesses difusos são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir lesão a um interesse coletivo, ou o primeiro para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para indizí-lo a tentar uma ação (judicial). (...) as várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum. Esse problema é mais exacerbado pelo assim chamado livre atirador, - uma pessoa que não contribui para a demanda mas não pode ser excluída de seus benefícios: por exemplo, a suspensão das obras de uma barragem. Em suma, podemos dizer que, embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem ainda assim evitar que esse interesse seja unificado e expresso. Assim, conquanto como regra, a proteção privada de interesses difusos exija ação de grupo, é difícil assegurar que tal ação coordenada tenha lugar, se o próprio governo falha, como no exemplo acima, em sua ação em favor do grupo. Uma posição tradicional e ainda prevalente em muitos países é a de simplesmente recusar qualquer ação privada e continuar, em vez disso, a confiar na máquina governamental para proteger os interesses públicos e dos grupos. Pesquisa comparativa e recente, no entanto, demonstrou o quanto é inadequado confiar apenas no Estado para a proteção dos interesses difusos. É profundamente necessário mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental.” (CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/1988. Reimpressão de 2002, p. 10).

institucionalizados, pelo fato de que sua indeterminação não permite sua 'captação' em termos de exclusividade." ²⁴⁴

No início do século XX, a massificação social tornaria a humanidade conectada em valores compartilhados, cujo ápice se daria com a revolução tecnocientífica nos meios de comunicações e de transporte. Passou-se a perceber a existência de direitos inerente a grupos vulneráveis, como dos trabalhadores sindicais, a necessidade de proteção da massa consumerista, vulnerável aos desmandos do capitalismo monopolista, e a partir da segunda metade do século, passou-se a espelhar no cenário internacional a preocupação cada vez mais acentuada com o processo de destruição gradativa do meio ambiente que o sistema produtivo operava de modo cada vez mais contumaz.

O paradigma no direito alcançaria paulatinamente a necessidade de tutela de interesses coletivos, metaindividuais (além do indivíduo) e supraindividuais (acima do indivíduo isoladamente considerado). O instrumento de realização destes direitos viria a ser direcionado pela atividade política, e as legislações passariam a sofrer notórias mudanças em sua concepção. O casuísmo legislativo, onde as consequências dos fatos sociais eram previamente estabelecidas em legislações tipicizadas, ficaria seriamente comprometido, e principalmente quando envolvidos interesses e direitos transindividuais realizáveis *a priori* mediante atividades políticas, e políticas públicas, cujo delineamento seria estabelecido em conceitos legislativos vagos e indeterminados, propensos a processos de interpretação para alcançar concretude. A efetividade na realidade social dos discursos políticos englobados nas legislações passariam a ser seriamente questionados, dado que a estrutura legislativa não seria mais passível de abstrata definição e prévia antecipação racional das hipóteses e consequências da incidência normativa, surgiriam as normas programáticas e cuja eficácia seria protraída no tempo. As dificuldades para a implementação dos direitos coletivos e transindividuais passaria a entrar na pauta da discussão jurídica.

03.2. A desconstrução do paradigma jurídico individualista diante as crises econômicas do modelo de livre mercado.

03.2.1. As crises do cenário econômico-político do século XX e seu reflexo na proteção dos direitos transindividuais: A relativização de alguns conceitos fundamentais.

A gênese do estado liberal e da economia de livre mercado ostenta íntima relação. No correr do século XIX, a instituição de uma economia de livre mercado significou um

²⁴⁴ MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 78.

estado abstencionista no âmbito social, mas ao mesmo tempo um estado que intervinha na ordem econômica apenas na exata medida para a manutenção de um equilíbrio necessário entre uma demanda consumerista, e o contraponto da ampla oferta embasada na força de trabalho, fatores necessários para manutenção do equilíbrio de uma economia de livre mercado. Karl Polanyi²⁴⁵ vai dizer que para tal intento o trabalho precisou encontrar seu preço no mercado, a terra foi mercantilizada como propriedade privada, e o dinheiro teve que se sujeitar a um mecanismo automático, com a criação a partir de 1870 do padrão-ouro, substituto das relações de dominação do colonialismo, e implementador das relações econômicas entre estados nacionais independentes a melhor estruturar e ajustar o clássico liberalismo econômico do século XIX.²⁴⁶

As mazelas sociais advindas da primeira e segunda revolução industrial, no correr do século XIX,²⁴⁷ e os conflitos entre as políticas imperialistas das grandes potências europeias, com a Europa sendo devastada pela primeira grande guerra mundial, fizeram com que o mundo do início do século XX fosse marcado cada vez mais pela interdependência acentuada entre mercados, notadamente em relação ao mercado dominante e hegemônico dos Estados Unidos, o que fez com que a crise por lá ocorrida no ano de 1929 se espalhasse de modo bastante significativo para todos os países periféricos, e também para a própria Europa.

Os Estados Unidos após a primeira grande guerra mundial vislumbrou um relevante crescimento econômico, espelhado principalmente pelo desenvolvimento tecnológico e pela superprodução oriunda da grande confiabilidade depositada no mercado americano como centro do modelo capitalista concorrencial pós primeira guerra, e também em razão de a Europa deste contexto se encontrar devastada, necessitando, portanto, dos produtos e mercadorias produzidos nos Estados Unidos. Esta crescente superprodução gerou um inescandível excesso de oferta fomentado pelo desenvolvimento tecnológico, e também um aumento na especulação das ações das empresas na bolsa de valores,²⁴⁸ o que, aliado à inequívoca concentração de riquezas gerada pelo próprio modelo liberal abstencionista no âmbito social, fez com que todo o crescimento econômico relevante produzido nos EUA no início do século XX não tivesse mercado para seu escoamento, ficando a riqueza da nação concentrada nas mãos de apenas uma parte quase insignificante de toda a população americana. Tais fatores, aliados à rápida recuperação europeia do pós-guerra, fizeram com

²⁴⁵ POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000. p. 161-257

²⁴⁶ Ver nesse sentido: FIORI, José Luis. Estados, moedas e desenvolvimento. In: FIORI, José Luis (org.) Estados e moedas no desenvolvimento das nações. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 49-85.

²⁴⁷ A encíclica *rerum novarum*, do papa Leão XIII, em 1891, ditando a insatisfação quanto às condições do operariado da era industrial fez com que se registrassem as irresignações da classe trabalhadora com esse momento histórico.

²⁴⁸ A especulação das ações no mercado se deu quando muitos investidores começaram a comprar as ações para vendê-las a um preço mais alto. O aumento da procura gera um aumento dos preços, que começam a ficar irrealistas. Quanto se percebeu a falta de mercado para absorver a demanda da superprodução, houve uma vertiginosa queda nos preços das ações, e a quebra de bancos e falências de investidores.

que a bolsa de valores de Nova York quebrasse, e por consequência, sem demanda, as ações americanas viessem a cair vertiginosamente, o que gerou recessão, desemprego, e principalmente inflação. O processo impactante do declínio cada vez maior do consumo, dada a dependência do sistema no mercado financeiro, fizera com que viesse a depressão e o desemprego em massa; sem salários e sem renda, as reservas bancárias foram cada vez mais desaparecendo, e como da lógica do capitalismo, a falta de dinheiro gerou a inflação. A redução da liquidez, por outro lado, redundou e promoveu a quebra de muitas instituições bancárias.

A partir destes acontecimentos, iniciou-se uma preocupação cada vez mais acentuada com as políticas de ordem econômica a serem adotadas pelos estados. A primeira solução americana à crise foi fundada no aumento e facilitação ao crédito, para promoção do consumo. Revelou-se num desastre, pois o que ocasionou foi o, ainda maior, endividamento tanto do país como da própria população, resultando na diminuição significativa da liquidez, com a falta efetiva do dinheiro e o desaparecimento de muitos milhões de dólares depositados em instituições bancárias. Estes graves impasses econômicos e sociais acabaram por refazer a moldura do capitalismo constituído pelos ideais liberais e burgueses do século XIX, simbolizaram no curso da história a motivação das primeiras políticas governamentais mais significativas a anunciar uma maior preocupação dos Estados com o rumo dos ciclos econômicos capazes de interferir diretamente na vida dos cidadãos. O interesse público a partir destes acontecimentos passa a ser aliado à necessidade de se integralizar políticas que almejassem o bem-estar da população e não somente os interesses de pequenos grupos dominantes e hegemônicos. O capitalismo concorrencial estava na iminência de revelar uma nova faceta, que viria a reconstruir seus próprios postulados.

As políticas públicas de interesse social e coletivo, fulcradas na construção do interesse público, no intuito de promover direta ou indiretamente o bem estar de toda a população, surgiram com os graves impactos da revolução industrial, com o desenvolvimento da tecnociência, e com o desvirtuamento do capitalismo concorrencial para um modelo monopolista financeiro,²⁴⁹ cada vez mais centrado em grandes grupos econômicos, e cujas distorções foram tão fortes que lograram ser capazes de deslocar o centro de gravidade da economia, crescendo a insatisfação das relações entre estado, capital, trabalho e sociedade.

Para o enfrentamento da crescente insatisfação com a estatalidade constituída, promoveu-se, nos Estados Unidos da América, a política do *new deal*, implementada entre

²⁴⁹ Nesse sentido ver: MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. 3ª ed. Coimbra: Centelha, 1978. p. 104-112. Ver também neste sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 111 –116.

1933 e 1937, sob o governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt. Dita política correspondeu ao investimento estatal maciço em grandes obras públicas, controlando a jornada de trabalho no intuito de geração de mais empregos, e na acentuação cada vez maior do dirigismo econômico, consistente no controle ostensivo sobre os preços e sobre a produção e estoques, de tal modo a financiar a implementação de alguns dos novos direitos sociais que vinham surgindo, como o seguro-desemprego e os regimes de aposentadoria. Esta política influenciou o pensamento de John Maynard Keynes,²⁵⁰ na macroeconomia; e posteriormente de Frederick August von Hayek, como contraponto a questionar se a concessão de muitos poderes ao governante poderia gerar desequilíbrios e deturpações. A ascensão de Winston Churchill na Inglaterra, ainda, viria a confirmar o acerto da expressão do estado de bem estar social e do dirigismo estatal na economia, na medida em que se estabeleceriam empresas estatais que gerariam empregos e competiam com a propriedade absoluta dos capitalistas do anterior modelo liberal. Benito Mussolini na Itália, em 1922, através do que veio a se denominar marcha sobre Roma, assumiria o poder por meio de um golpe de estado. Adolf Hitler seria eleito democraticamente em 1932.

Os ideais distributivistas, que tiveram sua gênese nas revoluções mexicana (1911) e russa (1917), com a formação dos movimentos socialistas, anarquistas e reformistas, e a proposta de alteração das funções do Estado, sob a base teórica formulada pelo economista britânico John Maynard Keynes, em 1936, seriam a pauta do novo século. Inspirando-se na política implementada nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, do governo Roosevelt, estes novos ideais passaria a pregar que o Estado além de garantir a segurança, a defesa territorial, e o direito de propriedade, atuando unicamente para permitir a atividade econômica se desenvolver sem obstáculos, almejava agora a atuar também preponderantemente na regulação e no dirigismo econômico, com políticas fiscais, redistributivas, estabilizadoras e fornecedoras de bens e serviços públicos, no intuito específico de correção das falhas de mercado, para a finalidade de promover a eficiência tanto da produção quanto na distribuição de bens e serviços.

As Constituições Mexicana de 1917, de Weimar em 1919, Espanhola de 1931, e até mesmo o texto constitucional brasileiro de 1934,²⁵¹ viriam a expressar algumas das

²⁵⁰ A expressão deste estado intervencionista e promotor de direitos sociais se deu no mundo pós-guerra, sob a base teórica formulada pelo economista britânico John Maynard Keynes, que em 1936, publicou sua obra mais expressiva denominada "A teoria geral do emprego, do juro e da moeda". Segundo Padrós, Keynes teceu proposta que defendia "o estímulo da demanda e o aumento da produção, da renda e do emprego através da intervenção do Estado. Este devia corrigir os defeitos do mercado objetivando um capitalismo eficiente". A doutrina Keynesiana "ao defender o papel regulador do Estado na economia e nas relações sociais, acabou sendo a sustentação explicativa do Estado de bem-estar social." (PADRÓS, Enrique Serra. Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social. In: O século XX, O tempo das crises. Revoluções, fascismos e guerras. volume II, Ed. Civilizações Brasileira. Rio de Janeiro, 2000, p. 237).

²⁵¹ Paulo Bonavides assenta que "com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo

aspirações sociais advinda deste contexto de efervescência social, e de sobrepujança do interesse coletivo e social que passaria a reivindicar espaço na integração e construção do conceito de interesse público e na promoção e desenvolvimento do intervencionismo estatal na economia. Tais ideias viriam moldar a influência marcante que se expressaria mais tarde na instituição do estado de bem estar social europeu e americano do mundo pós segunda guerra mundial.

No Brasil,²⁵² o período ante revolução de 1930, em que Getúlio Vargas iria subir ao poder pela primeira vez, materializou um processo histórico de superação das amarras do direito privado, segundo o que referencia Egon Bockmann Moreira, a construção inicial do direito público brasileiro teve dificuldades intrínsecas, em um primeiro momento mediante a influência inicial do *common law*, redundou em uma fase de “desconhecimento formal do direito administrativo, em contraste com seu largo desenvolvimento material”.²⁵³ Isto se espelhou por exemplo na assimetria de informações que aproveitava o setor público interno, porquanto segundo Celso Lafer (citado por Egon Bockmann Moreira), “naquela época, por exemplo, poderiam os estados contrair dívidas externas livremente, o que redundava no desconhecimento e falta de informação a respeito da dívida externa nacional. Era notório o descontrole contábil e fiscal, caracterizado por um direito de matriz estritamente liberal com a promoção estatal de apenas alguns setores (como o cafeeiro), que ocasionava uma Constituição ‘com perfil republicano e federalista adornado por uma imensa carga liberal (art. 179 da Carta), foi uma Constituição que, segundo José Afonso da Silva, ‘não teve eficácia social, não regeu os fatos que previra, não fora cumprida’.”²⁵⁴ Referencia Egon Bockmann Moreira que por “estar em vigor o Código Civil de 1916, o qual girava em torno do indivíduo proprietário, pretendendo afastar a autoridade pública de qualquer ingerência

brasileiro.” BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23ª ed., 2008, p. 366). Não obstante os avanços formais, na prática, Paulo Bonavides alerta que “a efêmera segunda república (1934-1937), estreada pela Constituição de 1934, “não passou de um período agônico e transitório de reconstitucionalização do País, feita em bases precárias, debaixo de uma tempestade ideológica e logo tolhida pelo golpe de Estado de 10 de novembro de 1937; o ‘curto período’ – Vargas assim o denominou – da ditadura unipessoal do Estado Novo, regime de governo em que nem mesmo a Carta outorgada, de cunho extramamente autoritário, foi cumprida pelos titulares do poder; (...)” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23ª ed., 2008, p. 366-7). Inocêncio Martins Coelho também assenta que em pese alguns retrocessos, “a Carta de 1934 trouxe novidades significativas, que se incorporaram de vez à nossa experiência constitucional e que a credenciaram ao respeito da posteridade, como a constitucionalização dos direitos sociais; a criação da Justiça Eleitoral; o sufrágio feminino; o voto secreto e o mandado de segurança, este superlativamente importante, entre tantas outras ‘flotações’ demonstrativas de que aquela Constituição cuidou, em abundância, dos interesses da coletividade, (...)” (MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 189).

²⁵² “(...) a cidadania e os direitos fundamentais no Brasil jamais alcançaram o sentido histórico, político e jurídico que representaram nos países europeus ou nos Estados Unidos da América do Norte. E isso se deveu, por um lado, à habilidade de nossas elites políticas de protagonizar um processo civilizatório patrimonialista e patriarcal e, por outro, à baixa adesão da população a movimentos sociais, quase sempre derrotados, apagados ou desfigurados em sua importância histórica e política.” (GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. Direitos Humanos e Cidadania no Brasil. In: Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade. Org. Richard Pae Kim, Sérgio Resende de Barros, Fausto Kozo Matsumoto (coordenadores), São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 34).

²⁵³ MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (parte I: 1930-1956), in: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 1, nº 1, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 72-73.

²⁵⁴ *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (parte I: 1930-1956), in: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 1, nº 1, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 72-73.

na esfera privada”, a compreensão do sistema girava em torno da autonomia individual, do direito de propriedade, do respeito aos contratos e da responsabilidade civil.²⁵⁵

Já desde o governo pós revolução de 1930, Getúlio Vargas fez do Brasil um estado interventor e unificador, cujo executivo acumulou as funções de legislar e de administrar e executar, a única função que Vargas não exercia era a judicial (mas o judiciário estava impedido de controlar os atos do governo), tendo esta situação refletido, segundo Egon Bockmann Moreira, na “relação centralizadora entre a União (leia-se o Governo Federal) e a economia”, com “um deslocamento do pólo, dos sujeitos e da centralização do poder econômico no Estado Brasileiro”.²⁵⁶ Se num primeiro momento o governo provisório optou por uma não intervenção estatal em setores essenciais da economia (gás, transporte, eletricidade, etc.), após consolidação do Governo, segundo este autor, “promoveu-se uma intervenção direta nos contratos, marcada por ações duradouras no domínio econômico, em resposta ao cenário econômico mundial de recessão com a desvalorização da moeda nacional e a correspondente inflação”, tendo-se instituído o curso forçado da moeda nacional, por meio de Decretos do Governo, declarando-se ainda “a nulidade de estipulação de pagamento em ouro e o curso forçado da moeda nacional no território brasileiro, tendo o regime contratual sofrido diversos impactos, notadamente nos regimes de concessão, o que paulatinamente iria afugentar o investimento privado, e culminar com a nacionalização dos serviços essenciais”.²⁵⁷ O país viria a passar a conviver com um problema que o assolou até o final do século, a inflação descontrolada. Leociana Egon Bockmann Moreira:

“a perspectiva desenvolvimentista, mais o agravamento do cambio (dificultando a importação) e a depressão econômica internacional (aviltando a exportação), fizeram com que houvesse uma inversão na economia nacional. Tudo isso, unido ao programa nacionalista de Vargas, gerou investimentos públicos de infra-estrutura e indústria básica. A alteração no centro da economia nacional fazia parte do projeto do Governo federal e do incipiente setor industrial brasileiro. Essa interação entre um grupo empresarial ávido por apoio (e recursos), um Estado que visava a sanar os vícios estruturais da economia e a crescente concepção interventiva que se firmava na esfera nacional gerou uma forte inserção estatal no domínio econômico (em particular bens de produção, indústria pesada e infra-estrutura). O estado e a economia passaram a interagir e a cultivar uma recíproca dependência”²⁵⁸

Após os inflames da segunda guerra mundial, que deixaram marcas consideráveis nos países europeus, o capitalismo concorrencial e monopolista passou a sofrer alterações. A base da exploração do capital trabalhador não mais poderia ser amplamente

²⁵⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (parte I: 1930-1956), in: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 1, nº 1, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 72-73.

²⁵⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (parte I: 1930-1956), in: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 1, nº 1, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 72-73.

²⁵⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (parte I: 1930-1956), in: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 1, nº 1, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 72-73.

²⁵⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (parte I: 1930-1956), in: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 1, nº 1, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 77.

desenvolvida, porquanto se percebeu, principalmente nos Estado Unidos da América,²⁵⁹ dadas as lições tolhidas no pós primeira guerra, que a necessidade de imposições e exigências financeiras e econômicas seriam as únicas maneiras de fazer com que a ajuda dada ao continente europeu pudesse render frutos longínquos aos interesses mercantis e econômicos americanos. Paulatinamente, passou-se neste contexto a observar um capitalismo financeiro e corporativista, baseado nas grandes corporações, em substituição àquele capitalismo concorrencial e opressor,²⁶⁰ mais estruturado na dominação econômica e com exigências de abertura de mercados, notadamente para que pudesse haver expansão de mercado consumidor, justificando uma superprodução de bens de consumo que viria a ser absorvida pelos países cuja dependência econômica era mais acentuada.²⁶¹

Segundo Enrique Serra Padrós:

“Da mesma forma que os EUA suprimiram as deficiências e mazelas ocorridas na Europa no pós primeira guerra mundial; no pós segunda guerra também subsidiaram os países europeus com recursos e ajuda humanitárias. Em troca, contudo, diferentemente do pós primeira guerra, que os EUA afundaram numa crise sem precedentes (crise de 1929), justamente por não possuírem mercados consumidores para angariar sua superprodução, os EUA no pós segunda guerra endereçou exigências significativas para os países europeus, tendo imposto aos beneficiários de sua ajuda interessada, a necessidade de flexibilização das economias às novas tendências e superprodução americana. Os EUA assim financiaram a reconstrução da Europa e em troca exigiram a abertura das economias europeias, em um primeiro momento, impondo a dolarização das economias, em substituição ao padrão ouro Com o preço do ouro congelado por acordos internacionais, e com o dólar em plena expansão de sua força, fácil foi aos EUA transformarem o dólar em base monetária internacional. O ouro iria para os EUA em troca de dólares, fazendo com que os americanos logo realizassem uma acumulação do padrão ouro jamais vista, e capaz de inclusive suplantar as reservas europeias, que a poucas épocas passaram a se tornar escassas. Quando o ouro acabou os EUA realizaram uma injeção de dólares ainda mais significativa na Europa e no Japão, para frustrar os avanços da esquerda que vinha aparecendo. O denominado Plano Marshall,

²⁵⁹ Segundo Padrós, a supremacia americana que durou do mundo pós guerra até a década de 1970, quando adveio a crise do petróleo, se embasou em três vertentes advindas da posição americana de fiador do mundo ocidental (na recuperação das devastações da guerra): a primeira foi a possibilidade que teve de organizar o capitalismo de acordo com a liderança de seus interesses, possibilidade que teve com a supremacia de sua moeda e o aumento exorbitante de suas reservas de ouro de abrir os impérios coloniais e as metrópoles europeias aos seus investimentos e comércio, e ainda eleito como o responsável por derrotar a onda anticapitalista (na Europa no Extremo Oriente e depois na América Latina e África). (PADRÓS, Enrique Serra. Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social. In: O século XX, O tempo das crises. Revoluções, fascismos e guerras. volume II, Ed. Civilizações Brasileira. Rio de Janeiro, 2000, p. 239).

²⁶⁰ Nesse sentido: WOLKMER, Antônio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Organizadores: David Sánchez Rubio, Joaquim Herrera Flores, Salo de Carvalho. 2ª ed., Porto Alegre, ed. EDIPUCRS, 2010, p. 16-17. Vital Moreira também leciona que: “o crescimento da dimensão das empresas, motivado pelo processo de concentração do capital e do progresso técnico, vem tornar insuficiente e inadequado o instituto da propriedade individual sobre a empresa, dada a crescente necessidade de capital. A sociedade por ações – essas maravilhosas sociedades por ações (Rippert) – é a resposta a essa exigência do processo econômico. A propriedade individual perde a sua base no domínio da economia industrial, em seu lugar vai aparecer a figura jurídica da sociedade. É o fim da free individual enterprise. O mesmo processo de dissolução se vai dar com o contrato. O princípio da autonomia da vontade individual, inerente à ordem jurídica civil liberal, exigia dois traços característicos do contrato; por um lado, é uma relação inter-individual; por outro lado, é livre no seu objeto. É por ambas essas vias que a realidade econômica vai irromper. Quanto ao primeiro aspecto, a ficção do contrato do trabalho vai romper-se com o aparecimento inevitável dos sindicatos como representantes do operariado face ao empresário. Tardamente nos fins do sec. 19, a liberdade sindical é reconhecida na generalidade dos países europeus, e a consequência desse reconhecimento é a aceitação do sindicato como tal, como parte legítima do contrato de trabalho. Está criado o contrato coletivo. Uma tal ‘mostruosidade’ não era suscetível de enxerto nos esquemas da ordem jurídica comum. É o primeiro núcleo do futuro direito do trabalho. A economia começava a provocar o despedaçamento da unidade da ordem jurídica liberal.” (MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. 3ª ed. Coimbra: Centelha, 1978. p. 83-84).

²⁶¹ Cf. PADRÓS, Enrique Serra. Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social. In: O século XX, O tempo das crises. Revoluções, fascismos e guerras. volume II, Ed. Civilizações Brasileira. Rio de Janeiro, 2000, p. 229-235.

no governo de Trumann, na Europa, e o denominado Plano Dodge, no Japão, e suas contra exigências financeiras e econômicas, fizeram com que a economia americana se agigantasse abastecendo as economias europeias e japonesas nos pós segunda guerra, ganhando mercados consumidores e permitindo uma acumulação significativa de capital nas posteriores décadas pelas economias permeáveis aos interesses americanos. Segundo Padrós, “era o resultado da supremacia indiscutível dos Estados Unidos no mundo capitalista”²⁶²

Com a crise do petróleo, na década de 1970, e os reflexos de inúmeras crises internas e do fracasso no Vietnã, foi que os EUA perderam um pouco de sua hegemonia primacial, com o processo de globalização, as novas tecnologias e a revolução tecnocientífica, o capitalismo concorrencial se transforma em capitalismo financeiro, e as multinacionais passam a se deslocar pelo mundo a procura de novos locais com mão de obra mais barata. Foi a falência do estado de bem estar social.²⁶³ Se no estado de bem estar social, segundo Padrós, “o estado planejava, racionalizava e orientava a produção. Comprometia-se com a previdência social e garantia o pleno emprego, afastando o clima de instabilidade,”²⁶⁴ na sua contracorrente, após a derrocada dos interesses anticapitalistas, socialista e comunista, surgiu a filosofia neoliberal, capitaneada por Ronald Reagan nos EUA e Margaret Thatcher na Inglaterra.

No contexto político da guerra fria, com a derrocada paulatina das ameaças de ruptura institucional, a hegemonia capitalista liderada pelos detentores do grande poderio econômico, já farta com os custos que vinham se lhe impondo pelas pretensões de bem estar social no cenário europeu, cujo reflexo redundava em perdas e demasiadas exigências às filosofias acumulacionistas do liberalismo, que não mais podiam perder espaço para a implementação de direitos coletivos ou sociais, e muito menos para a realização de direitos difusos, alocaram-se na necessidade de expansão de mercados pelo cenário global, redundando no ideário da filosofia neoliberal, inspirada por Friedrich Hayek e Ludwig von Mises, e implementada por Ronald Reagan e Margaret Thatcher, nos idos de 1980, como hino de expansão e culto à auto liberdade da economia, em nome da maximização dos lucros, e da busca pelos novos mercados globais.

Deu-se o nome de globalização ao discurso que, inspirado na filosofia neoliberal, no final da década de setenta, pretendia renovar as pretensões liberais clássica de um mercado auto regulável, passando-se a pretender o retorno de um estado mínimo, não interventor, que almejava a expansão dos mercados consumidores, junto ao imperialismo cultural eurocêntrico, utilizando-se do instrumental das grandes corporações internacionais, que

²⁶² PADRÓS, Enrique Serra. Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social. In: O século XX, O tempo das crises. Revoluções, fascismos e guerras. volume II, Ed. Civilizações Brasileira. Rio de Janeiro, 2000, p. 231- 234.

²⁶³ Cf. PADRÓS, Enrique Serra. Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social. In: O século XX, O tempo das crises. Revoluções, fascismos e guerras. volume II, Ed. Civilizações Brasileira. Rio de Janeiro, 2000, p. 260-265.

²⁶⁴ Cf. PADRÓS, Enrique Serra. Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social. In: O século XX, O tempo das crises. Revoluções, fascismos e guerras. volume II, Ed. Civilizações Brasileira. Rio de Janeiro, 2000, p. 236

impunham suas determinações mercantis desconhecendo as necessidades e aspirações locais, destruindo culturas e impondo ideologias econômicas em nome do progresso.

Concomitantemente à expansão do mercado financeiro, e a sua acentuada e rápida compatibilização com o mundo globalizado, diante o fascínio artificial das inovações tecnológicas, e a pretenciosa intenção de democratização do acesso ao progresso, verificar-se-ia o aumento latente da desigualdade social,²⁶⁵ da concentração de renda,²⁶⁶ o aumento cada vez maior da distância entre as classes sociais, a exacerbação do consumo e dos objetos técnicos, a crescente cultura do medo, dos imediatismos, o aumento do egoísmo e o abandono cada vez maior da solidariedade, que só o liberalismo poderia desencadear. A procura cada vez maior de uma ética pragmática individualista fariam decisivos que, em pouco tempo, as filosofias acumulacionistas imperassem sua “superioridade” por todo o globo, com a destruição paulatina das culturas locais, e o desregramento das práticas ambientais, na apropriação dos recursos naturais como combustível da nova ética que envolveria o mundo. Novamente, os direitos transindividuais passariam a ser deliberadamente omitidos no cenário dos países periféricos, propositadamente negligenciados, finamente esquecidos. Antônio Herman V. Benjamin ensina que as nações industrializadas:

“(…) algumas hoje as mais ricas do mundo, alavancam o progresso convencidos de que para crescer é preciso destruir. Nossa caminhada rumo ao bem-estar social depende da dominação e exclusão da natureza. E assim se foram as florestas, os rios, a costa litorânea, a qualidade do ar, a fertilidade e a pureza do subsolo. Não carece ser romântico para reconhecer que somos todos herdeiros e vítimas dessa percepção simplista das relações homem-natureza que, casada com o perverso desequilíbrio social, com ilhas de riqueza pontilhando sobre um mar de pobreza, haveria de redundar na gravidade e larga escala de nossos problemas ambientais atuais. Não estamos, pois, diante de efeitos nefastos atrelados tão-só às gerações pós-industriais, que, sem dúvida,

²⁶⁵ A globalização, decerto, gerou e vem gerando regras econômicas claras. Suas políticas econômicas, não obstante as opiniões em contrário, não são diretamente vantajosas para a vida das pessoas, mas diretamente interessam aos detentores do poderio econômico, que prenunciam os investimentos internacionais a de fato injetar nos países subdesenvolvidos muitos recursos financeiros, contudo, sem ressaltar a contrapartida de sua volatilidade, demonstram que, em meio a sinais de dificuldades, podem promover a volta e saída do capital, com a mesma rapidez com que entraram, de modo a perpetuar crises econômicas de proporções significativas, afora a saída premente de recursos por meio de royalties, de inteligência comprada, pelo pagamento de serviços e tecnologias não desenvolvidas domesticamente, mas importadas, e a remessa de grande parte dos lucros das empresas transnacionais para longe dos países onde se situam, apenas deixando a utilização da mão-de-obra no país, os empregos que geram, mas que não contribuem efetivamente para o desenvolvimento interno do país. (ver nesse sentido: SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2011, p. 32)

²⁶⁶ Paulo Bonavides anotou sobre o processo da globalização e a filosofia neoliberal: “Na guerra à globalização do Consenso de Washington faz-nos falta a imagem de um De Gaulle, e vamos dizer porquê. Privado de sua soberania sobre suas finanças desde o desastre de janeiro de 1999, quando ocorreu a queda do real, o Brasil passou a ter no solitário do Planalto um novo Petain, sem as glórias de Verdun ilustrando-lhe o passado, o qual ambos renegam. O apóstata da sociologia da dependência instalou no país um regime de Vichy, títere daquela globalização e daquele Consenso. As analogias com a França da Terceira República são patentes. O Brasil do ano 2000 se apresenta desnacionalizado, recolonizado, privatizado, amargurado, oprimido e sublevado, vivendo debaixo da ocupação do FMI. Perdeu a guerra do capital e o seu mercado, o seu sistema bancário, o seu parque industrial, quase tudo se trasladou às mãos e ao domínio dos invasores. Milhões de desempregados atestam o colapso da economia, a catástrofe, o desgoverno, a desorganização moral e material da sociedade, a passividade do povo, a regência sem freio de uma classe dominante que esqueceu, ante-salas do FMI, a soberania nacional, e se curvou submissa à humilhante das pressões externas. (...) Aqui o país todo se acha ocupado por banqueiros e multinacionais estrangeiras. Vistos por esse ângulo, somos colonos e não sabemos. Somos servos da gleba e nos supomos, ainda, cidadãos. Vivemos na sujeição de uma ditadura dissimulada, regidos por mais de 4.100 Medidas Provisórias, e cuidamos que nos governam as leis constitucionais da república federativa.” (BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermeneutica. Por uma repolitização da legitimidade. Ed. Malheiros, 2001, p. 67-8).

deram novo e acelerado fôlego à trajetória centenária do assalto aos ecossistemas. Muito ao contrário, há aqui um claro exemplo de degradação intergeracional, onde os ataques ao meio ambiente perpetrados pela geração seguinte fazem-se por continuidade e adição, uma pedra a mais nos estragos perpetrados por todos aqueles que a antecederam, num processo ininterrupto de cinco séculos (...).” Ambientalmente falando, ainda segundo Herman Benjamin, o Brasil não tem muito o que festejar no passado. O que assistimos e criticamos hoje não é lá diferente do manequim-padrão da nossa evolução histórico-social. Na ótica internacional, chama a atenção a destruição acelerada e comprovada da floresta tropical que cobre a bacia do rio Amazonas (floresta latifoliada equatorial). Infelizmente, a crise ambiental por que passa o país não se resume, nem geográfica, nem qualitativamente, à Amazônia. Mais impiedosa e extensa tem sido a derrubada da Mata Atlântica e do Cerrado, ecossistemas extremamente ricos em diversidade biológica. No outro extremo da problemática, a poluição do ar, do solo e das águas põe em risco a saúde de milhões de brasileiros e ameaça processos ecológicos endêmicos e vitais. Essa constatação maior - uma nação formada às custas de gigantescos e irreversíveis danos aos ecossistemas nacionais - não nos pode levar ao sentimento utópico de que, adequadamente protegido, o meio ambiente seria hoje aquele mesmo que Pedro Álvares Cabral encontrou à época do descobrimento (*rectius*, conquista), em 1500. A natureza, sabe-se, é permanentemente transformada, tanto por suas próprias forças quanto pela atuação do homem. ²⁶⁷

As características da globalização acabam por centrar-se em sistemas ideológicos fictícios, como o capital, a informação, que muitas vezes manipulados pela mídia mais massiva, geram e vem gerando distorções nas ordens políticas e estatais, como a espetacularização e economização da política, o controle midiático do poder, um círculo vicioso entre as perpetuações políticas de grupos que controlam estes fatores ideológicos, redundando em falhas estruturais de nosso sistema, que acaba por centrar-se, ainda mais, na concentração de renda, no subdesenvolvimento como consequência inevitável do progresso, e na degradação acentuada do meio ambiente, o que acaba cada vez mais aumentando o passivo ambiental e omitindo a violação generalizada de direitos coletivos e transindividuais.

O fenômeno da globalização, portanto, acaba por ancorar-se em um sistema ideológico bem marcante, que gera a perpetuação das dependências de mercado, ²⁶⁸ e contribui para manter o cenário de subdesenvolvimento nos países periféricos, e, ao contrário do proposto, acaba por não contribuir para um desenvolvimento substancial interno dos países dependentes, atentando também contra a identidade de cada povo e a não realização de seu direito ao “desenvolvimento sustentável”. ²⁶⁹

²⁶⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro, Revista de Direito Ambiental, vol. 14, p. 48, 1999, ou Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, vol. 1, p. 41, Mar / 2011DTR\1999\176, p. 2-3.

²⁶⁸ O discurso da globalização proclama, nas palavras de Bonavides, a expansão de “novos modelos associativos de mútua interdependência estatal, os quais, para ganharem eficácia e prevalência na conjuntura globalizada, buscam a todo transe remover e apagar e amortecer o conceito de soberania”. (BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7ª edição. Ed. Malheiros. 2008, p. 33). Sem dúvida, esta ideologia internacionalizada e invisível outorgou, nas palavras de Bonavides, uma soberania aos mercados que executa um “projeto recolonizador das gigantescas associações de capital, que ignoram por completo os direitos dos povos e das Nações periféricas a romper as cadeias do subdesenvolvimento e espancar as trevas da noite em que a globalização os mergulhou”. (BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7ª edição. Ed. Malheiros. 2008, p. 33).

²⁶⁹ Este direito ao desenvolvimento sustentável, segundo Paulo Affonso Leme Machado, advém de da junção de dois conceitos aparentemente contraditórios: “sustentabilidade” que passa a qualificar ou caracterizar o “desenvolvimento”. Dito conceito, segundo este autor, “contém, em si mesmo, uma desconstrução, na qual um termo interminavelmente desmancha o outro. O processo de reconstrução começa pela identificação da oposição contida no conceito em particular. (...) De longa data os

Propõe-se a abertura dos países subdesenvolvidos, e ao mesmo tempo, opta-se pelo fechamento das economias desenvolvidas. Um exemplo desta situação, no Brasil, foi com as políticas econômicas realizadas no país no início da década de noventa, pelo governo Fernando Collor de Mello, que através do chamado Plano Brasil Novo, implementou medidas no intuito de reduzir a inflação e alcançar a estabilidade econômica, entre as quais, a apropriação da poupança popular, a abertura do mercado para as importações, e medidas implantadas a todo custo para controlar a liquidez. O resultado, como todos sabem, foi a recessão, o desemprego, a inflação quase incontrolável daí decorrente, e ainda o que pouco se comentou, mas globalmente considerado pelas políticas neoliberais, foi o passivo ambiental não computado na sociedade desenvolvimentista e tecnológica.

A expansão cada vez maior da economia de livre mercado, a necessidade premente de expansão pelo planeta do já testado e aprovado modelo econômico hegemônico, sob sua face mais perversa, com atores bem definidos, grandes bancos, empresas transnacionais, e grandes instituições econômicas internacionais (FMI, Banco Mundial, etc.), vem gerando definitivamente constantes degradações principalmente na seara ambiental, com a negligência dos direitos transindividuais. E se as filosofias acumulacionistas assim relativizam alguns fatores que nem sempre obedecem a fronteiras, os elementos estruturantes do estado moderno também passam a sofrer limitações.

As incongruências se acentuam, notadamente, quando se adentra na senda daqueles bens jurídicos diferenciados, de natureza *sui generis*, que não podem ser individualizados,²⁷⁰ justamente por interessarem a todos indistintamente, inclusive às futuras gerações, como o bem jurídico ambiental.²⁷¹ Enfrentam-se no mesmo palco os danos

aspectos ambientais foram desatendidos nos processos de decisões, dando-se peso muito maior aos aspectos econômicos. A harmonização dos interesses em jogo não pode ser feita ao preço da desvalorização do meio ambiente ou da desconsideração de fatores que possibilitam o equilíbrio ambiental. A mudança de visão envolve a substituição da norma econômica de expansão quantitativa (crescimento) por aquela da melhoria qualitativa (desenvolvimento) como caminho para um futuro progresso. Esta mudança encontra resistência da maioria das instituições econômicas e políticas, que estão alicerçadas no tradicional crescimento quantitativo – segundo Herman Daily”. (MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito dos Cursos de Água Internacionais (elaboração da Convenção sobre o Direito Relativo à Utilização dos Cursos de Água Internacionais para fins diversos dos de Navegação – Nações Unidas/1997). Ed. Malheiros, 2009, p. 123).

²⁷⁰ “(...) os interesses difusos são insuscetíveis de captação e apropriação isolada, até mesmo por ele, Estado. Formam um reduto que transcende a ordem normativa já estabelecida e, por isso mesmo, até que se definam as ‘escolhas políticas’ que a respeito deles se podem estabelecer, tais interesses devem ser tuteláveis disjuntiva e concorrentemente, sem possibilidade de atribuição exclusiva a um portador determinado.” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 109).

²⁷¹ Decerto que o maior prejudicado neste cenário é o meio ambiente, Carlos Walter Porto Gonçalves sobre o tema bem assinala: “(...) a fantástica dívida externa da maior parte dos países do mundo reduzidos a condições semicoloniais, conforme assinalamos, tem sido objeto de uma verdadeira chantagem política onde organismos financeiros internacionais que impõe políticas de reajuste estrutural que, no fundo, agravam a pilhagem de recursos naturais e os problemas ambientais. O equilíbrio das contas públicas, quase sempre significando cortes nas áreas sociais e ambiental, para a obtenção de superávit primário (aquele em que não se leva em conta o pagamento de juros) visa garantir o pagamento da dívida em moeda que os países situados no polo dominado do padrão de poder mundial não emitem (dólar estadunidense). Assim, esses países se veem obrigados a obter superávit primário, seja atraindo dólares oferecendo uma remuneração alta (juros altos), seja aumentando as exportações e diminuindo as importações. O programa da Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD nos informa que a média dos juros nos anos 1980 foi de 4% ao ano nos países industrializados e de 17% ao ano nos países subdesenvolvidos. Como a taxa de juros é uma referência importante, sobretudo numa sociedade capitalista, os níveis elevados dessas taxas praticados nos países situados no polo dominado no padrão de poder mundial têm não só as consequências que os economistas destacam – recessão, perda de competitividade, desemprego – como também sérios efeitos ambientais.” PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. A globalização da natureza e a natureza da globalização. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p.38-39.

ambientais transfronteiriços, e a necessidade de expansão consumerista global, fazendo com que a institucionalidade presente não mais incorpore alguns dos novos conceitos que começam a se formar no século XXI. Necessário se faz hoje analisar a importância do direito internacional do meio ambiente e dos princípios procedimentais de cooperação internacional no intuito de proteção destes bens jurídicos diferenciados não individualizáveis e transindividuais, que rompem com aqueles dogmas modernos elaborados pelo direito racionalista do século XIX.

As contradições da globalização, destarte, acabam por gerar mais dependências, desigualdades e incongruências do que benefícios substanciais. O imperialismo econômico e cultural do modelo hegemônico atenta efetivamente contra aquela estrutura estatal modular desenhada no mundo oitocentista racionalista. A soberania queda deveras relativizada pelas identidades transnacionais,²⁷² o território, a nação, também passam a ser revisitadas pelas suas muitas vezes incompletudes técnicas perante realidades culturais e sociais diferenciadas, notadamente diante da necessidade de proteção do meio ambiente e dos demais direitos transindividuais. Assim, não é só a expansão de mercados como também o reflexo disto sobre os bens jurídicos diferenciados que passam a se fazer visíveis a partir da década de oitenta, notadamente, após a declaração de Estocolmo,²⁷³ e as propostas de respeito ao meio ambiente e de proteção da natureza, a incorporação da tutela do consumidor, e a cada vez maior preocupação com a probidade na administração pública, passando-se a questionar os elementos estruturais da concepção moderna de estado centralizador e detentor do legítimo monopólio do poder da força e da representatividade popular.

03.2.2. O surgimento dos direitos transindividuais e o efeito simbólico das legislações extravagantes a questionar o modelo econômico até então existente.

No cenário do século XX a atividade política passa a deter significativa importância. Ante a cada vez maior dificuldade de uma estruturação legislativa consistente

²⁷² Segundo Paulo Affonso Leme Machado “a Declaração de Estocolmo estabeleceu: ‘Conforme a Carta das Nações Unidas e os princípios do direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos, de acordo com a sua política ambiental, desde que as atividades levadas a efeito, dentro da jurisdição ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda a jurisdição nacional’ (Princípio 21). Nos considerandos da Convenção sobre Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância afirma-se que o referido princípio da Declaração de Estocolmo exprime uma convicção comum, conforme a Carta das Nações Unidas e os princípios do Direito Internacional. Desse princípio da Declaração de Estocolmo decorre claramente que os Estados têm uma liberdade relativa ou uma liberdade controlada para a exploração de seus recursos naturais. Nesse sentido entende-se que a soberania ‘cria para os Estados obrigações que são corolário de seus próprios direitos’. (MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 14ª Edição, Ed. Malheiros, 2006, p. 1029).

²⁷³ A declaração de Estocolmo (Suécia), datada de 5 a 16 de junho de 1972, segundo Paulo Affonso Leme Machado, foi adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, nas Resoluções das Nações Unidas 2.994/XXVII, 2.995/XXVII, e 2.996/XXVII, de 15.12.1972. (cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 14ª Edição, Ed. Malheiros, 2006, p. 1029).

dos fatos sociais na proteção dos direitos transindividuais, passou-se a refletir no direito legislações extravagantes que iam além do direito anteriormente escrito nos códigos, que pretendia totalitário e totalizador, visando a tutela de interesses diferenciados, mediante atividades políticas. O âmbito teórico da proteção e tutela dos interesses transindividuais exigia do estado uma função e atuação pro ativa, não estabilizada em códigos previamente definidos, que tutelavam um único sujeito social, mas em legislações extravagantes capazes de alcançar os novos sujeitos sociais que vinham surgindo com o processo de massificação social; ditas legislações possuíam no seu âmago conceitos abertos e especificidades recheadas de signos indeterminados, capazes de por vezes alcançar, pelo menos no âmbito teórico, a complexidade que vinha sendo preciso acobertar diante o surgimento no direito dos interesses transindividuais, estruturavam sua realização na atividade política e principalmente no desenvolvimento de políticas públicas, capazes de conter os ciclos econômicos inevitáveis do capitalismo, violadores de direitos coletivos e transindividuais.

Por certo, com a percepção cada vez mais acentuada da superação do mito de completude das codificações, e a superveniência de um número cada vez maior de legislações extravagantes, destinadas a regular os novos bens jurídicos de natureza transindividual e coletiva, com o surgimento de novos sujeitos sociais de ordem coletiva, grupos vulneráveis organizados coletivamente, passam a refletir no surgimento no direito de inúmeras legislações extravagantes, que mitigavam e desnaturavam aquela concepção pré-concebida de que as codificações poderiam abarcar toda a complexidade da realidade social. Ia-se formando nas palavras de Gustavo Tepedino, um “direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil”,²⁷⁴ e essas novas previsões nem sempre encontravam abrigo certo e definido em textos previamente antevistos pela técnica da subsunção, passando a se estruturarem legislativamente mediante conceitos abertos de conteúdo indeterminado. Nesse sentido, Ricardo Luiz Lorenzetti:

“A crise das visões totalizadoras fez explodir todo o texto unificado. Os interesses são individuais ou setoriais, perfeitamente diferenciados uns dos outros. No plano individual, o legislador depara-se com problemas. Se tivéssemos que tomar uma decisão legislativa sobre temas polêmicos, seríamos obrigados a fazer uma lei para cada um desses indivíduos. (...) O problema das denominadas ‘leis promocionais’, que subsidiam algumas atividades específicas, produziu uma fragmentação de direitos e privilégios, que, por sua vez, provoca novas pressões setoriais, para obter equiparação com o que foi alcançado por outro grupo ou superá-lo.”²⁷⁵

Ante a fragmentariedade dos interesses sociais, o surgimento das pretensões de natureza coletiva e transindividual, sem um sujeito determinado, mas com características bem definidas e de ordem indivisível, acentuam-se as dificuldades em previamente estabelecer as consequências dos riscos acometidos pela evolução da técnica e da ciência

²⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 06.

²⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais., 1998, p. 53-54.

na proteção destes novos direitos. O legislador vê-se cada vez mais obrigado a estabelecer legislações abertas, vagas, utilizando-se de conceitos indeterminados, os quais necessitavam de colmatação valorativa para preenchimento de suas hipóteses e consequências idealizadoras do caso concreto. Os direitos transindividuais e coletivos rompem com aquela lógica anteriormente estabelecida, e necessitam de novas visões para açambarcar uma técnica legislativa capaz de minimamente complementá-los.

Os primeiros interesses transindividuais e coletivos alcançados pelas legislações foram sendo parametrizados pelas conquistas na seara dos direitos. O que simbolizou a instituição dos direitos sociais de 2ª geração (direitos sociais, econômicos e culturais), foi a construção jurídica de uma ordem econômica, com o direito sendo direcionado pelas relações econômicas, o que viria a se expressar nos países centrais europeus pela expressão de Estado de Bem estar social, que na América Latina redundaria em processos de ditadura militar no intuito de assegurar-se as bases do sistema vigente. A respeito do contexto histórico e do surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração, leciona Antonio Carlos Wolkmer:

“Na contextualização histórica dos direitos de “segunda dimensão”, estão mais do que nunca presentes o surto do processo de industrialização e os graves impasses socioeconômicos que varreram a sociedade ocidental entre a segunda metade do século XIX e as primeiras décadas do século XX. O capitalismo concorrencial evolui para a dinâmica financeira e monopolista, e a crise do modelo liberal de Estado possibilita o nascimento do Estado do Bem-Estar Social, que passa a arbitrar as relações entre o capital e o trabalho. O período ainda registra o desenvolvimento das correntes socialistas, anarquistas e reformistas. Não menos importantes para os avanços sociais são: a posição da Igreja Católica com sua doutrina social (a Encíclica Rerum Novarum, de Leão XIII, 1891); os efeitos políticos das Revoluções Mexicana (1911) e Russa (1917); os impactos econômicos do keynesianismo e o intervencionismo estatal do *New Deal*. Cria-se a Organização Internacional do Trabalho (1919); o movimento sindical ganha força internacional; a socialização alcança a política e o Direito (nascem o Direito do Trabalho e o Direito Sindical) As principais fontes legais institucionalizadas estão positivadas na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição Alemã de Weimar de 1919, na Constituição Espanhola de 1931 e no Texto Constitucional de 1934 do Brasil.”²⁷⁶

Os direitos fundamentais de segunda e terceira geração,²⁷⁷ assim, conquistados a duras penas pelos movimentos reformistas do início do século XX, passariam a espelhar efetivamente, com a sobrevivência dos novos incursos liberais da filosofia privatista, pelo

²⁷⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Organizadores: David Sánchez Rubio, Joaquim Herrera Flores, Salo de Carvalho. 2ª ed., Porto Alegre, ed. EDIPUCRS, 2010, p. 16-17.

²⁷⁷ “O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados. Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.” (MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 268).

menos no cenário dos países periféricos, a não mais do que uma mera simbologia utilizada para conter os conflitos sociais que reivindicavam melhorias nas condições de trabalho e de vida, para as classes não proprietárias menos favorecidas.

É possível se extrair, deste momento histórico notadamente diante a crescente complexidade social, algumas constatações. A lógica implementada pelos novos direitos sociais e promessas não cumpridas de atuação estatal, não obstante seu estabelecimento para a manutenção do *status quo* e da lógica capitalista eurocêntrica, gerariam expectativas e aspirações sociais que vieram a ser catalogadas como conquistas da humanidade. Significaram durante um período um mínimo de bem estar social, espelhadas em legislações extravagantes, que viriam a estabelecer e regular os distúrbios da atividade produtiva, notadamente da seara trabalhista e previdenciária. O ideal codificador da concepção liberal de estado, como o centro do direito espelhado nos interesses individuais e egoísticos voltados ao mercado e ao seu livre desenvolvimento, passa paulatinamente a ser superado, diante as inúmeras legislações extravagantes necessárias a tutelar os novos interesses e aspirações de ordem coletiva e transindividual que vinham surgindo.

Não obstante este mínimo implementador dos direitos de segunda e terceira geração, o aproveitamento deste estado intervencionista pela população apenas se concretizou nos países eurocêntricos e nos Estado Unidos da América. Nos países periféricos a maioria das legislações extravagantes, notadamente na seara ambiental (já no contexto dos direitos fundamentais de terceira geração), seriam mera simbologia utilizada para amearhar os ânimos sociais; ou seja, serviriam, eminentemente, para confirmar valores sociais, mas sem preocupação com a eficácia e efetividade das promessas então incorporadas em legislações não efetivas; demonstrariam a capacidade de ação do Estado, mas sem preocupação premente com a implementação destas promessas; adiariam a solução dos conflitos sociais através de compromissos dilatatórios, cuja efetividade e eficácia seriam transferidas para um tempo futuro.²⁷⁸ Expressões deste período foram o estabelecimento de normas programáticas e de princípio institutivo com eficácia limitada,²⁷⁹

²⁷⁸ Cf.:NEVES. Marcelo, A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Ed. Wmf artins Fontes, São Paulo, 2011, p. 31-51.

²⁷⁹ As normas programáticas de eficácia limitada, segundo **Jorge Miranda**, são “aquelas que, dirigidas a certos fins e a transformações não só da ordem jurídica mas também das estruturas sociais ou da realidade constitucional (daí o nome), implicam a verificação pelo legislador, no exercício de um verdadeiro poder discricionário, da possibilidade de as concretizar (...) As normas programáticas são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras explicitam comandos-valores; conferem ((elasticidade)) ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial - embora não único - o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem” (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2ª edição, Coimbra, Ed. Limitada, 1983, Tomo II, p. 242-244). Para **Luiz Roberto Barroso**, “as normas constitucionais programáticas veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigirem comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos em sua feição negativa. (...) A ênfase que acima se deu à existência ou não de direito subjetivo não é casual. É que essa é a situação jurídica individual mais consistente, e que enseja a tutela jurisdicional para sua proteção. Por direito subjetivo entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse. Singularizam o direito subjetivo, distinguindo-o de outras posições, a presença, cumulada, das seguintes

implementadoras dos direitos sociais que não teriam o condão de vincular o legislador para sua regulamentação; apenas poderiam lançar efeitos mínimos detalhados como eficácia negativa.

O estado estaria demonstrando, com a legislação simbólica,²⁸⁰ que assume uma posição nos conflitos sociais. A vitória legislativa representaria uma superioridade da concepção valorativa, sendo secundária, contudo, ou até irrelevante, o fato da total falta de eficácia normativa da legislação simbólica. O Estado estaria apto a demonstrar sua capacidade de ação, com o que viria a se denominar legislação-álibi, termo que, segundo Jens Newig, refere-se às leis que, apesar de muitas vezes ambiciosas em seus objetivos de proteção de bens ambientais, sociais ou transindividuais, oficialmente seriam projetadas para permanecerem ineficazes. Tais legislações segundo este autor viriam a possuir na maioria das vezes um efeito político meramente, podendo seu ato de aprovação liberar o legislador de pressões políticas; demonstrariam, assim, que há vontade política, atendendo à necessidades emocionais da população ou servindo ainda à vários outros objetivos, mas sem, no entanto, produzir quaisquer consequências jurídicas e, conseqüentemente, sem provocarem melhorias efetivas nas condições reais da sociedade de acordo com os objetivos declarados pela lei.²⁸¹ Assim, diante a insatisfação da sociedade com problemas de ordem prática, a legislação-álibi apareceria como resposta pronta e rápida do Estado.

A mera e aparente solução dos problemas da sociedade, que por vezes seriam mascarados, faria com que se criasse a imagem de um Estado que deu pronta solução normativa aos problemas reais, mas que na realidade prática não se debruçou na preocupação efetiva acerca da real eficácia e efetividade da concepção normativa. A legislação-álibi constituiria uma forma de manipular ou de criar a ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função meramente ideológica. Introduzir-se-ia o sentimento de “bem estar” na sociedade, servindo apenas para solucionar tensões e servir à lealdade das massas, porquanto nunca se verifica sua efetividade concreta na máxima expressão. O uso político da manipulação midiática viria a deter estrita ligação com a legislação simbólica, que nada mais alcançaria senão os próprios

características: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é violável, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular um meio jurídico - que é a ação judicial - para exigir-lhe o cumprimento, deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado. Nessa conformidade, das normas constitucionais que geram direitos subjetivos resultam para seus beneficiários - os titulares dos direitos - situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Quando a prestação a que faz jus o titular do direito não é entregue voluntariamente, nasce para ele uma pretensão, a ser veiculada através do exercício do direito de ação, pela qual se requer a órgão do Poder Judiciário que faça atuar o direito objetivo e promova a tutela dos interesses violados ou ameaçados.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição - fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 243/244)

²⁸⁰ Ver neste sentido: NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª Edição. Ed. Wmf artins Fontes, São Paulo, 2011, p. 31-51; NEWIG, Jens. 2007. Symbolic environmental legislation and Societal Self-Deception. *Environmental Politics*, vol. 16, nº 2, 276-296, April 2007.

²⁸¹ Cf. NEWIG, Jens. 2007. Symbolic environmental legislation and Societal Self-Deception. *Environmental Politics*, vol. 16, nº 2, 276-296, April 2007.

interesses mancomunados em não operar mudanças significativas na realidade social por vezes cruel com os interesses sociais e transindividuais.²⁸²

A legislação simbólica serviria, assim, apenas para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios, o que corresponde a dizer que, as divergências sociais não são resolvidas pela legislação, mas apenas dilatadas. Se para um lado há o aparente atendimento do problema pela lei, por outro, há ao mesmo tempo, a perspectiva da ineficácia da lei. Há apenas a transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado. Daí que as leis apenas aparentemente fortalecem a proteção social, mas são evidentemente impraticáveis.²⁸³ A inefetividade social da norma viria a ser atribuída à falta de preparo do direito para efetivar seus comandos, o discurso simbólico tornaria os comandos jurídicos enfadonhos e cada vez mais distante da realidade, dotados de caracteres ideológicos e políticos.

Quantos aos efeitos sociais da legislação simbólica (efeitos colaterais da ineficácia normativa); ocorrem fenômenos de proporções não estanques, mas que em regra geram a união entre dois sistemas distintos (sistema político e sistema jurídico), com a judicialização da política ou politização da justiça, depositando-se no ativismo judicial a pretensa solução de todos os problemas gerados pela absoluta falta de preparo instrumental do direito para lidar com os desígnios da influência do poder econômico no âmbito jurídico. Há também a paulatina perda da credibilidade e efetividade do direito; bem como o desempenho de um papel político-ideológico do direito, servindo para encobrir problemas sociais e obstruir as transformações efetivas da sociedade.

Com este simbolismo na resolução dos problemas sociais, derivados tanto da profunda desigualdade existente nos países periféricos, quanto da cada vez maior complexidade da realidade social em estabelecer previamente em legislações estanques as consequências dos fatos e atos sociais, dado a dificuldade de incorporação dos riscos advindos dos comportamentos sociais e sua interação com as novas tecnologias, tornando cada vez mais abstratos e de difícil computação pelo sistema jurídico a prévia antecipação

²⁸² Sobre o controle midiático Tarso Genro afirma que ele “constrange os limites da cultura democrática atual e opera na debilitação da representação, fato que ocorre especialmente através da mídia mais massiva, a televisão. Não se trata de considera-la um ‘quarto poder’, mas do fato que a ‘televisação do público indica que todos os poderes hoje estão formalizados pela televisão, isto é, que se exercem em virtude de uma formalização que lhes presta e proporciona o meio de comunicação’. A filtragem dos fatos políticos, que é elaborada pela mídia, também foi responsável pelo enfraquecimento da democracia representativa nos seus moldes clássicos. Os representantes que se chocam com os interesses que ela reproduz, em cada conjuntura, correm o risco do permanente isolamento e da perda da capacidade de diálogo público ampliado. Considerando que este diálogo é fundamental, não só nos processos eleitorais mas também para os embates políticos de fundo, o papel da mídia não pode ser subestimado. O reconhecimento da pluralidade e da conflitividade de opiniões e a abertura de canais para a sua expressão, bem como a formação de núcleos de produção e representação de uma opinião pública livre, são fundamentais para a afirmação-superação da atual forma democrática. E ela só poderá ser obtida através de mecanismos e participação direta dos indivíduos isolados ou agrupados.” (GENRO, Tarso. Crise democrática e democracia direta. Revista de Direito social 4, 2001, p. 20).

²⁸³ Ver nesse sentido: NEWIG, Jens. 2007. Symbolic environmental legislation and Societal Self-Deception. Environmental Politics, vol. 16, nº 2, 276-296, April 2007; NEVES, Marcelo, A Constitucionalização Simbólica. 3ª Edição. Ed. Wmf artins Fontes, São Paulo, 2011, p. 31-51.

dos acontecimentos pelo direito; ²⁸⁴ pode-se dizer que este contexto vem tornando igualmente cada vez mais dificultada a proteção de direitos transindividuais e não individualizáveis. E esta situação faz com que se perpetue a manutenção de um *status quo* até então existente, e o sistema jurídico atribua-se uma característica de autopoietico, ou alopoietico, funcionando como um instrumento capaz de se construir e reconstruir a partir de seus próprios conceitos, de modo a permanecer constantemente adstrito ao seu próprio

²⁸⁴ Quanto mais avança a ciência, na segunda modernidade (análogo à segunda e terceira revolução industrial, mais se põem em manifesto as dúvidas a respeito das consequências dos riscos abstratos criados pela tomada de decisão humana. É possível dizer, seguindo as lições de Ulrich Beck (BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España., 2002., p.76-91) que os riscos atualmente enfrentados têm o condão de consistentemente minar ou até mesmo substituir os sistemas de segurança até então existentes, estabelecidos pelo cálculo dos riscos. Diferentemente dos primeiros riscos industriais e concretos, os riscos abstratos, são imprevisíveis, e não podem ser limitados, nem quanto ao tempo nem quanto ao espaço. Os riscos nucleares, químicos, ecológicos, cibernéticos, e do mundo virtual, não são mais passíveis sequer de inserção nas normas inerentes ao sistema da causalidade criado pela racionalidade científica da era industrial. Muito dificultoso se tornou encontrar as causas, que não são mais instantâneas; ou os responsáveis, que não são mais determinados, por vezes sequer determináveis, para os acontecimentos derivados da exploração humana destas novas tecnologias, tampouco sendo facilmente identificadas coerentemente e concretamente as consequências geradas pelas decisões tomadas na seara destas novas experiências humanas. Na medida em que não permitem ser compensados, os riscos abstratos tampouco se harmonizam com um sistema de segurança capaz de garantir completamente os prejuízos causados, ante a notável incapacidade de conter as consequências geradas de modo multifacetado por estas novas tecnologias. Há, pois, uma carência de cobertura por parte de seguradoras privadas, face os riscos que não podem ser contidos espaço-temporalmente (por exemplo, de um dano ambiental de grandes proporções, ou um problema na área virtual que não se tem como parametrizar). Mais do que isto, os projetos tecnocientíficos da sociedade de risco sequer são seguráveis, a própria sociedade mede seus padrões e se inclina mais além dos riscos que podem ser calculados e segurados, criando assim sistematicamente mais riscos abstratos impassíveis de calculabilidade. (Cf. BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España., 2002., p. 117-141.) Para Beck existe hodiernamente uma indefinível diferença entre a segurança e a segurança provável. Trata-se de mundos distintos. O intercambio entre a teoria e a experimentação já não mais é possível, o que redundaria na ideia de que primeiro se aplica à realidade social o objeto tecnocientífico, e somente após seus efeitos (às vezes incontroláveis) é que se investiga seus resultados. Ocorre então uma verdadeira inversão da lógica científica, porquanto primeiro se aplica o conhecimento científico e depois se investiga suas consequências (cujas ameaças incontroláveis, e seus limites temporais e espaciais, já não se tomam mais possíveis de se antever). (BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España., 2002., p. 95). Beck assenta que estes riscos abstratos criados sistematicamente na segunda modernidade, acabam por não mais se espelhar em causas instantâneas, agregando uma dificultosa relação com a dimensão espaço-temporal, constituindo ameaças ubíquas e globais, que ao mesmo tempo afetam presentes e futuras gerações, sem poder ser contidas em espaços geográficos específicos e determinados (BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España., 2002., p. 117-141). Justamente em razão da impossibilidade de quantificação dos riscos, é possível sustentar com Beck que quanto mais houver afetação do meio ambiente por meio da ocorrência de um risco não quantificado, menor será a probabilidade de se determinar o responsável pelas suas consequências. (BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España., 2002., p. 76) Daí que, nas palavras de Beck, quanto mais contaminação do meio ambiente se comete, menos se comete, porque é deveras dificultoso se atribuir responsabilidade individualizada ante a imensa inexistência ao se tentar quantificar e qualificar espaço-temporalmente as consequências do dano. Ou seja, se é preciso achar um responsável, para Beck, nem mesmo um, na maioria esmagadora dos casos, acaba sendo possível encontrar (não obstante serem vários) (BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España., 2002., p. 86). Assim, diante de uma série de eventos de proporções incalculáveis que, derivados da tomada de decisões, não nos afetam instantaneamente, mas alcançam futuras gerações e espaços não delimitados, ocorre uma subversão da lógica dedutiva da era industrial. O suporte na ciência e tecnologia, derivado da era industrial, para controle dos riscos, na modernidade avançada, passa a se tornar inconsistente. Beck sustenta que a estabilidade política da sociedade é o mesmo do que “não pensar nas coisas” (BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España., 2002., p. 86.). Ignorar ou ocultar os riscos abstratos, diante a impossibilidade latente de o aparato institucional, como as normas jurídicas, prever as consequências das interferências humanas atuais, torna-se inelutavelmente uma resposta à necessidade de se assegurar o progresso, o desenvolvimento e o crescimento econômico tal como se viu na sociedade industrial. Trata-se do que Beck denomina de irresponsabilidade organizada, caracterizada pela tentativa de se estabelecer um estado de normalidade inexistente, quando convém aos agentes interessados ocultar a existência dos riscos. Se sobre os riscos recai um nível de tolerância socialmente aceitável, não há razão para impor qualquer limitação ou restrição, de modo a se optar de forma organizada e irresponsável pela continuidade de um modelo industrial ambientalmente limitado ou falido. Isto reflete no meio social e faz com que gradativamente a própria realidade se encarregue de evidenciar a fragilidade das superficiais e limitadas explicações fornecidas pela institucionalidade a respeito dos riscos abstratos (cf. BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998, p. 68-69). A despeito dos esforços institucionais de se ocultar a existência dos riscos abstratos, no momento em que eles passam a ser percebidos e por consequência questionados socialmente, inicia-se uma abertura forçada do sistema de gestão, com a esfera pública passando a questionar e tentar delinear soluções cujas características devem envolver necessariamente a coletividade e a ciência acerca dos riscos existentes, notadamente quando se pensa na influência das novas tecnologias perante os interesses transindividuais, notadamente os relacionados ao meio ambiente.

ambiente, sem efetivamente impor-se com efetividade, principalmente na tutela de direitos transindividuais.

Deste modo, a legislação simbólica obstará por completo a aspiração de um efetivo progresso social, porquanto não teria a sociedade e nem o direito construído sob a concepção eurocêntrica individualista quaisquer condições de enfrentar os desígnios da influência do poderio econômico-financeiro e político na tomada de decisões a respeito da efetivação (ou não efetivação) de direitos transindividuais, que seriam geridos pelos ditames do capital e do lucro, unicamente, fazendo com que relevantes políticas públicas não se efetivem por razões estritamente afetas a custos financeiros e prioridades mercantis. Relevante também destacar que a legislação simbólica geraria um indubitável aumento e manutenção da desigualdade social e concentração de renda já profundamente existente no contexto dos países periféricos, cuja heterogeneidade do meio social não permite com que se vislumbre uma sociedade equivalente àquela vista nos países centrais, em que a homogeneidade social e cultural é deveras diferenciada.

A legislação simbólica, ou minimamente eficaz, acaba assim por gerar uma sobreposição do sistema político sobre o sistema jurídico, redundando na deturpação dos processos de representação popular; o que corresponde a dizer que a constituição é constantemente utilizada com interesses meramente políticos e/ou econômicos; gerando ainda uma atrofia e um círculo vicioso, consistente na seguinte asserção, os direitos sociais não se realizam por culpa do subdesenvolvimento da sociedade; a sociedade não se desenvolve porque o grupo social detentor do poder não está conectado com a sub cidadania; altera-se o grupo detentor do poder, mas o subdesenvolvimento da sociedade permanece o mesmo.

Deste modo, os problemas da desigualdade social profunda e da falta de cuidado e respeito com a diversidade cultural e com os bens transindividuais (e a tutela socioambiental), permanecem e se perpetuam, dado que o direito construído sob a concepção liberal racionalista não possui características para absorver toda a heterogeneidade existencial necessária para a proteção dos direitos transindividuais.²⁸⁵ A legalidade liberal assim não logra construir um estágio de sociabilidade entre as diversidades culturais capaz de levar a uma convivência profunda entre os povos e as nações existentes,²⁸⁶ tampouco tem a pretensão de uma eficácia e efetividade substancial

²⁸⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso a respeito dos interesses difusos, reporta que "não há falar em instância ou órgão que os devesse representá-los, naquilo que Barbosa Moreira, muito apropriadamente, chama de 'legitimação concorrente e disjuntiva' (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 110-111).

²⁸⁶ Boaventura de Souza Santos constrói uma análise sociológica dos estágios de sociabilidade entre culturas multiformes, agregando a qualificação, como um primeiro estágio de sociabilidade, de "violenta", quando a cultura dominante reivindica o controle total (intenta-se suprimir, marginalizar e destruir a cultura subalterna). Define o autor, como um segundo estágio de sociabilidade, a "coexistência", estágio em que a sociabilidade descamba para um *apartheid* cultural, onde se permite que se desenvolvam as culturas em separado com ordens jurídicas paralelas; contudo, proíbe-se desde logo qualquer contato e

na proteção dos bens ambientais e transindividuais, dado que isto iria de encontro com a promoção e o desenvolvimento da livre iniciativa e da acumulação do lucro.

O que se observou nos países latinos americanos até o final do século passado foi apenas o estágio da reconciliação entre as culturas multiformes,²⁸⁷ ainda a ostentar os desequilíbrios do passado e a reproduzir os métodos de perpetuação da desigualdade social e da concentração de renda, relegando o meio ambiente e os direitos transindividuais a um fator meramente ocasional para a existência do sujeito individualista, o que ocorre é apenas uma sobrevivência residual das outras culturas e sociodiversidades, e inclusive do meio ambiente que caminha para um desequilíbrio sem precedentes na humanidade terrena. Apenas haveria meios para enfrentar este complexo contexto ritual caso houvesse a alteração significativa da representação política, conforme bem delinea Rodolfo de Camargo Mancuso:

“(…) hoje estamos a caminho de superar a concepção de democracia representativa, para acendermos à chamada ‘democracia participativa’, onde a existência de representantes eleitos não exclui a participação dos cidadãos em geral, isoladamente ou em grupos. A gestão da coisa pública é, significativamente, uma res pública, de modo que todos os integrantes da comunidade têm título para dela participarem. Acresce a essa tendência a constatação dos reiterados desmandos e arbitrariedades na gestão da coisa pública, que vêm levando os indivíduos a descrerem da eficácia do modelo político-institucional estabelecido. Daí a propensão popular, cada vez mais justificada, à participação direta na gestão da coisa pública. Não há, portanto, falar em ‘usurpação’ ou ‘intromissão indevida’, quando se leva em conta que cada indivíduo, na condição de destinatário e credor da boa gestão dos negócios públicos, tem título originário para dela participar ativamente.”²⁸⁸

Assim, clamar-se pela democracia participativa foca a entender que o único efeito positivo de toda esta complexa situação vivida nos países periféricos com mais características sociais heterogêneas, como os da América Latina e da África, é o aparecimento de organizações desestatalizadas que propõe a ampliação da cidadania, a inclusão social, e a realização de valores democráticos, com aspirações levantadas pela sociedade civil de melhores formas do estado e do direito para trazer modificações concretas a estes enraizados problemas institucionais e sociais.

interação entre ambas. O terceiro estágio é denominado de “reconciliação”, neste ocorre uma espécie de justiça restaurativa, desequilíbrios do passado continuam se reproduzindo, direito comunitário ou indígena possuem apenas uma sobrevivência residual. Há ainda o último estágio, que se denomina de “convivência”, e consiste numa reconciliação orientada ao futuro, diferentes universos jurídicos coexistem, intercâmbios interculturais, autoridades compartilham o poder, resolvem-se os conflitos segundo o *modus vivendi* estabelecido em regras constitucionais consensuais (SANTOS. Boaventura de Souza. Refundación del Estado en América Latina, Perspectivas desde una epistemología del Sur. Instituto Internacional de derecho y sociedade, Lima, julio de 2010, p. 80 e ss).

²⁸⁷ Ver neste sentido: SANTOS. Boaventura de Souza, Refundación del Estado en América Latina, Perspectivas desde una epistemología del Sur. Instituto Internacional de derecho y sociedade, Lima, julio de 2010, p. 80 e ss.

²⁸⁸ MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 110-111.

A teoria da sub politização de Ulrich Beck,²⁸⁹ que propõe um processo de auto confrontação pela sociedade denominado de modernização reflexiva, com a crescente conscientização dos riscos que sofre a sociedade, na medida em que não mais se consegue catalogar os riscos a que é constantemente exposta, diante o incontrolável trajeto do capital e da exacerbação das formas do poderio econômico, pode ser trazida como repercussão de todo este contexto ritual. A proposta de que a política deve ser desestatizada, diante a inegável desconfiança para com os representantes eleitos democraticamente pelo povo que se materializam como joguetes daqueles que financiam suas campanhas, é apenas o início de uma reflexão. Pensando-se a política como oriunda de um movimento de baixo para cima, iniciada no tecido social heterogêneo, pela iniciativa das diferentes organizações sociais representativas dos diversos ramos sociais e culturais, passa-se a admitir a interferência das diferentes formas culturais e ramos sociais presentes nos países periféricos e na organização jurídico política institucional destes países. A política passaria a ser proposta e controlada por entidades situadas fora do contexto estatal, e a implementação dos direitos sociais e ambientais caberia então às empresas, sociedades e organizações não governamentais situadas fora da estatalidade.

A este respeito bem delinea Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Efetivamente, não é difícil constatar que, hoje, o exercício democrático pelo só meio dos mandatários políticos é insuficiente, seja pela extrema variedade dos anseios populares, seja pela rapidez com que eles se apresentam e se modificam, seja, no caso dos interesses difusos, pela própria fluidez de seu conteúdo. Por isso, hoje se reclama uma democracia participativa, aberta e liberal, compreendendo ‘todo um conjunto de formas e instâncias de participação permanente, ou com vocação de permanência, umas ligadas a direitos políticos dos cidadãos, outras, a organizações diversificadas de interesses setoriais da sociedade civil.’”²⁹⁰

Com a paulatina desestatização da política e da organização jurídica institucional procura-se respeitar e efetivamente conferir autodeterminação às diferentes formas culturais e existenciais presentes na sociedade periférica e heterogênea, procurando uma maior efetividade aos direitos transindividuais. Veja-se que para a realização efetiva dos valores sociais e transindividuais (no contexto plurisocial em que vivemos), com a efetiva observância e recepção pelo direito de uma sociedade heterogênea, tal qual a existente na América Latina, chega-se ao ponto de se propor como requisito indispensável uma necessária conscientização acerca dos riscos que atualmente o mundo está exposto, o que alteraria a identidade e a autonomia do direito tal como unificado dentro da simetria liberal.

²⁸⁹ BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global. *Traducción Jesús Alborés Rey*. Siglo XXI de España Editores S/A, 2002, Madrid, p. 143-171.

²⁹⁰ MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 111.

Ora, o direito passa a se estruturar cada vez mais, notadamente diante a necessidade de maior regulação, controle e coibição de violações a direitos transindividuais, que se estabelecem mediante conceitos jurídicos indeterminados, com conteúdos normativos mais amplos e abertos, indeterminados semanticamente, dada a dificuldade de se estabelecer legislativamente proteção e tutela a bens jurídicos transindividuais e não individualizáveis, e também dada a dificuldade de se estabelecer uma maior eficácia e efetividade a um sistema que ostenta características simbólicas propositadas, não conseguindo englobar e efetivamente incorporar a necessária prevenção aos riscos a que a humanidade atualmente se encontra cada vez mais exposta. As consequências abstratas e imprevisíveis dos comportamentos sociais, levam ao raciocínio inequívoco, na esteira das teorizações de Ulrich Beck, de que a modernidade envelheceu, a sociedade industrial que antevia as consequências de suas atuações, não mais ostenta condições científicas para assim proceder, se tornando atualmente uma sociedade de risco, por um lado tomando decisões e atuando conforme as pautas da antiga sociedade industrial,²⁹¹ mas por outro se verificando que os debates e conflitos que surgem já estão se sobrepondo à política, à lei e às organizações, dada a notória e complexa compreensão de que não se faz mais possível

²⁹¹ Inicialmente, Beck identifica uma **sociedade pré-industrial**, ou pré-modernidade, cujas características reportam a uma sociedade exposta permanentemente a perigos incalculáveis, atribuídos sempre a “golpes do destino” e ocorrências inevitáveis e involuntárias que se “descarregavam” sobre a humanidade, advindas de forças externas ao meio social, como deuses, demônios ou da própria natureza. As explicações para os fenômenos sociais e naturais, portanto, advinham da mágica sobrenatural e de imbricações metafísicas. (cf. BECK, Ulrich; Foreword. In: ALLAN, Stuart; ADAM, Barbara; CARTER, Cynthia(eds.). *Environmental risks and the media*. London: Routledge, 2000,p.78 *apud* FERREIRA, Helene Sivini. *A sociedade de risco e o princípio da precaução no direito ambiental brasileiro*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina; 2003). Em um segundo momento, Beck aponta para o surgimento de uma **sociedade industrial**, identificada como primeira modernidade, onde os perigos, outrora vinculados tão somente às forças externas, passam a agregar a dimensão de ameaças fabricadas, produzidas pela humanidade, fazendo surgir a noção de riscos de efeitos concretos. Os riscos que passam a existir na sociedade industrial, de natureza concreta, diante os avanços científicos, políticos e sociais, tornam-se passíveis de predeterminação de seus efeitos potenciais. Com resultados plenamente calculáveis, a era industrial acaba por espelhar essencialmente um contexto circunscrito e estável, oriundo de uma dimensão objetiva de espaço-tempo, ou seja, as ameaças fabricadas e os riscos advindos do processo de modernização na sociedade industrial são passíveis de parametrização perante os elementos científicos até então existentes, porquanto ligados às características da instantaneidade de suas causas, a refletir um sistema de segurança confiável, que faria com que as decisões se resolvessem unicamente no âmbito institucional, sem auferir visibilidade pública. (cf. BECK, Ulrich. *Risk Society and the Provident State*. In: LASH,Scott; SZERSZYNSKI, Bronislaw; WYNNE, Brian (orgs). *Risk,environment & modernity: towards a new ecology*.Londres: Sage Publications, 1998, p. 30-31, *apud* FERREIRA, Helene Sivini. *A sociedade de risco e o princípio da precaução no direito ambiental brasileiro*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina; 2003). Finalmente, com a formação de uma **sociedade de riscos**, inaugurando a segunda modernidade ou modernidade avançada, para Beck os riscos vão escapar cada vez mais das instituições de controle e proteção da sociedade industrial, redundando em uma alteração substancial de sua natureza. Os riscos concretos da sociedade industrial tornam-se abstratos, incalculáveis por definição e com efeitos incertos e imprevisíveis. A própria ciência não consegue mais prever ou antever as consequências das tomadas de decisões, o que corresponde a dizer que as condutas humanas atualmente operam com total ausência de capacidade de percepção pelos sentidos dos resultados de suas decisões. (cf. BECK, Ulrich. *Risk Society and the Provident State*. In: LASH,Scott; SZERSZYNSKI, Bronislaw; WYNNE, Brian (orgs). *Risk,environment & modernity: towards a new ecology*.Londres: Sage Publications, 1998, p. 27, *apud* FERREIRA, Helene Sivini. *A sociedade de risco e o princípio da precaução no direito ambiental brasileiro*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina; 2003). Quanto mais avança a ciência, na segunda modernidade, mais se põem em manifesto as dúvidas a respeito das consequências dos riscos abstratos criados pela tomada de decisão humana. É possível dizer, seguindo as lições de Beck que os riscos atualmente enfrentados têm o condão de consistentemente minar ou até mesmo substituir os sistemas de segurança até então existentes, estabelecidos pelo cálculo dos riscos. Diferentemente dos primeiros riscos industriais e concretos, os riscos abstratos, são imprevisíveis, e não podem ser limitados, nem quanto ao tempo nem quanto ao espaço. Os riscos nucleares, químicos, ecológicos, cibernéticos, e do mundo virtual, não são mais passíveis sequer de inserção nas normas inerentes ao sistema da causalidade criado pela racionalidade científica da era industrial. Muito dificultoso se tornou encontrar as causas, que não são mais instantâneas; ou os responsáveis, que não são mais determinados, por vezes sequer determináveis, para os acontecimentos derivados da exploração humana destas novas tecnologias, tampouco sendo facilmente identificadas coerentemente e concretamente as consequências geradas pelas decisões tomadas na seara destas novas experiências humanas. (cf. BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España:, 2002., p.76-91).

nem ao direito nem à ciência conseguir englobar as consequências dos riscos a que a humanidade está atualmente exposta; quem dirá impor responsabilidades ou coibir violações, por certo que o direito tal qual construído pela sua matriz racionalista e individualista não consegue mais englobar toda a complexidade social em sua definição linguística limitada, não consegue mais de modo satisfatório incorporar adequadamente as características e necessárias definições acerca da complexa estruturação dos direitos transindividuais.

Esta situação faz com que os avanços da indústria e da tecnociência passem a açambarcar um contexto de incerteza e indeterminação acerca das consequências dos comportamentos observados socialmente na relação da humanidade com as novas tecnologias, ocorrendo a perda inclusive da noção de espaço e do contexto temporal das consequências de qualquer atuação danosa a estes direitos transindividuais, fazendo com que haja uma dificuldade intrínseca na regulamentação daqueles novos interesses sociais que vêm surgindo, na sua maioria interesses identificados como bens jurídicos de natureza não individualizáveis e de natureza transindividual, capazes de sofrerem as consequências daqueles riscos imprevisíveis e incalculáveis ditados pela tomada de decisões e pela completa assimetria do espaço e tempo que acabam por alcançar.

Haveria a necessidade de revisão de alguns paradigmas que nos acompanham desde a época do racionalismo jurídico individualista, momento em que foi construída a noção que temos hoje de um direito dotado da característica de sistema único e estruturante da sociedade. Com efeito, foi sob o auspício do jusracionalismo, com o ideário de um direito composto por uma ordem sistemática autônoma, que se idealizou as primeiras noções do constitucionalismo clássico. Ali se elaborou a teoria da separação dos poderes, com a noção de que o legislador pode criar uma lei universal e universalmente válida, capaz de responder aos anseios de todas as camadas sociais, não se podendo alegar desconhecê-la.

Por certo a pretensão universalizante e individualizadora da legislação liberal começa a tecer veios de insegurança, notadamente quando se põem em questão os direitos do meio ambiente, e os direitos das coletividades, dotados de características de transindividualidade,²⁹² e os direitos republicanos de terceira geração ou dimensão,²⁹³ que

²⁹² O direito liberal garantiu como direito individual a reivindicação coletiva, na medida em que aceita repartir a propriedade coletiva dos povos dividida em pequenos e individualizados bens com perfeita coerência para o sistema. Contudo, os direitos coletivos dos povos indígenas não se traduzem em direitos individuais porque sua existência depende da coletividade como cultura, o idioma, a religião, e o território. São diferentes também porque, como diria Mauro Cappelletti, os direitos tradicionais são garantidos pelo estado, enquanto que os direitos coletivos devem ser promovidos pelo estado. A lógica do sistema é que “não pode haver proteção a estes direitos senão quando a lei assim o determinar, porque sua criação significa criação de deveres para os titulares de direitos individuais” (cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O renascer dos povos indígenas para o direito. Juruá, 2006, p. 171, 172 e 176).

²⁹³ Ver nesse sentido Luiz Carlos Bresser Pereira, ao afirmar que “ditos direito republicanos de natureza difusa, segundo Luiz Carlos Bresser Pereira, teriam surgidos em determinado momento histórico em que a humanidade percebe que da mesma forma que o “cidadão tem o direito à liberdade e à propriedade (direitos civis), a votar e ser votado (direitos políticos), à educação, à saúde e à cultura (direitos sociais), ele tem também direito de que o patrimônio do Estado – seja ele constituído pelo patrimônio ambiental, seja pelo patrimônio cultural, seja pela res pública – continue a ser um patrimônio a serviço de

não se expressam pelas estruturas individualistas construídas sob os auspícios do *jusracionalismo*, mas que não podem mais pela natural complexidade de sua estruturação normativa, ser protegidos legislativamente mediante conceitos estanques, naquela formula liberal denominada de casuística, que antevê os fatos da realidade e abstratamente os estatui em previsões legislativas, necessitando de políticas públicas para sua implementação.

Neste contexto é que as legislações passam a ser mais abertas, para tutelar estes novos sujeitos sociais e estes bens jurídicos coletivos e transindividuais, não passíveis de valoração econômica, e dado a complexidade de sua estruturação, diante a dificuldade ou quase impossibilidade de se estabelecer previamente consequências para riscos ainda não quantificados nem qualificados, havendo de passar a tarefa de realização destes direitos de natureza diferenciada para o âmbito da política do direito, advindo do preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, com opção política acerca da determinação ou contenção dos ciclos econômicos, a se realizar não só pela estatalidade constituída mas também por todas as organizações sociais fragmentadas merecedoras de espaço no processo democrático participativo. A opção, vinculada agora ao intérprete e detentor da decisão política de realização de direitos transindividuais, fez com que o direito passasse a se situar não mais unicamente naqueles únicos códigos legislativos com pretensão totalizante e totalitária, mas açambarcou agora ser contemplado por inúmeras legislações extravagantes, vislumbrando-se um fenômeno que converge com o aparecimento de inúmeros microssistemas legislativos, a tutelar e proteger categorias jurídicas setorizadas, como o caso dos direitos coletivos e transindividuais, mediante legislações que necessitam de colmatação valorativa a ser integradas pelo intérprete num processo de construção normativa, notadamente políticas públicas para a contenção de ciclos econômicos.

Os microssistemas legislativos cada vez mais presentes na realidade contemporânea convivem entre si no conjunto maior do sistema jurídico do século XXI, sendo rotineiramente interpretados mediante princípios fundantes específicos e setorizados (utilizando-se por vezes como parâmetro para interpretá-los os direitos humanos, cotejados pelos avanços aferidos pela sociedade mundial, nos pactos internacionais que orientam a proteção dos interesses transindividuais e coletivos), de modo que não obstante por vezes as políticas públicas adotadas para a contenção de ciclos econômicos hão de se orientar pela colmatação valorativa decorrente de seus conceitos indeterminados, mediante juízos

todos, ao invés de ser apropriado por grupos patrimonialistas ou corporativistas que agem dentro da sociedade como livre atiradores". (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo, ed. 34, Brasília, ENAP, 1998, p.86-89).

de ponderação e interpretação ampliativa, deve ser perquirido um conceito para este modo de realização de direitos – políticas públicas, o que se passará a fazer no próximo item.

03.3 As políticas públicas, os ciclos econômicos e as flutuações da economia de livre mercado: Reflexos na realização dos direitos transindividuais.

03.3.1 As políticas públicas como intervenção estatal indireta na economia para contenção das falhas de mercado e realização de direitos não individualizáveis.

Construir uma definição jurídica para políticas públicas atualmente é uma tormentosa tarefa. Muitos são os que tentam formular um conceito jurídico para políticas públicas, mas acabam por construir uma definição limitada que não alcança toda a amplitude que o conceito abarca. Outros separam o conceito do viés econômico que o integra, e acabam por desvincular a sua utilização como instrumento regulador da economia, entendendo-a unicamente como instituto concretizador de direitos supraindividuais. Não se pode olvidar que a intervenção estatal ainda que circunscrita ao campo social, realizando direitos não individualizáveis, acaba ainda que reflexamente por interferir no equilíbrio econômico e por vezes reverberar nos ciclos econômicos inerentes ao sistema capitalista vigente.

No pensamento jurídico, a política há pouco tempo passou a ser objeto de análise e estudos. O pensamento positivista, notadamente de Hans Kelsen, muito difundido no direito, acabou por impor a percepção de que a política não se envolvia com o direito, pois o dogma da neutralidade da ciência do direito a fazia caracterizar-se pela pureza conceitual e metodológica.²⁹⁴ O preenchimento de um conceito jurídico indeterminado, atinente à eleição de um único significado para a colmatação de uma norma jurídica, integrada por uma pluralidade de significados, para Kelsen, se dá no âmbito da política do direito. As razões adicionais utilizadas pelo intérprete e aplicador do conceito jurídico indeterminado na eleição de um dos inúmeros significados passíveis de integralização, é uma discussão que envolve o âmbito de discricionariedade, da oportunidade e conveniência do aplicador da lei, e com isto não se preocupava uma ciência que pretendia ser dotada de pureza metodológica.²⁹⁵

²⁹⁴ Segundo **Kelsen**: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial (...) e fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.” (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado, Martins Fonte, São Paulo, 1999, p. 1).

²⁹⁵ Para Hans Kelsen, na teoria pura do direito, a “ideia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de

A percepção de que a economia instrumentaliza o direito, ou de que o direito instrumentaliza as relações econômicas, é dissociada daquela visão positivista do direito vigente no início do século XX. No curso da história, é possível perceber que o pensamento jurídico sempre esteve de alguma forma em estrita integração com as relações econômicas; com ou sem sucesso, sempre as formas jurídicas acabaram ainda que de forma reflexa por expressar uma conexão com as instrumentações econômicas na organização das sociedades. Os mercados auto reguláveis do século XIX, notadamente, foram reflexo de íntima conexão do direito racionalista e individualista europeu que passou a se desenvolver a partir do século XVI até desembocar no positivismo do século XX.

Paulatinamente, o desenvolvimento do pensamento coletivista passou a afetar significativamente os interesses estatais e a moldura do capitalismo então vigente e do direito que o sustenta, notadamente quando se percebeu que o desvirtuamento do modelo liberal e concorrencial espelhado no capitalismo monopolista, gerador de externalidades, serviria muito bem para a concentração das riquezas na mão de poucos, mas a depressão e o desemprego viriam a afetar muitos. A partir de todo este contexto, passou-se a sustentar a necessidade de correção das verificáveis falhas que a economia de livre mercado acabava por incorrer.

Associadas à perda do bem-estar individual e coletivo, as falhas da economia de livre mercado passam a ser identificadas na formação de monopólios, que gerariam ineficiências, e desequilibrariam o livre desenvolvimento da economia de livre mercado e de livre concorrência. A ineficiência estática, ocorrida porque os monopólios traduziriam altos preços em contraponto a um baixo custo de produção, derivado da pouca oferta ou da quase nula concorrência que promoveriam, redundaria em lucros exacerbados a um único produtor e concentrador capitalista. Em contraponto, dado a facilidade de manutenção pelo único fornecedor monopolista da grande demanda pelos seus produtos, a ineficiência dinâmica faria quase nulo o incentivo ao produtor para investir em novas tecnologias e inovações técnicas, dado que apenas a livre concorrência faz com que o produtor inove e invista para buscar mais lucros e mais mercado consumidor. A livre concorrência de

conhecimento do Direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação. A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a "correta", não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. (grifos nossos) (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado, Martins Fonte, São Paulo, 1999, p. 249). Nesse sentido também **Paulo Bonavides**: "A necessidade de uma 'interpretação', segundo Kelsen, deriva justamente do fato de que a norma ou o conjunto de normas a se aplicarem deixam abertas várias possibilidades de aplicação, o que equivale a reconhecer, segundo ele, que a norma não contém nenhuma decisão referente a maior importância valorativa dos interesses em jogo, cabendo antes ao ato estabelecedor da produção normativa - a decisão judiciária, por exemplo - decidir que interesse é maior ou deverá prevalecer valorativamente. Admitindo-se no quadro da norma aquelas várias possibilidades de aplicação, aqueles vários conteúdos potenciais, Kelsen, ao deparar-se-lhe o problema de saber qual dentre eles representa a solução 'correta', diz que não se trata de um problema de teoria do Direito mas tão-somente de política jurídica. (...) Em suma, para Kelsen e a Teoria Pura do Direito, a interpretação é mais um ato de vontade que de cognição e quando o juiz se decide por uma das diversas possibilidades interpretativas, essa eleição ou preferência se dá fora da esfera teórica, no âmbito da política do direito." (grifos nossos) (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23ª ed., 2008, p. 450, 451-452).

mercado ainda pressupõe que haja uma simetria entre as informações que possuem os agentes econômicos, notadamente acerca da qualidade e preço dos produtos, na medida em que a assimetria de informação pode gerar o que se denomina de risco moral e ação oculta, redundando na seleção adversa de tipo oculto, que acaba por desvirtuar os pressupostos do livre mercado auto regulável. As políticas de proteção e defesa aos consumidores, neste mister, prestam um importante auxílio para evitar estas máculas.²⁹⁶

A promoção do livre interesse individual e egoístico próprio dos mercados auto reguláveis, ainda, redundaria na produção involuntária de externalidades, capazes de violar interesses coletivos e transindividuais, O interesse coletivo pode ser identificado como aquele pertencente a grupos determinados ou determináveis, por vezes vulneráveis, como consumidores, trabalhadores, aposentados, pensionistas. O interesse transindividual será identificado com aquele pertencente a uma titularidade indeterminada, como a violação do meio ambiente, do patrimônio histórico cultural, da probidade administrativa. Ambos estes interesses contudo possuem seu objeto indivisível, o que quer dizer que a lesão aos bens jurídicos relacionados não pode ser repartida e nem individualizada, razão pela qual a sua violação não pode ser atribuída a uma só pessoa determinada, mas acaba por ser socializada, diminuindo portanto igualmente o bem estar coletivo. O que corresponde a dizer, tanto a violação de direitos transindividuais e coletivos quanto as falhas da economia de livre mercado são capazes de, por si sós, diminuir o bem estar coletivo.

As externalidade negativas, do mesmo modo, são capazes de violar estes interesses quando os custos privados não são totalmente internalizados e acabam, por consequência, sendo distribuídos e absorvidos por toda a sociedade, vindo a gerar tanto a deteriorização dos demais fatores de produção e dos outros agentes econômicos, como a perda do bem estar dos indivíduos e da coletividade, o que acaba por gerar uma fissura à ideia da mão invisível do mercado, pregada por Adam Smith, naquele dogma clássico de que “todos contribuem para o bem estar geral, quando pensam estar trabalhando para seus interesses próprios”, dado que ao trabalharem pelos interesses próprios acabam por gerar involuntariamente violações a interesses transindividuais ou coletivos, como poluição ao meio ambiente que alcançará não só os agentes econômicos envolvidos, mas toda a população e inclusive as futuras gerações; razões que levariam à necessidade de regulação da atividade econômica no intuito de diminuir ou eliminar estas falhas, na tentativa de maximizar o bem-estar social individual e coletivo, e ao mesmo passo, defender o interesse público e transindividual. As políticas governamentais, portanto, passam a ser fortes aliados

²⁹⁶ Ver neste sentido: MICHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 33.68. Ver também: PEREIRA, Orlando P. Importância da Intervenção Pública na Economia de Mercado. In: Estudios Económicos de Desarrollo Internacional. AEEADE: Vol. 5-1 (2005), p. 117-132, disponível: <http://www.usc.es/economet/reviews/eedi515.pdf>. Acesso 31.08.2014.

a concretizar as aspirações sociais de regular a economia, por meio de políticas econômicas, sociais, de gestão pública ou de infraestrutura, que passavam a proclamar o interesse público e transindividual.

A verificação notadamente de que a economia passa por ciclos, porquanto embasada em um equilíbrio instável entre demanda consumerista, oferta de bens, produtos, e serviços, e força de trabalho, faz com que as flutuações inerentes a ela sejam corrigidas mediante atividades políticas. No livre desenvolvimento de uma economia agora regulada pelas políticas governamentais, apenas no específico intuito de corrigir suas falhas, quando a economia declina deverão os governos aumentar os gastos, e reduzir os impostos, quando a economia cresce, deverão os governos aumentar os impostos e reduzir os gastos, mediante os instrumentos políticos que têm à disposição. O intuito de minimizar as iniquidades, e distribuir mais rendas, englobando atividades mais amplas, com atuação governamental, mediante políticas sociais, e interferências na macroeconomia, além das regulações interventivas na microeconomia, faria com que as atividades estatais e de governo passassem a interessar ao direito. E do mesmo modo a percepção de que a economia passa por ciclos, a partir da crise de 1929, da política do new deal do governo Roosevelt, e da obra do economista britânico Jonh Mainard Keynes, em 1936, fizeram com que se passasse a identificar algumas falhas de mercado, capazes de justificar a intervenção estatal (direta ou indireta) no livre desenvolvimento do mercado, no intuito de realização direta ou indireta de direitos transindividuais.

As falhas de mercado, assim, viriam a minimizar o bem estar individual, porquanto não permitiriam que o livre desenvolvimento do mercado suprisse alguns interesses coletivos, pois o mercado pautado pela livre promoção e desenvolvimento dos interesses individuais não conseguiria por si só nem mesmo reflexamente conter a violação a interesses metaindividuais. Não lograria promover a oferta de bens públicos, que inevitavelmente se quedariam sub ofertados, necessitando da atuação estatal para sua provisão. A não promoção e não provisão do fornecimento de bens públicos, cujas características da não rivalidade e da não exclusividade, quando o consumo por um não invalida e nem reduz o consumo por outros, sendo o custo para um consumidor adicional igual a zero, e a plena disposição para todos impondo o reconhecimento da impossibilidade de ser mantido fora do alcance de qualquer um dos membros do grupo, acabam por impor a compreensão de que o mercado no livre desenvolvimento de interesses individuais não promove, por si só, o fornecimento destes necessários bens públicos, havendo a necessidade de atuação governamental para tal desiderato. As características destes bens de natureza supraindividual e de interesse de todos, portanto, seriam intrinsecamente incompatíveis com a economia de livre mercado. A não rivalidade e a não exclusividade

inerentes a estes bens jurídicos imporiam entender que o consumo por um não invalida nem reduz o consumo por outros;²⁹⁷ o custo por um consumidor adicional seria igual a zero, eis porque o interesse meramente individual não seria suficiente para sua provisão, por não obter vantagem na sua superveniência. A não exclusividade caracterizar-se-ia pelo fato de o bem encontrar-se disponível para um e ao mesmo tempo para todos, ou seja, não pode ser mantido fora do alcance de um membro do grupo, todos tem acesso a ele e ninguém pode por si mesmo dividi-lo ou utilizá-lo individualmente. A economia de livre mercado, pautada pelo interesse meramente individual, não seria capaz de, na sua livre disposição, manter os interesses individuais livres para se desenvolverem, não lograria em suprimir a falta de bens públicos.²⁹⁸

Outra falha observada na economia de livre mercado é a que ela pressupunha uma simetria das informações inexistente entre os agentes econômicos. A sociedade complexa atual, em um mundo amplamente massificado, se pauta ao contrário por uma latente assimetria da informação que possuem seus agentes econômicos, consistente justamente no fato de que a competição de mercado não consegue fazer com que a informação seja perfeita a todos os competidores, havendo a necessidade de intervenção estatal para melhor estruturar a livre concorrência, e para mitigar o problema real de dificuldades de acesso à informação. O consumidor por certo prefere assumir o risco moral de adquirir um produto sem as informações necessárias para seu uso adequado, do que arcar com o custo

²⁹⁷ Segundo a doutrina de Herman Benjamim: "De acordo com uma visão própria da teoria econômica, direitos e interesses comunais (noção que, em técnica jurídica, aplica-se tanto aos interesses públicos, como aos interesses ditos difusos e coletivos, estes últimos em menor escala) aparecem quando a qualquer cidadão é lícito utilizar determinados bens e ninguém - nem mesmo o Estado - tem poder para excluir a sua utilização por quem quer que seja. Pegue-se a exemplo do ar que respiramos: todos fazem uso dele e a ninguém é permitido interferir em tal exercício. Nos termos de tal teoria, só a utilização do recurso por um outro beneficiário é capaz de excluir os demais. Realmente, o ar que eu respiro não pode, ao mesmo tempo, ser utilizado por outro portador do título. Por conseguinte, enquanto usado, o recurso, em verdade, embora mantendo seu "status" de patrimônio de todos, se torna propriedade daquele beneficiário. Os bens comunais regem-se por dois princípios básicos: o princípio da indivisibilidade dos benefícios (a utilidade do bem não é divisível entre os que o utilizam, impossibilitando a sua apropriação com exclusividade) e o princípio da não-exclusão dos beneficiários (nenhum dos membros do grupo pode ser excluído de seus benefícios, a não ser que todos o sejam igualmente)". Este último princípio dá ensejo ao surgimento da figura do "carona" ("free rider"), alguém que, sem qualquer esforço pessoal, é beneficiado - reflexa e gratuitamente - de atividade alheia. Veja-se a hipótese de algumas pessoas, todas morando às margens de um lago, que resolvem investir maciçamente na sua despoluição. No instante em que suas águas cristalinas estejam de volta, ninguém pode impedir que outros cidadãos (os moradores das ruas interiores) passem a ser beneficiados - reflexa e gratuitamente - pelo esforço daquele grupo de cidadãos operosos. A se negar o benefício a um cidadão apenas - provocando-se nova poluição, por exemplo - todos sofrem, concomitantemente, a mesma exclusão. Como consequência dessa qualidade de "ser de todos e não ser de ninguém", o que se verifica na prática é que o cidadão tende a deixar que os "outros" busquem a tutela dos bens comunais, sempre que ameaçados ou danificados. Transformando-se o bem comunal, no instante de seu uso ou de sua violação localizada, em verdadeira "propriedade privada" do beneficiário-vítima, é natural que os outros titulares, embora também afetados por aquela violação específica, não se sintam motivados a proteger o interesse comunal que, circunstancialmente - naquele momento apenas -, sofre um distúrbio que é maior em relação à vítima direta do que em relação ao conjunto global dos outros beneficiários." Por conseguinte, os bens comunais (e a partir deles, os direitos e interesses difusos e coletivos), criam uma forte necessidade de "personificação", como forma de estimular a sua proteção. É por isso que a ordem jurídica, de uma hora para a outra, passa a enxergar o meio ambiente como bem cuja titularidade - pelo menos para fins de seu resguardo - deve ser materializado e individualizada em alguém: o próprio Estado (União, Estados, Municípios, Ministério Público, Defensorias Públicas) ou um ente privado (associação ou cidadão isolado). Decorre daí, igualmente, a necessidade que encontra o legislador de funcionalizar, como dever, a proteção do meio-ambiente." BENJAMIN, Antonio Herman. Função Ambiental. In: Dano ambiental: prevenção, reparação, e repressão. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993, p. 59-61).

²⁹⁸ Ver neste sentido: MICHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 33.68. Ver também: PEREIRA, Orlando P. Importância da Intervenção Pública na Economia de Mercado. In: Estudos Econômicos de Desenvolvimento Internacional. AEEADE: Vol. 5-1 (2005), p. 117-132, disponível: <http://www.usc.es/economet/reviews/eedi515.pdf>. Acesso 31.08.2014.

por vezes demasiado para se informar. O exemplo do mercado da construção civil, em que é inviável ao consumidor arcar com custos largos para promover cálculos periciais acerca da viabilidade, capacidade e segurança dos novos empreendimentos, demonstra esta asserção, devendo o estado regular e fiscalizar a observância de parâmetros mínimos para a exploração deste mercado.²⁹⁹

Os Monopólios, por sua vez, acabam muitas vezes sendo necessários para a fiel provisão de determinados serviços, a exemplo, dos serviços de água e esgoto, em que não existe a possibilidade de haver concorrência, mas um único fornecedor necessita implementar um grande mercado consumidor, por vezes cidades ou estados, para poder ofertar o serviço ao amplo acesso de todos os cidadãos à rede destes serviços essenciais. O problema é que por vezes para alcançar mais consumidores a infraestrutura acaba sendo mais custosa do que os benefícios de uma tarifa baixa, havendo a necessidade de um estado interventor e regulador para evitar o aumento arbitrário das tarifas e a inviabilização de prestação destes serviços essenciais à significativa parcela da população. O que corresponde a dizer que os monopólios por vezes geram ineficiências, estática ou dinâmica, a primeira porque a dimensão dos custos fixos se queda muito elevada comparativamente aos custos variáveis, e a segunda pela ausência de incentivos para investir em novas tecnologias e inovações.³⁰⁰

Outra questão importante a se ressaltar é que o mercado livremente desenvolvido redundaria na ocorrência inevitável de externalidades negativas, caracterizadas pelo fato de os custos privados não restarem totalmente internalizados e serem, por consequência, distribuídos e absorvidos por toda a sociedade. Isto gera a deterioração dos demais fatores de produção dos outros agentes econômicos, e acarreta também a perda do bem-estar individual. As externalidades negativas são mais caracteristicamente vislumbradas na questão ambiental, em que o empreendedor por vezes não incorpora os custos que serão largamente socializados, sendo, a longo prazo, amplamente prejudicados todos os habitantes do planeta inclusive o próprio agente econômico responsável pelas externalidades.³⁰¹ As falhas de mercado redundam portanto em violação de interesses transindividuais.

²⁹⁹ Ver neste sentido: MICHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 33.68. Ver também: PEREIRA, Orlando P. Importância da Intervenção Pública na Economia de Mercado. In: Estudios Económicos de Desarrollo Internacional. AEEADE: Vol. 5-1 (2005), p. 117-132, disponível: <http://www.usc.es/economet/reviews/eedi515.pdf>. Acesso 31.08.2014.

³⁰⁰ Ver neste sentido: MICHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 33.68. Ver também: PEREIRA, Orlando P. Importância da Intervenção Pública na Economia de Mercado. In: Estudios Económicos de Desarrollo Internacional. AEEADE: Vol. 5-1 (2005), p. 117-132, disponível: <http://www.usc.es/economet/reviews/eedi515.pdf>. Acesso 31.08.2014.

³⁰¹ Ver neste sentido: MICHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 33.68. Ver também: PEREIRA, Orlando P. Importância da Intervenção Pública na Economia de Mercado. In: Estudios Económicos de Desarrollo Internacional. AEEADE: Vol. 5-1 (2005), p. 117-132, disponível: <http://www.usc.es/economet/reviews/eedi515.pdf>. Acesso 31.08.2014.

Neste contexto, ocorre uma inevitável necessidade de intervencionismo estatal, consistente na regulação, que protege/beneficia um público como um todo (políticas fiscais, distributivas, estabilizadoras (anticíclicas), ou ainda pode ser direcionada para apenas uma parcela da sociedade, no intuito de melhoras na alocação de recursos, e na indução de comportamentos aos agentes econômicos (outorgando incentivos, regulando externalidades, etc.), podendo ainda ocorrer mediante fiscalização e planejamento, conforme previsto no art. 174 da Constituição Federal, porquanto o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, poderá exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. A intervenção direta, assim, conforme previsto no art. 173 da Constituição Federal, é quando o Estado exerce atividade econômica diretamente, na medida em que se preenche semanticamente os conceitos indeterminados do relevante interesse coletivo ou imperativos da segurança nacional. E o dirigismo, ainda, se perfaz pela atuação mais sistemática e imperativa do estado na economia, visando alcançar objetivos pré-determinados. Tratam-se de intervenções diretas e indiretas que procuram a tutela e promoção de interesses transindividuais.

Diante destes apontamentos, portanto, é possível aproximar políticas públicas como uma tarefa de intervenção estatal indireta na economia, ainda que o objetivo central e ostensivo seja outro, como a realização de direitos supraindividuais ou coletivos, na construção do interesse público, o impacto na economia se verificará inevitavelmente, sempre alcançando um viés econômico. De extrema dificuldade, contudo, delinear uma conceituação unívoca, porque se trata de um conceito interdisciplinar, que possui uma definição multifacetada. O conceito de políticas públicas aproxima-se de um processo decisório que envolve conflitos de interesses, ligando-se a um programa de atuação estatal (em sentido amplo) e à forma com que o governo executa as decisões de sua gestão, ou no âmbito institucional ou no âmbito social, havendo hodiernamente uma conclamação social para que a gestão pública passe a ser colorida com a participação cidadã (isto ocorre pelo fato de por vezes as decisões governamentais virem a interferir diretamente na vida dos cidadãos), e também pelo cada vez maior relevo que existe atualmente da proteção de direitos transindividuais cuja incumbência não é somente do estado mas de toda a sociedade de modo compartilhado com o ente estatal. A gestão sociocêntrica nas políticas públicas é uma exigência que aproxima ela da maior efetividade dos direitos transindividuais.

As políticas públicas resumem-se, portanto, a processos decisórios que dão impulso, movimento à máquina estatal, e na lição de Maria Paula Dallari Bucci,³⁰² podem ser definidas como um programa de ação governamental, ou um conjunto de medidas articuladas, a se realizar no âmbito social ou econômico, no intuito paulatino de realizar direitos sociais, como saúde, educação, habitação, assistência social, ou inclusão mediante ações afirmativas; ou ainda de fomento da economia, mediante a geração de empregos, políticas fiscais, monetárias, industriais ou agrícolas, como a exemplo destas últimas, o subsídio dado pelo governo às cédulas de crédito industrial, comercial ou rural, no intuito de fomentar uma demanda setorizada; podendo englobar também processos de gestão pública, ou de infra estrutura, a exemplo do primeiro, mediante arrecadação, atendimento ao cidadão, políticas de recursos humanos (capacitação de funcionários públicos), e a exemplo do segundo, com investimento em transportes, telecomunicações, abastecimento, saneamento, políticas de proteção ao meio ambiente, energia, em benefício do equilíbrio econômico e do bem estar de todos os cidadãos. Um programa de ação governamental assim será a soma do projeto – que se estrutura nos planos de governo – com a decisão de sua execução e a alocação de recursos orçamentários para seu desenvolvimento, cuja gestão deve ser compartilhada com os cidadãos diretamente interessados.

As políticas públicas, ademais, observando-se o modelo de estado liberal na ordem econômica que atualmente existe no Brasil,³⁰³ para observar a coerência da instituição de uma economia de livre mercado, devem ser temporárias, e atender demandas setorizadas, no intuito específico de promover o reequilíbrio econômico. O surgimento da política se dá através de uma agenda, passando pela fase de formulação e de implementação, até posteriormente necessitar de uma avaliação de seus resultados, cuja fiscalização deverá ser exercida pelo legislativo, executivo, ou até pela própria sociedade civil, havendo quem sustente atualmente a necessidade de se exercer este controle por meio dos Tribunais de Contas.

A maior participação social na gestão pública, com uma administração participativa, sócio-cêntrica, com os cidadãos participando da avaliação dos resultados das políticas públicas, é atualmente também uma aspiração cada vez maior da sociedade e de setores especializados, notadamente diante da cada vez maior proteção aos direitos transindividuais. Para alcançar o bem estar dos indivíduos e da coletividade é necessário a participação ativa, livre e significativa do cidadão na distribuição dos benefícios do

³⁰² Nesse sentido ver: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p.01-33.

³⁰³ O artigo 174 da Constituição Federal prega que “*como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*”, portanto, sendo a regulação meramente indicativa para o setor privado, conclui-se que o Estado brasileiro é liberal na ordem econômica, ainda que possa vir a ser interventor na ordem social.

desenvolvimento,³⁰⁴ não havendo, portanto, pelo menos de modo expresso no ordenamento brasileiro uma menção à subsidiariedade estatal, porquanto deve existir uma atuação concertada da sociedade civil e do estado na realização das políticas públicas, independentemente do sucesso ou insucesso dos agentes econômicos privados em promover ou tutelar o interesse público e supraindividual.³⁰⁵

Deste modo, pode-se dizer que as políticas públicas no Brasil ostentam uma natureza interdisciplinar e adentram a um conceito jurídico prementemente indeterminado,³⁰⁶ na medida em que exercem o papel decisório na gestão estatal e governamental, tanto na aplicação do orçamento público, quanto na regulação, fomento, incentivo e planejamento da atividade econômica, podendo servir para implementar a gestão pública e promover a infraestrutura necessária ao desenvolvimento econômico e social do país, devendo deter atuação preponderante na realização dos interesses coletivos e supraindividuais e na construção do interesse público, não podendo ser dissociada contudo do viés econômico que ostenta na contenção anticíclica de externalidades e falhas de mercado diante uma economia que possui uma estrutura ainda predominantemente liberal.

As políticas públicas podem ser associadas, assim, à realização direta ou indireta de direitos coletivos e transindividuais, como a realização de direitos sociais, a proteção do patrimônio histórico e cultural, a moralidade e probidade na administração pública, a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou mesmo a realização de interesses sociais na sua dimensão objetiva, tal qual direitos sociais e econômicos da massa consumerista.³⁰⁷ Ditos direitos passam a partir do século XX, e diante a ruptura dos modelos codificados de atividade legislativa, a serem tutelados mediante inúmeras legislações extravagantes, que não mais detém uma uniformidade sistemática própria, porquanto não mais estruturados em códigos legislativos, mas observando-se a partir de então a necessidade de acompanhar a fragmentação social mediante a existência de microsistemas legislativos.

³⁰⁴ “A resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 04 de dezembro de 1986, que consagrou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU, estabelece que “o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem estar de toda a população e de todo os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.” (cf. GABARDO, Emerson. Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte, ed. Fórum, 2009, p. 246).

³⁰⁵ Nesse sentido ver GABARDO, Emerson. Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte, ed. Fórum, 2009, p. 203-250.

³⁰⁶ Nesse sentido ver: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p.01-33.

³⁰⁷ Pode-se sustentar, seguindo-se a doutrina de Ingo Sarlet, que os direitos sociais, econômicos e da massa consumerista, possui uma dimensão subjetiva, quando passíveis de realização individualizada, daí portanto sendo subjetivado, e outra dimensão objetiva, na qual deles se extraem as características de interesses transindividuais, que transcendem os indivíduos, sendo por exemplo o acesso não ao ensino obrigatório e gratuito, mas à construção de uma escola na circunscrição de seu município, ou a construção de um hospital para garantir a saúde de uma comunidade, ou ainda, o acesso ao transporte escolar gratuito para uma comunidade longínqua da área urbana. Esta faceta segundo o autor transcende a perspectiva subjetiva e desemboca no reconhecimento de normatividade e de conteúdo normativo de aspecto transindividual (Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição. 2012, p. 142-151).

Assim sendo, levando em consideração que a previsão legislativa destes novos direitos de caráter coletivo e transindividuais somente passam a ocorrer mediante conceitos abertos, cuja colmatação valorativa acaba por se concretizar na realização de uma atividade política, pode-se afirmar que as políticas públicas têm íntima relação com a realização de direitos coletivos e transindividuais. É dizer, conquanto os direitos individuais se realizassem pessoalmente e mediante ações particulares ou mesmo estatais, mas individualizáveis; os direitos difusos e a dimensão transindividual dos bens coletivos, que vinham surgindo na primeira metade do século XX,³⁰⁸ apenas poderiam ser concretizados na realidade social mediante políticas públicas,³⁰⁹ ou seja, atuações estatais de caráter não individualizado.

Os direitos não pessoais, portanto, realizáveis ou não individualmente, que ostentam uma dimensão objetiva e transindividual, como os direitos sociais, culturais, econômicos, e ambientais,³¹⁰ que vinham se impondo ante as reivindicações coletivizadas das classes menos favorecidas, e as exigências e debates internacionais a respeito da necessidade de proteção do meio ambiente,³¹¹ viriam a ser concretizados ou efetivados na realidade social, mediante uma atuação estatal no intuito de guarnecer a igualdade substancial, a liberdade ou ainda a fraternidade e solidariedade.

É assim, pois, que os direitos coletivos e transindividuais – integrados por bens jurídicos transindividuais de objeto indivisível - começam a surgir no meandro jurídico, tais como valores esquecidos, mas que passam a ocupar espaço relevante nos ordenamentos jurídicos, passam a conviver com as outras categorias jurídicas (individuais, coletivas *stricto sensu*, cujos sujeitos são determinados ou determináveis, assim como os individuais homogêneos, cujo objeto é divisível e determinados os destinatários), podendo até mesmo por vezes se acoplarem e se confundirem, muitas vezes não havendo entre eles sequer

³⁰⁸ Para Paulo Bonavides os direitos de segunda geração “*dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX*” (BONAVIDES. Paulo, Curso de Direito Constitucional, 23ª edição, Ed. Malheiros, p.564).

³⁰⁹ Leciona Sérgio Cruz Arenhart que “(...) é (...) natural à ação coletiva colocar a discussão a respeito de dois ou mais interesses relevantes, em condição oposta no processo. Diante disso, o juiz é normalmente colocado a interferir em um destes interesses, a fim de beneficiar o outro, o que implica, muitas vezes, um papel político do magistrado na eleição do interesse ‘mais relevante’ e que merecerá, no caso, proteção. A eleição destas “prioridades de relevância”, no mais das vezes, dotará o magistrado de elevada carga de escolha pessoal, firmada em critérios subjetivos, algo a que os juízes não estão ainda habituados, pois é algo que não se verifica de regra em ações individuais.” (ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário, Disponível em: http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf, p.03. Acesso em 20/04/2014).

³¹⁰ Carlos Marés ensina que: “Na metade do século vinte, quando ainda não estava de toda assentada a produtividade como elemento a compor o direito de propriedade da terra o mundo assistiu a necessidade de preservar o meio ambiente, de manter a biodiversidade, a vida das espécies, inclusive daquelas a quem o homem chamava de nocivas. Esta necessidade de preservação do ambiente sadio começou a ser reconhecido como direito. Este direito não se parece com o direito de propriedade excludente, mas com aquele geral que ficou perdido na cultura constitucionalista, de que cada um tem o direito de não ser excluído dos frutos da terra e de seu uso. Isto é um direito coletivo, inalienável no sentido técnico da palavra e, portanto, inapropriável individualmente. Dito de forma mais direta para o sistema, um direito que não admite contrato e dele não se origina. O direito coletivo ao meio ambiente sadio engloba o direito a não passar fome, não sofrer miséria, poder viver em paz” (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Função Social da Terra. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2003, p. 14-15).

³¹¹ Vide a respeito a Conferencia das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Conferencia de Estocolmo de 1972), a ser tratada mais adiante neste trabalho.

uma separação certa e unívoca, como anteriormente existia entre o espaço público e o privado, porquanto por vezes a violação de um único bem jurídico pode violar interesses coletivos *stricto sensu* e ao mesmo tempo interesses difusos. E isso porque, os direitos sociais, a exemplo, possuem uma dimensão subjetiva e uma outra dimensão objetiva, podendo ser realizados individualmente, a exemplo do direito à saúde (remédios, procedimentos cirúrgicos urgentes), mas também ostentam uma dimensão objetiva e que alcança interesses transindividuais, como a exemplo, a necessidade de se ter saúde não somente do indivíduo mas de uma população, com a construção de um hospital para a comunidade, cujos recursos públicos devem ser alocados mediante atuações políticas, ou com reivindicações de políticas públicas para controlar doenças ou para incutir na populações hábitos mais saudáveis de estilo de vida.³¹²

Referidas reivindicações sociais acabaram por gerar, para além do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, orientador dos denominados direitos fundamentais de primeira geração, também no Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, ambos de 16 de dezembro de 1966, e na Convenção de Estocolmo de 1972, que delinearão as primeiras objetivações referentes à proteção dos direitos fundamentais de segunda e terceira geração.

Assim, não mais se exigiria do Estado unicamente a abstenção ou a promoção e proteção unicamente dos direitos individuais e da propriedade, passando-se a verificar que a eles se somavam agora novos direitos de cunho coletivos, como os direitos sociais, económicos, culturais, e ambientais, que passariam a exigir do estado uma atuação proativa em benefício de camadas sociais vulneráveis, e inclusive das futuras gerações. O direito liberal baseado na máxima de que o estado poderia deixar o mercado se auto regular, quedou-se seriamente questionado, máxime diante as inúmeras ameaças de revoluções proletárias e de conseqüente quebra do sistema capitalista, que começaram a ocorrer no início do século XX, decorrentes das vulneráveis situações económicas e financeiras das grandes potências naquele período, espelhada pelas grandes crises económicas (como a crise de 1929, e a recessão da Europa pós-primeira guerra mundial).

Passou-se a reivindicar, neste contexto, diante a conjuntura económica e social fragmentada, a necessidade de um estado intervencionista, que não somente estabelecesse garantias genéricas aos grupos vulneráveis como também que realizasse políticas de inclusão social e de realização do pleno emprego.³¹³ Construiu-se a partir daí a ideia de um

³¹² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição. 2012, p. 142-151.

³¹³ A este respeito, necessário deixar desde já claro, na esteira da lição de Rodolfo Camargo Mancuso, que “a circunstância de os interesses difusos apresentarem contornos fluidos, móveis, esbatidos, de difícil e quase impossível individualização, não impede que a eles façam alusão, implícita ou até explícita, as Cartas Constitucionais. (...)” É possível identificar assim interesses difusos “cuja tutela venha prevista na Carta Magna, embora alguns deles decorram de interpretação sistemática e/ou teleológica do sistema constitucional; neste último caso, pode-se invocar a ‘teoria da penumbra’, do Direito norte-

estado social de direito, um estado de bem estar social, ou *Welfare State*. Caberia ao estado a partir de então atuar para garantir um mínimo de igualdade substancial entre os destinatários destes direitos sociais, culturais, econômicos, e ambientais, para que não houvesse rupturas sociais mais graves que pregassem a implantação de um novo regime econômico, e ao mesmo tempo, para que continuasse as bases vigentes do sistema econômico, a transformar todos os cidadãos em trabalhadores, capazes de consumir, e manter as rígidas definições do sistema jurídico em plena operação. Na verdade, passou-se a exigir do ente estatal atuação na realização e concretização destes novos direitos de coletividades que vinham surgindo, no intuito de construir um tecido social minimamente homogêneo – com a manutenção do sistema capitalista – e a garantia de efetividade aos direitos fundamentais de segunda e terceira geração.

03.3.2 A estruturação dos direitos transindividuais e a sua realização mediante políticas públicas.

Estes novos sujeitos sociais que vinham surgindo almejavam a proteção de bens jurídicos intangíveis ligados a organizações coletivas, na expressão de entes representantes de consumidores, trabalhadores, ou mesmo em prol de interesses não individualizáveis (como a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural, a proteção do equilíbrio ambiental – que não pertencem efetivamente a ninguém individualmente e nem a todos indistintamente, porquanto sua proteção seria destinada às futuras gerações igualmente, de modo que ninguém isoladamente poderia deles dispor). Tais bens intangíveis e difusos que não seriam passíveis de realização individual, apenas se realizariam coletivamente no seio social mediante políticas públicas, porquanto exigiriam do estado uma atuação, seja com o estabelecimento de garantias genéricas,³¹⁴ seja com efetiva realização de direitos não pessoais, porque para a promoção e continuidade do ideal capitalista era necessário a promoção de uma relativa igualdade substancial, pressuposto para o exercício e desdobramentos das liberdades individuais, e ainda a promoção e proteção da solidariedade e da fraternidade.

O estado intervencionista na ordem social passaria a se impor como solução para as inúmeras mazelas e perversidades que o sistema econômico vinha gerando com a vida

americano, pela qual é lícito 'extrair' um interesse a partir de outro que esteja expressamente tutelado, quando eles se pressupõem ou seja conexos." (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 97)

³¹⁴ "(...) os interesses difusos (...) são referíveis a um conjunto indeterminado ou dificilmente determinável de sujeitos, contrapõem-se fundamentalmente a esse esquema tradicional, visto que a tutela não pode mais ter por base a *titularidade*, mas a relevância, em si, do interesse, isto é, o fato de sua relevância social. (...) a relevância jurídica do interesse não mais advém de sua afetação a um titular determinado, mas, ao contrário, do fato de que esse interesse concerne a uma pluralidade de sujeitos. Dir-se-ia que o raciocínio passa a ser o seguinte: se o interesse individualizável pode merecer a atenção do Direito, a fortiori deve merecê-la o interesse de muitos, ainda que não identificáveis." (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 80).

de pessoas pertencentes a grupos sociais mais vulneráveis, invocando-se como solução a ampla intervenção estatal no desenvolvimento da economia. Um estado hiper interventor promovendo o pleno emprego, realizando obras públicas, e efetivamente promovendo a manutenção da difícil balança do sistema econômico entre a mão de obra e o consumo, garantindo o desenvolvimento do capital e da acumulação capitalista.

Perceba-se que o surgimento destes novos sujeitos sociais e destes novos direitos coletivizados e não pessoais, passou a impor na conformação jurídica algumas dificuldades e incongruências, justamente por não serem frutos de uma relação jurídica bem definida entre seus destinatários e o ente estatal,³¹⁵ mais se parecendo apenas com garantias genéricas, cuja realização seria por vezes impassível ou ao menos muito difícil, dada a direção que as necessárias políticas públicas poderiam angariar, não na inclusão social e distribuição de renda, mas expostas aos interesses políticos e às esquizofrênicas violações do interesse público. Fica prejudicada nesta acepção a noção de direitos subjetivos e de pretensão, e até mesmo a terminologia interesse, no tocante aos direitos transindividuais, assume outra concepção, conforme bem reporta Rodolfo de Camargo Mancuso:

“(…) Nos embates entre os direitos subjetivos dos particulares ou entre estes e o Estado, verifica-se o que se pode chamar de ‘litigiosidade definida’, visto que, de um lado, os lindes da controvérsia são bem definidos na pretensão e na resistência; de outro lado, as situações emergentes – por isso que derivam de direitos – são já balizadas por normas jurídicas. Há lide, controvérsia, demanda, porém, não de caráter difuso. No campo dos interesses difusos, outra coisa se dá: eles estão soltos, fluidos, desagregados, disseminados entre segmentos sociais mais ou menos extensos; não têm um vínculo jurídico básico, mas exsurtem de aglutinações contingenciais, normalmente contrapostas entre si. Como diz Ada Pellegrini Grinover, ‘trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à ‘qualidade de vida’. E essas necessidades e esses interesses, de massa, sofrem constantes investidas, frequentemente também de massa, contrapondo grupo versus grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os polos. Então o que deflui desse entrecchoque de massas de interesses é que os conflitos daí resultantes não guardam as características dos conflitos tradicionalmente concebidos(…), mas ao contrário, apresentam contornos diversos: não se trata de controversia envolvendo situações jurídicas definidas (…), mas de litígios que têm por causa remota verdadeiras escolhas políticas. (...)”³¹⁶

Mesmo a expressão cunhada por Robert Alexy (1945-atual) da realização dos direitos a uma prestação, cujo desdobramento se daria em direitos a proteção, direitos a organização e direitos a uma prestação fática,³¹⁷ todas estas acepções caracterizariam na verdade expressões individualizadoras da obrigatoriedade de atuação pelo estado para a realização de um direito a prestação, ou seja, não se afastam da subjetivação dos direitos,

³¹⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso assevera que “(…) a marcante conflituosidade interna deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico bem definido, mas derivam de situações de fato (efêmeras), contingentes, por vezes até ocasionais” Por ser efêmera a duração do interesse difuso “deve ele ser tutelado prontamente, antes que se altere a situação de fato que o originou” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 86-87 e 90).

³¹⁶ MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 85.

³¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ed. Malheiros. 2008, p.444.

com sua individualização, de modo a apenas serem concatenados com os direitos não pessoais realizáveis individualmente (como os direitos de segunda geração), mas não com os direitos não pessoais não realizáveis individualmente, que não são sequer passíveis de subjetivação.

Portanto, como os direitos coletivos não pessoais, mas realizáveis individualmente, são passíveis de subjetivação mediante a possibilidade fática de serem eles individualizados, a exemplo dos direitos coletivos *stricto sensu*, cujos sujeitos determinados ou determináveis, ligados por uma relação jurídica, podem vir a conceber ou necessitar de direito a uma prestação fática, ou à organização ou proteção, porquanto analisados individualmente, ainda que de objeto indivisível, mas passível de realização individual, como o direito à defesa do consumidor,³¹⁸ à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, conforme o artigo 6º da Constituição Federal, sendo possível se enquadrar na concepção doutrinária individualista, em relação aos direitos transindividuais o raciocínio é diferente.

Em relação aos direitos transindividuais, justamente pelas suas características não individualizáveis, não fica adequada as categorizações anteriormente cunhadas,³¹⁹ haja vista que os direitos transindividuais de caráter difuso não se enquadram nos direitos subjetiváveis à uma proteção, à organização, à uma prestação fática, pois são direitos não pessoais que não podem ser realizados individualmente, não sendo passíveis de individualização justamente pela sua característica de transindividualidade,³²⁰ como o direito à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a proteção e tutela do patrimônio histórico e cultural, cujo interesse na proteção cultural para as futuras gerações não se confunde com o interesse de manutenção do objeto material em que situa o bem socioambiental; ou ainda a tutela da probidade administrativa, cujas intersecções podem vir a ocasionar prejuízos à coletividade em si mesmo considerada como indivisível em sua

³¹⁸ Pode haver direitos à defesa do consumidor, não obstante, que não se realizam individualmente, a exemplo da publicidade enganosa ou abusiva a qual não pode ser dividida sua lesão, detendo destinatários não possíveis de se determinar, mas necessariamente tratada pelos efeitos difusos que congrega, a um sujeito indeterminado e não passível de se determinar.

³¹⁹ “Os interesses difusos pertencem ao gênero ‘interesses meta ou supraindividuais’, aí compreendidos aqueles que passam a órbita individual, para se inserirem num contexto global, na ‘ordem coletiva’, *lato sensu*. Nesse campo, o primado recai em valores de ordem social, como o ‘bem comum’, a ‘qualidade de vida’, os direitos humanos’ etc. Os conflitos que aí podem surgir trazem a marca da impessoalidade, isto é, discute-se em torno de valores, de idéias, de opções, fazem-se escolhas políticas; não está em jogo a posição de vantagem de A em face de B e, sim, cuida-se de aferir qual a postura mais oportuna e conveniente dentre um leque de alternativas, aglutinadas nos diversos grupos sociais interessados, (...)” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 120).

³²⁰ “(...) se o *interesse* é sempre uma relação entre uma pessoa e um bem (*quod inter est*), no caso dos interesses difusos essa relação é super ou metaindividual, isto é, ela se estabelece entre uma certa coletividade, como sujeito, e um dado bem da vida ‘difuso’, como objeto. Certo, pode suceder que esses interesses, num caso concreto, venham a ser veiculados, exteriorizados por um dos sujeitos ou mais uma entidade (o ente *esponenziale* a que alude a doutrina italiana), mas isso não altera a essência dos interesses, que permanecem ‘difusos’, pelo fato de se referirem a toda uma coletividade, indistintamente. De outra parte, visto que os interesses difusos se encontram ainda num estágio ‘fluido’, de formação, no seio da comunidade, impõe-se não confundi-los com aqueles interesses que, conquanto afetados à sociedade civil, já mereceram enquadramento específico no sistema jurídico e não comportam controvérsia em nível indivíduo *versus* indivíduo: pense-se no interesse à defesa comum, à ordem pública, à saúde pública. (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 81-82).

acepção material. Tratam-se de expectativas legítimas que merecem ser analisadas como inerentes ao inconsciente coletivo da comunidade enquanto humanidade (raça humana) em si mesma considerada, havendo deste modo de se pensar em uma pretensão de ordem coletiva advinda de toda a comunidade enquanto entidade massificada, com sentimentos transindividuais ou metaindividuais, formadores de uma moralidade em abstrato de ordem massificada e supra individual.

Desse modo, ao mesmo tempo em que se intentou cunhar os direitos sociais, culturais e econômicos como expressão individualizadora (direito público subjetivo), ou seja, como se houvesse efetivamente a possibilidade de o indivíduo exigir uma prestação em face do estado,³²¹ se instaurou no direito a ideia de que os conceitos abertos estabelecidos de direitos não pessoais, ainda que realizáveis individualmente, não poderiam ser *prima facie* autoaplicáveis, justamente pela impossibilidade de se exigir do ente estatal a efetivação de direitos que dependem de decisões políticas (situadas a princípio fora da esfera de intervenção do judiciário, no âmbito da discricionariedade do administrador e dependentes dos ciclos econômicos e de vontade política para sua implementação).³²²

A incongruência se manifestaria no fato de que as relações capitalistas instauradas no poder, pelos detentores do mando econômico, não teriam interesses em promover e aliar um significativo avanço social mediante a implementação custosa destes direitos coletivos e transindividuais; mas apenas e tão somente uma garantia mínima para que pudesse se

³²¹ Segundo Gilmar Mendes, “no final do século XIX, Jellinek desenvolveu a doutrina dos quatro status em que o indivíduo por encontrar-se em face do Estado. Dessas situações, extraem-se deveres ou direitos diferenciados por particularidades de natureza. O indivíduo pode achar-se em posição de subordinação aos Poderes Públicos, caracterizando-se como detentor de deveres para com o Estado. Este tem a competência para vincular o indivíduo, por meio de mandamentos e proibições. Fala-se, aqui, em status subjectionis, ou em status passivo. A circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos Poderes Públicos. Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvinculado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do Estado ‘é exercida sobre homens livres’. Nesse caso, cogita-se do status negativo. Em algumas situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. O indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor. O seu status é, assim, positivo (status civitatis). Jellinek cogita, ainda, de um quarto status, que denomina ativo, em que o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, como, por exemplo, pelo direito de voto. O indivíduo exerce os direitos políticos. A partir dessa teoria, que foi recebendo depurações ao longo do tempo, podem-se decalcar as espécies de direitos fundamentais mais frequentemente assinaladas – direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos a prestações (ou direitos cívicos). A essas duas espécies alguns acrescentam a dos direitos de participação. (MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 289).

³²² Obviamente que esta inferência nos dias de hoje não mais se sustenta, havendo inúmeros julgados pelo Supremo Tribunal Federal que admitem a legitimidade da atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição da República e não efetivadas pelo poder público, na medida em que nesses casos estarão elas a realizar e efetivar diretamente os direitos e garantias constitucionais, consignado pois a possibilidade eventual de “intervenção excepcional do poder judiciário na implementação de políticas públicas” (cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 718665 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, Public 24-03-2014; RE 581352 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013; RE 763667 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 12-12-2013 PUBLIC 13-12-2013. Conforme a ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGURANÇA PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. (...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF, RE 628159 AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, jul. 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 14-08-2013 PUBLIC 15-08-2013). Nesse exato sentido: AI 829984 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 07-08-2013 PUBLIC 08-08-2013; RE 563144 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, jul. 19/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 15-04-2013 PUBLIC 16-04-2013;

manter a escorregada fruição das liberdades individuais, necessárias à manutenção do *status quo*. Aí surge a ideia de que estes direitos sociais, culturais, econômicos, e ambientais, instituídos nas legislações a partir do século XX, viriam a se tornar apenas uma simbologia para a manutenção do *status quo*, constituindo verdadeiro embuste para acalmar conflitos sociais, com compromissos meramente dilatatórios, mas sem possuírem uma real efetividade no seio social. Sem embargo de se pensar ainda, para tornar mais difícil o raciocínio, que uma pretensão coletiva derivada dos sentimentos do inconsciente coletivo de um povo, uma população, ou uma comunidade, dificilmente pode ser encarada como reflexo de sentimentos unívocos, por certo sempre haverá uma conflituosidade interna significativa, na incorporação sistêmica de interesses meta individuais.³²³

Daí porque, conforme vai dizer Canotilho, os direitos sociais, econômicos e culturais não se materializam necessariamente como direitos subjetivos públicos, mas apenas como programas ou diretrizes sem a correspondente auto aplicabilidade *prima facie*, isso seja pelos ditames econômicos que parametrizam o direito, seja pelo ordenamento internacional que direciona as relações internas.³²⁴ Ou seja, os direitos sociais, culturais e econômicos, categorizados como direitos não pessoais, passíveis de individualização ou não, seja pela dificuldade de se rotular como estruturas jurídicas subjetivas individuais,³²⁵ seja pela dependência para realização dos ciclos econômicos inevitáveis aos quais se ligam as políticas de implementação destes direitos coletivos, passam a ser meras estipulações ou programas a que o estado não teria a obrigatoriedade de observar, em razão das circunstâncias econômicas que movem o poder estatal – dominado pelas determinações das relações econômicas e dos ciclos econômicos inevitáveis do capitalismo.

Assim, ao mesmo tempo em que se idealiza a pretensão de um direito a uma atuação estatal, como expressão individualizadora,³²⁶ também se idealizou o esvaziamento

³²³ Diferentemente seria de interesses como a saúde pública ou a segurança pública, adstritos ao âmbito do interesse público, perante os quais, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, “se conflitos podem ocorrer, eles não terão a dimensão e a intensidade dos interesses difusos, porque, no máximo, poderá ser questionada a qualidade ou o modo pelo qual aqueles valores vêm tutelados pelo Estado, mas não se pode conceber a existência de interesses *diametralmente* opostos a esses valores; como poderia um ente esponzenziale sustentar interesses contrários à saúde pública ou à segurança pública? No máximo, a dialética se restringiria à forma, ao modo, ou à qualidade da tutela a esses valores; de outra parte, o conflito oporia indivíduo versus autoridade, e não, propriamente, os indivíduos entre si” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 88).

³²⁴ Ver nesse sentido a obra: CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Editora Coimbra, 2001, prefácio V-XXX. A este respeito ainda ensina o Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “Quando ouvimos dizer que os direitos econômicos, sociais e culturais não são verdadeiros direitos, porque não há poder subjetivo de obrigar à sua realização ou porque pressupõe sempre prestações estatais, recorta-se *a priori* uma estrutura de direito subjetivo pretensamente válida para todos os direitos e ramos do direito (...) mesmo neste questionamento dogmático, não temos grandes certezas e é preciso aprofundar o tema” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Canotilho e a Constituição dirigente, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 32).

³²⁵ O único direito social que expressamente se materializa como direito público subjetivo, quando realizado individualmente, é o direito à educação previsto no artigo 208, da Constituição da República do Brasil, nos seguintes termos: “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) §1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

³²⁶ A racionalidade científica cunhou expressão da pessoa humana enquanto indivíduo isoladamente considerado, como obra pronta e acabada, que logrou se impor a todas as ciências na época do iluminismo, tendo sido juridicamente expressado pela

da concepção programática das normas que não geravam correspondentes direitos individualizados de modo automático, dado também que em alguns casos, como os direitos culturais e/ou direitos ambientais, sequer se poderia pensar em individualizá-los, porquanto não se destinam a somente uma única pessoa nem tampouco a todos indistintamente, uma vez que também se destinam às futuras gerações, passando-se a alterar o foco de atenção na concepção destes direitos, no sentido de que, não poderiam gerar direitos subjetivos individualizados, mas tão somente o dever do estado em protegê-los de modo coletivo e indivisível, através de atividades políticas.³²⁷

Uma das facetas das políticas públicas representa, portanto, a expressão da concretização dos direitos coletivos, econômicos, sociais, culturais, e ambientais, que poderia se determinar por expressões não individualizadoras, dado a correspondente perda de eficácia e o esvaziamento das concepções meramente programáticas e diretrizes simbólicas dos direitos sociais, que não vinculariam nem o legislador nem o executivo.

E os conceitos abertos da técnica legislativa viria a conceder grandiosa ajuda na construção da liberdade administrativa, que se estabeleceu para que o executivo pudesse, sob o manto de sua discricionariedade, estabelecer políticas públicas para a realização coletivizada de direitos sociais ou mesmo para a regulação da economia, agindo mediante um juízo de oportunidade e conveniência, encontrando assim um espaço nas legislações dotadas de signos semânticos indeterminados, cujos termos abertos são capazes de fazer com que haja pelo aplicador da norma uma “opção política”.

concepção formulada como direitos amplamente individualizáveis, tal qual sujeitos isolados e independentes detentores de personalidade e vontade.

³²⁷ Não que as políticas públicas não existiam antes, porque basta pensarmos na construção do estado (nos antecedentes estados liberais) para denotar-se a existência de políticas responsáveis pela regulação ou fomento da economia, para a proteção única dos direitos individuais, mas estas seriam políticas públicas econômicas. Segundo Maria Paula Dallari Bucci (in: O conceito de política pública em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006) as políticas públicas (sociais ou econômicas) competem, em regra, ao poder executivo, dentro das diretrizes e parâmetros estabelecidos pelo Poder Legislativo. O que corresponde a dizer, a realização das políticas públicas deve ocorrer dentro dos parâmetros da legalidade e constitucionalidade, e estão submetidas de modo inequívoco ao Estado de Direito. Quando se fala especificamente em políticas públicas econômicas, ainda que se situem dentro da esfera de liberdade dada pela lei ou pela Constituição à Administração Pública para a regulação e implementação de políticas necessárias ao desenvolvimento do país, isto não corresponde a dizer que não estejam elas situadas dentro do estado de direito e, ademais, que não concretizem qualquer direito. Decerto, o fato de a administração pública realizar, por ação ou inação, políticas econômicas regulamentadoras da economia, não significa dizer que com esta atuação ou omissão, não se concretize o direito justamente de a Administração estatal assim agir ou se omitir dentro de sua esfera de liberdade concedida pela lei. É dizer, situa-se justamente dentro do estado de direito o poder do administrador de assim agir ou se omitir em razão da permissão legal ou constitucional concedida pelo estado de direito dentro de uma esfera de liberdade existente na lei, em razão da colmatação de conceitos jurídicos indeterminados. Ou seja, a escolha de um dos sentidos dentro da pluralidade de opções possíveis amealhadas pelo conceito legal indeterminado, para a integração valorativa, é justamente a esfera de liberdade que possui o administrador para atuar ou se omitir, sendo este campo, ainda que concedido pelo direito, de pouca ou quase nenhuma intervenção, por se tratar da esfera de liberdade do administrador (por exemplo, em regulamentar as taxas de juros vigentes em determinado país). Mas isto não quer dizer que a esfera da política econômica, por se situar na liberdade do administrador, não esteja submetida a qualquer controle. Ora, se pensarmos que, eventualmente, esta regulação econômica do país possa vir a extrapolar a esfera de liberdade do administrador e ferir frontalmente direitos individuais ou coletivos albergados pela Constituição, daí será passível de controle por parte do estado ou pela população. Um exemplo para referida situação foi a política econômica realizada no Brasil, na década de noventa, pelo governo Fernando Collor de Mello, que através do chamado plano Brasil novo, implementou políticas econômicas, no intuito de reduzir a inflação e alcançar a estabilidade econômica. Entre estas medidas, estavam, a apropriação da poupança popular, a abertura do mercado para as importações, e medidas implantadas a todo custo para diminuir a liquidez. O resultado, como todos sabem, foi a recessão, o desemprego, e a inflação quase incontrolável daí decorrente. (ver nesse sentido: NASCIMENTO, Rangel Silvando da Silva do. A POLÍTICA ECONÔMICA EXTERNA DO GOVERNO COLLOR: LIBERALIZAÇÃO COMERCIAL E FINANCEIRA; disponível: <http://www.cprepmauss.com.br/documentos/apoliticaeconomicaexternadogovernocollor1450.pdf>. Acesso: 02/06/2013).

A este respeito leciona Sérgio Cruz Arenhart:

“(…) Deveras, no atuar o Direito em ações coletivas, o magistrado frequentemente é levado a não apenas “aplicar o direito ao fato” (como se isso fosse possível), mas a conceber, em realidade, uma opção política, a propósito do bem jurídico ou do interesse social merece maior proteção pelo Estado e, assim, qual o outro interesse que deverá ser limitado para que aquele possa ser tutelado. A fluidez dos conceitos que se liga à proteção coletiva – e aos instrumentos a ela ligados, como a noção de proporcionalidade, de interesse público e de bem comum – outorga, em última análise, ao magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, impondo ao juiz uma nova forma de pensar as questões a ele sujeitas.”³²⁸

Por certo, com a superação do dogma da completude das codificações e o aparecimento de novos sujeitos sociais e novos bens jurídicos não individualizáveis, as legislações extravagantes passaram a ser integradas na maioria dos casos por conceitos indeterminados, que permitem ao intérprete a eleição por uma pluralidade de opções, e a necessidade ou opção pela definição de uma ou mais interpretações, escolha esta inerente ao âmbito da política do direito,³²⁹ e por consequente necessária a politização do direito para a realização destes novos interesses de âmbito coletivo e transindividual, passando a se estruturar a concretização destes direitos não pessoais realizáveis ou não individualmente, na ideia da integração valorativa dos conceitos legais indeterminados que regem o âmbito de atuação da administração pública, na sua acepção de oportunidade e conveniência, ostentando uma potencialidade de realização ou não de políticas públicas para a concretização de direitos e interesses não individualizáveis. Aliás, a respeito da atividade política e dos direitos coletivos, leciona Fredie Didier e Hermes Zaneti:

“Fácil perceber que na atualidade o judiciário cada vez mais vem se imiscuindo nas relações políticas, ou seja, no âmbito de discricionariedade do administrador público, quando esteja em jogo a concretização de um princípio ou valor constitucional. O cada vez maior controle pelo judiciário de políticas públicas demonstra este entender, conforme Didier, “os exemplo recentes estão se multiplicando, existindo precedentes, já dos tribunais superiores, confirmando decisões que ordenam a execução de atividades essenciais pelo administrador (como a coleta de lixo serviço público sujeito ao princípio da continuidade – Resp 575.998/MG), a obrigatoriedade do fornecimento de creches (RExt 436996), a reforma de presídios, de hospitais etc. Em verdade, é bom frisar, as decisões têm salientado não ser permitido ao Judiciário a criação ou sindicabilidade de meras diretrizes em políticas públicas, deixadas à conveniência e oportunidade do executivo e do legislativo, mas, quando existe um direito assegurado na Constituição e na lei infraconstitucional, que regulamente o campo de escolha do administrador, este está de tal forma reduzido que a sindicabilidade pelo Judiciário é decorrência natural do dever de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.”³³⁰

³²⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário, Disponível em: http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf, p.03. Acesso em 20/04/2014).

³²⁹ Para Kelsen, “a interpretação é mais um ato de vontade que de cognição e quando o juiz se decide por uma das possibilidades interpretativas, essa eleição ou preferência se dá fora da esfera teórica, no âmbito da política do direito”. (apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed., 2008, p. 451-452).

³³⁰ DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR. Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Volume 4: Processo Coletivo. Volume 4. 5ª edição. Ed. Juspodium, 2010, p. 130-131. Relevante anotar ainda o Recurso Especial nº 577.836/SC, que trata do direito a

As políticas públicas assim, dado a dificuldade em se situar a concretização dos direitos sociais e transindividuais no âmbito individualizado, seriam a expressão da atuação estatal na realidade social, utilizada para a concretização do viés coletivizado destes direitos; ou, sob outro viés, poderiam ser também as regulações ou programas deflagrados na economia, com base no direcionamento legislativo que permite o estado regulamentar e fomentar a economia no estado de direito. Realizadas preponderantemente pelo executivo e legislativo, tanto as políticas públicas sociais quanto a econômica estariam localizadas no âmbito dos conceitos indeterminados normativos discricionários, remetendo-se a um valor fora do sistema – de ordem política - na interação dos atores estatais, sem expressão necessariamente no sistema jurídico, não obstante balizado pelas valorações inerentes ao conceito de bloco de constitucionalidade como tábua de valores referenciais.³³¹ Referida

saúde de crianças de adolescentes de determinado município, e assenta que não há discricionariedade do administrador quando se trate de políticas públicas concretizadoras de direitos constitucionalmente assegurados, “nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea”.

³³¹ O controle judicial das políticas públicas, na realização concreta de direitos sociais e transindividuais, vêm cada vez mais ganhando força no âmbito jurídico, conforme o seguinte informativo do Superior Tribunal de Justiça: “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADO A INÚMERAS IRREGULARIDADES ESTRUTURAIS E SANITÁRIAS EM CADEIA PÚBLICA. Constatando-se inúmeras irregularidades em cadeia pública – superlotação, celas sem condições mínimas de salubridade para a permanência de presos, notadamente em razão de defeitos estruturais, de ausência de ventilação, de iluminação e de instalações sanitárias adequadas, desrespeito à integridade física e moral dos detentos, havendo, inclusive, relato de que as visitas íntimas seriam realizadas dentro das próprias celas e em grupos, e que existiriam detentas acomodadas improvisadamente –, a alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada procedente ação civil pública que, entre outras medidas, objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. De fato, evidencia-se, na hipótese em análise, clara situação de violação à garantia constitucional de respeito da integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX, da CF) e aos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. Nessas circunstâncias – em que o exercício da discricionariedade administrativa pelo não desenvolvimento de determinadas políticas públicas acarreta grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição –, a intervenção do Poder Judiciário se justifica como forma de implementar, concreta e eficientemente, os valores que o constituinte elegeu como “supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social”, como apregoa o preâmbulo da CF. Há, inclusive, precedentes do STF (RE-AgR 795.749, Segunda Turma, DJe 20/5/2014; e ARE-AgR 639.337, Segunda Turma, DJe 15/9/2011) e do STJ (AgRg no REsp 1.107.511-RS, Segunda Turma, DJe 6/12/2013) endossando a possibilidade de excepcional controle judicial de políticas públicas. Além disso, não há, na intervenção em análise, ofensa ao princípio da separação dos poderes. Isso porque a concretização dos direitos sociais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Ademais, também não há como falar em ofensa aos arts. 4º, 6º e 60 da Lei 4.320/1964 (que preveem a necessidade de previsão orçamentária para a realização das obras em apreço), na medida em que a ação civil pública analisada objetiva obrigar o Estado a realizar previsão orçamentária das obras solicitadas, não desconsiderando, portanto, a necessidade de previsão orçamentária das obras. Além do mais, tem-se visto, recorrentemente, a invocação da teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias. Não se pode deixar de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada. Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Ocorre que não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Todavia, situação completamente diversa é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil, país no qual ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Nesse caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois

baliza ainda pode alcançar a noção ampla do conceito de bloco de constitucionalidade, como se passará a analisar mais a frente neste trabalho.

Veja-se que a expressão políticas públicas, portanto, ainda que não tenha necessariamente um conceito juridicamente bem delineado, por se tratar de um instituto oriundo da ciência política, que possui características não sistematizáveis, pode não obstante ser aproximado como a dimensão ontológica da atuação estatal³³² ou mesmo ser atribuído à inação estatal em determinados aspectos da realidade institucional e econômica, estando situada no mundo dos fatos, não se encontrando, portanto, no mundo deontológico, do dever ser, porquanto não se trata propriamente de um instituto jurídico.

É uma atuação por parte do estado que serve para concretizar direitos; ou direitos fundamentais de segunda geração no seu aspecto objetivo, no pertinente às políticas sociais, ou mesmo envolvendo direitos transindividuais, com a liberdade estatal de regulamentação econômica, detendo estrita conexão com a liberdade atribuída ao ente estatal decorrente do âmbito semântico indeterminado dos conceitos legais normativos discricionários, não podendo o Judiciário, a princípio e em caráter não excepcional, interferir nas determinações administrativas da gestão pública, envolvidos pela discricionariedade do administrador, notadamente quando não se tratam de políticas públicas que deflagrem a norma constitucional (justamente porque se encontram no âmbito de liberdade atribuído pela norma). Políticas públicas segundo Eros Grau advêm quando:

“Passa o Estado a dinamizar técnicas específicas de atuação, técnicas que – a partir da consideração do direito brasileiro – assim classifico: 1. Atuação na economia: 1.1 atuação por absorção, quando o Estado assume, em regime de monopólio, o controle dos meios de produção e/ou troca de determinado setor; 1.2 atuação por participação, quando o Estado assume parcialmente (em regime de concorrência com agentes do setor privado) ou participa do capital de agente que detém o controle patrimonial de meios de produção e/ou troca; 2. Atuação sobre a economia: 2.1 atuação por direção, que ocorre quando o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo normas de comportamento compulsório para os agentes econômicos; 2.2 atuação por indução, que ocorre quando o Estado dinamiza instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados. A classificação que proponho tem a virtude de apresentar, com nitidez, o peculiar e distinto caráter jurídico de cada uma das técnicas consideradas. Visualiza-se inicialmente a atuação do Estado

garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir um padrão mínimo de dignidade às pessoas encarceradas em estabelecimentos prisionais. Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/6/2014, informativo nº 543, período de 13 de agosto de 2014).

³³² Segundo Eros Roberto Grau: “(...) A expressão ‘políticas públicas’ designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre estado e sociedade. O modo de produção capitalista supõe a separação do Estado e da sociedade, no que é reforçada a dicotomia direito público/direito privado. Daí por que se afirma que toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção na ordem social. Também aí a separação entre estado e economia, o que confere sentido às afirmações de que ele ‘intervém’ e cumpre papel de ‘regulação’ da economia (...)” (GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 2008, p. 26-27).

como agente econômico (atuação na economia) e como regulador do processo econômico (atuação sobre a economia). Após, a atuação estatal mediante a imposição de comandos imperativos, cogentes, a serem suportados pelos agentes econômicos (atuação por direção), e, de outra parte, mediante a utilização de mecanismos do direito premial. O impacto dessas técnicas de atuação estatal reflete efeitos sobre a teoria geral do direito, o fenômeno das sanções premiaias e da prospectividade do direito reclamando a reanálise da estrutura da norma jurídica. A utilização do direito como instrumento de implementação de políticas públicas coloca em pauta outro fenômeno, o da profusa produção de normas jurídicas pela Administração, que Carnelutti referiu como 'inflação normativa'. O direito, agora, já não mais ordena exclusivamente situações estruturais: a regulação de situações conjunturais, o que impõe sejam as normas dotadas de flexibilidade e estejam sujeitas a contínua revisibilidade, nos coloca novamente diante do conceito de norma jurídica e dos traços que a caracterizam."³³³

A política pública assim pode ser aproximada a uma atuação estatal direcionada a concretizar direitos estabelecidos nas cartas constitucionais,³³⁴ seja na concretização de direitos fundamentais de ordem coletiva, para que saiam do âmbito simbólico, e se realizem ontologicamente no seio social (políticas públicas sociais), seja no âmbito de atuação adstrita à liberdade de regulação da economia (políticas públicas econômicas).

A política pública dá impulso, movimento a máquina estatal, e pode ser definida como um programa de ação governamental, ou um conjunto de medidas articuladas, no intuito de concretizar um direito coletivo, transindividual, ou mesmo o próprio direito de o estado regulamentar ou implementar o fomento da economia (por exemplo, quando o estado delimita a taxa de juros vigente, concretiza o próprio direito que possui de assim o fazê-lo, em exercício da liberdade a ele concedida pela lei indeterminada semanticamente), alcançando ainda que de forma reflexa a dimensão objetiva dos direitos transindividuais.

Pode ser materializada, também, no estabelecimento de objetivos e metas, ou prioridades da administração pública, podendo resumir-se a programas de ação destinados a realizar direitos a uma prestação, ou mesmo, organização, normas, e procedimentos necessários, situados no âmbito da liberdade concedido pela indeterminação legislativa.³³⁵

Veja-se, não obstante, que somente com o advento do Estado Democrático e Social de Direito que a realização de políticas públicas se tornou essencial, haja vista a necessidade de uma atuação positiva do Estado em favor dos cidadãos e o caráter intervencionista estatal, podendo também ser verificada nas concepções liberais de estado, mas aqui unicamente com a finalidade de regulação da economia.

Deste modo, quando se fala em direito ao ensino obrigatório e gratuito (CF, art. 208, §1º, CF), pode-se identificar tanto uma pretensão individualizada pertencente a cada

³³³ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 2008, p. 28.

³³⁴ "(...) Essas políticas, contudo, não se reduzem à categoria das políticas econômicas; englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (políticas sociais). A expressão 'políticas públicas' designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Poder Público na vida social." (GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 2008, p. 28).

³³⁵ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

um dos cidadãos (uma vaga na escola pública quando na idade adequada e se assim desejarem), quanto um direito a se efetivar uma política pública de aspecto coletivo (cuja titularidade é de grupos vulneráveis), sendo possível alcançar uma vinculação pela norma protetiva, notadamente por estar em cena a concretização de direitos constitucionalmente amealhados pela norma. Nesse sentido, conforme julgamento da Corte Constitucional Brasileira, ponderou o eminente Ministro Celso de Mello em julgamento do Recurso Extraordinário: *“Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.”*³³⁶

Seguindo-se a lição de Maria Paula Dallari Bucci, as políticas públicas devem ser caracterizadas pela sua intrínseca dimensão de interdisciplinaridade, uma vez que relacionam diversas áreas do conhecimento em razão de sua vasta abrangência, constituindo segundo a autora *“temática oriunda da ciência política e da ciência da administração pública”*, tratada hodiernamente na *“ciência do direito, no âmbito da teoria do estado, no direito constitucional, no direito administrativo ou no direito financeiro”*. Não obstante, afirma a autora, *“definir as políticas públicas como campo de estudo jurídico é um*

³³⁶ A integra da ementa é neste sentido: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - **DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV)** - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - **Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.** A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (STF, RE 410715 AgR, Rel: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290).

*movimento que faz parte de uma abertura do direito para a interdisciplinaridade.”*³³⁷ As políticas públicas, ainda segundo esta autora, podem derivar de atos normativos ou administrativos, ou seja, podem ser expressos em dispositivos constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como, por exemplo, os contratos de concessão de serviço público.³³⁸

Com efeito, há uma certa dificuldade em conceituar juridicamente as políticas públicas. Na doutrina há quem a conceitue como um programa de ação governamental, outros como uma atividade administrativa, ou como uma categoria normativa, ou ainda como um conjunto de processos juridicamente regulados. A norma assim é antecedente da política dela não fazendo parte integrante, mas originando-a. A propósito, Fábio Konder Comparato visualizando a política como atividade, sustenta que:

“(…) A primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica (...). Mas se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política, aparece antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes a realização de um objetivo determinado.”³³⁹

Este autor compartilha o entendimento de Ronald Dworkin, o qual diferencia a concepção de política e princípios, afirmando que:

“(…) Denomina-se política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo para ser atingido, em geral uma melhoria de caráter econômico, político ou social na comunidade (...). Denomino “princípios” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”³⁴⁰

Desse modo, no atual estado constitucional e internacional, um dos aspectos a fundamentar a noção de políticas públicas sociais, justamente no que pertine ao surgimento da atuação estatal de intervenção seja na economia seja no aspecto social, é a própria existência dos direitos fundamentais de segunda e terceira geração, os quais dependem para sua concretização de prestações positivas por parte do Estado. A implementação de políticas públicas assim, no aspecto de concreção pelo ente estatal, detém estrita ligação

³³⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p.01.

³³⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p.11.

³³⁹ COMPARATO, Fábio konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.) Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997, p.352-53.

³⁴⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos à sério. São Paulo Martins Fontes, 2002,p.36.

com a implementação de direitos coletivos e transindividuais de segunda e terceira geração.

341

As políticas públicas, deste modo, não podem ser confundidas com a lei, pois dela se diferem. Enquanto as legislações são gerais e abstratas, as políticas públicas, como atuação por parte do estado no âmbito de sua liberdade concedida por um conceito legal aberto ou indeterminado, serão destinadas a alcançar fins e objetivos previamente determinados e específicos, superando assim a generalidade e abstração, justamente por alcançarem a realização de direitos sociais, coletivos ou realizáveis individualmente, ou ainda, direitos que não se enquadrem nesta concepção individualista do ser, por se tratarem de direitos não pessoais que não se realizam individualmente.³⁴²

Assim sendo, sem embargo da dificuldade de reconhecimento das políticas públicas como categoria jurídica autônoma, sendo de expressiva dificuldade atribuí-la um conceito jurídico ou visão jurídica, permitido tratá-la, pelo menos para efeito deste trabalho, como uma atividade estatal advinda por intermédio de um conceito legal indeterminado, situada na esfera da oportunidade ou conveniência, mas sem contornos sistematizáveis juridicamente porquanto englobados pelo âmbito da liberdade do intérprete da norma legal, com parametrização apenas pelo que entendemos como normas e princípios constitucionais, e inerentes ao conceito de bloco de constitucionalidade em parâmetro hermenêutico, servindo como forma ou método para realização de direitos coletivos, compreendidos os transindividuais não pessoais realizáveis ou não individualmente.

³⁴¹ Neste sentido, Thiago Lima Breus afirma que: “Políticas públicas são instrumentos de que dispõe o Estado, na forma da Administração Pública, para a realização dos direitos fundamentais sumariados na Constituição” (BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.203).

³⁴² Ver nesse sentido: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais. Curitiba, Letra da Lei, 2011, p. 173.

04. OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO SISTEMA JURÍDICO DO SÉCULO XXI: A SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO MEDIANTE A ATIVIDADE INTERPRETATIVA.

04.1 Estrutura e características dos direitos transindividuais como direitos não passíveis de individualização e de objeto indivisível.

4.1.1. Superação da dicotomia público/privado com os interesses metaindividuais.

A sociedade vintecentista, ante a fragmentariedade dos interesses e aspirações que começou a ostentar, sofreu uma paulatina reconstrução significativa na sua estruturação jurídica e social. Se na época do formalismo jurídico se instituiu um direito baseado na proteção do indivíduo em face de qualquer intervenção estatal, com a construção do que hoje se denomina direitos fundamentais de primeira geração, a partir da primeira metade do século XX, com a crescente complexidade social advinda de um mundo em pautas de se tornar massificado, passou-se a observar uma nova construção da técnica legislativa e da aplicabilidade do direito, diante a necessidade de o Estado estabelecer garantias não mais a bens jurídicos individuais ou individualizáveis, passíveis de subjetivação,³⁴³ mas a interesses supraindividuais, que se materializariam juridicamente não mais mediante uma relação jurídica estanque (de aspecto subjetivo), mas apenas pelo estabelecimento de garantias constitucionais genéricas, com um aspecto amplamente objetivo, não gerador de subjetivações (porquanto seus destinatários muitas vezes não poderiam sequer ser determinados, compreendendo toda a humanidade e por vezes ainda, até mesmo as futuras gerações). Referidas garantias passariam a se positivar mediante conceitos jurídicos indeterminados, e sua realização, dadas suas características não subjetiváveis, viria a ocorrer principalmente mediante políticas públicas.³⁴⁴

³⁴³ Maria Sylvia Zanella di Pietro bem acentua que: “já em fins do século XIX começaram a surgir reações contra o individualismo jurídico, como decorrência das profundas transformações ocorridas nas ordens econômica, social, e política, provocadas pelos próprios resultados funestos daquele individualismo exacerbado. O Estado teve que abandonar a sua posição passiva e começar a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada. O direito deixou de ser um instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo. Em nome do primado do interesse público inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a consequente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar o ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social. Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2007, p. 60).

³⁴⁴ As políticas públicas, segundo Choukr, que estão materialmente vinculadas às concepções ético-político-jurídico dos direitos fundamentais, advém de inferências pelo governante no espaço público, ou seja, da opção do governante quando dispõe de recursos, o que “leva necessariamente à revisão histórica do discurso da absoluta ‘independência’ de poderes que largamente justificou uma suposta liberdade irrestrita do Administrador, tese política que, no jurídico, significa a defesa de poderes não

Os direitos sociais, econômicos, culturais, e ambientais, surgidos mais preponderantemente a partir da segunda metade do século XX, passam a ser titularizados ou por grupos vulneráveis organizados coletivamente, ou ainda por sujeitos indeterminados, podendo assim, ainda que alguns deles passível de subjetivação, como nos direitos sociais e econômicos, também evidenciar uma dimensão objetiva, que deles faz surgir, ao mesmo tempo que “direitos públicos subjetivos”, também deveres objetivos de proteção de bens transindividuais. Referidos deveres se impunham não somente ao ente público, estatal, mas também a toda a coletividade, passando-se, segundo a doutrina de Herman Benjamin:

“(…) de um sistema de titulação individualizada para um outro sistema de titulação pulverizada e, por isso mesmo, supraindividual. A própria doutrina clássica, já nos idos da década de 60, ressaltava que ‘o pertencerem ao Estado não implica em serem todos os bens públicos de direito pessoal ou real no sentido das leis civis, Muitos desses bens lhe pertencem no sentido de que são por ele administrados, no interesse coletivo’. O Estado, para atuar, faz uso de um domínio público e de um domínio privado. O bem público integrante do domínio público da Administração goza do atributo da inalienabilidade, não podendo ser alienado, transferido, cedido, doado ou transmitido a terceiro. Como consequência, é ele também dotado de imprescritibilidade e de impenhorabilidade.³⁴⁵

Assim sendo, se pensarmos no direito à saúde, ou à educação, típicos direitos de segunda geração, subjetiváveis, por certo, podem ser realizados individualmente, como a concessão pelo estado de remédios ou a possibilidade de acesso ao ensino obrigatório e gratuito, subjetiváveis pois nestas duas situações, mas ao mesmo tempo, podendo deles extrair uma dimensão objetiva, na qual apenas a coletividade possui um interesse de natureza supraindividual, por exemplo, na construção de escolas nos municípios, ou na necessidade de inaugurar-se um novo hospital público, cujo interesse e proveito também será das futuras gerações, ostentando assim uma dimensão transindividual e objetiva dos próprios direitos sociais e econômicos essencialmente subjetiváveis e realizáveis individualmente.³⁴⁶

Há bens jurídicos, no entanto, como os direitos culturais e ambientais, que pela complexidade de sua estruturação não são reduzíveis a uma relação jurídica estanque, ostentando interesses amplamente supraindividuais e por vezes, pelo menos nestes dois casos, sendo positivados como direitos a proteção destes bens jurídicos transindividuais, daí

submetidos a controle jurisdicional dos atos administrativos quando estiverem diretamente vinculados a uma escolha de caráter político” (CHOUKR, Fauzi Hassan. Ministério Público e Políticas Públicas. In: Temas atuais do Ministério Público. 4ª edição, Ed. JusPodivm, 2013, p. 564)

³⁴⁵ BENJAMIN, Antonio Herman. Função Ambiental. In: Dano ambiental: prevenção, reparação, e repressão. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993. BDJur, Brasília, DF, p. 66-67.

³⁴⁶ “Os direitos coletivos podem ser considerados categorias intermediárias, entre os interesses transindividuais e privados supracitados. Como tais, ligam-se à categorias específica de pessoas, ou seja, referem-se a grupo de pessoas com alguma situação em comum, e essa definição leva a interesses diversos, quais sejam, os que envolvem uma categoria determinada – ou determinável – e os que se referem a um grupo indeterminado.” (SANTOS, Ana Claudia Schwenck dos. Efetivação dos direitos difusos e coletivos: Ação Civil Pública. São Paulo, LTr, 2013, p. 26).

não sendo subjetiváveis, nem individualizáveis, mas ainda assim reduzidos a direitos, cuja titularidade é difusa, interessando a toda a humanidade e ainda às futuras gerações. A tutela destes bens jurídicos de caráter eminentemente transindividuais se dá por políticas públicas.

³⁴⁷ Ou seja, não são passíveis de subjetivação, nem mesmo reflexa. ³⁴⁸

Luiz Carlos Bresser Pereira identifica estes bens jurídicos de natureza difusa como direitos republicanos, ³⁴⁹ afirmando que três destes direitos mais fundamentais são o patrimônio ambiental, o patrimônio histórico e cultural, e o direito ao patrimônio econômico público, que identifica como “res pública estrito sensu ou coisa pública”. O que interliga estes direitos é a sua característica de ser impassível de apropriação privada, sendo para o autor “inaceitável porque limitadora e, em última instância, enganadora, a identificação da res pública com o Estado, ou do público com o estatal. Existe um patrimônio e um espaço que é público, mas não estatal”.³⁵⁰ Esta ideia, originalmente formulada pela doutrina italiana, enxerga o bem difuso como um patrimônio imaterial que não pertence a nenhum sujeito de direito, público ou privado, com exclusividade, havendo a este respeito também referências na doutrina nacional. ³⁵¹

Ditos direitos republicanos de natureza difusa, para Luiz Carlos Bresser Pereira, teriam surgidos em determinado momento histórico em que a humanidade percebe que da mesma forma que o “cidadão tem o direito à liberdade e à propriedade (direitos civis), a votar e ser votado (direitos políticos), à educação, à saúde e à cultura (direitos sociais), ele tem também direito de que o patrimônio do Estado – seja ele constituído pelo patrimônio ambiental, seja pelo patrimônio cultural, seja pela res pública – continue a ser um patrimônio

³⁴⁷ Para Rodolfo de Camargo Mancuso, há “o receio de que essa coloração política, ínsita na tutela dos interesses difusos, desfiguraria ou comprometeria a estrutura técnica da tríplia ação-jurisdição-processo, transformando o Poder Judiciário em superpoder, na medida em que suas atribuições ganhariam em amplitude, com a anexação de seara ‘subtraída’ aos outros dois poderes políticos; com isso, por-se-ia em risco a tripartição e a harmonia dos poderes constituídos.” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 105-106).

³⁴⁸ Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, “causa espécie que se possa outorgar tutela a interesses sem titulares definidos, afrontando-se, assim, a tradicional correlação entre a titularidade da pretensão e a legitimação para sustentá-la (...) Haveria uma resistência apresentada por setores mais conservadores do Direito, no sentido de reservar a tutela jurisdicional aos casos em que a própria pessoa interessada a solicita; (...) É evidente que uma tal concepção, se é compatível com os conflitos de interesse de tipo intersubjetivo, não o é quando se trata de conflitos metaindividuais, onde se confrontam massas de interesses, de contornos fluidos, contingenciais, insuscetíveis de titularização pessoal.” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 104-105).

³⁴⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo, ed. 34, Brasília, ENAP, 1998, p.86-89.

³⁵⁰ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo, ed. 34, Brasília, ENAP, 1998, p.88.

³⁵¹ A este respeito ver: MALICONICO, Carlo. I beni ambientali. Trattato di diritto amministrativo, v. 5, Padova: Cedam, 1991. CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Revista de Processo, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1977. YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais correlatos no sistema constitucional Brasileiro. In: Temas Fundamentais de Direitos Difusos e Coletivos: Desafios e Perspectivas, Consuelo Yatsuda Moromizato, Flávio Ahmed, Renata Falson Cavalca. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2013, p. 01-66; BENJAMIN, Antonio Herman. Função Ambiental. In: Dano ambiental: prevenção, reparação, e repressão. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993. BDjur, Brasília, DF; LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial; São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.85-89; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Bens Culturais e proteção jurídica. Unidade Editorial. Porto Alegre. 2005, p. 15-48. Ver ainda, no Supremo Tribunal Federal, a este respeito: RE 300244, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 20/11/2001, DJ 19-12-2001 PP-00027 EMENT VOL-02054-06 PP-01179.

a serviço de todos, ao invés de ser apropriado por grupos patrimonialistas ou corporativistas que agem dentro da sociedade como livre atiradores.”³⁵²

Trata-se de entender o momento histórico onde se percebeu que deveria haver o rompimento do monopólio funcional do Estado com relação a estes bens, o momento onde se percebe que tais bens de natureza transindividual não podem se confundir com o patrimônio estatal, porquanto o Estado deles não possui qualquer disponibilidade, mas apenas administra alguns no interesse da coletividade, devendo ser compreendido ainda que o próprio cidadão e a coletividade acabam sendo incumbidos de tutelá-los juntamente com o Estado, é um munus de toda a coletividade. Como ensina Antônio Herrman Benjamin “o rompimento do monopólio funcional do Estado é um desenvolvimento recente da democratização da operação estatal que, ao contrário do que se imagina, não está restrita à área ambiental e tende a ampliar-se. É o caso de outros interesses difusos em que o cidadão mais e mais recebe missões específicas de tutela, verdadeiros munus públicos”.³⁵³

Ricardo Lobo Torres afirma que tais direitos categorizados como “humanos” embora integrem a categoria de direitos fundamentais “não são direitos de liberdade, classificando-se antes como direitos da solidariedade, posto que o seu cumprimento depende também da consciência dos deveres e do culto à fraternidade (...) aos direitos difusos correspondem, de modo assimétrico, deveres também difusos, porque os direitos da solidariedade são correspectivos aos deveres da solidariedade”.³⁵⁴ Não obstante segundo este autor, estes direitos difusos e coletivos possuem o *status negativus*, porquanto “armam os cidadãos dos instrumentos jurídicos necessários à proteção da natureza e da *res publica* contra as ações que lhes sejam prejudiciais. Os direitos da solidariedade são dotados também do *status positivus*, por necessitarem das intervenções positivas do Estado, máxime sob a forma de inversão de dinheiro público. A cidadania mundial pode ser importante para o fortalecimento do seu *status negativus*. Mas a proteção positiva de que necessita só poderão entregá-la os entes políticos locais, eis que exige investimentos e opções orçamentárias.”³⁵⁵

A realização e tutela destes bens jurídicos não individualizáveis se daria pois unicamente mediante garantias constitucionais genéricas, sem redundar em relações jurídicas entre sujeitos determinados. A técnica legislativa de incorporação e proteção destes direitos terá necessariamente conceitos jurídicos indeterminados, cuja colmatação valorativa, por parte da administração, do legislativo, ou mesmo do judiciário, acaba por

³⁵² BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo, ed. 34, Brasília, ENAP, 1998, p.86-89.

³⁵³ BENJAMIN, Antonio Herman. Função Ambiental. In: Dano ambiental: prevenção, reparação, e repressão. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993. BDJur, Brasília, DF, p. 50.

³⁵⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: Teoria dos direitos fundamentais / Celso de Albuquerque Mello... [et al.]; Org. Ricardo Lobo Torres. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.299-300 e 321.

³⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: Teoria dos direitos fundamentais / Celso de Albuquerque Mello... [et al.]; Org. Ricardo Lobo Torres. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 301-302 e 314.

redundar na realização ou proteção destes direitos não individualizáveis mediante políticas públicas, porquanto o interesse na proteção destes bens jurídicos de natureza diferenciada seria unicamente de natureza supraindividual.³⁵⁶ O parâmetro para sua aplicação, portanto, não pode ser outro que não o conceito de bloco de constitucionalidade em sentido amplo o qual oferece referência a valores e parâmetros internacionais na proteção destes direitos de natureza diferenciada, por intermédio da colmatação valorativa de conceitos jurídicos indeterminados.

04.1.2 Interesse social, interesse estatal, e o interesse transindividual.

Difere, pois, não obstante as dificuldades desta compreensão, o interesse difuso, como a proteção do meio ambiente em todas as suas acepções, a proteção do patrimônio histórico cultural, a proteção da probidade na administração pública,³⁵⁷ todos de natureza essencialmente transindividual, daquele denominado de interesse público estatal,³⁵⁸ o qual ostenta uma quase unanimidade social em sua concepção. A este respeito bem delinea Rodolfo de Camargo Mancuso, no sentido de que os interesses difusos:

“(…) apresentariam um grau de coletivização ainda mais abrangente do que o interesse geral ou público, porque, enquanto estes têm a balizá-los os contornos de certos valores pacificamente aceitos (por exemplo: segurança pública), os interesses difusos, ao contrário, permitem toda sorte de posicionamento, de conteúdo fluido (por exemplo, ‘qualidade de vida’), ensejando o que a doutrina italiana chama de ‘conflittualità

³⁵⁶ Conforme leciona Antônio Herman Benjamin, no “universo iusprivado, novas categorias foram, gradativamente, por gênese interna ou por importação teórica, surgindo (interesses e direitos difusos, p. ex.), somando-se àquelas mais tradicionais, como interesse público, e com elas eventualmente se confundindo, pela sobreposição. (...) porque modelos jurídicos distintos dão entendimento diversificado ao mesmo conceito, ou, então, fazem uso de expressões diversas para um mesmo fenômeno. (...) Nesse sentido moderno e macro que se pretende agregar ao tema e sem que isso signifique excluir a intervenção judicial, pode-se dizer que o campo ideal de conformação, manifestação e implementação do interesse público é o universo das políticas públicas. Protegê-lo não depende, fatalmente, da organização de seus titulares, já que, presume-se, os formuladores de políticas públicas estão conscientes da sua importância; aliás, toda a atividade legislativa, administrativa e judicial orienta-se e legitima-se pela pregação da defesa do interesse público.” (BENJAMIN, Antonio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In MILARÉ, Édis (Coord.). Ação civil pública : lei 7347/85, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 71-151)

³⁵⁷ A res pública como coisa pública para Luis Carlos Bresser Pereira não é passível de ser incorporada ao patrimônio individual, sendo essencialmente nesta acepção interpretada como um bem jurídico transindividual. Nesse sentido também Rodolfo de Camargo Mancuso, ao referir que “certos atos de gestão da coisa pública podem atingir interesses difusos, nos casos em que aqueles atos, por sua natureza, atingem largos segmentos da sociedade, por via mediata ou reflexa.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 86)

³⁵⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que “independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluam os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, ipso facto, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociáveis para a satisfação deles. Esta distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto, é, interesses primários do Estado – e interesses secundários (que são os últimos a que se aludiu), é de trânsito corrente e moente na doutrina italiana, e a um ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio, de conhecimento geral. Este discrimen, contudo, é exposto com exemplar clareza por Renato Alessi, colacionando lições de Carnelutti e Picardi, ao elucidar que os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 19ª edição, Ed. Malheiros, p. 55-56).

massima'. Dir-se-ia que, enquanto o interesse geral ou público concerne promordialmente ao cidadão, ao Estado, ao Direito, os interesses Difusos se reportam ao homem, à nação, ao justo. Desse modo, os interesses difusos 'excedem' ao interesse público ou geral, configurando-se no quinto e último grau daquela ordem escalonada, notabilizando-se por uma alto índice de desagregação ou de 'atomização', que lhes permite se referirem a um contingente indefinido de indivíduos e a cada qual deles, ao mesmo tempo".³⁵⁹

O interesse público estatal, como interesse público secundário, é geralmente de cunho patrimonial,³⁶⁰ não obstante também ostentar materialmente um caráter de supraindividualidade, por certo é passível de ser corporificado no ente estatal, dado a sua característica de quase unanimidade social, e como tal passível de ser ficticiamente individualizado, uma vez que ostenta pouca ou nenhuma conflituosidade interna. Diferentemente ocorre com o interesse difuso, que por agregar uma dimensão de transindividualidade não corporificada no ente estatal (pelo menos nele não exclusivamente), não pode ser jamais individualizado, apenas podendo sofrer desfragmentação na sua administração, dado que o estado não detém disponibilidade do direito, que não se agrega ao patrimônio estatal, contudo, pode vir a ser incumbido por lei de administrá-lo ou regulá-lo, sem prejuízo da administração conjunta ou tutela compartilhada de toda a coletividade. Neste aspecto leciona Herman Benjamin que:

"(...) o atributo público tanto serve para ressaltar o prisma do Estado (como titular ao bem), como para por em relevo o prisma, do público, isto é, do administrado. Naquele sentido há, de fato, uma relação de dominialidade entre o bem e o seu titular, o Estado, Nesta; última acepção, diversamente, a relação de dominialidade é mais, difusa, já que não concentrada nas mãos de um ou de uns poucos sujeitos (nem mesmo do Estado) mas, ao revés, pulverizada no seio de toda a comunidade. Num o aspecto público tem conteúdo *dominial*; noutro, só *finalístico*." ³⁶¹

Dito direito de ordem difusa assim acaba somente podendo sofrer processos de substituição processual para sua implementação ou efetivação (mediante organizações não governamentais, associações legalmente constituídas, ou mesmo perante o Ministério Público, etc.).³⁶² Daí a tutela processual a dizer que "ninguém poderá pleitear, em nome

³⁵⁹ MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 74-75.

³⁶⁰ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também já deixou clara esta diferença, considerando o interesse secundário do Estado como aquele meramente circunscrito aos interesses da administração, de cunho majoritariamente patrimonial, como, por exemplo, de não pagar indenização à qual foi o ente federativo devidamente condenado (REsp 1046519/AM e MS 11308/DF), cujos cuidados no âmbito federal é depositado sobre a Advocacia Geral da União (AGU), conforme se vê do REsp 1074750/RO.

³⁶¹ BENJAMIN, Antonio Herman. Função Ambiental. In: Dano ambiental: prevenção, reparação, e repressão. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993. BDjur, Brasília, DF, p. 65.

³⁶² Perceba-se que a coletividade e as futuras gerações podem sofrer processo de substituição processual, porque em nome próprio o substituto promove direito alheio (da coletividade e das futuras gerações), enquanto que o ente estatal sempre atua em nome próprio e defende direito próprio, portanto insuscetível o interesse público de sofrer substituição processual, somente representação processual (em que se defende direito alheio em nome alheio) de caráter concorrente e disjuntivo, sendo por esta razão o interesse público passível de ser individualizado, e o interesse difuso de natureza diferenciada do interesse público, somente passível de sofrer substituição processual. Como exemplo de substituição processual têm-se os legitimados para propor ação civil pública, segundo o artigo 5º da Lei 7.347/85: **I**- o Ministério Público; **II**- a Defensoria Pública; **III**- a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; **IV**- a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; **V**- a associação que, concomitantemente: **a**) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; **b**)

próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (artigo 6º do Código de Processo Civil), a expressão direito alheio interpretada extensivamente engloba aqueles direitos que não são passíveis de individualização,³⁶³ e pela natureza difusa que ostentam, também não poderão ser enquadrados dentro do regime de propriedade que possui o nosso sistema jurídico, sendo certo contudo que ainda assim mediante um substituto processual, autorizado por lei, poderá ser defendido em juízo.³⁶⁴ Não se trata de um interesse processual adstrito aquela noção clássica advinda da relação sujeito/objeto, mas de uma forma de promover valores comuns, por intermédio de uma legitimação concorrente e disjuntiva.³⁶⁵

Por sua vez, o interesse público se reduz a interesses que possuem conflituosidade interna mínima, conforme Herman Benjamin, “limita-se àqueles setores de interesses e valores onde há uma inegável manifestação social homogênea a exigir seu reconhecimento e tutela; uma certa unanimidade social (= consenso coletivo)”, o que corporifica o interesse público, e advém de bens jurídicos que inegavelmente devem ser protegido pelo consenso unânime, como “as garantias individuais e sociais fundamentais, a segurança pública, a moralidade administrativa, a qualidade de vida, a harmonia da família, o pleno emprego, a educação, a paz”.³⁶⁶ Diferentemente dos interesses difusos que, ainda segundo Hermam Benjamin, possuem uma certa conflituosidade interna significativa, capaz de fazê-los preponderar numa ideia de contra interesses ou contra princípios comuns na tutela de interesses e bens jurídicos de natureza difusa.³⁶⁷

inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

³⁶³ “(...) esses interesses exsurgem de situações de fato, uniformes, concernentes a coletividades maiores ou menores, o que, evidentemente, impede a ‘apropriação’ desses interesses, a título exclusivo, por uma pessoa ou um grupo; a representação desses interesses aparecerá como de tipo ‘concorrente e disjuntiva’, isto é, de todos e de cada qual dos sujeitos implicados (rectius: substitutos)” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 93).

³⁶⁴ **Art. 5º** Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: **I**- o Ministério Público; **II**- a Defensoria Pública; **III**- a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; **IV**- a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; **V**- a associação que, concomitantemente: **a)** esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; **b)** inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

³⁶⁵ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. afirmam que no pertinente aos direitos coletivos e transindividuais “o Brasil possui uma legitimação plúrima e mista, plúrima por serem vários os entes legitimados, mista por serem legitimados entes da sociedade civil e do Estado”. (DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR. Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Volume 4: Processo Coletivo. Volume 4. 5ª edição. Ed. Juspodium, 2010, p. 205).

³⁶⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In MILARÉ, Édís (Coord.). Ação civil pública : lei 7347/85, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 71-151

³⁶⁷ Antônio Herman Benjamin leciona com maestria: “O interesse público, como singularidade conceitual, exigindo conflituosidade coletiva mínima, vê, de fato, seu campo de existência profundamente reduzido, no mundo atual de embates supraindividuais; limita-se àqueles setores de interesses e valores onde há uma inegável manifestação social homogênea a exigir seu reconhecimento e tutela; uma certa unanimidade social (= consenso coletivo) seria sua marca primeira e mais relevante. Seu império, em estado de contração (convulsão?), abrange as garantias individuais e sociais fundamentais, a segurança pública, a moralidade administrativa, a qualidade de vida, a harmonia da família, o pleno emprego, a educação, a paz. É a unanimidade social, pois, que dá ao interesse público uma de suas mais marcantes características: a sua rejeição à ideia de contra-princípios ou contra-interesses, tão comuns no campo dos outros interesses tipicamente supraindividuais (difusos e coletivos stricto sensu). Não obstante interesses individuais ocasionalmente contrariados, o fato é que o interesse público não encontra rivais, em termos de supraindividualidade, seja porque o tema realmente une a coletividade, seja porque decorre de mandamento constitucional uníssono, seja tão-só porque aqueles que poderiam fazer-lhe oposição não têm liberdade (por vezes, a restrição vai ao ponto do sancionamento penal, como no caso da pregação de violência) ou disposição

Deste modo o interesse público, não obstante sua essência ser eminentemente caracterizada por interesses supraindividuais, pode por vezes ser corporificado e individualizado no ente estatal que promove através de sua finalidade essencial, de modo exclusivo, a tutela deste interesse público primário na proteção do bem geral da comunidade, no sentido apriorístico de produção da efetiva realização do interesse geral da coletividade (ou interesse social), corporificado pelo estado, justamente porque inconteste e sem nenhuma recalcitrância no seio social. Não se confunde contudo com o interesse estatal (público secundário) que é a forma como os entes públicos interpretam o interesse social, ostentando na maioria das vezes conotação patrimonial.

É possível assim estruturar um gênero de interesses metaindividuais, o qual engloba o interesse público primário (que é diferente e não se confunde com o interesse estatal, secundário), sendo sinônimo do interesse social,³⁶⁸ além do interesse difuso e coletivo, todos de natureza transindividual.³⁶⁹ Este gênero se diferencia tanto do interesse estatal, secundário, corporificado pelas entidades representativas das pessoas jurídicas de direito público, quanto do interesse privado, que podem englobar os interesses estritamente individuais e aqueles organizados de modo homogêneo. O interesse estatal assim, como somatório dos interesses individuais, e o interesse individual homogêneo, ostentam íntima correlação, mas não deixam de ser caracterizados como interesses passíveis de ser individualizados, corporificados por entidades estatais ou por sujeitos de direito de ordem individual.

para externar seus pontos de vista ou, mais próximo do nosso tema, para defendê-los em juízo. Quem que se atreveria a pregar, abertamente e até pela via judicial, o analfabetismo (a educação é "direito de todos e dever do Estado e da família"), o desemprego (o trabalho, antes mesmo de ser "direito social", é fundamento da República, como "valor social"), a insegurança (a segurança vem caracterizada como "direito de todos"), as enfermidades (a saúde também é "direito de todos e dever do Estado"), a destruição da família e a tortura? (...) Em síntese, o interesse público, para que se lhe dê algum sentido no cotejo com os outros interesses supraindividuais, não pode ser uma simples realidade quantitativa, dependente do número de indivíduos (= condôminos sociais) que o partilham; ao revés, por pairar solitário, inconteste e sem costuras ou rachaduras no meio ambiente social, tem raízes mais profundas, que lhe conferem uma natureza jurídica diversa na família da metaindividualidade. Quem deixar de compreender essa sua faceta, não estará habilitado a distingui-lo, adequadamente, das outras categorias que lhe fazem sombra." (BENJAMIN, Antonio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In MILARÉ, Édis (Coord.). Ação civil pública : lei 7347/85, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 71-151).

³⁶⁸ Ao Ministério Público incumbe a defesa do interesse social (art. 127,CF), por isso foi possível afastar esta instituição dos braços do executivo, que cuida precipuamente dos interesses de natureza secundária do ente estatal. Sobre o interesse social leciona Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz: "Para aqueles que adotam a distinção, feita por Renato Alessi, entre interesse público primário e interesse público secundário, o segundo acaba sendo conceituado como o modo pelo qual os órgãos da Administração interpretam o interesse público, enquanto o primeiro é identificado como o bem geral, sendo sinônimo de interesse social. Assim faz Hugo Nigro Mazzilli, que define o interesse social (interesse público primário) como "o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo". Fazendo uso das noções gerais acerca do interesse, apresentadas no início deste estudo, em especial aquelas que o encaram como relação entre um sujeito e um objeto, observaremos que a doutrina tende a identificar o interesse social com o que tem por titular toda a coletividade, todo o grupo social, e, por objeto, bens ou valores essenciais para a vida em sociedade (o bem comum)." (CAMARGO FERRAZ. Antonio Augusto Mello de. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 6, p. 33-46, fevereiro/2010, p. 37).

³⁶⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso aliás identifica as inúmeras semelhanças existentes entre as expressões interesse social, geral, e interesse público, englobando todos na definição genérica de interesses transindividuais. Conforme o autor fala-se em "interesse 'social', 'público', 'geral', tendo todos estes termos por núcleo comum o fato de se referirem a interesses metaindividuais, que transcendem o indivíduo isoladamente considerado" (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 23 e 32)

O interesse difuso, contudo, como espécie do gênero interesse transindividual, apresenta características não sistematizáveis e ostenta uma natureza não homogênea, podendo-se dizer que pertencem a uma terceira categoria,³⁷⁰ dos interesses supra ou metaindividuais, os quais, na lição de Ricardo de Barros Leonel, se situam propriamente entre os interesses privados e os públicos, mas com maior proximidade destes últimos, ou, sob outro enfoque, e considerando os públicos como uma categoria mais abrangente, como uma modalidade diferenciada destes interesses”.³⁷¹ Dita este doutrinador que estes direitos transindividuais de caráter difuso não têm uma delimitação pré-estabelecida, o que os torna diferentes substancialmente dos clássicos direitos subjetivos, atesta que “sua formação decorre necessariamente da evolução dos fenômenos sociais na denominada ‘sociedade de massas’, surgem dos conflitos comerciais, tecnológicos etc., aptos, no mundo globalizado, a atingir ao mesmo tempo, de forma indiscriminada, grandes grupos sociais e bens inerentes a todos indistintamente, passíveis de fruição de modo quase que exclusivamente comum (ar, águas como fonte de recursos da comunidade, informação pelos meios de comunicação)”.³⁷²

Para Marcelo Paulo Maggio, “o interesse público primário é o que reflete o bem geral, da sociedade ou da coletividade como um todo, onde podem ser incluídos alguns que, ante a sua reconhecida importância, passaram a ser tratados como indisponíveis. Ocorre quando a necessidade for referente a toda comunidade. Ajusta-se ao interesse social, ‘que é interesse da sociedade ou da coletividade como um todo’”.³⁷³ Afirma este autor que em algumas situações ou circunstâncias “o interesse da Administração não coincide com o da comunidade, seja pela indisponibilidade dos interesses públicos, seja pelas prioridades do administrador da coisa pública, ao defender seus planos e objetivos políticos”. Presumivelmente, dita este autor, “ambos os interesses tendem a dirigir-se para um ponto comum, todavia, através de tal divisão, caso isso não ocorra, pode a sociedade ofendida tomar as providências para se ver defendida diante do conflito que restou configurado, ante a lesão social provocada pela Administração Pública.”³⁷⁴ Leciona Ricardo de Barros Leonel a respeito dos interesses difusos:

³⁷⁰ Érica Barbosa e Silva assevera que (...) “os direitos coletivos *lato sensu* são subjetivamente transindividuais e materialmente indivisíveis, fruto da superação da velha dicotomia entre direito público e privado, pois pertencem a toda a coletividade ou, em alguns casos de forma restrita, a um grupo ou a uma classe. Há variável grau de indeterminação dos titulares desses direitos. Já os direitos individuais homogêneos são individuais na sua essência e, por isso, notadamente divisíveis. Contudo, existindo a homogeneidade, permite-se a aglutinação de demandas.” (SILVA, Érica Barbosa e. Cumprimento de sentença em ações coletivas. São Paulo: Atlas, 2009, p. 3).

³⁷¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. 3ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013, p.89.

³⁷² LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. 3ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013, p.90.

³⁷³ MAGGIO, Marcelo Paulo. Condições da Ação – com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos. 2ª edição. Curitiba, Juruá, 2008, p. 91.

³⁷⁴ MAGGIO, Marcelo Paulo. Condições da Ação – com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos. 2ª edição. Curitiba, Juruá, 2008, p. 91.

“(...) Em função de seu dinamismo, que se verifica paralelamente com a mutação dos movimentos da própria sociedade, é que sua definição veio antes por obra da doutrina e da jurisprudência que por atuação do próprio legislador, como verdadeiro atendimento de anseio impostergável de toda a comunidade. São dotados, ademais, de intensa conflituosidade, na medida em que sempre refletem litígios entre valores de monta considerável, entre os quais se torna imprescindível a formulação de opções. Ora, tendo tais interesses fonte no próprio texto constitucional, não há como negar que o equacionamento dos conflitos a eles relativos implicará escolhas políticas. Fica relativizada a célebre distinção entre os poderes do Estado, conferindo-se maior âmbito de atuação ao judiciário, limitando-se a própria discricionariedade da administração, trazendo assim, ao acesso popular – por meio do exercício da jurisdição no processo coletivo –, a possibilidade de influir nas decisões ou opções fundamentais do Estado.”³⁷⁵

Desta forma, por certo que estes interesses transindividuais não são passíveis de ser individualizados.³⁷⁶ Dentro desta categoria (transindividuais) encontra-se o interesse social, sinônimo de interesse público primário, e ainda os interesses difuso e coletivos. Os interesses difusos não ostentam sujeitos determinados (titularidade indeterminada) nem mesmo determináveis, tendo objeto indivisível, cuja lesão não pode ser repartida, não podendo ser individualizados, nem mesmo reflexamente. Por sua vez o interesse social, ou público primário, é passível de individualização, quando corporificado pelo estado através de sua característica de quase unanimidade social. Estas categorias são eminentemente diferentes do interesse estatal (secundário), o qual é passível de ser individualizado e ostenta na maioria das vezes conotação patrimonial. O interesse público primário, ou interesse social, pode ser corporificado pelo ente estatal, conquanto materialmente continua sendo transindividual, ostentando uma característica de quase unanimidade social, a qual permite sua representação por parte do ente estatal. Deste modo os interesses transindividuais podem ser tanto advindos do interesse público primário (ou interesse social) como do interesse difuso ou coletivo, o primeiro podendo ser corporizado pelo estado, dado sua característica de quase unanimidade social, mas o segundo sendo dotado de uma certa conflituosidade interna que o faz dificultoso agregar qualquer conotação de unanimidade,³⁷⁷

³⁷⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. 3ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013, p.91.

³⁷⁶ “Ao contrário do que sempre se entendeu quanto aos conflitos intersubjetivos de cunho individual, os interesses difusos, por definição, não comportam atribuição a um titular definido, em termos de exclusividade: eles constituem a ‘reserva’, o ‘arsenal’ dos anseios e sentimentos mais profundos que, por serem necessariamente referíveis à comunidade ou a uma categoria como um todo, são insuscetíveis de apropriação a título reservado. Do fato de se referirem a muitos não deflui, porém, a conclusão de que sejam res nullius, coisa de ninguém, mas, ao contrário, pertencem indistintamente, a todos; cada um tem título para pedir a tutela de tais interesses. O que se afirma do todo resta afirmado de suas partes componentes.” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 89-121).

³⁷⁷ Além da notável característica da efemeridade destes interesses, porque se “não exercitados a tempo e hora”, os interesses difusos podem vir a modificar-se, “acompanhando a transformação da situação de fato que os ensejou”, a essa notável transição ou natureza mutável dos interesses difusos, segue-se a consequência da irreparabilidade da lesão, em termos substanciais. Com efeito, os interesses difusos dimanam dos valores mais elevados para a sociedade: preservação do ambiente, direitos dos consumidores, etc. Ora, uma vez lesionados esses interesses, o Direito não poderá oferecer uma reparação integral, ‘em espécie’, porque não se trata de valores fungíveis, suscetíveis de reparação através de ressarcimento pecuniário: (...) e justamente porque a lesão a esses interesses assim fugazes se afigura irreparável, deve o Direito moderno preocupar-se em oferecer sucedâneos ressarcitórios.” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e

não podendo ser alcançado por qualquer individualização, somente podendo se fazer efetivo mediante atividade política.³⁷⁸

Os interesses difusos não são unânimes no seio social, por ostentarem uma relevante conflituosidade interna, sendo esta a característica mais diferenciada a separá-los daqueles interesses privados e públicos (seja o primário, seja o secundário), porquanto estes podem ser representados por uma personalidade jurídica única, sendo perseguidos interesses alheios em nome próprio (interesses estatais em nome do estado). Por outro lado, os interesses difusos, por ostentarem uma característica de conflituosidade interna significativa, não podem ser representados por uma personalidade jurídica única, ainda que fictícia, apenas podendo haver processos de substituição processual, cuja atuação é em nome próprio mas para a defesa ou promoção de direitos alheios (afetos à toda a sociedade, de forma não unânime, e ainda às futuras gerações). A principal característica, portanto, é a impossibilidade de ser o interesse difuso individualizado, e por esta razão surgem todas as dificuldades conhecidas acerca da pouca e complexa operabilidade prática destes interesses, os quais para se tornarem direitos,³⁷⁹ impõe uma relativização dos institutos clássicos do direito privado quando se cogita possíveis analogias, haja vista a inexistência quase completa de institutos próprios que substanciem os direitos coletivos e difusos de natureza transindividual. José Antônio Remédio, José Fernando Seifarth, e José Júlio Lozano Júnior lecionam a este respeito:

“(…) a doutrina passou a caracterizar, a partir dos estudos de Mauro Cappelletti, outros tipos de interesses, situados entre as categorias tradicionais de interesses públicos ou privados. Trata-se da categoria dos interesses metaindividuais. São interesses comuns a certas categorias de pessoas, componentes de conjuntos indeterminados ou determináveis de titulares. Esses interesses não comportavam defesa única, concentrada, global. Só podiam ser objeto de ação em que, cada um, individualmente, defendia seu próprio direito. Inexistia defesa eficaz. Interesses metaindividuais são os que promanam de valores de convivência social considerados relevantes por atingirem grupos, classes ou agregados vinculados entre si por relação de fato ou de direito. Tais interesses podem ser coletivos, quando se referem a uma categoria determinada ou determinável de pessoas, e difusos, quando se referem a um grupo indeterminado de indivíduos, que não podem ser indicados, por serem dispersos no meio social. Tendo a

legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 90-91). Assim por exemplo seria um sucedâneo ressarcitório a empresa diante a impossibilidade de determinar os sujeitos lesados oferecer descontos ao preço habitualmente cobrado para determinado serviço, ou realizar contribuição com infraestrutura, ou realizar depósito pecuniário em fundo direcionado à proteção de modo genérico a interesses da mesma categoria.

³⁷⁸ “(…) a evidência da conflituosidade dos interesses coletivos em sentido amplo, acaba por demonstrar sua importância como fenômeno de participação social, pois releva a insuficiência dos processos políticos tradicionais de mediação. Este componente altera a concepção do processo, transformado em instrumento para acerto de conflitos praticamente políticos. A demanda judicial ganha dimensão de participação política, provocada pela inadequação das técnicas tradicionais, tudo isto modificando a própria finalidade clássica da jurisdição, deslocando-a da simples atuação do direito objetivo para o papel promocional de aquisição de uma consciência do coletivo e do social, com manifestação participativa por meio da justiça.” (LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. 3ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013, p.91).

³⁷⁹ “(…) os termos direitos e interesses são usados como sinônimos, pois os interesses, quando passam a ser tutelados pelo direito, ganham status de direito. É salutar destacar o entendimento de Francesco Carnelutti ao afirmar que “interesses não significam um juízo, mas uma posição do homem, ou mais exatamente: a posição favorável à satisfação de uma necessidade (CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. V. 1. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 55 *apud* SANTOS, Ana Claudia Schwenck dos. Efetivação dos direitos difusos e coletivos: Ação Civil Pública. São Paulo, LTr, 2013, p. 26).

doutrina delineado essa nova categoria de interesses, que não se enquadram na divisão tradicional de interesses públicos e privados, estando, porém, a exigir proteção eficaz, adquiriram certos entes a titularidade do direito de ação civil pública.”³⁸⁰

Também denominados de direitos fundamentais de terceira geração³⁸¹ ou dimensão³⁸² os direitos transindividuais (coletivos/difusos) podem ser identificados destarte como aqueles direitos conquistados pelos estados e pela comunidade internacional a partir da segunda metade do século XX como inerentes à coletividade,³⁸³ como o direito ao meio ambiente sadio, ao patrimônio histórico e cultural, à integridade da coisa pública, ou seja, são direitos que não pertencem individualmente a ninguém, mas ao mesmo tempo a toda a coletividade, não sendo contudo subjetiváveis, e por isso não ostentam as características necessárias para se incorporarem ao âmbito subjetivo e patrimonial de apenas um único sujeito de direito.³⁸⁴ Segundo José Antonio Remédio e Davi Pereira Remédio, são exemplo

³⁸⁰ REMÉDIO. José Antonio. Remédio, Davi Pereira. Direitos fundamentais difusos e coletivos e equidade. In: Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade. Richard Pae Kim, Sérgio Resende de Barros, Fausto Koso Matsumoto Kosaka (coordenadores). São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 52.

³⁸¹ “Esta distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito por ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais. Entende-se, pois, que tantos direitos a liberdade não guardam, hoje, o mesmo conteúdo que apresentavam antes de surgirem os direitos de segunda geração, com as suas reivindicações de justiça social, e antes que fossem acolhidos os direitos de terceira geração, como o da proteção ao meio ambiente. Basta que se pense em como evoluiu a compreensão do direito à propriedade, desde a Revolução Francesa até a incorporação às preocupações constitucionais de temas sociais e de proteção do meio ambiente. Os novos direitos não podem ser desprezados quando se trata de definir aqueles direitos tradicionais.” (MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 268).

³⁸² Leciona Ingo Wolfgang Sarlet que “(...) não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um progresso cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. Neste contexto, aludiu-se entre nós de forma notadamente irônica ao que se chama de ‘fantasia das chamadas gerações de direitos’, que, além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento”. (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição. 2012, p. 45).

³⁸³ Para Emilia Bea estes “derechos humanos de la solidaridad o de la tercera generación presentan un carácter más originario y radical por entroncar perfectamente con el nuevo paradigma de la ‘calidad-de vida’, propio de la genuina post modernidad, y por centrarse en la lucha contra la alienación del individuo. La llamada tercera generación de derechos humanos conecta con el intento de superar la tendencia generalizada, en la Edad Moderna de menosprecio a lo colectivo, en aras de una individualización que va unida al protagonismo del Estado. En esta línea, se ha llegado incluso a afirmar que, a partir de la Europa del siglo XVIII, las prácticas, y sus consiguientes formaciones discursivas, en torno a lo ‘colectivo’ van desapareciendo de la legitimidad histórica y por ello, cuando se pretende abordar lo tema de los derechos colectivos, la primera y necesaria labor teórica debe ser la de aclarar que tipo de discurso debe ser el adecuado, y aquí nos encontramos bastante vendidos porque tanto los enunciados como los desarrollos discursivos que podríamos utilizar y que están a ellos ligados aparecen absolutamente condicionados por la lectura ‘individualista’ de la realidad que los mismos instrumentos de lenguaje con los que trabajamos nos imponen necesariamente. La salida de este problema solo puede encontrarla en el campo de las prácticas sociales en las que lo colectivo es ‘el elemento que integra, explica y da sentido’. Como advierte M. Foucault, el problema a la vez político, ético, social y filosófico que hoy se nos plantea es el de promover nuevas formas de subjetividad rechazando el tipo de individualidad que se nos ha impuesto durante siglos. En definitiva, se trataría de encontrar nuevas formas de vida comunitaria, de referentes donde arraigar, pero sin perder de vista el punto de partida ineludible: el carácter prioritario, irreductible, de cada ser humano. En esta complementariedad entre irreductibilidad y arraigo, como se sugiere en otros momentos de este libro, radica quizá la complejidad y riqueza de una visión renovadora de los derechos humanos.” (BEA. Emilia. Los derechos de las minorías nacionales: su protección internacional, con especial referencia al marco europeo. In: Jesús Ballester et al (org.), Derechos Humanos, concepto, fundamentos, sujetos. Ed. Tecnos, 1992, p. 166-167. Disponible em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/14696r.pdf>; acceso: 07/12/2014).

³⁸⁴ August Monzon Arazo leciona que “desde el Tercer Mundo se insiste de manera particular, y ello resulta perfectamente lógico, en los derechos, no incluidos en la Declaración de 1948, llamados justamente ‘de fraternidad’ o ‘de solidaridad’ (o, también, ‘de la tercera generación’): sobre todo, en el derecho al desarrollo, en el derecho a la paz (es sabido cómo los gastos

de direitos de solidariedade ou de terceira geração, dentre outros: “no âmbito internacional, o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e à autodeterminação dos povos; na órbita interna brasileira, o direito ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, ao patrimônio público e social, ao consumidor, à probidade administrativa, à criança e ao adolescente, aos idosos e aos índios”.³⁸⁵

Ostentam um objeto indivisível, e por isso ao mesmo tempo em que pertencem a todos, não pertencem individualmente a ninguém, pois a partir do momento que um sujeito invoca sua proteção, invoca igualmente para todos, e exerce com isto a representação ou substituição³⁸⁶ de todos os outros que possuem igualmente interesse na sua realização.³⁸⁷ Trata-se de direitos não individualizáveis, e que possuem em sua essência a característica de não se incorporarem no patrimônio individual de nenhum sujeito de direitos. São direitos, portanto, não individualizáveis, que podem ou não ser realizados individualmente. Encontram-se na classificação já acobertada pela dogmática contemporânea inerente aos direitos coletivos *lato sensu*, que englobam os direitos difusos, em essência transindividuais, indivisíveis e não realizáveis individualmente com sujeitos indeterminados, ligados por uma situação de fato;³⁸⁸ englobando igualmente os direitos coletivos *stricto sensu*,

de armamento constituyen una de las principales causas de la depauperación de estos países) y en el derecho a disfrutar del patrimonio común de la humanidad, así como también en el derecho a la libre determinación: política, económica, social y cultural (pactos de 1966, art. 1). Ello no quiere decir, desde luego, que en estos países no se sienta, y de una forma especialmente dramática, la conculcación de los demás derechos fundamentales, comenzando por el derecho a la vida y a la integridad física. (...)”. Para esta autora assim nos países periféricos, sobretudo nos orientais, a “noção de direitos humanos ha adquirido un significado - en la teoría, pero sobre todo en la práctica- muy distinto del que es usual en Occidente”, em razão de diferenças culturais muito significativas, principalmente nos países islâmicos. Mas analisando estas situações conclui a autora que “en los países no occidentales em general, con la principal excepción del área islámica (al menos en buena parte), existe una actitud favorable a la adopción de aquellas formas jurídico-políticas desarrolladas en Occidente sin las cuales no parece que pueda hablarse con propiedad de derechos humanos: respecto al individuo, garantías adecuadas para hacer posible el ejercicio de los derechos, Estado de Derecho (organización democrática, separación de poderes, primacía de la ley). Sin embargo, los valores y principios de carácter comunitario propios de dichos países (correlación derechos-deberes; importancia de la familia, de las tradiciones propias y de la educación moral; limitaciones a la propiedad privada en favor de la colectividad) se oponen a la ideología dominante hoy em el ámbito occidental: el neoliberalismo. Este, en virtud de su propia dinámica económica y cultural, hace que se prolongue la dependencia económica (neocolonial) del Tercer Mundo y a la vez el etnocentrismo occidental: es por ello por lo que el distanciamiento sigue aumentando y el diálogo deviene cada vez más difícil”. Eis porque para a autora “una solidaridad ecuménica real no resulta posible sin un nuevo consenso básico sobre derechos humanos. La Declaración Universal de 1948 y los Pactos de 1966 deben ser complementados con un reconocimiento internacional de los ‘derechos de fraternidad’ que limite las pretensiones del individualismo economicista. Pero para hacer que el acuerdo sea realmente fructífero se hace necesario un diálogo em profundidad, em primer lugar entre aquellas formaciones y movimientos que, dentro y fuera de Occidente, comparten, a pesar de sus diferencias, puntos de vista comunes sobre cuestiones fundamentales (...)” (ARAZO, August Monzon. Derechos humanos y Diálogo Intercultural. In: Jesús Ballesteros *et alii* (org.), Derechos Humanos, concepto, fundamentos, sujetos. Ed. Tecnos, 1992, p. 122-123. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/14696r.pdf>; acesso: 07/12/2014).

³⁸⁵ REMÉDIO. José Antonio. Remédio, Davi Pereira. Direitos fundamentais difusos e coletivos e equidade. In: Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade. Richard Pae Kim, Sérgio Resende de Barros, Fausto Koso Matsumoto Kosaka (coordenadores). São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 52.

³⁸⁶ Representação é quando se exerce direito alheio em nome alheio; substituição é quando em nome próprio se defende direito alheio, somente sendo autorizada por lei (art. 6º, do Código de Processo Civil).

³⁸⁷ Segundo o artigo 1º da Lei nº 7.347/85, “têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar, o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedade de economia mista; e as associações que, concomitantemente, estejam constituídas há pelo menos 1 (um) ano e incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

³⁸⁸ Há que se considerar também, na esteira da lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, as características efêmeras que por vezes ostentam os interesses difusos, dado que “de ordinário, não se apresentam jungidos a um vínculo jurídico básico, mas a situações contingenciais, deriva a consequência de que eles são mutáveis em que essas mesmas situações de fato; e mesmo podem fenecer e desaparecer, acompanhando o declínio e extinção dessas situações. Pela mesma razão, reaparecerão mais adiante, quando ainda uma vez ressurgirem as mesmas causas fáticas anteriores. (...) é efêmera a duração do interesse difuso daí decorrente: deve ser ele tutelado prontamente, antes que se altere a situação de fato que o originou.” (MANCUSO. Rodolfo

transindividuais, indivisíveis, realizáveis individualmente, e com sujeitos determinados ou determináveis ligados por uma relação jurídica base; e ainda os direitos individuais homogêneos, estes realizáveis individualmente, divisíveis, e com sujeitos determinados ou determináveis ligados por origem comum.³⁸⁹

A responsabilidade pela tutela e promoção destes bens jurídicos de natureza diferenciada (não individualizáveis) é depositada não somente no ente estatal, mas também em toda a coletividade por meio de processos políticos;³⁹⁰ o que corresponde a dizer, não somente o estado possui o dever de implementar a tutela destes direitos de natureza transindividuais, por meio de políticas públicas, mas toda a coletividade possui o interesse e até mesmo o dever de não violá-los. Ou seja, na esteira da lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, “os interesses difusos concernem a uma categoria ou coletividade e a cada um de seus integrantes, ao mesmo tempo; logo, cada um que se apresenta como portador daqueles interesses exerce, em certa medida, o seu próprio interesse.”³⁹¹

O interesse tutelado, portanto, não é eminentemente público, por não pertencer unicamente ao Estado, e também não eminentemente particular, por não pertencer a qualquer entidade de ordem privada, ostentando um resquício de ambos os interesses, pois tanto o particular quanto o ente estatal também possuem interesse na sua proteção. Neste aspecto Ricardo Luis Lorenzetti leciona que “(...) *tradicionalmente, os Códigos Civis regulam os bens por sua pertinência ao domínio público e privado. Nos últimos anos surgiu uma categoria de bens que não pertencem ao Estado nem aos particulares de forma exclusiva, e que não são suscetíveis de ser divididos em partes que permitam afirmar sobre elas a titularidade individual de um direito dominial.*”³⁹²

Segundo a doutrina de Hugo Nigro Mazzili, a divisão clássica entre o interesse público e privado é insuficiente, mesmo se considerado a divisão existente entre o interesse

de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 89-90).

³⁸⁹ Segundo a doutrina de Daniel Carnio Costa “os direitos difusos podem ser classificados segundo seus titulares (subjetivamente), ou segundo o seu objeto (objetivamente) ou, ainda, segundo sua natureza. Do ponto de vista subjetivo, tem-se que os direitos ou interesses difusos são titularizados por pessoas indeterminadas. A indeterminação de seus titulares é absoluta, não sendo possível definir de maneira individualizada o titular do direito difuso. Isso porque não há, na verdade, titular individual. Há todos os interessados, de maneira difusa, ligados por circunstâncias de fato, como, por exemplo, residirem em uma mesma região ou consumirem o mesmo produto. Do ponto de vista objetivo, a natureza indivisível desse interesse faz com que ele exista para todos de maneira única, sendo inviável sua satisfação atomizada. É inviável a satisfação do interesse de um lesado sem que sejam satisfeitos, no mesmo momento, todos os possíveis titulares desse mesmo interesse. Os direitos difusos, em decorrência de sua natureza, são insuscetíveis de apropriação individual e de transmissão, seja por ato inter vivos, seja por ato mortis causa. São, ainda, em decorrência de sua indivisibilidade, insuscetíveis de renúncia ou transação.” (COSTA, Daniel Carnio. Danos individuais e ações coletivas. 2ª edição. Curitiba, Juruá, 2011, p. 40).

³⁹⁰ Ver neste sentido: PIOVESAN, Flávia. A atual dimensão dos direitos difusos na constituição de 1988. In: Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas / coordenadores: Beatriz Di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo, Flávia Piovesan; colaboradores: Andre Franco Montoro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, 288 p., ISBN: 8520312454.

³⁹¹ MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 116. “Do fato de se referirem a muitos não deflui, porém, a conclusão de que sejam res nullius, coisa de ninguém, mas ao contrário, pertencem indistintamente, a todos; cada um tem título para pedir a tutela de tais interesses. O que se afirma do todo resta afirmado de suas partes componentes.” MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 121).

³⁹² LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito; tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 271.

público primário e o secundário, o primeiro como “o bem geral da coletividade” (interesse social), e o segundo como o modo que “a administração interpreta o que seja o efetivo interesse da coletividade” (geralmente alcançando um cunho patrimonial em benefício do ente estatal), reduzindo-se muitas vezes ao interesse meramente patrimonial e individual da pessoa jurídica de direito público.³⁹³ Leciona portanto este autor que *“entre essas duas categorias básicas (interesse público e interesse privado) existe uma categoria intermediária de interesses que não são meramente individuais, porque transcendem os indivíduos isoladamente considerados, mas não chegam a constituir interesses do Estado nem de toda a coletividade: são os interesses transindividuais, também conhecidos como metaindividuais”*.³⁹⁴ Eis porque o interesse a ser perseguido situa-se num âmbito de atuação intermediário, na interseção entre o interesse público e o interesse privado, envolvendo uma noção clara que os diferencia das clássicas esferas público/privada.

Aprioristicamente, bem delimita Motauri Ciocchetti de Souza, nos seguintes termos:

“(…) a característica de bem público do meio ambiente não traduz uma relação de propriedade dos valores ambientais por parte de qualquer pessoa jurídica de direito público, nem, tampouco, que a pessoa política possa deles dispôr: o interesse, no caso, é público porque social, não por estar agregado, ainda que de forma indireta, ao patrimônio de algum ente estatal (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios).³⁹⁵ Em outras palavras, O Estado de São Paulo é o titular do domínio das terras em que implantado o Parque Estadual da Serra do Mar: não o é, porém, dos valores ambientais respectivos, tanto assim que não possui disponibilidade acerca de tais recursos, sendo-lhe vedado realizar desmatamentos, desmembramentos ou autorizar o exercício de atividades extrativistas, voltadas ou não à obtenção de lucro. De igual sorte, ‘o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas’, consoante disciplina o art. 1.228, §1º, do Código Civil. Assim, o titular do domínio de certa gleba rural a possui por inteiro, abrangendo inclusive os espaços aéreos e subterrâneos úteis ao exercício do direito de propriedade (art. 1.229 do Código Civil). Não obstante, é obrigado a manter, nos moldes dos arts. 3º e 12 da Lei Federal n. 12.651/2012 (Código Florestal), área denominada reserva legal, cujos objetivos são os de propiciar o uso sustentável dos recursos naturais, a conservação e reabilitação dos processos ecológicos, a preservação da biodiversidade e a proteção de fauna e flora nativas. Os recursos ambientais inseridos na reserva legal, dessa forma, não podem ser objeto de apropriação pelo titular do domínio da área em que localizados, vez que constituem patrimônio da sociedade. Dessa forma, o meio ambiente ecologicamente equilibrado não pode ser classificado com base no critério de propriedade nos moldes do Código Civil: sob tal ótica não é ele um bem privado ou público. É, em verdade, um bem difuso, pois

³⁹³ MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses Difusos e Coletivos. Ed. Damásio de Jesus, p. 17.

³⁹⁴ Hugo Nigro Mazzili assenta que “os interesses transindividuais são aqueles que reúnem grupos, classes, ou categorias de pessoas, como os moradores de uma região, no que diga respeito a uma questão ambiental; os consumidores do mesmo produto; os trabalhadores da mesma fábrica, os alunos do mesmo estabelecimento de ensino”. (MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses Difusos e Coletivos. Ed. Damásio de Jesus, 4ª edição, p. 17).

³⁹⁵ Cita este autor um interessante julgado do TJSP, que logra por vedar “a disposição, pelo poder público, de área de importância ambiental, por intermédio da alteração de sua classificação de bem de uso comum do povo para dominical, sob o argumento de que ‘sua destinação, fins e objetivos não podem ser alterados’ V.JTJ n. 168/13. No mesmo sentido, JTJ, 152/273. (SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Interesses Difusos em espécie: direito Ambiental, direito do Consumidor e probidade Administrativa. 3ª edição. São Paulo. Saraiva. 2013, p. 33).

sua natureza pública – antes de possuir qualquer ligação com o direito de propriedade – decorre do fato de pertencer ao corpo social, de forma indistinta.”³⁹⁶

Na verdade, refletindo melhor sobre o tema é possível identificar os interesses de cunho jurídico não mais em uma subdivisão entre as clássicas esferas público/privadas, mas atualmente, notadamente na nova noção de sistema que se pretende analisar neste trabalho, pode-se dividir diante a observância da realidade social, entre a esfera individual e a existência de coletividades presentes no fenômeno jurídico a partir das últimas décadas do século XX,³⁹⁷ daí porque poder atribuir uma esfera aos interesses transindividuais e outra aos interesses individuais ou privados.³⁹⁸ Dentro da esfera dos interesses transindividuais encontram-se, juntamente com o interesse difuso,³⁹⁹ o interesse público primário, o qual corresponde ao interesse social, e o interesse coletivo, que apesar de poder ser individualizado (por ostentar uma titularidade determinada ou determinável) contém um objeto indivisível, não pode se lesionado ser separado ou quantificado sua reparabilidade. Fora da esfera dos interesses transindividuais, entre aqueles interesses que podem ser individualizados e realizados individualmente, encontra-se o interesse estatal (interesse público secundário) o qual é plenamente possível de ser individualizado, e personificado na pessoa do Estado, o interesse individual *stricto sensu* e os interesses individuais homogêneos, os quais apesar de coletivos, podem plenamente ser identificados, individualizados e separados individualmente. A representatividade destas ideias, ainda que

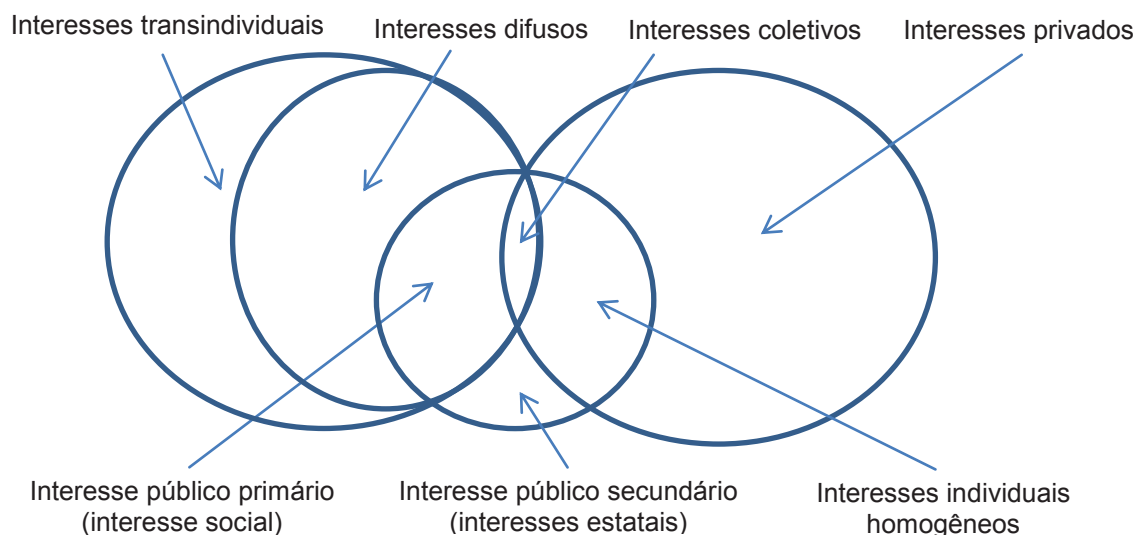
³⁹⁶ SOUZA, Motauri Ciochetti de. Interesses Difusos em espécie: direito Ambiental, direito do Consumidor e probidade Administrativa. 3ª edição. São Paulo. Saraiva. 2013, p. 33-34.

³⁹⁷ Nesse ponto é possível citar a relevante proteção constitucional no Brasil dos índios, quilombolas, etc, protegidos pelas normas constitucionais extraídas do artigo 216 da Constituição Federal, que em seu § 5º, dispõe que “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”, os quais constituem patrimônio cultural brasileiro; bem como pelo art. 231, que dispõe se reconhecer “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

³⁹⁸ “Entendemos necessária a distinção primeira entre interesses transindividuais (metaindividuais ou supraindividuais) e interesses individuais, sendo estes os que integram a esfera de direitos objetivos do particular, e aqueles, os que não se separam do interesse da coletividade em geral e não só o do Estado, ‘enquanto centro de imputação de direitos e obrigações’. Desse modo, os interesses transindividuais vão além da esfera individual. (...) Os interesses difusos referem-se aos direitos que transpõem os interesses individuais e são indivisíveis, com titulares indeterminados ligados por uma circunstância de fato. Os interesses coletivos *stricto sensu* são direitos transindividuais indivisíveis cujo titular é grupo de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base.” (SANTOS, Ana Claudia Schwenck dos. Efetivação dos direitos difusos e coletivos: Ação Civil Pública. São Paulo, LTr, 2013, p. 26).

³⁹⁹ Relacionei interesses transindividuais em sentido amplo dentro dos quais estaria o interesse difuso porque ao que parece existem interesses que são mais amplos do que o interesse social e o interesse difuso, na medida em que albergam valores mais elementares e que, certamente, ainda inovadores na seara do direito vêm tomando forma, mas não albergam uma natureza muito igual aos interesses difusos, sendo tão voláteis, que ainda prefere-se deixá-los no âmbito mais amplo dos interesses transindividuais, como, por exemplo, em linhas gerais, na lição de José Maria Martínez de Pisón, “as novas exigências sociais que irrompem no panorama político e que se caracterizam por sua pluralidade por sua referencia a fraternidade, solidariedade, meio ambiente, justiça social, justiça entre gerações”. Referindo-se aos direitos fundamentais de terceira geração, aduz ainda José Maria Martínez de Pisón que o “mérito desta categoria consiste em sua plasticidade, em sua pluralidade, o que permite traduzir aspirações que excedem os limites do judiciário”, assenta se incluir nesta geração de direitos o direito à paz, o direito à autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio cultural da humanidade, o direito ao meio ambiente ou à qualidade de vida, à liberdade informática ou, citando Pérez Luño, o direito à auto determinação informática.” PISÓN, José Maria Martínez de. Derechos Humanos: historia, fundamento, y realidad. Egido Editorial, Zaragoza, 1997, p. 200-210. Nesse sentido ver também: PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. La Tercera Generacion de Derechos Humanos, Aranzadi, 2006. Ainda nos parece que a tutela de ordem difusa é ainda parcialmente somente aquela integrante albergada pelo artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República, que permite a qualquer cidadão propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, sendo estes bem tutelados de modo muito claro bens jurídicos de natureza difusa, englobando a esfera ampla dos demais interesses transindividuais.

aproximadas, pode ser realizada por intermédio de um gráfico, o qual – ressalte-se – absolutamente não se encontra isento de críticas, mas para tentar tornar as coisas um pouco mais claras ousamos realizar, conforme abaixo:



04.1.3 Os bens coletivos não pessoais e sua não inserção na esfera pública e nem na esfera privada.

Carlos Marés ensina que, a partir da metade do século XX⁴⁰⁰ o direito passa a regular coisas intangíveis, ou seja, as coisas destinatárias da tutela do direito, o bem jurídico a ser tutelado, passa cada vez mais a se tornar intangível, imaterial, afastando-se paulatinamente do patrimônio individual e da coisificação material como sustentáculo.⁴⁰¹ Os bens de maior valor passam paulatinamente a ser o saber e o conhecimento “sempre que eles possam se tornar em um produto de consumo de massas”.⁴⁰² Outras intangibilidades como o meio ambiente, a cultura, a memória, e as necessidades coletivas passam a ser tratados como bens jurídicos passíveis de proteção pelo estado, não obstante não tenha o estado deles disponibilidade. É possível de se identificar assim, seguindo-se a lição deste autor, o bem jurídico pessoal (que pode ser inserido na esfera do patrimônio individual) ainda que imaterial, como o dano moral e os direitos do autor, estando, portanto, adstrito à

⁴⁰⁰ Marés cita como marco o Decreto-Lei 25/37, que instituiu o tombamento de bens culturais no Brasil, o Código Florestal, Lei 4.717/65, e vinte anos após, o surgimento da lei procedimental, que permite ao judiciário apreciar estes direitos coletivos, a Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.357/85 (Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba, Letra da Lei, 2011, p. 172).

⁴⁰¹ Assenta este autor: “Vale mais o potencial do que o produto em si, remédio, cosmético, sabonete, sanduiche. As grandes empresas da atualidade não vendem coisas, mas a marca da coisa, o seu sabor, odor ou criador.” Cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*; ob. cit., p. 173.

⁴⁰² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba, Letra da Lei, 2011, p. 173.

noção de direito subjetivo que possui o sujeito; e em contraposição, o bem jurídico não-pessoal, que se subdivide por sua vez, naqueles que podem ser realizados individualmente (por exemplo, os direitos do consumidor, as necessidades coletivas e humanas, como alimentação, moradia, educação), e naqueles que não podem ser realizados individualmente, e portanto não atingem qualquer esfera do patrimônio individual (como a poluição, o mau uso da propriedade, que viola o patrimônio cultural e ambiental, a violação do patrimônio imaterial, etc.).⁴⁰³

Os bens coletivos não pessoais que não podem ser individualizados passam a se estruturar legislativamente mediante conceitos normativos abertos, e se realizar principalmente mediante políticas públicas, é dizer, dada sua natureza não coisificada não encontram realização individual, apenas se materializando mediante atuação estatal de caráter geral, mediante políticas públicas.⁴⁰⁴ Assim, na lição de Carlos Marés, que os direitos não individualizáveis *“não são fruto de uma relação jurídica precisa, mas apenas de uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais tradicionais”*.⁴⁰⁵ Resumem-se, destarte, a direitos sem sujeito, ou dito de outra forma pelo autor, *“se todos são sujeitos do mesmo direito, todos tem dele disponibilidade, mas ao mesmo tempo ninguém dele pode dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos os outros”*.⁴⁰⁶ Assevera Marés ademais que uma eventual divisibilidade do objeto do direito difuso fará com que *“todos os titulares do todo continuem sendo titulares das partes”*.⁴⁰⁷ É por essa razão porque passam a se estruturar legislativamente mediante conceitos normativos abertos, justamente diante a impossibilidade de se determinar as consequências que a lesão a bens de natureza indivisível acaba por gerar, porquanto diante um mundo massificado e precoce, não há como se antever as consequências de sua violação e ancorá-las em estruturas legislativas seguras que imponham sua integral reparação. A este respeito leciona Rodolfo de Camargo Mancuso:

“(…) uma vez lesionados esses interesses, o Direito não poderá oferecer reparação integral, em espécie, porque não se trata de valores fungíveis, suscetíveis de reparação através de ressarcimento pecuniário (...) consequência deste caráter fugaz dos

⁴⁰³SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba, Letra da Lei, 2011, p. 173.

⁴⁰⁴ Cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba, Letra da Lei, 2011, p. 174. “Deve ficar claro, segundo Marés, que o que interessa ao Direito Socioambiental é o caráter coletivo destes direitos e não sua realização individual. É claro que se realiza o direito coletivo à moradia garantindo direito a todos e a cada um, mas com políticas públicas e não com soluções individuais. Isto quer dizer que o Direito Socioambiental transforma políticas públicas em direitos coletivos, porque a política estatal que viola direitos coletivos está violando direitos garantidos legalmente e não apenas contrariando grupos de interesse.” Cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*; Curitiba, Letra da Lei, 2011, p. 174.

⁴⁰⁵ Cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*, Curitiba, Letra da Lei, 2011, p. 174.

⁴⁰⁶ Cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*; Curitiba, Letra da Lei, 2011, p. 174.

⁴⁰⁷ Cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*; Curitiba, Letra da Lei, 2011, p. 177.

interesses difusos é que não demonstram eles aptidão para serem completamente tutelados em sede legislativa que, a princípio, seria a indicada, visto que esses interesses implicam verdadeiras *escolhas políticas*. É que, de ordinário, não haveria tempo material para que a tutela nesse nível se concretizasse de modo útil e eficaz. (...)”
408

Eis porque é possível separar os direitos pessoais dos direitos não-pessoais. Os direitos intangíveis não pessoais realizáveis individualmente passam a ser recepcionados pelo direito, inclusive aqueles que se denominam de intangibilidades coletivas.⁴⁰⁹ Quanto aos não pessoais que para este autor possam ser realizados individualmente, não encontram eles grande dificuldade de assimilação pelo sistema, ainda que seu objeto seja indivisível e os sujeitos sejam determinados ou determináveis (ex. direitos do consumidor), mas aqueles que possuem objeto indivisível e titularidade indeterminada, denominados de difusos, que representam direitos intangíveis não pessoais, que não podem ser realizados individualmente, por possuírem seu objeto indivisível e sua titularidade indeterminada,⁴¹⁰ estes se lesionados a lesão gerada é indivisível, o que significa dizer que, por não se tratarem de direitos subjetivos, não surge uma pretensão individualizada de reparação sujeita a prescrição, mas, por se tratarem de interesses a uma atuação do estado, surge unicamente uma expectativa de sua observância ou implementação, mediante a exigência em face do estado de implementação da política pública adequada.⁴¹¹

Há então direitos intangíveis que geram lesão e possuem objeto divisível (individuais homogêneos) ou indivisível (coletivos *stricto sensu* e difusos), e cujos sujeitos destinatários são determinados ou determináveis (individuais homogêneos e coletivos *stricto sensu*), e indetermináveis (difusos), não sendo estes sujeitos indeterminados todos os habitantes do planeta porque também o serão as futuras gerações. Se houver uma lesão a um direito, cujo objeto seja divisível, podendo-se separar a lesão pelas partes que gerou, e sendo seus sujeitos determináveis ou determinados, estar-se-á tratando de direitos

⁴⁰⁸ MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 91-92.

⁴⁰⁹ “Aquilo que podia fazer parte de um patrimônio individual foi facilmente assimilado, mas aqueles bens que não se realizam em um patrimônio individual têm maior dificuldade de aceitação. Os direitos imateriais de caráter pessoal, como o dano moral e os direitos de autor se concretizam juridicamente como qualquer bem material, apresentando apenas dificuldade de valoração, resolvida pela aritmética. **Os não pessoais, mas que podem se realizar individualmente, tampouco encontram grande dificuldade de assimilação pelo sistema, como os direitos do consumidor.** Já direitos coletivos de suprir necessidades humanas, como direito à alimentação, moradia, educação, cuja realização pode ser individual mas afronta a política estatal, ainda quando estão reconhecidos como direitos, têm gerado inadimplência dos Estados Nacionais. **Há ainda direitos coletivos cuja violação não atingem nem afetam patrimônio individual e tampouco podem ser realizados individualmente, como a poluição, o mau uso da propriedade que viola o patrimônio cultural ou ambiental.** Em todas estas situações há um direito geral, de todos, de muitos ou de alguns protegidos, e por isso é direito coletivo, a diferença existente é que na última o direito jamais se realiza individualmente.” (Souza Filho, Carlos Frederico Marés. Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais; ob. cit., p. 173)

⁴¹⁰ Cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais; Curitiba, Letra da Lei, 2011, p. 173.

⁴¹¹ A intervenção do estado na política pública, mais precisamente do poder judiciário, pensamos somente ser possível quando esteja em jogo algum valor social albergado pelo sistema, seja pela ordem constitucional, seja como sustentáculo estrutural socialmente típico (expressão empregada por Cláudio Luzzati, a delinear as valorações reiteradamente observadas no seio social, e a que são reenviadas o intérprete de uma cláusula geral na sua dimensão operativa). Nesse sentido: VELLUZI, Vito. Le Clausole Generali. Semantica e Política del Diritto. Quaderni di Filosofia Analítica del Diritto. V. 12, Giuffrè Editore, p. 46-7; e LUZZATI, Claudio. Principi e principi, la genericità nel Diritto. G. Giappichelli Editore, Torino, 2012.

individuais homogêneos; se a lesão e objeto forem indivisíveis, e os sujeitos destinatários indeterminados, aí se estará tratando de um bem jurídico difuso, relacionados geralmente a uma situação de fato. Agora pode existir também a possibilidade de haver um direito cujo objeto e lesão sejam indivisíveis, porém seus sujeitos sejam determinados ou determináveis, ligados por uma relação jurídica, como por exemplo, uma cláusula nula em um contrato por adesão, um vício em um produto exposto ao mercado de consumo, nestes casos, estar-se-á a tratar de um direito coletivo *stricto sensu* (possui como titular um grupo vulnerável, e é realizável individualmente).⁴¹² Ressalte-se que neste último caso apesar de ser indivisível tanto o objeto quanto a lesão destes direitos pertencentes a sujeitos determinados ou determináveis, ligam-se estes sujeitos entre si por uma relação jurídica de base, daí porque se inexistir esta relação jurídica para condensar as interligações, tornam-se os sujeitos em destinatários indeterminados, decorrentes unicamente de uma situação de fato (a lesão em si mesmo considerada), aí se estará tratando de direitos difusos e não coletivos *stricto sensu*.⁴¹³

Desse modo, havendo lesão a bens jurídicos de titularidade indeterminada, ou seja, que alcancem sujeitos não determinados, ligados por uma situação de fato, justamente pela impossibilidade de se determiná-los e identificá-los, estar-se-á a tratar de direitos difusos, porquanto a lesão aí deflagrada será indivisível. Sujeitos indeterminados, ligados por uma situação de fato, em que acarrete lesão a bem jurídico indivisível, se tratará de direitos difusos. Segundo Mazzili, “os interesses difusos são aqueles de natureza indivisível, comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos indetermináveis que compartilham a mesma situação de fato comum (exemplos: o interesse pelo meio ambiente sadio, que congrega os moradores de uma região; o combate à propaganda enganosa divulgada no rádio ou na televisão)”.⁴¹⁴

⁴¹² Não se olvide que um mesmo fato pode vir a gerar lesão a bens jurídicos transindividuais e afetar de modo simultâneo tanto interesses difusos (titularidade indeterminada) quanto interesses coletivos (titularidade determinada ou determinável), como aliás, alerta Hugo Nigro Mazzili: “(...) O mesmo fato pode gerar danos a interesses transindividuais de mais de um tipo. Assim, por exemplo, a explosão de uma usina atômica poderia causar não só danos globais ao meio ambiente (interesses difusos) mas também danos individuais determináveis aos moradores vizinhos, como a perda de seu gado (interesses individuais homogêneos). Em todos os casos de interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), subjacentemente sempre há, ao mesmo tempo, uma situação de fato e uma relação jurídica (assim, por exemplo, num dano ambiental, há o evento material lesivo e há a relação jurídica que sanciona a poluição); contudo, quando a relação jurídica deva ser resolvida de maneira uniforme para todos os integrantes do grupo, e o objeto da lesão seja indivisível, teremos interesses coletivos. (...)” MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses Difusos e Coletivos. Ed. Damásio de Jesus, 6ª edição, p. 19.

⁴¹³ No Brasil, em sede legislativa, referidos direitos foram incorporados no ordenamento mediante a instituição do art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que serve de referência para todos os outros sistema de proteção de direitos coletivos, e não somente na seara consumerista, porquanto segundo jurisprudência pacificada estabelece uma espécie de microsistema legislativo, *verbis*: **Art. 81**. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. **Parágrafo único**. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: **I** - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; **II** - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; **III** - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁴¹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses Difusos e Coletivos. Ed. Damásio de Jesus, 4ª edição, p. 19.

Por outro lado, se houver lesão a bem jurídico de titularidade determinada ou determinável, ou seja, que alcance sujeitos determinados ou determináveis, ligados por uma relação jurídica (grupos vulneráveis de consumidores, por exemplo, que agreguem a um contrato de adesão), justamente pela necessidade de um vínculo que os determine e os identifique, estar-se-á a tratar de direitos coletivos *stricto sensu*,⁴¹⁵ mesmo que a lesão aí deflagrada seja também indivisível; e aliás se for divisível estar-se-á a tratar de direitos individuais homogêneos. Sujeitos determinados ou determináveis, portanto, ligados por uma relação jurídica, em que lhes acarreta lesão a bem jurídico indivisível, se tratará de direitos coletivos *stricto sensu*. Ainda, se houver lesão a bem jurídico de titularidade determinada, somente, ou seja, a alcançar sujeitos determinados e individualizados, ligados geralmente por uma origem comum, justamente pela necessidade de que haja um vínculo entre eles que torne homogêneas suas pretensões (há, portanto, direitos subjetivos lesionados), estar-se-á a tratar de direitos individuais homogêneos, porquanto a lesão aí deflagrada será sempre divisível. Sujeitos determinados, ligados por origem comum, em que acarrete lesão a bem jurídico divisível e individualizável, se estará tratando de direitos individuais homogêneos.⁴¹⁶

04.1.4 Os interesses transindividuais como direitos de terceira geração.

José Maria Martínez de Pisón não obstante admitir que os direitos de terceira geração possuam uma difícil positivação nos ordenamentos jurídicos nacionais, havendo um incerto reconhecimento deles como direitos, perscruta que estes novos direitos se situam nas novas necessidades e interesses que emergem na sociedade civil e na vida internacional no final do século XX. Diz este autor que “em certo sentido, um contexto social, econômico, e político distinto de épocas passadas gera outras pretensões e outros direitos que se integram e revitalizam as gerações anteriores de direitos”, assenta este doutrinador que “em linhas gerais, são direitos que se remetem a novas exigências sociais que irrompem no panorama político e que se caracterizam por sua pluralidade por sua referência à fraternidade, solidariedade, meio ambiente, justiça social, justiça entre gerações” Aduz ainda que o “mérito desta categoria consiste em sua plasticidade, em sua pluralidade, o que permite traduzir aspirações que excedem os limites do judiciário”, assenta se incluir nesta geração de direitos o direito à paz, o direito à autodeterminação dos povos, o direito ao

⁴¹⁵ “Coletivos são os interesses também de natureza indivisível, comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos determináveis, reunidos por uma mesma relação jurídica básica (como os indivíduos que assinam um contrato de adesão o qual contenha cláusula abusiva; a abusividade da cláusula é compartilhada em igual medida por todos os integrantes do grupo). (MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses Difusos e Coletivos. Ed. Damásio de Jesus, 4ª edição, p. 19)

⁴¹⁶ “(...) interesses individuais homogêneos são os únicos que têm natureza divisível; eles compreendem indivíduos determináveis, reunidos por uma lesão de origem comum (exemplificativamente, os consumidores que adquiriram um produto fabricado em série e colocado no mercado com o mesmo defeito; nesse caso, todos os integrantes do grupo lesado têm direito a uma reparação quantificável e divisível entre eles). (MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses Difusos e Coletivos. Ed. Damásio de Jesus, 4ª edição, p. 19)

desenvolvimento, o direito ao patrimônio cultural da humanidade, o direito ao meio ambiente ou à qualidade de vida, à liberdade informática ou, citando Pérez Luño, o direito à auto determinação informática.”⁴¹⁷

A problemática dos direitos não individualizáveis de terceira geração, portanto, segundo José Maria Martínez de Pisón,⁴¹⁸ não é tão e simplesmente o fato de ter-se ampliado a sua titularidade a tal ponto a envolver toda a humanidade e ainda as futuras gerações, mas sim a razão de que, hoje, a instabilidade ou a afetação ambiental em uma zona do planeta, a deterioração da camada de ozônio, a poluição, a erosão, a desertificação, afeta a todos os seres humanos (ou melhor dizendo, a todos os seres vivos) existentes no planeta, inclusive às futuras gerações (de seres vivos).⁴¹⁹ Ora, pois, em um mundo sem barreiras, o que se sucede em um ponto do mapa, estende seus efeitos e consequências, antes ou depois, a todo o resto do planeta. Na verdade quando se fala de direitos fundamentais de terceira geração (ou dimensão) deve-se pensar que por se tratar de direitos não individualizáveis, ou seja, direitos trans ou meta individuais, não se está a colocar neles a condição de direitos inerentes à pessoa humana, como o são os demais direitos fundamentais, mas direitos que não ostentam uma relação muito clara de pertencimento, o que os impõe mais como deveres, como condições prospectivas, direitos a serem alcançados, mas cuja estruturação é difusa, e, portanto, não apresentam uma definição muito estanque em relação a seus elementos.⁴²⁰

Se os direitos das outras gerações ou dimensões encontram sua fundamentação nos princípios da liberdade (inerentes à primeira geração ou dimensão de direitos fundamentais) e igualdade (inerentes à segunda geração ou dimensão de direitos

⁴¹⁷ PISÓN, José Maria Martínez de. *Derechos Humanos: historia, fundamento, y realidad*. Egido Editorial, Zaragoza, 1997, p. 200-210. Nesse sentido ver também: PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La Tercera Generacion de Derechos Humanos*, Aranzadi, 2006.

⁴¹⁸ PISÓN, José Maria Martínez de. *Derechos Humanos: historia, fundamento, y realidad*. Egido Editorial, Zaragoza, 1997, p. 200-210.

⁴¹⁹ Os motivos da proteção estatal do meio ambiente para a perspectiva antropocêntrica e ecocêntrica são essencialmente diferentes. Segundo a doutrina de Ivan Alberto Martins Hartmann, nesta problemática, “o antropocentrismo esclarecido afirmaria que o homem deve esforçar-se para não alterar o equilíbrio contemporâneo do ambiente para garantir a sobrevivência do próprio homem – já que qualquer forma de vida depende da diversidade geral do sistema biótico. O ecocêntrico afirmaria que a capacidade intelectual do homem implica em uma responsabilidade de manter intacto o equilíbrio natural, reconhecendo que é apenas uma espécie dentre milhões de outras, e por isso não pode deixar que sua existência signifique a supressão indigna da existência dessas milhões de espécies. Não subsiste o argumento de que a elevação da dignidade da pessoa humana a princípio reitor do ordenamento resulta necessariamente em uma perspectiva antropocêntrica da constituição. Dietrich Murswiek ressalta com peculiar sabedoria que a dignidade do homem requer exatamente proteger o ambiente em razão do valor intrínseco deste e não em função dos próprios interesses e necessidades do homem. À medida que o ambiente é valor fundamental intrínseco e a vida não humana tem dignidade, a preservação da natureza deve ser um dos objetivos estatais principais, de primeira hierarquia.” (HARTMANN, Ivar Alberto Martins. *E-codemocracia: a proteção do meio ambiente no ciberespaço*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 32).

⁴²⁰ A este respeito: “(...) *Debido a la indeterminación de los titulares de estos derechos, suele hablarse también de 'derechos difusos'. Su titularidad es difusa porque no parece claro el titular concreto que puede disfrutar de los mismos, que puede pedir su ejercicio y su protección. Más bien, parece que recoge unos intereses difusos – la paz, el medio ambiente, el desarrollo, etc. – de difícil concreción que, em todo caso, implican a una ingente de personas, la humanidad, que, como coletividade, es improbable que se pongan de acuerdo para ejercitarlos y para exigir su protección. De hecho, también se les llama 'derechos colectivos'. Y, ciertamente, este carácter difuso o colectivo dificulta su categorización como derechos del hombre. Nada hay más lejano y contradictorio que hablar de “derechos del hombre” y afirmar que su titularidad es difusa. ¡Que no hay a quien asignárselos! (...)*” (PISÓN, José Maria Martínez de. *Derechos Humanos: historia, fundamento, y realidad*. Egido Editorial, Zaragoza, 1997, p. 202-203).

fundamentais), os direitos de terceira geração, que assistem a todo o gênero humano e também às futuras gerações,⁴²¹ pairam sobre o princípio da solidariedade ou fraternidade.⁴²² Surgem em nosso tempo como resposta à necessidade de cooperação entre as nações, e por se tratarem de postulados que se irradiam para o âmbito internacional (ou dele se irradiam), englobam todas as nações e ordenamentos que possuem o dever de estabelecer as garantias para a proteção e promoção destes direitos transindividuais.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1.856/RJ, expressou de modo categórico que o direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) “(...) assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade (Paulo Affonso Leme Machado, *‘Direito Ambiental Brasileiro’*, p. 138/141, item n. 3, 19ª ed., 2011, Malheiros) - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial, comum a todos quantos compõem o grupo social.”⁴²³ No inteiro teor do voto na ADI nº 1.856/RJ constou ainda:

“(…) Vale referir, Senhor Presidente, neste ponto, até mesmo em face da justa preocupação revelada pelos povos e pela comunidade internacional em tema de direitos humanos, que estes, em seu processo de afirmação e consolidação, comportam diversos níveis de compreensão e abordagem, que permitem distingui-los em ordens, dimensões ou fases sucessivas resultantes de sua

⁴²¹ José María Rojo Sanz conclui em seu texto intitulado “los derechos de las futuras generaciones” que é possível sustentar, desde um ponto de vista não somente ético senão também jurídico, a existência de direitos das futuras gerações, também podendo ser apontada a existencia de obrigações das futuras gerações para com as anteriores, assim como de direitos e obrigações das gerações presentes para com as futuras gerações, não como consequência de uma reciprocidade, mas como semelhante a uma herança de um patrimônio comum pertencente a todas as gerações. Conclui também que as futuras gerações, podendo ter uma relação de caráter moral e jurídica, necessitam (porque carecem em absoluto) de qualquer meio para participar de decisões democráticas, que poderiam afetar inclusive sua própria existência, ainda que se constate sua presença na consciencia moral, e vagamente em alguns textos internacionais e constitucionais. (ROJO SANZ, José María. Los derechos de las futuras generaciones. In: Jesús Ballesterio *et ali* (org.), Derechos Humanos, concepto, fundamentos, sujetos. Ed. Tecnos, 1992, p. 209-210. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/14696r.pdf>; acesso: 07/12/2014.

⁴²² Acerca deste ponto, leciona AUGUST MONZON ARAZO que “Desde el Tercer Mundo se insiste de manera particular, y ello resulta perfectamente lógico, en los derechos, no incluidos en la Declaración de 1948, llamados justamente «de fraternidad» o «de so.. lidaridad» (o, también, «de la tercera generación»): sobre todo, en el derecho al desarrollo, en el derecho a la paz (es sabido cómo los gastos de armamento constituyen una de las principales causas de la depauperación de estos países) y en el derecho a disfrutar del patrimonio común de la humanidad, así como también en el derecho a la libre determinación: política, económica, social y cultural (pactos de 1966, art. 1)”. (ARAZO, August Monzon. Derechos Humanos y diálogo intercultural. In: Jesús Ballesterio *et ali* (org.), Derechos Humanos, concepto, fundamentos, sujetos. Ed. Tecnos, 1992, p. 122. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/14696r.pdf>; acesso: 07/12/2014)

⁴²³ Noutro julgamento assentou também o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Constitucionalidade ADI 3540 MC, de relatoria do ministro CELSO DE MELLO, que o direito à preservação da integridade do meio ambiente, visto como prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade, representa um direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade, sendo aventado pelo Ministro a necessidade do Poder Judiciário de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais. STF, ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528, cuja ementa expressamente consigna: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral”.

evolução histórica. Nesse contexto, e tal como enfatizado por esta Suprema Corte (RTJ 164/158-161), impende destacar, na linha desse processo evolutivo, **os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos)**, que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, e que realçam o princípio da liberdade. **Os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais)**, de outro lado, identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, pondo em relevo, sob tal perspectiva, o princípio da igualdade. Cabe assinalar, Senhor Presidente, que **os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão)**, que **materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade** e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível, consoante proclama autorizado magistério doutrinário (CELSO LAFER, “Desafios: Ética e Política”, p. 239, 1995, Siciliano).⁴²⁴ (grifos nossos)

A doutrina de Paulo Bonavides, aliás, esclarece que o transcurso da concepção subjetiva dos direitos fundamentais para uma concepção de objetividade necessitou superar aquele antiga noção de que “os direitos fundamentais eram direitos públicos subjetivos ao passo que as disposições organizatórias constituíam unicamente direito objetivo”, passando a igualdade e a liberdade das gerações anteriores a ostentarem uma “dimensão de garantia contra os atos de arbítrio do Estado”.⁴²⁵ Bonavides, ensinando ancorarem-se os direitos de terceira geração ou dimensão no postulado da fraternidade (segundo Vasak) ou no postulado da solidariedade (segundo Etienne-R. Mbaya), aponta que estes direitos são *“dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, (...) e não se destinam*

⁴²⁴ STF, ADI 1856, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275 RTJ VOL-00220- PP-00018 RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413). Nesse sentido ainda a ementa do julgado: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) - LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) - MEIO AMBIENTE - **DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE** - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) - DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE. - A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhãs, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitar todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallus-gallus”). Magistério da doutrina. (...) (STF, ADI 1856, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275 RTJ VOL-00220- PP-00018 RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413).

⁴²⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 23ª ed., Ed. Malheiros, 2008, p. 568, item 4.

especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”

426

Deste modo, percebe-se que a estrutura dos direitos transindividuais, dada sua natureza de não pessoalidade, ou seja, de não serem subjetivamente incorporados a individualidades dotadas da característica de sujeitos de direitos, não são possíveis de apropriação e nem coisificação, e ostentam uma complexidade ainda fulcral em nosso sistema jurídico, cuja matriz liberal individualista ainda não permite concluir que os bens jurídicos não individualizáveis, que portanto não podem ser inseridos no patrimônio de sujeitos de direitos, sejam capazes de por si só gerarem direito a sua proteção como complexos de imputação, ou seja, gerarem direitos e obrigações para a proteção de suas características essenciais. Eis porque são meramente estabelecidos mediante garantias genéricas, inerentes a uma condição meramente objetiva que não se referem à ideia de direitos à sua proteção, pois não são nem mesmo passíveis de se realizar individualmente, passando a ser tratados como se objetos do direito fossem, mesmo sem poder se estruturar como passíveis de apropriação individual, havendo neste aspecto uma ruptura com a racionalidade científica e jurídica até então existente, uma vez que se objetos do direito fossem, haveria de poderem ser coisificados e incorporados ao patrimônio individual, ainda que estatal, mas isto não ocorre (pelo menos com o macrobem),⁴²⁷ sendo necessário exame mais aprofundado das características destes bens jurídicos para rotulá-los como passíveis de tutela no sistema jurídico contemporâneo, não como objetos do direito, mas como passíveis de proteção objetiva pelo sistema e inclusive como complexos de imputação (como macrobens transindividuais).

04.1.5 Características dos bens jurídicos transindividuais e a normatividade alargada de seus conceitos jurídicos estruturantes.

⁴²⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 23ª ed., Ed. Malheiros, 2008, p. 569, item 5.

⁴²⁷ Mais adiante neste trabalho ir-se-á analisar que a abstração inerente ao bem jurídico transindividual, como as memórias culturais, os valores ambientais representativos do bem jurídico, ou ainda a ideia da probidade, não podem ser individualizados ou apropriados, diferentemente ocorre contudo com o microbem ambiental ou transindividual, que sendo meramente o suporte material onde paira o bem transindividual, como, por exemplo, o terreno onde se situa a floresta, o imóvel onde se situa a construção histórica, ou o ente federativo ou o serviço público que deve observar a probidade, estes sim são patrimônios individualizáveis, e passível de incorporação à dicotomia público/privada. Mas estes “suportes materiais” não se confundem com a abstração jurídica do bem transindividual. Nesse sentido ver: MALICONICO, Carlo. I beni ambientali. Trattato di diritto amministrativo, v. 5, Padova: Cedam, 1991. CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Revista de Processo, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1977. YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais correlatos no sistema constitucional Brasileiro. In: Temas Fundamentais de Direitos Difusos e Coletivos: Desafios e Perspectivas, Consuelo Yatsuda Moromizato, Flávio Ahmed, Renata Falson Cavalca. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2013, p. 01-66; BENJAMIN, Antonio Herman. Função Ambiental. In: Dano ambiental: prevenção, reparação, e repressão. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993. BDjur, Brasília, DF; LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial; São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.85-89; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Bens Culturais e proteção jurídica. Unidade Editorial. Porto Alegre. 2005, p. 15-48. Ver ainda, no Supremo Tribunal Federal, a este respeito: RE 300244, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 20/11/2001, DJ 19-12-2001 PP-00027 EMENT VOL-02054-06 PP-01179.

As características destes bens jurídicos de terceira dimensão, seguindo as lições de Ricardo Luiz Lorenzetti,⁴²⁸ podem ser organizadas mediante a análise acerca das seguintes perspectivas, a) indivisibilidade dos benefícios; b) uso comum sustentável; c) inviabilidade de exclusão dos beneficiários; d) *status* normativo; e) qualificação objetiva; f) legitimação para atuar difusa ou coletivamente; g) precedência da tutela preventiva; h) ressarcimento através de patrimônio de afetação; i) localização na esfera social.

Acerca da **“indivisibilidade dos benefícios”**, possível se ponderar que a estrutura do direito transindividual espelha um objeto indivisível e, por isso mesmo, se houver lesão a este direito, passará a se cogitar dos benefícios do ressarcimento ou recomposição desta lesão para uma parcela indeterminada de titulares, o que corresponde a dizer que não sendo o *bem divisível entre quem o utiliza*, não é possível que se distribua os benefícios de sua recomposição, somente podendo identificá-lo de modo conjunto e compartilhado,⁴²⁹ porquanto, nas palavras de Lorenzetti, *“este ‘caráter não distributivo’ impede a concessão dos direitos subjetivos, já que estes pressupõe que a titularidade se exerça sobre uma porção identificável ou claramente delimitada. Não há direito de propriedade nem posse individual que permita adquiri-la, e só se concedem direitos de atuação sob a forma da legitimação para agir difusa ou coletivamente. No mesmo sentido a transação é limitada, porque ninguém pode dispor, renunciar ou efetuar reconhecimentos sobre um bem de que não pode dispor.”*⁴³⁰

Ora, se não há direito subjetivo sobre um bem jurídico transindividual também se pode dizer que não há sobre ele a noção de propriedade, porquanto uma de suas outras características é justamente, o que Lorenzetti denomina de **“uso comum sustentável”** sobre o bem, o qual pode ser usufruído por *“todos os cidadãos, os quais fazem com que sobre ele seja aplicável o problema da ‘tragédia dos comuns’, ou seja, a ausência de incentivos individuais para protegê-lo e evitar a sua superutilização”*.⁴³¹ Segundo este doutrinador, a *“massividade no uso dos bens coletivos frequentemente leva ao seu esgotamento ou destruição, razão pela qual requer regras limitantes que definam o uso razoável. Isso significa que o uso do bem deve ser de tal modo que não comprometa as*

⁴²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 271-273; e LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria geral do Direito Ambiental. Tradução: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 20-23.

⁴²⁹ Segundo Ana Claudia Schwenck dos Santos, “os direitos coletivos são marcados pela indivisibilidade, porque os indivíduos pertencentes à categoria estão ligados entre si por uma relação jurídica base. Os interesses difusos são igualmente indivisíveis, com a diferença de existir um elemento apto a unir os interesses individuais, sem a necessidade de qualquer vínculo jurídico. Nos interesses coletivos e difusos, a relação jurídica base é pré existente, não nasce com a ameaça de lesão ou lesão a direito do grupo” (SANTOS, Ana Claudia Schwenck dos. Efetivação dos direitos difusos e coletivos: Ação Civil Pública. São Paulo, LTr, 2013, p. 27).

⁴³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito; tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 271-273. LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria geral do Direito Ambiental. Tradução: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

⁴³¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito; tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 271-273; LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria geral do Direito Ambiental. Tradução: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

possibilidades de outros indivíduos e das gerações futuras"; sendo portanto a noção de propriedade esvaziada no tocante aos direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão, pois os direitos transindividuais acabam por se sujeitar unicamente àquela noção de uso sustentável e não exclusivo mas preocupado com os co-usuários indeterminados que mantêm sempre resguardada a sua parcela inalienável de direito sobre o bem transindividual.⁴³²

A subjetividade existente sobre o bem transindividual, portanto, apesar de não ser a mesma daquela clássica noção de direito subjetivo, é igualmente existente, mas não individual,⁴³³ uma subjetividade coletiva mais ligada ao uso sustentável do que ao uso exclusivo e egoístico de bens de uso comum e essenciais à sadia qualidade de vida de um povo, o que gera a característica intrínseca dos bens transindividuais da **“inviabilidade de exclusão dos beneficiários”**. Para esta característica todos têm direito ao uso dos bens transindividuais, ninguém, portanto, podendo dele ser excluído, daí elencando-se a diferença mais substancial de um direito subjetivo coletivizado, como aquele que não pode ser oponível *erga omnes*, na medida em que todos têm igualmente direito ao uso, não sendo possível que seja ele exclusivo e excludente, isto, segundo Lorenzetti, *“constitui uma diferença muito importante a respeito dos bens individuais que admitem direitos subjetivos oponíveis erga omnes. O titular de um direito de propriedade pode excluir terceiros que pretendam apropriar-se do bem sobre o qual se assenta o direito; no entanto, os bens coletivos não outorgam faculdades. Não sendo possível a exclusão, a carga argumentativa pesa sobre quem decide limitar o seu acesso. Por exemplo, pode haver um interesse público, mas deve ser fundado em razões legítimas”*.⁴³⁴

O bem transindividual, portanto, conquanto seja possível limitar seu acesso (não o seu uso), dado as características de por vezes o estado assumir a sua administração (não a sua disponibilidade), de modo ainda compartilhado com todos os demais cidadãos, por certo necessita de uma análise diferenciada daquela que se faz do direito subjetivo clássico e oponível contra todos. Isso porque ostenta uma **“qualificação objetiva”**, e não subjetiva, segundo a qual, ensina Lorenzetti, extrai-se uma designação normativa objetiva, como uma garantia genérica, mas normativa, elencada pelo legislador, ou valorada pelo intérprete, que necessita de um exercício hermenêutico para sua estruturação normativa, embasada nos

⁴³² LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito; tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 271-273; LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria geral do Direito Ambiental. Tradução: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 20-23.

⁴³³ Refira-se neste sentido a conceitos como o inconsciente coletivo de uma população ou de um povo, ou recorra-se à noções da psicologia – como o conceito de arquétipo estrutural – para a finalidade de construir uma dimensão subjetiva das memórias de um povo ou nação, valores coletivos que podem chegar a viver na concretude social e recepcionados por técnicas interpretativas a se fazer enxergar mediante uma análise de possíveis subjetividades coletivas, detentoras de elementos capazes de aferirem condições de ostentarem direitos e transformarem-se em verdadeiros complexos de imputação coletiva.

⁴³⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito; tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 271-273; LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria geral do Direito Ambiental. Tradução: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 20-23.

princípios de direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão, pois que o tão só “*fato de não pertencer a uma só pessoa, senão a muitas, não é suficiente para qualificá-lo como coletivo (por exemplo, todos os fenômenos de co-titularidade como os de condomínio pertencem a muitas pessoas, mas são passíveis de divisão em partes individuais). Tampouco se pode afirmar que aquele que pertence a muitas pessoas seja indivisível*”.⁴³⁵ A este respeito esclarece Luis Ricardo Lorenzetti:

“(…) um bem não é coletivo pelo simples fato de que uma pessoa o reconheça como tal (qualificação subjetiva), porque deve transcender a mera subjetividade de cada cidadão. Como todos os dados normativos, deve ser suscetível de uma manifestação exterior. Também cabe diferenciar os bens coletivos dos fenômenos de cotitularidade subjetiva. Um bem pode pertencer a várias pessoas, como ocorre com o condomínio sobre imóveis, ou propriedades compartilhadas, ou uma sociedade de múltiplos sócios, ou um fideicomisso, e em todos estes casos o indivíduo pode identificar a proporção que o corresponde porque não se dissolve na totalidade. Em contrapartida, nos bens coletivos o indivíduo não pode identificar sua parte, porque não lhe pertence.”⁴³⁶

Assim também o “**status normativo**” que deve possuir um direito transindividual do mesmo modo é importante, na medida em que é necessário que o bem jurídico transindividual seja qualificado como “*um interesse genérico merecedor de tutela, já que pode haver ‘males coletivos’, como a alta taxa de inflação ou de criminalidade’, que não são protegidos. A existência jurídica de um bem coletivo é identificada, então, por sua recepção normativa. Nesse aspecto sustenta-se que ele deve ter um reconhecimento deontológico, no sentido de que a sua proteção deve estar ordenada*”;⁴³⁷ máxime naqueles valores mais essenciais que se utiliza para a colmatação de conceitos legislativos abertos no ordenamento jurídico, pois apenas quando se utiliza como parâmetro hermenêutico o conceito de bloco de constitucionalidade, e principalmente, o que tenha nele de transindividual, é que se tem reconhecido deontologicamente (no mundo do dever ser) a tutela e proteção dos bens jurídicos transindividuais como essenciais na atividade judicial e legislativa.⁴³⁸ Perceba-se que a essência desta problemática é bastante relevante, na

⁴³⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito; tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 271-273. LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria geral do Direito Ambiental. Tradução: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 20-23.

⁴³⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria geral do Direito Ambiental. Tradução: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 22.

⁴³⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito; tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 271-273

⁴³⁸ Ainda este doutrinador esclarece: “Uma vez que se admita que o direito pode discriminar entre bens e males coletivos, corresponderá determinar se é necessário que o bem esteja reconhecido pela lei para que exista como tal, ou se pode surgir do mero costume. Isso permite distinguir entre bens coletivos típicos (reconhecidos por lei) e atípicos (que poderiam surgir do costume). Em matéria ambiental existem tratados internacionais e leis nacionais que reconhecem toda a classe de bens, de forma que o problema não é tão importante como parecia do ponto de vista teórico. A admissão de bens atípicos pode gerar dificuldades jurídicas porque podem ser diferentes dos que o legislador identifica, ou não coincidir totalmente, pelo que haveria uma fragmentação que danificaria a eficácia da tutela ambiental. Por estas duas razões inclinamo-nos pelo reconhecimento legal. (LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria geral do Direito Ambiental. Tradução: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 21-22).

medida em que com a evolução social tende-se a aparecer outros bens de natureza igualmente substancial e transindividual, sendo paulatinamente recepcionados pelo direito mediante as técnicas legislativas de conceitos abertos dotados de uma normatividade alargada, os quais permitem à atividade jurisprudencial e doutrinária trazer para dentro do sistema jurídico novas definições ou releituras de bens jurídicos que passam a ostentar com a evolução social status mais relevantes. Esta normatividade alargada permite que o intérprete enxergue realidades existenciais e empíricas a que a abstração do direito não teria a facilidade de enxergar dado ser dotado de características diferenciadas e o sistema somente enxergar aquilo que é passível de apropriação e incorporação ao patrimônio individual.

Há ainda, segundo Ricardo Luis Lorenzetti, a necessidade de se estabelecer uma **“legitimação para atuar difusa ou coletiva”**, pois como já referido não mais incumbe unicamente ao Estado sua defesa, proteção e fomento, pois agrega conjuntamente com a coletividade a necessidade de resguardo destes bens de natureza não apropriáveis, pois estes bens devem ser protegidos mediante *“uma ampla legitimação para atuar, que se outorga ao defensor do povo, ao afetado e às organizações que se destinam aos fins da proteção dos bens de incidência coletiva. A legitimação é difusa quando se refere a qualquer afetado, e é coletiva quando esse interesse e se concentra em um grupo”*,⁴³⁹ já tendo ocorrido a ruptura do monopólio estatal na tutela e promoção destes bens, conforme explicita Ricardo Luis Lorenzetti:

“(…) A proteção destes bens não fica nas mãos exclusivas do Estado, como ocorria no passado. Esta concentração não deu os resultados esperados seja pela falta de iniciativa pública, ou por influência excessiva dos grupos de pressão, ou porque os bens transcendem as esferas nacionais. Por esta razão o espectro de sujeitos legitimados inclui sempre um representante do setor público, como o defensor do povo, mas não é exclusivo já que se amplia às organizações não governamentais que representam um interesse coletivo e aos afetados, que invocam um interesse difuso.”⁴⁴⁰

Diante disto, e justamente por se tratar de um interesse que fica em tese acima do que seja individualizado (interesse privado e público), nada mais lógico que se sustentar, com Lorenzetti, que **“a localização dos direitos difusos e coletivos, na esfera social”**, quedam-se “entre a esfera pública e a privada” onde localiza-se uma “esfera social” em que se encontram os bens coletivos, o que para este autor *“instaura uma regra de precedência lógica no caso dos conflitos entre bens coletivos e individuais.”*⁴⁴¹ Nesse sentido delimita este autor:

⁴³⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito; tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 271-273.

⁴⁴⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria geral do Direito Ambiental. Tradução: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 22.

⁴⁴¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito; tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 271-273

“Os direitos humanos deram origem à proteção da pessoa humana mediante obrigações de não fazer que são parte de uma esfera íntima ou de privacidade; a interação entre indivíduos dá lugar a relações intersubjetivas cuja resolução pertence à esfera privada. Os bens coletivos pertencem à esfera social, isto é, o conflito não é um ataque ao indivíduo, nem entre pessoas, senão uma relação entre os bens transindividuais e os sujeitos. Esta afirmação é importante, porque no primeiro caso, tem precedência a proteção do indivíduo, no segundo é um problema de ponderação equilibrada de direitos de valor semelhante, enquanto que no terceiro é uma relação entre o direito subjetivo e o coletivo.”⁴⁴²

Ora, se pertencem estes bens a todos ao mesmo tempo, e inclusive às futuras gerações, nada mais fácil de se pensar que merecem proteção antes de qualquer outro interesse individualizado, e inclusive de modo preventivo, na medida em que a complexidade da sociedade atual, e a imprevisibilidade das consequências dos fatos e atos atuais, faz com que haja uma **“precedência da tutela preventiva”**, que impõe ao bem de incidência coletiva, ainda que possa ser lesionado, restringido, alterado ou ameaçado, uma prioridade na prevenção, devendo-se, em geral, como diz Lorenzetti, incumbir ao legislador o estabelecimento de uma *“precedência da tutela preventiva, ou seja, primeiro prevenir, em seguida restituir e finalmente, se não restarem opções, reparar o dano causado. Essa sequência é imperativa, o que não ocorre com a maioria dos bens individuais, sobre os quais o titular tem a opção voluntária entre restituição in natura e o ressarcimento. Essa regra obedece não só a uma opção valorativa, senão também a uma razão econômica, já que são de difícil valoração segundo os preços de mercado (não são monetarizáveis)”*.⁴⁴³

Daí outra característica dos direitos transindividuais, intuitiva, por óbvio, que **não são eles alienáveis** e, portanto, **não sujeitos a valoração econômica** ou quantificáveis monetariamente, como se refere Ricardo Luis Lorenzetti. Isto nos leva à última característica dos bens transindividuais, a que eles apenas podem ser “ressarcidos” mediante aquilo que se denomina atualmente de “patrimônio de afetação”, o que corresponde a dizer, no ressarcimento do bem lesionado, dada sua característica indivisível, segundo Lorenzetti, *“não há uma indenização que se translada ao patrimônio de uma pessoa, ainda que ela seja titular da legitimação processual. A soma de dinheiro que se outorgue, ou os bens substitutivos, são geridos por alguém a quem foi atribuída essa função, mas, da mesma forma que ocorre com o bem sub-rogado, esses montantes não tem um proprietário nem um dono particular”*.⁴⁴⁴

⁴⁴² LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria geral do Direito Ambiental. Tradução: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 22.

⁴⁴³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito; tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 271-273. LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria geral do Direito Ambiental. Tradução: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 22-23.

⁴⁴⁴ Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito; tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 271-273

Sobre a questão da violação dos bens transindividuais e difusos, notadamente, voltaremos a tratar no próximo item, mas desde já necessário ficar claro que não podem ser ressarcidos individualmente, de modo a serem inseridos em patrimônio de afetação revertido para finalidade igualmente de benefício difuso ou transindividuais, como trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85, que expressamente impõe no caso de haver condenação em dinheiro, o revertimento da indenização pelo dano causado de modo direto a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo os recursos deste fundo destinados à reconstituição dos bens lesados. Isto não prejudica, por outro lado, que possa haver algum lesado individualmente com os prejuízos ocasionados por alguma atividade ilícita, mas aí estar-se-á a tratar de lesões individualizáveis e ao mesmo tempo lesão às características difusas de bens transindividuais, sendo coerente diferenciá-las adequadamente,⁴⁴⁵ uma vez que podem ocorrer tanto no âmbito material, computando-se aí o valor do prejuízo financeiro para restituir na sua integralidade o bem transindividual, dever imposto ao poluidor degradador, quanto do prejuízo de ordem moral causado à comunidade, ante a degradação de um bem de natureza diferenciada, e essencial à qualidade de vida de toda a população, fazendo-se questionar a respeito da existência de um status moral coletivo, inerente às aspirações sociais de todo um povo ou nação.

⁴⁴⁵ O Superior Tribunal de Justiça já asseverou que "(...) um determinado direito não pertence, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica afirmar que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer. Nesse sentido, tanto em relação aos direitos individuais homogêneos quanto aos coletivos, há – ou, no mínimo, pode haver – uma relação jurídica comum subjacente. Nos direitos coletivos, todavia, a violação do direito do grupo decorre diretamente dessa relação jurídica base, ao passo que nos individuais homogêneos a relação jurídica comum é somente o cenário remoto da violação a direitos, a qual resulta de uma situação fática apenas conexa com a relação jurídica base antes estabelecida. Assim, eventual negativa indevida do plano de saúde pode gerar danos individuais, concretamente identificáveis em posterior liquidação. Mas essa recusa é antecedida por uma relação jurídica comum a todos os contratantes, que podem ou não vir a sofrer danos pela prática abusiva. A mencionada relação jurídica base consiste exatamente no contrato de prestação de serviços de saúde firmado entre uma coletividade de consumidores e a administradora do plano, razão pela qual se pode vislumbrar o direito coletivo, e não exclusivamente um direito individual homogêneo. Vale dizer, portanto, que há uma obrigação nova de indenizar eventuais danos individuais resultantes da recusa indevida em custear tratamentos médicos (direitos individuais homogêneos), mas também há outra, de abstrata ilegalidade da cláusula contratual padrão, e que atinge o grupo de contratantes de forma idêntica e, portanto, indivisível (direitos coletivos em sentido estrito). Por outra ótica, eventual ajuste da cláusula ilegal refere-se a interesses de uma coletividade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, traço apto a identificar a pretensão como uma tutela de interesses difusos. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.293.606-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/9/2014, informativo 547, período de 08 de outubro de 2014). **A este respeito, ainda**, aventou em outro julgado o mesmo Tribunal: “embora o mesmo direito não pertença, a um só tempo, a mais de uma categoria de direito coletivo (direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer.” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.293.606-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/9/2014, informativo 547, período de 08 de outubro de 2014).

04.2. Os direitos transindividuais como macrobens que não se inserem na dicotomia público-privado e as dificuldades de implementação e ressarcimento destes direitos sem destinatários definidos.

04.2.1 Diferenciação entre a representatividade de ordem massificada (macrobem) e o suporte material (microbem) nos direitos transindividuais.

Em um primeiro momento, portanto, diante todo o exposto anteriormente, é possível identificarmos três principais direitos transindividuais mais preponderantemente referenciados em nosso sistema jurídico brasileiro, que são aqueles direitos que todos os cidadãos têm a faculdade e a legitimidade para defendê-los adequadamente em juízo, independentemente da colaboração ou do auxílio ou assistência de aparatos da institucionalidade ou de organizações sociais coletivas. São os direitos decorrentes da cidadania,⁴⁴⁶ são aqueles direitos a que todos os cidadãos possuem a faculdade e até o dever imposto pela ordem constitucional de zelar pelas suas características mais essenciais; são o patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe e que não pode ser apropriado, nem reduzido a qualquer conotação de pertencimento individual,⁴⁴⁷ pois efetivamente não pertence a entes individualizados, mas interessa a toda a coletividade e inclusive às futuras gerações. Trata-se da *res pública*, da probidade na administração do patrimônio público. Possível igualmente referenciar a um patrimônio que vai além daquela concepção civilística de universalidade de direitos dotada de um complexo de relações

⁴⁴⁶ Para alguns doutrinadores os direitos transindividuais denominam-se de direitos decorrentes da cidadania, como “aqueles direitos que ultrapassam a esfera do indivíduo e passam a atingir um grupo deles ou a coletividade são chamados de transindividuais. (...) Trata-se de direitos e deveres de um indivíduo perante a sociedade em que vive. A cidadania passou por diversas mudanças ao longo da história para alcançar o conceito que possui atualmente. (...) A primeira dimensão da cidadania envolve a relação existente entre o súdito e soberano, à época considerada verticalmente – apenas entre detentor do poder e os obrigados a obedecer. O cidadão possuía direitos limitativos do poder do soberano, que devia àquele justiça e proteção. Era considerado cidadão todo filho de cidadão (*ius sanguinis*) que nascesse no Estado. A segunda dimensão da cidadania caracterizou-se pelo entendimento de que a submissão voluntária do indivíduo ao Estado em troca de proteção e justiça o transformava em um cidadão. As leis – iguais para todos – concretizavam a submissão. Nesse momento, o ‘cidadão como indivíduo detentor de direitos subjetivos consolida o Estado Absoluto do século XVIII’. Já a terceira dimensão da cidadania rompe com a perspectiva considerada pelas outras anteriores ao adotar uma perspectiva horizontal por conta da união dos cidadãos para a formação de um Contrato Social criador do Estado. Aqui, verifica-se a diferença essencial existente entre a segunda e a terceira dimensões porque naquele contrato social era fruto da submissão voluntária (Hobbes), e nesta ele é fruto de uma união de interesses dos cidadãos na criação do Estado como ente protetivo através do contrato social (Rousseau). A cidadania adquiriu viés universal, político e horizontal com a maior participação do cidadão no Estado.” (SANTOS, Ana Claudia Schwenck dos. Efetivação dos direitos difusos e coletivos: Ação Civil Pública. São Paulo, LTr, 2013, p. 15-17).

⁴⁴⁷ O próprio conceito de patrimônio formulado pela racionalidade civilística que até hoje vigora e prepondera em nossos ordenamentos jurídicos entende e compreende o conceito de patrimônio como uma universalidade de direitos, um complexo de relações jurídicas, aferíveis economicamente, ou seja, somente se enquadra para a racionalidade civilística como patrimônio aquelas relações jurídicas que são aferíveis economicamente, que possuem valoração econômica e podem ser quantificadas monetariamente, nada sendo atribuído neste conceito à necessidade de proteção ou promoção da dignidade humana ou valores extrapatrimoniais que igualmente constituem numa noção ampla valores indispensáveis à existência humana. O conceito clássico de Patrimônio, segundo a racionalidade civilística, se traduz por uma universalidade de direito, que segundo o artigo 91 do Código Civil Brasileiro de 2002, constitui um complexo de relações jurídicas, de uma determinada pessoa, dotadas de valor econômico. Assim, para os Professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, o conceito pode “ser compreendido, amplamente, como o complexo de relações jurídicas apreciáveis economicamente (ativa e passiva) de uma determinada pessoa (...) uma totalidade de bens dotados de economicidade pertencentes a um titular, sejam corpóreos (casa, automóvel, etc), ou incorpóreos (direitos autorais).” É mister registrar, para estes autores, “a premente necessidade de uma nova compreensão da matéria, vislumbrando o patrimônio em perspectiva humanista, afirmando a sua funcionalização à promoção da dignidade do homem. Assim, urge uma ampliação da ideia de patrimônio para abarcar, não apenas as relações patrimoniais da pessoa, mas, por igual, diferentes outros valores.” (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB, 11ª edição, ed. Juspodvm, p. 509 e 511). (grifo nosso)

jurídica com valoração econômica, tratando-se do patrimônio ambiental e do patrimônio histórico cultural, que notoriamente ostentam uma dimensão de inter relação substancial entre os seres humanos e igualmente não podem ser individualizados ou incorporados a uma dimensão de valoração econômica. É preciso elaborar uma forma mais adequada de entender estes bens jurídicos de características diferenciadas, e que notoriamente não se adequam à noção de patrimônio civil da pessoa humana, mas que devem ser pensados como que pairando além desta racionalidade, sem a abandonar, mas os entendendo – estes direitos transindividuais – de modo diferenciado, assim como sua natureza de ordem diferenciada.

Notadamente pelo fato de o sistema jurídico basear-se em uma estruturação eminentemente individualista em que toda a sua matriz se raciocina mediante bem jurídicos passíveis de serem coisificados e incorporados ao patrimônio individual de um sujeito de direitos, é que se idealizou principalmente pela doutrina mais moderna da seara ambiental a teoria do macrobem transindividual,⁴⁴⁸ cuja estruturação do direito transindividual seria mais bem delineada por uma representatividade, uma abstração, com significado próprio e relevante para o direito, cuja essência estaria desvinculada finalisticamente de seu suporte material, daquela estrutura que o sustenta e que se enquadra em alguns dos regimes jurídicos (público ou privado) mas que essencialmente com eles não se confunde, porque diferenciada da essencialidade do bem jurídico transindividual.

Assim, possível se pensar por exemplo na *res pública* (ou na probidade na administração pública) como um macrobem. A *res pública* na sua acepção fragmentada (microbem) pode ser patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, mas na sua acepção ampla (macrobem) é o patrimônio de toda a coletividade, pois o interesse na boa aplicação e implementação dos recursos públicos não pertence somente à determinadas pessoas, mas à toda a coletividade, não agregando contudo contexto de unanimidade social (afeto ao interesse público primário, ou interesse social), dado que por deter demandas localizadas, a boa implementação dos recursos públicos é afeto a demandas fragmentadas, incluindo por este motivo a esfera dos direitos e interesses difusos, como macrobens não pertencentes à somente determinados indivíduos ou coletividades, mas interessando de modo indeterminado a toda a sociedade massificada, de modo fragmentado, tal como os

⁴⁴⁸ A este respeito ver: MALICONICO, Carlo. I beni ambientali. Trattato di diritto amministrativo, v. 5, Padova: Cedam, 1991. CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Revista de Processo, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1977. YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais correlatos no sistema constitucional Brasileiro. In: Temas Fundamentais de Direitos Difusos e Coletivos: Desafios e Perspectivas, Consuelo Yatsuda Moromizato, Flávio Ahmed, Renata Falson Cavalca. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2013, p. 01-66; BENJAMIN, Antonio Herman. Função Ambiental. In: Dano ambiental: prevenção, reparação, e repressão. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993. BDjur, Brasília, DF; LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial; São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.85-89; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Bens Culturais e proteção jurídica. Unidade Editorial. Porto Alegre. 2005, p. 15-48. Ver ainda, no Supremo Tribunal Federal, a este respeito: RE 300244, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 20/11/2001, DJ 19-12-2001 PP-00027 EMENT VOL-02054-06 PP-01179.

direitos difusos stricto sensu. Não a toa que a Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LXXIII, a colocou ao lado da proteção do patrimônio ambiental e cultural, com a proteção da ação popular, no sentido de que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.⁴⁴⁹ É efetivamente reflexo das expectativas legítimas de todos os cidadãos e das futuras gerações de que ocorra lisura na administração ou regulação do que pertence a todos, não se confundindo com seu suporte material, com aquela estrutura direcionada para a salvaguarda dos interesses de determinada repartição pública, naquela estrutura patrimonializada que envolve as relações jurídicas de ordem econômica e patrimonial de determinada institucionalidade, sendo efetivamente diferente de seu suporte material a proteção de um bem jurídico integrado pelas expectativas de todo um povo, no sentido de que ocorra o melhor direcionamento dos recursos públicos. Também na ordem do bem ambiental, transindividual, na esteira do pensamento de Herman Benjamin “o meio ambiente, como macrobem, é sempre bem público (de uso comum). Já na sua acepção fragmentada, como microbem, pode ser tanto bem público (um parque estadual pertencente ao Estado de São Paulo, por exemplo), como bem privado (uma mata de propriedade de uma particular)”.⁴⁵⁰

Nesse sentido o bem ambiental transindividual não pode vir a se confundir com o suporte material a ele inerente, sendo unicamente uma representatividade, enquanto existente, uma abstração merecedora de proteção e integral preservação; o bem cultural, o patrimônio histórico paisagístico, da mesma forma, pode vir a ser compreendido como diferente do imóvel em que situado, ou da localização a que destinado, não passando de uma ficção relevante e protegida pelo direito, mas não incorporada à dicotomia patrimônio público – patrimônio privado.

É possível se entender então que a característica do direito transindividual delineada por Ricardo Luis Lorenzetti de que devem deter um *status* normativo, ou seja, devem ser recepcionados pela legislação como efetivamente contemplados por um bem jurídico de ordem transindividual, impõe compreender que estes bens jurídicos de ordem transindividual (*res* pública, patrimônio histórico cultural e ambiental, entre outros) acabam sendo tutelados legislativamente mediante conceitos jurídicos indeterminados, dada a notória dificuldade em se estabelecer conceitos estanques para delinear as hipóteses e consequências de suas manifestações mais essenciais, de modo a serem referenciados nas legislações mediante conceitos jurídicos indeterminados, os quais pelas suas características interpretativas,

⁴⁴⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 48ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

⁴⁵⁰ BENJAMIN, Antonio Herman. Função Ambiental. In: Dano ambiental: prevenção, reparação, e repressão. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993. BDJur, Brasília, DF, p. 64.

acabam por operar com o intérprete e aplicador da norma uma dimensão operativa de reenvio, levando o aplicador da norma para elementos situados originalmente fora do sistema jurídico de bases individualistas, alcançando a dimensão operativa do reenvio aqueles arquétipos estruturais presentes nas relações existenciais pela recalcitrância de comportamentos reiterados, na observância de valores e estigmas inerentes ao inconsciente coletivo de um povo, sendo premente entender o raciocínio que a concepção de meio ambiente (do bem ambiental) e a dimensão da *res pública* podem levar o intérprete para elementos situados originalmente fora do sistema jurídico.

Veja-se que a seara ambiental é profícua em empreender este tipo de raciocínio, na medida em que a proteção do bem ambiental transindividual agrega o signo semântico impreciso “meio ambiente” presente na legislação brasileira e nas Constituições, como um conceito jurídico indeterminado normativo e discricionário,⁴⁵¹ que remete na sua interpretação à uma realidade social e existencial (socioambiental) que vai além do sistema jurídico, não se encontrando no sistema atual, não está presente na matriz individualista das codificações que estruturam e embasam o direito, mas se encontra atualmente, ao contrário, na realidade social, socioambiental e existencial, na complexidade das manifestações humanas, e principalmente no inconsciente coletivo das civilizações tradicionais, a que o eurocentrismo e o racionalismo eurocêntrico ignorou desde sua origem, e atualmente o movimento constitucionalista contemporâneo tenta a todo custo descortinar estes direitos coletivos para que passem a ser incorporados por uma nova racionalidade, capaz de integrá-los mais plenamente no atual sistema jurídico do século XXI.

A colmatação valorativa de conceitos indeterminados capaz de integrar estes bens jurídicos diferenciados opera-se, assim, não mediante a técnica legislativa casuística,

⁴⁵¹ Os conceitos que possuem signos semânticos imprecisos podem ser identificados, na doutrina de Karl Engisch, como **conceitos descritivos** ou **conceitos normativos**. Os conceitos **descritivos** são facilmente determináveis pela observância da realidade, pois, como diz Engisch, “designam ‘descritivamente’ objetos reais ou objetos que de certa forma participam da realidade, isto é, objetos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepçionáveis”. Os conceitos **normativos**, contudo, operam aquilo que o autor denominou de “referência a valores, a saber, a referência do conteúdo e da extensão de todo o conceito jurídico às específicas ideias valorativas do Direito”. Desse modo, os conceitos indeterminados normativos (de limites imprecisos) que fazem/levam o intérprete a uma referência valorativa, acabam por se remeter a institutos do direito. Ou seja, a valoração que os permeia são valorações encampadas pelo direito. Contudo, estas valorações encampadas pelo direito, podem ocorrer de maneira direta ou indireta. Direta é quando o sentido normativo é preenchido pelo próprio significado do conceito, como por exemplo: Casamento, funcionário público, menor, etc. Indireta é quando o conceito, apesar de descrever um fato ou ato do mundo tangível, necessita se referir à normatividade do direito para dar sentido ao conceito (por exemplo, “coisa alheia”, significa que pertence a outrem, ou seja, necessário pressupor o regime jurídico da propriedade). Agora, há os conceitos indeterminados normativos que efetivamente necessitam de uma valoração advinda de fora do sistema jurídico e de sua normatividade, que são denominados por Engisch de **conceitos normativos discricionários**, pois sua colmatação depende de uma valoração preexistente no seio da coletividade ou cujo reflexo será dali advindo. Geralmente o preenchimento valorativo advindo de fora do sistema jurídico, segundo Luzzati e Velluzi, é oriundo de fontes extra legais, como a doutrinária, a jurisprudencial e a consuetudinária. (cf. ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, p. 210-213; VELLUZI, Vito. Le Clausole Generali. Semantica e Política del Diritto. Quaderni di Filosofia Analítica del Diritto. V. 12, Giuffrè Editore; LUZZATI, Claudio. Principi e principi, la generità nel Diritto. G. Giappichelli Editore, Torino, 2012).

reinante nas codificações oitocentistas, mas mediante uma técnica legislativa que perfaz reenvios do intérprete a elementos por vezes situados fora do sistema jurídico e presentes na realidade social, os quais serão reinseridos no sistema jurídico mediante a valoração de um conceito indeterminado. Antes de adentrar na técnica legislativa peculiar de valoração destes conceito jurídico indeterminado, é preciso observar que o comando constitucional e legal que promove a tutela deste bem jurídico transindividual (meio ambiente ecologicamente equilibrado) em todas as suas acepções, ostenta uma multiplicidade de significados.

04.2.2 O bem jurídico do equilíbrio ambiental advindo da normatividade alargada da expressão legal “meio ambiente”.

No âmbito infraconstitucional, nos termos do artigo 3º da Lei nº 6.938/81, o signo semântico “meio ambiente” pode ser definido como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Abrange nesta acepção todo o local (entorno) ou condição (como o patrimônio genético, por exemplo), que mantém e propicia a continuidade da vida em qualquer de suas formas, ainda que não humana, mas em função dela.⁴⁵²

Já na seara constitucional, agrega uma dimensão ampla, que engloba em razão de seu caráter difuso, a necessidade de se proteger, em benefício de toda a humanidade e ainda das futuras gerações, a todas as acepções semânticas que este conceito indeterminado permite valorar, outorgando o *status* de direito fundamental ao bem jurídico protegido pelo artigo 225 da Constituição da República. Para além do *meio ambiente natural*,⁴⁵³ previsto no parágrafo 1º, incisos I, III, e VII, do artigo 225 da Constituição da República,⁴⁵⁴ que tutela o equilíbrio ecológico entre todos os seres vivos, também se extrai deste conceito indeterminado a necessidade de se preservar o *meio ambiente artificial*,⁴⁵⁵

⁴⁵² Ver nesse sentido: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Fundamentos constitucionais do meio ambiente digital na sociedade da informação. Disponível em: http://www.cjlp.org/materia_fundamentos_constitucionais_meio_ambiente_digital.html. Acesso em: 06/04/2013.

⁴⁵³ Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo, o meio ambiente natural ou físico “é constituído pela atmosfera, pelos elementos da biosfera, pelas águas (inclusive pelo mar territorial), pelo solo, pelo subsolo (inclusive recursos minerais), pela fauna e flora. Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que vivem.” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 12ª edição. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 74).

⁴⁵⁴ **Art. 225.** Todos têm direito **ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. **§ 1º** - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: **I** - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (...) **III** - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (...) **VII** - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 48ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2013).

⁴⁵⁵ Segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo “o meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto). Este aspecto do meio ambiente está diretamente relacionado ao conceito de cidade. Vale verificar que o vocábulo ‘urbano’, do latim *urbs*, *urbis*, significa cidade e, por extensão, seus habitantes. Não está empregado em contraste com o termo *campo* ou *rural*, porquanto qualifica algo que se refere a todos os espaços habitáveis, ‘não se opondo a rural, conceito que nele

que envolve todo o espaço urbano habitável, construído artificialmente pelo homem, protegido pelos artigos 225, 182, 21, XX, 5º, XXIII,⁴⁵⁶ e pelo Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01.⁴⁵⁷ Extrai-se ainda deste conceito jurídico o *meio ambiente do trabalho*, que protege as atividades laborais no que relacionadas à saúde dos trabalhadores, remunerados ou não, buscando integrar-se da existência de agentes que “comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores”.⁴⁵⁸ Tal conceito indeterminado, ainda, tem o condão de englobar o *patrimônio genético*,⁴⁵⁹ que deriva da concepção de proteção da vida em todas as suas formas,⁴⁶⁰ ainda que em potencial, podendo ser citada a Lei nº 11.105/05⁴⁶¹ e o artigo 1º, inciso III,⁴⁶² e 225, inciso II, ambos da Constituição Federal.⁴⁶³

Percebe-se, portanto, que a acepção semântica “meio ambiente” em sede constitucional consagra um conceito multifacetário, que retrata um direito fundamental de terceira dimensão, a tutelar um bem jurídico de natureza transindividual, nos termos do art. 225 da Constituição Federal, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, cuja defesa e preservação se impõem ao Poder Público e à coletividade. O bem jurídico

se contém: possui, pois, uma natureza ligada ao conceito de território.” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 12ª edição. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 74-5).

⁴⁵⁶ **Art. 182.** A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. **Art. 21.** Compete à União: **XX** - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; Art. 5º. (...) **XXIII** - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 48ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2013).

⁴⁵⁷ A Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, e estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm; Acesso 05/04/2014.

⁴⁵⁸ Para Celso Antônio Pacheco Fiorillo o meio ambiente do trabalho compreende “o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.). Caracteriza-se pelo complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa ou sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que a frequentam.” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 12ª edição. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 77-8).

⁴⁵⁹ Para Celso Antônio Pacheco Fiorillo “o patrimônio genético merece proteção jurídica em face de relacionar-se à possibilidade trazida pela engenharia genética de utilização de gametas conservados em bancos genéticos para a construção de seres vivos, possibilitando a criação e o desenvolvimento de uma unidade viva sempre que houver interesse. Daí, em decorrência do evidente impacto da engenharia genética na pecuária, na avicultura, na gricultura etc., o entendimento constitucional de organizar as relações jurídicas advindas da complexidade de aludido tema. O patrimônio genético tem assegurada sua proteção infraconstitucional não só em face da Lei 11.105/2005, que define a tutela jurídica dos mais importantes materiais genéticos vinculados à tutela constitucional, como em decorrência da Lei n. 9.985/2000 e da Medida Provisória n. 2.186-16/2001, que dispõe sobre direitos e obrigações relativos ao patrimônio genético existente no Brasil (que não se aplica ao patrimônio genético humano, diante o que estabelece seu art. 3º) considerando como ‘informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo dos seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições in situ, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções ex situ, desde que coletados em condições in situ no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva’ (art. 7º, I, (...))” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 12ª edição. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 80).

⁴⁶⁰ Ver nesse sentido: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Fundamentos constitucionais do meio ambiente digital na sociedade da informação. Disponível em: http://www.cjlp.org/materia_fundamentos_constitucionais_meio_ambiente_digital.html. Acesso em: 06/04/2013.

⁴⁶¹ A Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, criando o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestruturando a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, e dispor sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso 05/04/2014.

⁴⁶² **Art. 1º.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 48ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2013).

⁴⁶³ Conforme prescreve o **Art. 225** (...) **II** - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 48ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2013).

tutelado, portanto, é o equilíbrio de todas as formas de vida, devendo ser tratado o meio ambiente em todas as suas acepções como um direito fundamental de caráter transindividual, cuja titularidade não pode ser individualizada, por interessar ao mesmo tempo às presentes e às futuras gerações, não podendo nem mesmo o estado dele dispor.

464

Há ainda uma última acepção a se retirar do conceito indeterminado multifacetário “meio ambiente”, que agrega do mesmo modo um interesse difuso, por natureza transindividual. Trata-se do *meio ambiente cultural*, que protege tanto o patrimônio histórico e artístico nacional, através do Decreto Lei nº 25/37, quanto os bens materiais ou imateriais, singulares ou coletivos, móveis ou imóveis, tomados individualmente ou em conjunto, independentemente de serem criados ou não por intervenção humana, quando portadores de referência à identidade, à ação, e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, dependendo, na concepção de Celso Antônio Fiorillo, da existência de um nexos vinculante do bem com estas características.⁴⁶⁵

O meio ambiente cultural acaba também por possuir reflexos na comunicação social, e daí faz surgir uma nova acepção do signo semântico indeterminado que vem sendo identificado como *meio ambiente digital*. Esta nova categoria, ou novo reflexo da proteção do bem jurídico meio ambiente, advém da tutela conferida pelo artigo 216 da Constituição da República⁴⁶⁶ às formas de expressão, aos modos de criar, fazer e viver, e às criações científicas e tecnológicas, notadamente quando integradas por um espaço destinado às manifestações artístico-culturais, e tecnológicas, em especial pelo espaço destinado a um ambiente virtual, oriundo do desenvolvimento tecnológico da cibernética. O espaço digital, portanto, integra o conceito de patrimônio cultural, bem jurídico de natureza difusa, imaterial, tomado individualmente ou em conjunto, que pode agregar tanto o desenvolvimento tecnológico, como a produção de software, hardwares-peoplewares, como o próprio ambiente virtual, já reconhecido pela jurisprudência brasileira como meio ambiente digital, notadamente o regime da internet (rede mundial de computadores), que agrega a qualificação, segundo pertinente entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, de “território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais

⁴⁶⁴ Ver nesse sentido: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Fundamentos constitucionais do meio @mbiente digit@l na sociedade da informação. Disponível em: http://www.cjlp.org/materia_fundamentos_constitucionais_meio_ambiente_digital.html. Acesso em: 06/04/2013.

⁴⁶⁵ Ver nesse sentido: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Fundamentos constitucionais do meio @mbiente digit@l na sociedade da informação. Disponível em: http://www.cjlp.org/materia_fundamentos_constitucionais_meio_ambiente_digital.html. Acesso em: 06/04/2013.

⁴⁶⁶ **Art. 216.** Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: **I** - as formas de expressão; **II** - os modos de criar, fazer e viver; **III** - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; **IV** - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; **V** - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 48ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2013).

que signifique plenitude de comunicação”,⁴⁶⁷ agregando assim ao meio ambiente digital uma dimensão de direito fundamental de terceira geração que advém da combinação dos artigos 225 da Constituição da República, com aqueles que preveem a proteção dos bens culturais e da comunicação social, em cotejo com os artigos 216 e 220 da Constituição da República.⁴⁶⁸

Portanto de se perceber que aliado às inovações tecnocientíficas da área da computação, com o desenvolvimento tecnológico na produção da tecnologia computacional, a rede mundial de computadores e o próprio desenvolvimento da cibernética, criou-se efetivamente uma nova concepção de meio ambiente, que como bem jurídico de natureza difusa e direito fundamental de terceira geração, deve ser protegido pelo aparato institucional e pela própria coletividade, pois igualmente envolto e inserto no contexto da sociedade de riscos, exposto, portanto, aos riscos abstratos de natureza ubíqua e atemporal, que fazem com que somente possam ser tutelados mediante conceitos indeterminados, devendo ser tomadas todas as cautelas e providências para assegurar a pouca afetação de eventuais desequilíbrios capazes de modificar a condição humana no livre exercício de sua dignidade constitucionalmente assegurada, sendo para tanto imprescindível a tutela e promoção destes bens jurídicos de caráter diferenciado e de natureza transindividual.

É necessário, pois, ao Estado, e à coletividade, a teor do texto constitucional, garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, incluindo aí o acesso aos recursos digitais, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais, notadamente da era virtual. Nos termos da redação da Constituição da República, a teor do artigo 215, §3º, a legislação deverá promover o plano nacional da cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzam à defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; produção, promoção e difusão de bens culturais; e à formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; com a democratização do acesso aos bens de cultura e digitais.

O meio ambiente equilibrado ecologicamente assim se identifica como um bem jurídico de natureza transindividual, que agrega uma noção intrínseca de patrimônio imaterial, não podendo ser raciocinado no atual sistema jurídico mediante técnicas legislativas antiquadas, notadamente a casuística, que não mais consegue antever e previamente estabelecer as consequências de suas manifestações e seus eventuais

⁴⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213- PP-00020.

⁴⁶⁸ **Art. 220.** A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 48ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2013).

desequilíbrios, e antecipadamente prever as formas de sua tutela e promoção, devendo atualmente ser legislativamente estabelecido mediante técnicas legislativas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, dotados de uma construção interpretativa afeta à realidade social observável em sua manifestação, notadamente operando-se reenvios com o intérprete para elementos situados originariamente fora do sistema jurídico, com a observância da realidade social e do inconsciente coletivo da comunidade, daí alcançando a noção de macrobem transindividual.

04.2.3 Os danos ambientais transfronteiriços e seu reflexo na categoria dos direitos transindividuais.

No cenário internacional, a proteção destes direitos transindividuais – notadamente do meio ambiente ecologicamente equilibrado - assume uma ainda maior e mais dificultosa definição e delimitação, principalmente no referente aos danos ambientais e suas consequências difusas e transindividuais, que por vezes se estendem para fora da jurisdição do próprio estado, prejudicando pessoas indeterminadas e futuras gerações. Tem-se como evidente neste quadro que o próprio bem jurídico de natureza transindividual não contém uma delimitação de sua própria extensão, e pode não se localizar em pontos delimitados da mesma jurisdição, sendo que eventuais consequências da agressão a bens ambientais podem vir a alcançar âmbitos transfronteiriços, ou seja, se estender além dos limites de determinado país e de seu território, podendo alcançar inclusive áreas pertencentes ao domínio público internacional (como o alto mar, o espaço aéreo, o espaço extra-atmosférico, etc.). Isso porque os ecossistemas, nas palavras do Professor Vladimir Passos de Freitas, não conhecem fronteiras,⁴⁶⁹ e os danos ou atividades poluidoras praticadas em um determinado território, envolto por uma única soberania, podem invariavelmente vir a afetar bens ambientais situados em outros territórios, afetados por outra soberania, ou mesmo afetar áreas pertencentes ao domínio público internacional, daí ocorrendo um problema de ordem internacional, porque não podem Estados igualmente soberanos irromperem uns aos outros seus próprios postulados de responsabilidade pela recuperação ou compensação dos danos causados em territórios cuja jurisdição não lhes pertencem. O direito internacional do meio ambiente se preocupa com estas questões.⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ FREITAS, Vladimir Passos de. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 42. Nesse sentido também Valerio Mazzuoli, o qual leciona que foi após a segunda metade do século XX que “as questões ligadas à proteção da natureza tornaram-se visíveis no cenário internacional, notadamente em razão da constatação de que o meio ambiente, ao contrário do que ocorre com os Estados, não se separa por fronteiras”. MAZZUOLI. Valerio. Curso de Direitos internacional Público. 6ª edição, p. 991

⁴⁷⁰ Vladimir Passos de Freitas acentua ainda os inúmeros problemas ambientais além fronteiras: “Um dos problemas mais comuns envolvendo dois ou mais países é o das chuvas ácidas. Como ensina António Carvalho Martins, ‘trata-se de um fenómeno através do qual as poluições gasosas decorrentes da combustão do fuel, e especialmente provindas dos escapes dos automóveis, se combinam com a chuva ou com partículas para gerar as chuvas ou os depósitos ácidos. Os efeitos se fazem sentir drasticamente, v.g., na acidificação dos lagos das zonas nórdicas (USA, Canadá, Escandinávia), no desaparecimento de florestas, através de mecanismos e de causalidades ainda não inteiramente conhecidos.’ (...) O problema

Assume aqui o princípio da solidariedade novamente grande relevância, porquanto outorga a normatividade necessária, na lição de Paulo Henrique Gonçalves Portela, para entender que não existem fronteiras para o dano ambiental, impondo aos Estados a cooperação nesse campo, associando-se a ele, na lição do autor, o “*principio da responsabilidade comum, porém diferenciada, pela qual todos os estados deverão contribuir para a proteção e melhoria do meio ambiente no mundo, mas na proporção de suas responsabilidades na degradação ambiental e dos meios de que dispõe para combater os problemas ambientais*”.⁴⁷¹

O direito internacional do meio ambiente, na lição de Augusto do Amaral Dergint, desenvolveu-se assim, de um direito de coexistência para um direito de cooperação, na utilização do meio ambiente e dos recursos naturais, e a principal característica da obrigação procedimental de cooperação é justamente “*a inclusão de interesses de proteção ambiental em todas as esferas da política econômica e de desenvolvimento*”.⁴⁷² E é aí realmente que se pode pensar em uma relativização dos elementos estruturais do direito e do estado moderno; a soberania queda, por exemplo, relativizada,⁴⁷³ porque sem embargo de se sustentar que a necessidade de cooperação surge das obrigações adstritas ao reconhecimento da necessidade de preservação ambiental, como complemento do próprio direito interno, o certo é que a necessidade de observação da cooperação internacional é imposta pelas normativas internacionais e pelos costumes que ostentam grande relevância para a matéria, de modo que, para além da relativização ou não do conceito, o fato é que existe a obrigação por parte dos estados em cooperar, independentemente da sua opção pelo exercício da soberania, que não pode vilipendiar macrobens de natureza transindividual a eles não pertencentes exclusivamente (retratados como direitos difusos não individualizáveis), os quais não se confundindo com seu suporte material (estes sim pertencentes aos estados soberanos) não ostentam uma relação de pertencimento junto a

da chuva ácida é apenas um exemplo. Há muitos outros. A camada de ozônio é um deles. A poluição do ar. O desmatamento de uma região a refletir em outra. O problema da pesca que, praticada desordenadamente em um país, poderá afetar o vizinho, principalmente quando em águas comuns. A poluição dos rios, principalmente os que percorrem mais de um país. Em suma, a natureza não conhece fronteiras e o interesse já não é deste ou daquele país, mas de todos.” (FREITAS, Vladimir Passos de. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 42).

⁴⁷¹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado, 5ª edição, Ed. JusPodivm, 2013, p. 443.

⁴⁷² DERGIN, Augusto do Amaral. Utilização de recursos hídricos e responsabilidade internacional por danos transfronteiriços. In Revista do Instituto dos Advogados, n. 36, Setembro de 2008, p. 186.

⁴⁷³ Marcelo Pupe Braga, sobre o direito internacional ambiental, assenta que “a soberania estatal é muito mais limitada em matéria ambiental, porque, embora os Estados possam explorar os seus recursos naturais, devem assegurar-se de que tais atividades não prejudiquem os demais; os atores não-estatais (sobretudo as organizações não-governamentais) desempenham no Direito Internacional Ambiental papel significativamente mais relevante que no Direito Internacional Público clássico; o princípio da igualdade soberana é mitigado pelo Direito Internacional Ambiental, uma vez que igualdade soberana dos Estados não representa uma uniformidade de obrigações, nomeadamente pelo reconhecimento do princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas; e, cientes de que a poluição efetivamente não conhece fronteiras, constata-se uma obrigação de cooperar mais permanente e acentuada dos Estados em questões ambientais.” (BRAGA, Marcelo Pupe. Direito Internacional, Ed. Método, 2009, p. 319).

qualquer estado nacional, mas interessam e se fazem relevantes à comunidade internacional,⁴⁷⁴ e demais habitantes do planeta inclusive futuras gerações.

Veja-se que isto não quer dizer que a competência prioritária para cuidar da preservação ambiental não seja do estado no qual se localiza o bem ambiental, pois dentro de seu território as obrigações procedimentais da cooperação⁴⁷⁵ (decorrente da cláusula geral da boa-fé objetiva, na sua vertente do *due diligence*) impõe ao estado despender os recursos e providências necessárias⁴⁷⁶ no sentido de que não sejam nem pelo poder público nem por particulares afetados ou vilipendiados estes macrobens de caráter transindividuais. Mas isto também não quer dizer que se possa estabelecer fronteiras ao bem ambiental, porquanto sua territorialidade, se é que se pode assim denominar, é assimétrica, ou seja, as consequências de lesão ao macrobem (que ao mesmo tempo ocorre ao microbem ambiental) não podem ser previamente delimitadas territorialmente, daí porque a necessidade que se tem de estudar o direito internacional do meio ambiente.

As duas principais contribuições do direito internacional do meio ambiente para a matéria se retiram das intenções firmadas inicialmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Conferência de Estocolmo de 1972),⁴⁷⁷ que, segundo Paulo Henrique Gonçalves Portela, foi *“a primeira reunião internacional dedicada a adotar medidas de escopo global, relativas ao avanço dos impactos negativos da atividade humana*

⁴⁷⁴ Segundo Paulo Henrique Gonçalves Portela “é comum o emprego indiscriminado dos termos ‘comunidade internacional’ e ‘sociedade internacional’. Entretanto, a doutrina identifica diferenças entre as duas noções (...) a comunidade fundamenta-se em vínculos espontâneos e de caráter subjetivo, envolvendo identidade e laços culturais, emocionais, históricos, sociais, religiosos, e familiares comuns. Caracteriza-se pela ausência de dominação, pela cumplicidade e pela identificação entre seus membros, cuja convivência é naturalmente harmônica. A sociedade apoia-se na vontade de seus integrantes, que decidiram se associar para atingir certos objetivos que compartilham. É marcada, portanto, pelo papel decisivo da vontade, como elemento que promove a aproximação entre seus membros, e pela existência de fins, que o grupo pretende alcançar. A maior parte da doutrina entende que ainda não há uma comunidade internacional, visto que o que uniria os Estados seriam seus interesses, não laços espontâneos e subjetivos, e pelo fato de ainda haver muitas diferenças entre os povos, dificultando a maior identificação entre as pessoas do mundo. Entretanto, já é possível defender a existência de uma comunidade internacional, à luz de problemas globais que se referem a todos os seres humanos, como a segurança alimentar, a proteção do meio ambiente, os desastres naturais, os direitos humanos e a paz.” (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado, 5ª edição, Ed. JusPodivm, 2013, p. 40).

⁴⁷⁵ Dá para se pensar a própria COOPERAÇÃO como uma cláusula geral, a qual na sua dimensão operativa, reenvia o intérprete para elementos situados por vezes fora do sistema, e mediante a atividade de integração valorativa, reinsere pela fonte doutrinária ou jurisprudencial novas obrigações anexas ou laterais decorrentes da cooperação, como no caso, as obrigações procedimentais do “intercambio de informações, de alerta imediato, de informação prévia sobre atividades planejadas que podem ter efeitos danosos transfronteiriços para o meio ambiente – o que pressupõe a avaliação prévia de impacto ambiental em um contexto transfronteiriço-, bem como consultas e negociações a elas relacionadas.” (DERGINT, Augusto do Amaral. Utilização de recursos hídricos e responsabilidade internacional por danos transfronteiriços. In Revista do Instituto dos Advogados, n. 36, Setembro de 2008, p. 198).

⁴⁷⁶ A esse respeito há um princípio, desdobramento da boa-fé objetiva e da cooperação, que se denominou “utilização da melhor tecnologia disponível (best available technology – BAT), de acordo com a qual degradações novas e adicionais do meio ambiente devem ser amplamente reduzidas conforme o estado da técnica disponível e economicamente razoável, independentemente de elas poderem causar ou não danos ambientais transfronteiriços de natureza grave” (DERGINT, Augusto do Amaral. Utilização de recursos hídricos e responsabilidade internacional por danos transfronteiriços. In Revista do Instituto dos Advogados, n. 36, Setembro de 2008, p. 193).

⁴⁷⁷ “A Conferência de Estocolmo, em 1972, foi o grande divisor de águas. Contendo 26 princípios, ela veio acompanhada de um plano de ação composto de 109 resoluções. Passaram as nações a compreender que nenhum esforço, isoladamente, seria capaz de solucionar os problemas ambientais do Planeta. O conceituado doutrinador francês Alexandre Kiss assim se pronunciou: ‘Nenhum país, nenhum continente no mundo é capaz de resolver sozinho o problema da camada de ozônio, da alteração do clima global ou do empobrecimento dos nossos recursos genéticos. É doravante indispensável a cooperação da Terra inteira. Ora, a terra compreende também e sobretudo as populações que vivem nos países não industrializados, as quais são pobres e querem desenvolver-se. Assim, o problema do desenvolvimento nas suas relações com o ambiente pôs-se em toda a sua amplitude e de modo definitivo’. (FREITAS, Vladimir Passos de. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 41).

no meio ambiente”.⁴⁷⁸ As diretrizes criadas naquele momento foram posteriormente aprimoradas pela Declaração do Rio de Janeiro de 1992, intitulada como Eco-92, ou Rio-92, que segundo o mesmo autor, logrou por melhorar “as condições para um amplo esforço de cooperação internacional em todas as áreas, em decorrência do fim da Guerra Fria”.⁴⁷⁹

A conferência de Estocolmo notadamente, um dos mais conhecidos eventos internacionais do Meio Ambiente, realizada no ano de 1972, trouxe uma das primeiras regulamentações acerca da matéria, tendo positivado o princípio nº 21, que se posiciona sobre a questão da soberania, e o princípio nº 24,⁴⁸⁰ que aborda a questão da cooperação, ambos foram posteriormente reafirmados pelos princípios nº(s) 2 e 7, ambos da Declaração do Rio de Janeiro.

O princípio nº 21 da Declaração de Estocolmo afirma que: “De acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos, de acordo com a sua política ambiental, desde que as atividades levadas a efeito, dentro da jurisdição ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda a jurisdição nacional”. O que corresponde a dizer, na lição de Paulo Affonso Leme Machado, que os Estados têm uma liberdade apenas relativa ou uma liberdade controlada para a exploração de seus recursos naturais, pois a própria soberania estatal cria para os Estados, obrigações que são corolário de seus próprios direitos,⁴⁸¹ ou seja, os Estados tem a obrigação de diligenciar pela exploração adequada e coerente com o meio ambiente de seus recursos naturais, podem livremente explorar suas reservas naturais, desde que se obedeça a convicção comum de que o meio ambiente e a regeneração de seus ciclos vitais devam ser preservados por se tratarem de interesses difusos (macrobens ambientais) não pertencentes apenas ao Estado situante, mas também à comunidade internacional, e todos os habitantes do planeta inclusive futuras gerações.

Mais tarde a declaração de Estocolmo viria a ser aprimorada ainda mais pela Declaração do Rio de Janeiro, em 1992, alcançando já naquele momento a afirmação por consenso mútuo das nações unidas da necessidade de se recomendar que as atividades internas dos estados ou de seus particulares não prejudiquem o meio ambiente de outros estados, nem tampouco o das áreas de domínio público internacional (como o alto mar, o espaço aéreo, e o espaço extra atmosférico), porquanto está em jogo os macrobens

⁴⁷⁸ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado, 5ª edição, Ed. JusPodivm, 2013, p. 444-445.

⁴⁷⁹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado, 5ª edição, Ed. JusPodivm, 2013, p. 444-445.

⁴⁸⁰ Este princípio dispõe que “as questões internacionais relacionadas à proteção e melhoria do meio ambiente devem ser abordadas em um espírito de cooperação por todos os países, em pé de igualdade. Uma cooperação pela via de acordos multilaterais ou bilaterais ou por outros meios apropriados é indispensável para limitar eficazmente, prevenir, reduzir e eliminar os atentados ao meio ambiente resultante de atividades exercidas em todos os domínios, e isto no respeito da soberania e dos interesses de todos os Estados.” Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito dos Cursos de Água Internacionais ob. Cit., p. 53, citando, Brasil, Declaração sobre o Ambiente Humano, Assembleia-Geral das Nações Unidas, reunida em Estocolmo, de 5 a 16.6.1972, Ministério do Interior, Secretaria Especial do Meio Ambiente, Brasília, junho/1982:

⁴⁸¹ Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 14ª Edição, Ed. Malheiros, p. 1029.

ambientais que não podem ser individualizados e não pertencem a nenhum estado, mas, ao contrário, interessam a toda a comunidade internacional, e todos os habitantes do planeta inclusive futuras gerações.

Assim o princípio nº 2,⁴⁸² o princípio nº 7⁴⁸³ e o princípio nº 13 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, também estabelecem o dever dos países de "... cooperar de forma expedita e determinada para o desenvolvimento de normas de direito internacional ambiental relativas a responsabilidade e reparação por efeitos adversos de danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob o seu controle".⁴⁸⁴ Importante esclarecer que os danos ambientais são causados indelevelmente tanto ao microbem ambiental, quanto ao macrobem, e isto corresponde a dizer que as consequências destes prejuízos, sejam materiais, sejam morais, se estendem a todos, Estados, habitantes, e futuras gerações, motivo pelo qual a normativa internacional, e mesmo a teoria jurídica doméstica, deve repensar e (re)elaborar institutos próprios a estes bens jurídicos de natureza diferenciada, porque seja por meio da cooperação entre estados, seja por meio da solidariedade intergeracional,⁴⁸⁵ é necessário se estruturar a responsabilização e prevenção destes danos a bem jurídicos transindividuais.

Desse modo, as obrigações oriundas dos usos e costumes internacionais, notadamente pela imposição do dever de cooperação, suscitam dúvidas que não raro acabam por questionar a noção de soberania que se criou no séc. XIX. Veja-se que, segundo Paulo Affonso Leme Machado, citando Michael Bothe, *"na Declaração de Rio, contrariamente ao texto de 1972, a obrigação de cooperação não está submetida à reserva da soberania. A disposição fala de ecossistema terrestre e isto implica o caráter único do sistema, fórmula que contrasta com a divisão da terra em Estado territoriais. (...) A obrigação de cooperação constitui, em certo sentido, uma limitação da soberania territorial"*.⁴⁸⁶

⁴⁸² "Os Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e de desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional". (Princípio nº 2 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992).

⁴⁸³ "Os Estados devem cooperar com o espírito de solidariedade mundial para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema terrestre. Tendo em vista a diversidade dos papéis desempenhados na degradação do meio ambiente mundial, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, tendo em vista as pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros que controlam." (Princípio nº 7 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992).

⁴⁸⁴ Princípio 13 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992.

⁴⁸⁵ Anderson Furlan e William Fracalossi a este respeito, atestam que o princípio da equidade intergeracional reconhece "(...) o dever de solidariedade entre as gerações de seres humanos que habitam e as que habitarão o planeta, de forma que as presentes não esgotem e degradem os recursos ambientais em detrimento das futuras gerações. As presentes gerações devem se preocupar com as futuras, preservando o meio ambiente, evitando sua debilidade e preservando os recursos naturais. Observou o constituinte brasileiro o Princípio 1 da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano (1972), segundo o qual 'o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e ao desfrute de condições de vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger esse meio para as gerações presentes e futuras'. (...)'" (FURLAN, Anderson. FRACALOSSO, William. Direito ambiental. Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 112).

⁴⁸⁶ Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito dos Cursos de Água Internacionais ob. Cit., p. 54. Continua este autor, agora citando Mario Flores, em opinião a respeito da soberania e do meio ambiente: "É hora de conciliar interesses apoiados na soberania clássica com a saúde ambiental e o uso racional dos recursos do Planeta unitário". Continua o respeitado autor ambientalista, "(...) não se trata de questionar o exercício rotineiro da soberania, mas de criar, por consenso, metas de

Ainda segundo Paulo Henrique Gonçalves Portela dentre os resultados da conferência do Rio-92, e das negociações que a precederam, foi tanto um programa internacional de ação quanto ao tema ambiental, denominado de agenda 21, quanto dois outros tratados muito importantes para a matéria, a convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a mudança de Clima e a Convenção sobre a Diversidade Biológica, ambas tendo contribuído para que o direito ao meio ambiente equilibrado fosse incluído entre o rol de direitos humanos.⁴⁸⁷ Vladimir Passos de Freitas acentua que “a conscientização chegou a um ponto em que o direito a um meio ambiente sadio é considerado (...) um direito humano fundamental: todos os seres humanos têm direito a um ambiente adequado para sua vida, desenvolvimento e bem-estar”.⁴⁸⁸ Trata-se de um direito humano e fundamental de terceira geração, cuja característica mais essencial é a responsabilidade compartilhada, dado se tratam de bens jurídicos (macrobens) transindividuais que não podem ser individualizados e cuja relevância é afeta a toda a comunidade internacional, a todos os habitantes do planeta e futuras gerações.

Deste modo, e por esta razão, os estados assumem como deles as causas e responsabilidades atinentes aos particulares, passando a fazer em nome próprio as reivindicações necessárias à proteção da questão ambiental transfronteiriça, porquanto segundo Valério Mazzuoli, “nenhum estado tem o direito de usar ou de permitir o uso de seu território de tal modo que cause dano em razão do lançamento de emanações no ou até o território do outro”.⁴⁸⁹

Ora, e se um país por intermédio de atividades poluidoras inclusive praticadas por particulares pode vir a causar danos em outro país, igualmente soberano, surge evidentemente um problema ambiental de âmbito transfronteiriço, entrando em cena o direito internacional do meio ambiente,⁴⁹⁰ o que pode vir a gerar, de modo bastante nítido, mas ainda de difícil interiorização pela ciência jurídica, uma inescandível relativização do princípio da soberania, sem falar da estrutura assimétrica e já relativizada da noção de territorialidade do macrobem ambiental, que não conhece espaços estanques na sua perpetuação e manutenção de ciclos vitais, havendo de se entender a necessidade de reconhecimento destes bens comunais.

interesse global exigentes de condutas nacionais sensatas, cujas operacionalidade responsável caberia integralmente às soberanias nacionais protegidas do *droit d'ingerence*. Citando Charles Rousseau, afirma se é oportuno invocar, mesmo por um simples epíteto, o conceito de soberania em um domínio onde o Estado não é senão muito levado a salientar o caráter discricionário de sua ação – ou de sua abstenção” (cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito dos Cursos de Água Internacionais ob. Cit., p. 54-5).

⁴⁸⁷ Cf. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado, 5ª edição, Ed. JusPodivm, 2013, p. 445.

⁴⁸⁸ FREITAS, Vladimir Passos de. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

⁴⁸⁹ MAZZUOLI. Valério. Curso de Direitos internacional Público. 6ª edição, p. 992

⁴⁹⁰ Lembre-se ademais que o direito internacional tem com sujeito tão somente um Estado, mas se sobressaem também o papel das organizações internacionais, tanto na formulação quanto no desenvolvimento do direito, como o PNUMA, a UNESCO, a FAO.

E há inúmeros casos práticos que exemplificam os danos ambientais além fronteiras, e as dificuldades de se enquadrá-los nas clássicas definições estruturantes do direito, havendo conflito entre o exercício da soberania e a natureza jurídica *sui generis* dos macrobens ambientais. Por exemplo, a Usina de Candiota, no Rio Grande do Sul, Brasil, que pelas suas atividades poluentes reiteradas, ocasionou chuva ácida no Uruguai, gerou um problema entre as diplomacias destes países.⁴⁹¹ Há também a Usina de Santo Antônio em Rondônia, instalada sem sequer haver consulta à Bolívia, que viria a sofrer com igual intensidade os danos e problemas ambientais decorrentes de sua instalação. Contemporaneamente, a Usina de Belo Monte, no rio Xingu (Pará), em que a Corte interamericana exige consulta prévia aos índios e também exige a elaboração de EIA/RIMA, procedimentos ainda não realizados pelo Brasil. No caso clássico da Fundação Trail (Canadá X EUA, em 1924), resolvido por uma comissão arbitral, precursor de muitos outros problemas ambientais transfronteiriços, houve uma sentença arbitral declarando que nenhum país tem o direito a permitir o uso de seu território de modo a causar danos a outro Estado, pessoas e propriedades. O Canadá neste caso foi condenado a pagar uma indenização, tanto às vítimas do problema ambiental, quanto ao estado americano, sendo o precursor do surgimento do direito ambiental internacional.

Há ainda o caso Gabcikovo-Nagymaros, que envolveu a Hungria e a Eslováquia, em um tratado para a construção e Operação do Sistema de Barragens no Rio Danúbio (1977). O tratado foi descumprido pela Hungria em 1989, redundando na sua rescisão em 1993; tendo sido adotado uma solução provisória pela Eslováquia que causou danos à água e à navegação. Levado o caso à corte internacional da ONU, decidiu-se por condenar ambas as partes a ressarcir os danos ocasionados ao meio ambiente, porquanto as duas partes cometeram atos ilícitos internacionais, tendo sido condenada a Hungria a cumprir o tratado e a pagar o preço que havia se comprometido pela obra.

Deste modo, pode-se atestar nos termos do princípio nº 21 da Declaração de Estocolmo que o Estado tem o direito soberano de explorar recursos naturais situados em seu território, mas tem do mesmo modo a responsabilidade de assegurar que as atividades ocorridas não prejudiquem outros países e outros habitantes do planeta, nem mesmo as futuras gerações.⁴⁹² É dizer, permite-se por óbvio a “exploração dos recursos que se

⁴⁹¹ Vladimir Passos de Freitas exemplifica a temática do direito ambiental internacional com este caso, nos seguintes termos: “Aqui no nosso continente é possível dar um exemplo envolvendo o próprio Brasil. A usina de Candiota, situada no Estado do Rio Grande do Sul, produz energia elétrica a partir de carvão mineral do subsolo. Localizada a apenas 80 Km do Uruguai, a referida usina é acusada de causar chuva ácida na região nordeste do vizinho país. Tal fato gerou reportagem de uma página no jornal El País, de Montevideú, em 23 de novembro de 1996, afirmando o Diretor Nacional do Meio Ambiente uruguaio, Carlos Serrentino, que, “se os problemas ambientais não se solucionarem, o Mercosul não será viável”. (FREITAS, Vladimir Passos de. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 42).

⁴⁹² A característica do status jurídico conferido às futuras gerações pode ser tida como uma expectativa de direitos, porquanto não são sujeito de direitos por ainda nem existirem, podendo-se utilizar raciocínio similar àquele que concebe apenas uma expectativa de direitos difusos às futuras gerações.

encontrem em seu território ou em outras áreas sob sua jurisdição ou controle, de acordo com a respectiva política ambiental, desde que essa exploração não prejudique o meio ambiente de outros Estados ou de áreas que não estão sob a soberania de nenhum Estado, como o alto mar, e o espaço aéreo internacional”.⁴⁹³

Nesse sentido, o princípio 13 da declaração de Estocolmo dita que os Estados deverão elaborar legislação nacional relativa à responsabilidade civil e à compensação das vítimas da poluição e de outros prejuízos ambientais; deverão também cooperar de um modo expedito e mais determinado na elaboração de legislação internacional adicional relativa à responsabilidade civil e compensação por efeitos adversos causados por danos ambientais em áreas fora da sua área de jurisdição, e causados por atividades levadas a efeito dentro da área da sua jurisdição de controle.

No que concerne à utilização e regulação das águas internacionais, surge problemas de ordem prática, onde se sobressaem de modo significativo os princípios da cooperação entre os Estados, e da utilização equitativa deste recurso natural, porquanto é de senso comum a notória importância das águas internacionais, que se trata de um bem comum, de domínio coletivo (de todos), e portanto, na lição de Paulo Affonso Leme Machado, *“no momento do uso da água ou de um curso de água internacional o país pratica um ato de soberania limitada, devendo agir com a consciência de que a água é comum e que, o uso não pode ser nocivo à própria água, como não pode esgotá-la ou poluí-la de forma a prejudicar o outro país comunheiro”*.⁴⁹⁴

No Brasil, segundo o art. 1º da Lei nº 9.433/97, a água é de domínio público (inc.I),⁴⁹⁵ não no sentido de ser “propriedade” de pessoa jurídica de direito público, mas de ser de uso coletivo, do poder público e da comunidade, ninguém podendo monopolizar sua fruição, tal como um recurso natural limitado e dotado de valor econômico (inc.II), cuja gestão deve proporcionar “uso múltiplo das águas” (inc. IV), ou seja, uso comum, coletivo, afirmando ainda a lei que, em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais (inc.III); sendo ademais conceituado que uma bacia hidrográfica é “a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos” (inc. V), assentando-se ainda que “a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades” (inc. V).

No plano internacional, a Convenção sobre a Proteção e Utilização dos Cursos de Águas Transfronteiriços e Lagos Internacionais, de 1992, conhecida como convenção de

⁴⁹³ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público. 5ª edição, Ed. JusPodivm, 2013, p. 446-447

⁴⁹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito dos Cursos de Água Internacionais ob. Cit., p. 72.

⁴⁹⁵ Entenda-se que não se trata do domínio comum, aquele lançado pela noção clássica de propriedade, em que o detentor pode usar e abusar de sua propriedade sem qualquer satisfação ao coletivo, mas por mais de uma noção mais elaborada adstrita à noção de solidariedade intergeracional, e que não pode ser agredido de modo a prejudicar terceiros e as futuras gerações.

Helsínquia, estabeleceu princípios e diretrizes direcionadas aos rios que além de seu potencial de navegação, servem para delimitar territórios, ou seja, usados como fronteira natural de países. Referida convenção veio a ser completada pelo protocolo de Londres de 1999 sobre a Água e a Saúde, e pela Convenção das Nações Unidas sobre a Utilização dos Cursos de Água Internacional para Fins Diferentes da Navegação de 1997.⁴⁹⁶

Desses instrumentos se extrai algumas normativas de relevo, como, por exemplo, o princípio da *utilização equitativa*, deveras importante na questão da utilização das águas internacionais, e impõe que não haja uso desarrazoado do bem ambiental. Relaciona-se com a gestão transfronteiriça das águas, e delibera sobre as boas relações de vizinhança e de cooperação entre países que partilham cursos de água. Contudo, apenas enuncia princípios gerais a se aplicar em tratados entre países ribeirinhos, como a obrigação de prevenir, combater, e reduzir a poluição das águas suscetíveis de produzir efeitos nefastos em outros países. Deixa claro que “as partes devem tomar todas as medidas apropriadas para prevenir, controlar e reduzir todo e qualquer impacto transfronteiriço”, consoante seu artigo segundo.

O princípio da utilização equitativa é deveras relevante para definição de alguns pressupostos quando se está em jogo algum dano ambiental transfronteiriço. A convenção das Nações Unidas sobre a Utilização dos Cursos de Água Internacional para Fins Diferentes da Navegação de 1997 (Convenção de Nova York),⁴⁹⁷ dispõe em seu artigo quinto, sobre a participação e utilização equitativa e razoável dos recursos hídricos, impondo o dever aos “*estado ribeirinhos, nos seus respectivos territórios, de utilizar um curso de água internacional de forma equitativa e razoável. Um curso de água será, em especial, utilizado e desenvolvido por Estados ribeirinhos com vista à obtenção da sua utilização otimizada e sustentável e dos benefícios daí resultantes, tendo em conta os interesses dos Estados ribeirinhos interessados, compatíveis com uma proteção adequada do curso de água. Ainda se refere este dispositivo que “os Estados ribeirinhos devem participar na utilização, desenvolvimento e proteção de um curso de água internacional, de forma equitativa e razoável. Tal participação inclui tanto o direito de utilização do curso de água como o dever de cooperação na sua proteção e desenvolvimento, conforme previsto na presente Convenção”*.”⁴⁹⁸

Este dispositivo da convenção de Nova York de 1997, pois, determina o uso equitativo e razoável das águas, sendo relevante destacar também o artigo sétimo desta

⁴⁹⁶ BRAGA, Marcelo Pupe. Direito Internacional, Ed. Método, 2009, p. 336.

⁴⁹⁷ A convenção-quadro sobre o direito relativo às utilizações de cursos de água internacionais para outros fins que não a navegação, de 1997, ou convenção de Nova York, é uma convenção quadro que apenas enuncia princípios e regras gerais e deixa às partes a escolha para os meios de implantação. A Convenção de Nova York, portanto, aplica-se aos usos de cursos de água (superficiais e subterrâneas) internacionais, às respectivas águas para fins não navegacionais e às medidas de proteção, conservação e gestão associadas aos usos nesses cursos de água e suas águas, alicerçada nos princípios do desenvolvimento sustentável e recomendações emanados na Declaração do Rio 92 e Agenda 21.

⁴⁹⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito dos Cursos de Água Internacionais ob. Cit., p. 87.

convenção das Nações Unidas sobre a Utilização dos Cursos de Água Internacional para Fins Diferentes da Navegação, que dispõe a obrigação do Estado em não causar danos significativos a um outro Estado, porquanto mesmo se podendo fazer um uso legítimo de um curso de água no seu território ainda poderá sobrevir impactos negativos noutros, de modo a ser o estado responsável mesmo se ocorrer o uso legítimo, mas causador de impacto negativo noutro estado. Perceba-se que referidas ordenações são reflexos dos princípios gerais da prevenção do dano transfronteiriço, em que nenhum estado pode praticar, incentivar ou tolerar atividades em seu território – ou área sob sua jurisdição ou controle – que possam causar danos graves ao meio ambiente de outro estado ou de área fora de jurisdição nacional; e também do princípio geral da precaução do dano transfronteiriço, que procura evitar atividades mesmo que não haja prova conclusiva da viabilidade de dano, mas apenas suposições de danos graves e irreversíveis; e impõe a necessidade de se utilizar da melhor tecnologia, no sentido de que as degradações atuais e novas devem ser reduzidas com a técnica disponível.

Há ainda os princípios, da não discriminação dos interesses estrangeiros, devendo haver um padrão internacional mínimo para a proteção dos interesses relevantes como os recursos hídricos, com a ausência de distinção entre danos nacionais e transfronteiriços; e também da proteção ambiental em conflitos armados, que não permite ocorrer, por exemplo, o envenenamento de águas de países conflitantes por seus rivais em conflitos armados, sob pena de configurar ilícito internacional.

Pensa-se ainda na possibilidade da intervenção ecológica, que é quando houver exposição a um risco ambiental grave, podendo haver nesta hipótese a intervenção para salvaguarda do recurso ambiental. É similar à intervenção humanitária, mas em relação ao meio ambiente. Relevante também o princípio da utilização equitativa, que já se tratou, notadamente porque diz respeito aos direitos de utilização justa e equilibrada dos recursos hídricos de modo a atender satisfatoriamente a ambos os estados que repartem fronteiras com os rios internacionais, devendo então levar em conta na utilização de recursos hídricos as necessidades humanas, a proteção de ecossistemas, e a necessidade de se salvaguardar uma sustentabilidade.

Lembre-se, por fim, das obrigações procedimentais da cooperação, derivadas do princípio da boa-fé objetiva, que inclui entre outros o dever de intercâmbio de informações, de alerta imediato em caso de risco ao bem ambiental hídrico, da informação prévia sobre atividade planejada que pode ter efeitos danosos transfronteiriços para o meio ambiente, exigindo-se sempre o EIA-RIMA realizado em um contexto transfronteiriço, juntamente com o dever, aqui já mencionado, da devida diligência, que procura impedir o cometimento de atos danosos por particulares, encarregando-se de punir os casos que se cometam.

Perceba-se, portanto, que o direito ambiental internacional é um ramo bastante amplo do direito e que praticamente conferiu às bases de sustentação para a proteção do meio ambiente, inclusive no desenvolvimento legislativo interno da proteção dos macrobens ambientais de natureza diferenciada, merecendo relevo a necessidade de proceduralizar os esforços de combate e reparo de danos ambientais transfronteiriços, que como dito, podem redundar em relativização dos conceitos clássicos da institucionalidade estatal e do próprio direito, necessitando-se entender o bem transindividual como macrobem, havendo de se pensar as obrigações procedimentais da cooperação como reflexo do princípio da solidariedade, alcançando novos paradigmas para a ciência jurídica contemporânea, chegando-se a se pensar na relativização de conceitos estruturantes do direito, como o conceito de relação jurídica, da soberania, de direito subjetivo, entre outros, que dentro de uma concepção de evolução normativa vão aperfeiçoar seu conteúdo, conceitos que vem sofrendo uma mutação ou evolução no seu conteúdo, no intuito de agregar a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e por consequência as novas compreensões a respeito dos elementos estruturantes do direito contemporâneo. Fala-se, portanto, que o direito ambiental internacional evoluiu de um direito baseado na coexistência para um direito ancorado na cooperação, exurgindo daí a relativização de conceitos anteriormente estanques elaborados no racionalismo jurídico, havendo de se interpretar o direito hoje com base na evolução ou mutação normativa de seus conceitos estruturais.

04.2.4 A normatividade alargada do macrobem transindividual e a redefinição de alguns conceitos estruturantes do direito.

Intenta-se, portanto, identificar a natureza do bem jurídico ambiental, como um direito difuso não individualizável, que pode ser compreendido, principalmente quando defrontado com os problemas ambientais transfronteiriços, como um macrobem que na sua proteção e implementação, ou seja, na sua incorporação ao sistema jurídico, é capaz de relativizar alguns dos elementos estruturantes do direito, notadamente porque desenhados nos signos do racionalismo jurídico do século XIX, onde o paradigma científico era efetivamente outro, mais ligado à imagem fiscalista e antrocêntrica do mundo, do que às preocupações com o meio ambiente e com os direitos transindividuais. Os conceitos legais atualmente acabam por se circunscrever em indeterminações semânticas, as quais operam reenvios com o intérprete para elementos não raro situados fora do sistema jurídico, não podendo ser individualizados, acabam sendo recepcionados pelo direito com a proteção e incorporação de bens transindividuais no sistema jurídico do século XXI.

Atualmente, as principais elaborações teóricas para a regulação dos problemas ambientais transfronteiriços, são capazes de efetivamente, ainda que de difícil incorporação

pelo sistema jurídico, relativizar os dogmas criados no racionalismo jurídico pelo direito moderno, principalmente quando se têm convenções internacionais que estabelecem obrigações procedimentais de cooperação para a resolução de conflitos ambientais internacionais, podendo-se concluir pois que a instrumentalização da proteção destes novos bens jurídicos, vistos como macrobens, impõe uma releitura da própria racionalidade que inspirou a construção do direito, almejando reenquadrar a natureza e a sua proteção numa nova racionalidade capaz de auto-integrar-se coerentemente com estes valores primordiais e essenciais para a vida humana, notadamente no seu princípio unificador que é a dignidade da pessoa humana que merece uma releitura, devendo ditos conceitos ser reinterpretados ou reestruturados normativamente, sob pena de perderem seus delineamentos e principalmente sua força normativa.

Os conceitos legais indeterminados que operam reenvios assumem assim grande importância para a realização destes direitos de natureza diferenciada, na medida em que remetem o intérprete para elementos situados fora da noção sistemática do direito, alcançando abstrações advindas da realidade social por vezes observáveis pela recalcitrância dos comportamentos sociais, e pelas valorações advindas do inconsciente coletivo de um povo. O bem ambiental assim – diferenciando-se de seu suporte material – mais se aproxima a um arquétipo estrutural das relações sociais,⁴⁹⁹ sendo incorporado ao sistema pelas fontes doutrinárias e jurisprudenciais.⁵⁰⁰

Como macrobem, o direito transindividual, afeto à abstração significativa para a consciência da comunidade, pode ser tratado como uma valoração, pertencente inerentemente à realidade social, de modo a não espelhar toda a sua realidade na legislação, que se estabelece mediante conceitos legislativos abertos, mas sendo derivado da interpretação a que remetido o intérprete da norma legal ao conceito estrutural de arquétipo das relações sociais, derivado da observância e adaptabilidade da norma ao contexto social atual. É dizer, os direitos transindividuais são tratados como não pertencentes a ninguém individualmente, não podendo haver deles disposição e nem alienação por parte de nenhum sujeito de direitos, porquanto pertencem a todos indistintamente, a toda a humanidade e também às futuras gerações, não sendo inseridos naquela dicotomia clássica existente na racionalidade jurídica do público/privado, sendo por

⁴⁹⁹ Carl Jung vê a definição de arquétipo como uma forma preexistente no inconsciente coletivo, algo em muito similar aos instintos, oriundos não de uma individualidade, mas como herdado do meio. “O conceito de arquétipo, que constitui um correlato indispensável da idéia do inconsciente coletivo, indica a existência de determinadas formas na psique, que estão presentes em todo tempo e em todo lugar (...) à diferença da natureza pessoal da psique consciente, existe um segundo sistema psíquico, de carácter coletivo, não-pessoal, ao lado do nosso consciente, que por sua vez é de natureza inteiramente pessoal e que – mesmo quando lhe acrescentamos como apêndice o inconsciente pessoal – consideramos a única psique passível de experiência. O inconsciente coletivo não se desenvolve individualmente, mas é herdado. Ele consiste de formas preexistentes, arquétipos, que só secundariamente podem tomar-se conscientes, conferindo uma forma definida aos conteúdos da consciência” (Jung, Carl Gustav (1875-1961). *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 53-54).

⁵⁰⁰ O conceito de arquétipo advindo da psicologia é inerente ao inconsciente coletivo de um povo, e pode representar a ruptura da noção hermética e fechada de sistema jurídico presente na racionalidade jurídica contemporânea.

isso mais afetos à realidade existencial, somente possível de se enxergar por intermédio de um reenvio realizado com o intérprete da norma legal, que, a partir de um conceito legislativo aberto, é remetido para estes bens jurídicos vistos com qualificações especiais, de natureza *sui generis*, rotulados por alguns de macrobens, derivados da abstração protegida pelo direito, inerente à realidade existencial, que se diferencia daquele microbens, que é apenas seu suporte material.⁵⁰¹

Veja-se que o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil⁵⁰² estabelece o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um bem de uso comum do povo, mas não sob a concepção de bem afetado aos interesses primários do Estado; porque, se pensarmos nesta concepção, poder-se-á deixar de ser destinado a uma finalidade utilitarista pela coletividade, desafetado, podendo vir a ser posteriormente objeto de mercantilização. Ora, não é esta a melhor interpretação da norma constitucional. O suporte material do bem ambiental não se confunde com o bem ambiental em si mesmo considerado. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da união (artigo 20, XI, da CF), cuja eventual exploração e aproveitamento de recursos hídricos, pesquisa e lavra de riquezas minerais devem ser autorizados pelo Congresso Nacional (artigo 49, XVI, CF). A manifestação cultural que representam, contudo, se trata de um bem jurídico de natureza difusa. Da mesma forma, um patrimônio histórico-paisagístico não se confunde com seu suporte material, é uma abstração que reúne os sentimentos da coletividade de manter suas memórias, e se por algum motivo deixar de existir (em decorrência de uma catástrofe natural, por exemplo), permanece unicamente seu suporte material, ou seja, o microbem que poderá ser alienado.

Segundo Herman Benjamin “o meio-ambiente, como objeto da função ambiental - na sua acepção de macrobem -, é bem público de uso comum. Deve ficar claro, porém, que tal bem, em seu sentido macro, tem um grande conteúdo de abstração, ao contrário dos elementos que o compõem que, via de regra, são bastante concretos (uma floresta, uma espécie rara, um manancial).”⁵⁰³ O macrobem ambiental, na lição de José Rubens Morato Leite, advém da constatação de que a legislação brasileira, notadamente o art. 3º da Lei 6.938/81, “não apontou os elementos corpóreos que compõe o meio ambiente e, assim o fazendo, considerou-o como um bem incorpóreo e imaterial” daí porque “visualiza-se o meio ambiente como um macrobem, que além de bem incorpóreo e imaterial se configura como

⁵⁰¹ Ver nesse sentido: LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial; São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.85-89. SOUZA FILHO. Bens Culturais e proteção jurídica. Unidade Editorial. Porto Alegre. 2005, p. 15-48. BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). Função ambiental. Dano ambiental, prevenção, reparação, e repressão. São Paulo: RT, 1993, p.75.

⁵⁰² Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁵⁰³ BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). Função ambiental. Dano ambiental, prevenção, reparação, e repressão. São Paulo: RT, 1993, p.70.

bem de uso comum do povo. Isso significa que o proprietário, aquele que possui o domínio do suporte material, ele público ou privado, não poderá dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, devido à previsão constitucional, considerando-o macrobem de todos”⁵⁰⁴.

Ainda seguindo José Rubens Morato Leite:

“(…) o legislador constitucional, ao inserir o meio ambiente como res communes omnium, não legitimou exclusivamente o Poder Público para sua tutela jurisdicional civil, como interesse difuso. Assim o fazendo, apartou o meio ambiente de uma visão de bem público estrito sensu, mas ao que tudo indica, elencou o bem ambiental como disciplina autônoma e a título autônomo. (...) Assim, não resta dúvida que o bem ambiental de interesse público deve ser separado da definição de bens públicos e privados do Código Civil brasileiro. Outrossim, a concepção da lei civil é destoante do estipulado na Constituição da República Federativa do Brasil, que trata de meio ambiente como bem da coletividade e não como res nullius.”⁵⁰⁵

Difere este macrobem ambiental, que é uma abstração (bem incorpóreo e imaterial) inerente ao interesse difuso, daquele denominado de microbem ambiental, que na lição deste mesmo autor, é adstrito aos elementos que compõe o bem ambiental, ao seu suporte material, sendo as florestas, rios, propriedades de valor paisagístico, que possuem o regime de propriedade tanto privada como pública, no que concerne à titularidade dominial.

Deste modo, apenas se insere na dicotomia público privado, sob esta visão, unicamente o microbem ambiental, ou melhor analisando, apenas o suporte material do bem ambiental, porquanto bem ambiental em sentido estrito, tão somente é o macrobem ambiental, ou seja, uma abstração que, como patrimônio imaterial, paira sobre seu suporte material, cuja relevância impede que seja fragmentado seu suporte, tornando-se o conjunto (macro e microbem ambiental) ou ainda o bem ambiental estrito e o seu suporte material, o objeto de proteção dos interesses transindividuais.

04.2.5 As consequências da violação dos bens transindividuais diante das aspirações sociais massificadas.

Acaso lesionado, o macrobem ambiental ostentará uma lesão de objeto indivisível, que não pode ser fracionada, e interessará a sujeitos indeterminados, que não se resumem a todos os habitantes contemporâneos do planeta, mas abrange também as futuras gerações e inclusive os outros seres vivos presentes e futuros. E conjuntamente sobrevirá de modo paralelo, a lesão ao microbem ambiental, responsável pela lesão individualizada, a

⁵⁰⁴ LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial; São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.86.

⁵⁰⁵ LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial; São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.87.

qual geralmente ocorre de modo simultâneo àquela lesão ao macrobem,⁵⁰⁶ devendo por isso ser relevante a análise da reparabilidade a estes bens de natureza transindividual. Assim, portanto, o macrobem não se trata efetivamente de categoria passível de individualização, nem de apropriação mesmo que coletivamente, posto que impossível de ser fracionado, e acaso perca sua substancialidade, perde-se como categoria, ou seja, desaparece, restando apenas seu suporte material já sem significado ambiental ou cultural, passando a ser passível de apropriação o microbem, o suporte material do bem ambiental.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios,⁵⁰⁷ como suporte material que estrutura a proteção da cultura em si mesma considerada, tratam-se de bens da União (artigo 20, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil), cuja eventual exploração e aproveitamento de recursos hídricos, ou mesmo pesquisa e lavra de riquezas minerais, devem ser autorizados pelo Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, assegurando-se-lhes participação no produto da lavra (artigo 49, XVI, CF e 231, §3º, CF).⁵⁰⁸ A manifestação cultural que representa os índios, reconhecida pelo *caput* do artigo 231 da CF,⁵⁰⁹ trata-se de um *macrobem* jurídico de natureza difusa, não pessoal e não realizado individualmente, insuscetível, pois, de qualquer forma de apropriação individual, e cuja ocupação, domínio ou posse por ventura existentes, são nulas e não produzem qualquer efeito jurídico.⁵¹⁰

O bem transindividual, outrossim, não pode ser visto como circunscrito a um conjunto ou somatório de interesses individuais de objeto indivisível, derivados de uma situação de fato, porquanto não parece possível se enquadrar assim um bem que não pode ser individualizado ou apropriado.⁵¹¹ Se o considerarmos como conjunto de interesses

⁵⁰⁶ Pode-se pensar na lesão apenas ao microbem e não ao macrobem ambiental, quando por exemplo ocorre uma invasão a um patrimônio particular detentor das características vinculantes à proteção histórico-cultural, mas que não redunde em degradação destas características, ou seja, não teve o patrimônio imaterial qualquer dano, apenas ocorrendo uma violação ao microbem com por exemplo a violação de sua posse.

⁵⁰⁷ Artigo 231 (...) §1º – São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

⁵⁰⁸ “(...) É do Congresso Nacional a competência exclusiva para autorizar a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas (CF, art. 49, XVI, e 231, § 3º), mediante decreto-legislativo, que não é dado substituir por medida provisória. 2. Não a usurpa, contudo, a medida provisória que – visando resolver o problema criado com a existência, em poder de dada comunidade indígena, do produto de lavra de diamantes já realizada, disciplina-lhe a arrecadação, a venda e a entrega aos indígenas da renda líquida resultante de sua alienação” (STF, ADI 3352 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 2/12/2004, DJ 15-4-2005). Cita o artigo 231, §3º, da CF: O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

⁵⁰⁹ Artigo 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

⁵¹⁰ Artigo 231 (...) § 6º – São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

⁵¹¹ A floresta amazônica, a mata atlântica, a serra do mar, o pantanal mato-grossense e a zona costeira são patrimônio nacional, mas não pertencem à União (artigo 225, §4º, da CF); todos os entes federativos (competência comum – artigo 23, IV, CF) e também a coletividade tem o dever de preservá-los e proteger-los (STF, RE 300244-9-SC).

individuais de objeto indivisível, pela racionalidade das instituições civilísticas, teríamos de aceitar que seria passível de divisão com a alteração de sua substância, porque o bem indivisível apenas assim o é, para a racionalidade civilística, enquanto não possa ser dividido sem alterar sua natureza ou substância, o que corresponde a dizer, se alterada sua substância ou natureza com a divisão, que se altera sua rotulação de bem jurídico, mas mantém-se sua proteção patrimonial, apenas identificando-se outro objeto ou coisa. Por exemplo, se dividirmos um papel representativo de moeda, perde-se a qualidade de moeda, mas mantém-se a natureza de papel. Passa-se então a se ter apenas dois papéis rasgados sem nenhum valor de moeda, mas com clara natureza de papel e seu valor correspondente. Por outro lado, se dividirmos uma construção representativa de patrimônio cultural, imóvel tombado, destrói-se a noção e abstração histórica representativa, e não se fala mais em patrimônio cultural, restando apenas o suporte material da construção fragmentada sem mais nenhuma significação cultural. Não se tem mais o macrobem ambiental, que é impassível de qualquer divisão, tampouco apropriação individualizada (que somente é possível do seu suporte material, o qual não se confunde com o bem ambiental). Não se trata, portanto, de um bem que seja a somatória de interesses individuais, ainda que de objeto indivisível, visto que os interesses que o subjazem não são passíveis de individualização, por não pertencerem a ninguém em especial, mas a toda a coletividade e às futuras gerações, também se relacionando, numa relação de interdependência, com os demais seres vivos que nele coabitam.

Desta forma, é possível se concluir que há um desdobramento do bem transindividual em um bem ligado àquele regime patrimonial material de propriedade público-privada onde se situa o suporte material do bem transindividual, enquanto que há outro bem situado na memória ou no plano valorativo da população, o qual se traduz por uma significação valorativa, imaterial, uma abstração, inerente às memórias ou ao inconsciente coletivo de um povo, expressão axiológica não enquadrável no regime público-privado patrimonial, mas sendo melhor visto como patrimônio imaterial e sem conotação econômica, sendo igualmente certo que, segundo a lição de Herman Benjamin, “esta dupla afiliação simultânea a dois regimes patrimoniais vai dar ensejo a um regime de responsabilidade civil igualmente duplo: uma atividade degradadora única pode provocar, a um só tempo, dois deveres de indenizar, valendo o primeiro para o macrobem e o segundo para o microbem (com a indenização destinada a reparar os danos sofridos pelos titulares individuais da res afetada).”⁵¹²

⁵¹² BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). Função ambiental. Dano ambiental, prevenção, reparação, e repressão. São Paulo: RT, 1993, p.71.

A violação destes bens coletivos, por consequente, na sua acepção difusa e não passível de individualização, não pode ser ressarcida se não se utilizar do instituto jurídico do patrimônio de afetação, consistente no fundo de proteção previsto no artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública,⁵¹³ dada sua característica de não possuir sujeitos determinados. Quando os danos afetam, contudo, direitos coletivo *stricto sensu*, ou individuais homogêneos, cujos sujeitos são determinados ou determináveis, nestes casos, são passíveis de serem realizados individualmente, podendo a partir de uma sentença genérica proferida em Ação Civil Pública haver uma ulterior liquidação individual de danos, nada impedindo também que determinada conduta do infrator viole tanto direitos difusos como coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos ao mesmo tempo. Será assim possível se pensar na dificuldade de ocorrer a violação somente ao macrobem transindividual, de ordem difusa, posto que qualquer ato material degradador de suas características essenciais, estaria a ser direcionado ao microbem transindividual, o único materialmente existente, motivo pelo qual ao que parece sempre haverá ao menos um prejudicado individualmente, ainda que seja o Estado, aquele que materialmente alberga a existência do microbem ambiental em sua atenção.⁵¹⁴

Por outro lado, é possível se pensar nas violações que resultam em prejuízos materiais, mormente identificados e sujeitos a individualização e reconstituição de suas características essenciais degradadas; e nas violações que resultam em prejuízos de ordem moral, que afetam a características imateriais destes bens jurídicos de natureza diferenciada, vilipendiando a memória e a consciência de um povo nas suas legítimas expectativas de possuidoras de um patrimônio imaterial. Assim, a violação resultante em prejuízos materiais é facilmente recomposta quando identificável e passível de reconstituição, diferentemente daquela violação que afeta as características do macrobem ambiental, não passível de identificação material, assim podendo resultar além dos eventuais prejuízos materiais, também em danos e prejuízos de ordem moral dado a essencialidade de suas características, que afetam número indeterminados de pessoas e por esta razão não são passíveis de individualização, e nem mesmo de reconstituição do abalo à moralidade coletiva, surgindo a problemática dos danos morais coletivos.

04.2.6 Os danos morais coletivos e sua atual compreensão jurisprudencial: um status normativo às aspirações sociais massificadas.

⁵¹³ **Art. 13.** Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados (Lei nº 7.347/85). O fundo de que trata este artigo, destinado para a reconstituição de Bens Lesados de que trata a Lei nº 7.347/85 é regulamentado pelo Decreto nº 92.302, de 16 de janeiro de 1986.

⁵¹⁴ Diferentemente seria pensar em somente lesão ao microbem transindividual, e não ao macrobem, assim sempre que se lesa o macrobem, o microbem invariavelmente também será lesado. O inverso contudo parece não ser verdadeiro.

Os danos morais coletivos teriam como destinatários sujeitos determinados ou determináveis lesionados na sua subjetividade ainda que não determináveis de plano (haveria de se identificar o grupo, porém não sendo possível dividir ou raciocinar separadamente as lesões que viriam a sofrer), e ao mesmo tempo, sem poder identificar os beneficiários (sujeitos indetermináveis e lesão indivisível), tendo como exemplos os danos morais coletivos (que viola direito difusos, sem determinação dos sujeitos, e ao mesmo tempo sujeitos determinados), a cumulação de indenização, para o fundo de proteção previsto na Lei de Ação Civil Pública, e também para os eventuais prejudicados que assim o demonstrem em liquidação individual.

Com os danos difusos ocorre a lesão à integridade psíquica da coletividade, vilipendiando-se valores compartilhados pela sociedade,; casos pioneiros como o caso da queima de palha da cana de açúcar - REsp 965.078/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN;⁵¹⁵ e caso de omissão de informação em plano de telefonia, REsp 1291213/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI⁵¹⁶, vem fazendo o judiciário se debruçar sobre este complexo

⁵¹⁵ AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. QUEIMA DE PALHA DA CANA-DE-AÇÚCAR. IMPOSSIBILIDADE. DANO AO MEIO AMBIENTE. 1. A Segunda Turma do STJ reconheceu a ilegalidade da queima de palha de cana-de-açúcar, por se tratar de atividade vedada, como regra, pela legislação federal, em virtude dos danos que provoca ao meio ambiente. 2. De tão notórios e evidentes, os males causados pelas queimadas à saúde e ao patrimônio das pessoas, bem como ao meio ambiente, independem de comprovação de nexo de causalidade, pois entender diversamente seria atentar contra o senso comum. Insistir no argumento da inofensividade das queimadas, sobretudo em época de mudanças climáticas, ou exigir a elaboração de laudos técnicos impossíveis, aproxima-se do burlesco e da denegação de jurisdição, pecha que certamente não se aplica ao Judiciário brasileiro. 3. O acórdão recorrido viola o art. 27 da Lei 4.771/1965 ao interpretá-lo de forma restritiva e incompatível com a Constituição da República (arts. 225, 170, VI, e 186, II). Para a consecução do mandamento constitucional e do princípio da precaução, forçoso afastar, como regra geral, a queima de palha da cana-de-açúcar, sobretudo por haver instrumentos e tecnologias que podem substituir essa prática, sem inviabilizar a atividade econômica. 4. Caberá à autoridade ambiental estadual expedir autorizações - específicas, excepcionais, individualizadas e por prazo certo - para uso de fogo, nos termos legais, sem a perda da exigência de elaboração, às expensas dos empreendedores, de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, na hipótese de prática massificada, e do dever de reparar eventuais danos (patrimoniais e morais, individuais e coletivos) causados às pessoas e ao meio ambiente, com base no princípio poluidor-pagador. 5. Recurso Especial provido. (STJ, REsp 965.078/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/04/2011)

⁵¹⁶ RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EMPRESA DE TELEFONIA - PLANO DE ADESÃO - LIG MIX - OMISSÃO DE INFORMAÇÕES RELEVANTES AOS CONSUMIDORES - DANO MORAL COLETIVO - RECONHECIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRECEDENTE DA TERCEIRA TURMA DESTA CORTE - OFENSA AOS DIREITOS ECONÔMICOS E MORAIS DOS CONSUMIDORES CONFIGURADA - DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO JULGADO NO TOCANTE AOS DANOS MATERIAIS E MORAIS INDIVIDUAIS MEDIANTE REPOSIÇÃO DIRETA NAS CONTAS TELEFÔNICAS FUTURAS - DESNECESSÁRIOS PROCESSOS JUDICIAIS DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL - CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS DIFUSOS, IGUALMENTE CONFIGURADOS, MEDIANTE DEPÓSITO NO FUNDO ESTADUAL ADEQUADO. 1.- A indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor. 2.- Já realmente firmado que, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. (REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012). 3.- No presente caso, contudo restou exaustivamente comprovado nos autos que a condenação à composição dos danos morais teve relevância social, de modo que, o julgamento repara a lesão causada pela conduta abusiva da ora Recorrente, ao oferecer plano de telefonia sem, entretanto, alertar os consumidores acerca das limitações ao uso na referida adesão. O Tribunal de origem bem delineou o abalo à integridade psico-física da coletividade na medida em que foram lesados valores fundamentais compartilhados pela sociedade. 4.- Configurada ofensa à dignidade dos consumidores e aos interesses econômicos diante da inexistência de informação acerca do plano com redução de custo da assinatura básica, ao lado da condenação por danos materiais de rigor moral ou levados a condenação à indenização por danos morais coletivos e difusos. 5.- Determinação de cumprimento da sentença da ação civil pública, no tocante à lesão aos participantes do "LIG-MIX", pelo período de duração dos acréscimos indevidos: a) por danos materiais, individuais por intermédio da devolução dos valores efetivamente cobrados em telefonemas interurbanos e a telefones celulares; b) por danos morais, individuais mediante o desconto de 5% em cada conta, já abatido o valor da devolução dos participantes de aludido plano, por período igual ao da duração da cobrança indevida em cada caso; c) por dano moral difuso mediante prestação ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina; d) realização de levantamento técnico dos consumidores e valores e à operacionalização dos descontos de ambas as naturezas; e) informação dos descontos, a título de indenização por danos materiais e morais, nas contas telefônicas.

tema, acometendo-se nestes casos a existência de condenações simultâneas tanto de ordem individual quanto coletiva ou difusa, neste último caso direcionada ao fundo de proteção a direitos coletivos disposto no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública.

Há casos ainda, de danos a sujeitos determináveis (casos das pílulas de farinha - REsp 866636/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI – ou do fornecimento de energia elétrica, conforme REsp 1197654/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN⁵¹⁷) em que apenas há uma sentença genérica na Ação Civil Pública, permitindo que os lesados executem individualmente os danos morais que sofreram. Tratam-se de exemplos de lesão a direitos individuais homogêneos, nos quais houve uma condenação genérica relativa a danos morais em favor de consumidores lesados, que haverão de promover o ressarcimento por ocasião de futura liquidação individual de danos, conforme se extrai do julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial - REsp. 866.636/SP, DJ 06/12/2007.⁵¹⁸

6.- Recurso Especial improvido, com determinação (n. 5 supra). (REsp 1291213/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/08/2012, DJe 25/09/2012).

⁵¹⁷ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. INTERRUÇÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL COLETIVO. DEVER DE INDENIZAR. 1. Cuida-se de Recursos Especiais que debatem, no essencial, a legitimação para agir do Ministério Público na hipótese de interesse individual homogêneo e a caracterização de danos patrimoniais e morais coletivos, decorrentes de frequentes interrupções no fornecimento de energia no Município de Senador Firmino, culminando com a falta de eletricidade nos dias 31 de maio, 1º e 2 de junho de 2002. Esse evento causou, entre outros prejuízos materiais e morais, perecimento de gêneros alimentícios nos estabelecimentos comerciais e nas residências; danificação de equipamentos elétricos; suspensão do atendimento no hospital municipal; cancelamento de festa junina; risco de fuga dos presos da cadeia local; e sentimento de impotência diante de fornecedor que presta com exclusividade serviço considerado essencial. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 3. O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores. Precedentes do STJ. 4. A apuração da responsabilidade da empresa foi definida com base na prova dos autos. Incide, in casu, o óbice da Súmula 7/STJ. 5. O dano moral coletivo atinge interesse não patrimonial de classe específica ou não de pessoas, uma afronta ao sentimento geral dos titulares da relação jurídica-base.

6. O acórdão estabeleceu, à luz da prova dos autos, que a interrupção no fornecimento de energia elétrica, em virtude da precária qualidade da prestação do serviço, tem o condão de afetar o patrimônio moral da comunidade. Fixado o cabimento do dano moral coletivo, a revisão da prova da sua efetivação no caso concreto e da quantificação esbarra na Súmula 7/STJ.

7. O cotejo do conteúdo do acórdão com as disposições do CDC remete à sistemática padrão de condenação genérica e liquidação dos danos de todos os municípios que se habilitarem para tanto, sem limitação àqueles que apresentaram elementos de prova nesta demanda (Boletim de Ocorrência). Não há, pois, omissão a sanar. 8. Recursos Especiais não providos. (STJ, REsp 1197654/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 08/03/2012).

⁵¹⁸ A ementa aqui se transcreve para fins de esclarecimento: "CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO PROCON E PELO ESTADO DE SÃO PAULO. ANTICONCEPCIONAL MICROVLAR. ACONTECIMENTOS QUE SE NOTABILIZARAM COMO O 'CASO DAS PÍLULAS DE FARINHA'. CARTELAS DE COMPRIMIDOS SEM PRINCÍPIO ATIVO, UTILIZADAS PARA TESTE DE MAQUINÁRIO, QUE ACABARAM ATINGINDO CONSUMIDORAS E NÃO IMPEDIRAM A GRAVIDEZ INDESEJADA. PEDIDO DE CONDENAÇÃO GENÉRICA, PERMITINDO FUTURA LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL POR PARTE DAS CONSUMIDORAS LESADAS. DISCUSSÃO VINCULADA À NECESSIDADE DE RESPEITO À SEGURANÇA DO CONSUMIDOR, AO DIREITO DE INFORMAÇÃO E À COMPENSAÇÃO PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS. - Nos termos de precedentes, associações possuem legitimidade ativa para propositura de ação relativa a direitos individuais homogêneos. - **Como o mesmo fato pode ensejar ofensa tanto a direitos difusos, quanto a coletivos e individuais, dependendo apenas da ótica com que se examina a questão, não há qualquer estranheza em se ter uma ação civil pública concomitante com ações individuais, quando perfeitamente delimitadas as matérias cognitivas em cada hipótese.** - A ação civil pública demanda atividade probatória congruente com a discussão que ela veicula; na presente hipótese, analisou-se a colocação ou não das consumidoras em risco e responsabilidade decorrente do desrespeito ao dever de informação. - Quanto às circunstâncias que envolvem a hipótese, o TJ/SP entendeu que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. Quanto a esse 'modo', verificou-se que a empresa não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores. - Em nada socorre a empresa, assim, a alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras. O panorama fático adotado pelo acórdão recorrido mostra que tal demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo. - A responsabilidade da

Pode ocorrer, por outro lado, danos morais coletivos originários da lesão a macrobens jurídicos não pessoais e não realizáveis individualmente, ou seja, de lesão de bens jurídicos difusos, cuja repercussão é sofrida pela coletividade enquanto tal, não sendo possível nem dividir a lesão e nem mesmo determinar os beneficiários do ressarcimento, na medida em que se estaria a tratar de titularidade indeterminada e de lesão indivisível, sendo, por este motivo, verificada uma certa resistência na jurisprudência para seu ressarcimento,⁵¹⁹ cujo benefício econômico viria a ser direcionado para finalidades de igual interesse da coletividade, como o fundo gerido pelo Conselho Federal ou pelos Conselhos Estaduais, de que participam necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, cujos recursos são destinados para a reconstituição dos bens transindividuais lesados, tudo

fornecedora não está condicionada à introdução consciente e voluntária do produto lesivo no mercado consumidor. Tal idéia fomentaria uma terrível discrepância entre o nível dos riscos assumidos pela empresa em sua atividade comercial e o padrão de cuidados que a fornecedora deve ser obrigada a manter. Na hipótese, o objeto da lide é delimitar a responsabilidade da empresa quanto à falta de cuidados eficazes para garantir que, uma vez tendo produzido manufatura perigosa, tal produto fosse afastado das consumidoras. - A alegada culpa exclusiva dos farmacêuticos na comercialização dos placebos parte de premissa fática que é inadmissível e que, de qualquer modo, não teria o alcance desejado no sentido de excluir totalmente a responsabilidade do fornecedor. - A empresa fornecedora descumpra o dever de informação quando deixa de divulgar, imediatamente, notícia sobre riscos envolvendo seu produto, em face de juízo de valor a respeito da conveniência, para sua própria imagem, da divulgação ou não do problema. Ocorreu, no caso, uma curiosa inversão da relação entre interesses das consumidoras e interesses da fornecedora: esta alega ser lícito causar danos por falta, ou seja, permitir que as consumidoras sejam lesionadas na hipótese de existir uma pretensa dúvida sobre um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito agir por excesso, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco. - **O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior.** Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 866636/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/11/2007, DJ 06/12/2007, p. 312)

⁵¹⁹ Não se desconhece alguns posicionamentos ainda divergentes nas Cortes superiores, retratados por julgados tanto de relatoria do Ministro Teori Zavascki, no Recurso Especial nº 598.281/MG, DJ 01/06/2006, que tinha como objeto um dano ambiental, posicionando-se a Colenda 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça contra tal reparação coletiva por entender que não pode haver dor subjetiva em face de violação de bens jurídicos transindividuais e não subjetiváveis. Segue a ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. Do inteiro teor do voto vencedor, lavrado pelo Ministro Teori Zavascki, se extrai que "(...) a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a ideia da 'transindividualidade' (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando 'a parte sensível do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas' (Clayton Reis, Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236), 'Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado' (Yussef Said Cahali, Dano Moral, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20, apud Clayton Reis, op. cit., p. 237). Nesse sentido é a lição de Rui Stoco, em seu Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo: RT, (...) 'A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um vultus singular e único. Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma. (...) Ressuma claro que o dano moral é personalíssimo e somente visualiza a pessoa, enquanto detentora de características e atributos próprios e invioláveis. Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência, o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo' (...).(STJ, REsp 598281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª T., julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006, p. 147). **Outro caso foi relatado pelo Ministro Ari Pargendler:** PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS. É inviável, em sede de ação civil pública, a condenação por danos morais coletivos. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 1305977/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 16/04/2013).

conforme previsto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor⁵²⁰ e artigo 13 da Lei 7.347/85.⁵²¹

Nestes casos a indenização, portanto, não é direcionada às vítimas, até por serem indeterminadas e indetermináveis, como o caso de lesões decorrentes de degradação ambiental, ou vilipêndio à massa consumidora por meio de propaganda enganosa ou abusiva, sendo destinada aos fundos arrecadados para a proteção dos mesmos direitos difusos e coletivos lesados, sendo cumulada com a obrigação de reparar o dano quando viável reparação,⁵²² reparação esta que igualmente pode se dar de maneira diferenciada, haja vista ser necessário métodos diferenciados de reparação ou recuperação dos danos a interesses transindividuais (como por exemplo, veicular campanha educativa, diminuição temporária em preços futuros, entre outras possibilidades).

A respeito da ocorrência de dano moral coletivo expressivo o julgado no Recurso Especial nº 1.269.494/MG, oriundo da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça,⁵²³ de

⁵²⁰ **Art. 100.** Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

⁵²¹ **Art. 13.** Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. **§1º** Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. **§2º** Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o *caput* e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.

⁵²² Nesse sentido ver caso emblemático de determinação de indenização, não a título de danos morais, mas em razão da função punitiva da responsabilidade civil (por uma espécie de danos sociais a direitos difusos) cujo montante pecuniário do ressarcimento se deu em benefício de fundo de proteção aos consumidores, conforme a seguinte ementa: TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. **POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS.** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 2. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade. 3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. "O Direito deve ser mais esperto do que o torto", frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé. 4. **Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensation.** Nesse caso, **cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo,** nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. Recurso parcialmente provido. (TJRS, Apelação Cível nº 71001281054, Numeração Única 0000050-89.2007.8.21.9000, Turma Recursal Cível, Relator Des Ricardo Torres Hermann, DJ 18/07/2007).

⁵²³ AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPLEXO PARQUE DO SABIÁ. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER COM INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. **ART. 3º DA LEI 7.347/1985. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO.** (...) 2. Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. **Microsistema de tutela coletiva.** 3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. 4. **O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual**

relatoria da Ministra Eliana Calmon, cujo teor refere de modo expresso a possibilidade de cumulação de obrigação de fazer (recompor degradação ambiental) com a imposição de ressarcimento de perdas e danos,⁵²⁴ ainda que de ordem exclusivamente moral, tendo o inteiro teor do voto sido profícuo em assegurar a possibilidade de ocorrer dano moral coletivo aos “direitos de personalidade de grupos massificados”, em consonância com o entendimento deflagrado pela Súmula 227 do STJ,⁵²⁵ que estipula a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral, partindo-se do pressuposto de que as coletividades, sejam grupos determinados - como a pessoa jurídica, seja a coletividade massificada, que ostenta *status* moral coletivo, ainda que decorrente, em relação de simbiose, das personalidades individuais que a compõe, sendo certo, pois, que até mesmo as disposições previstas no artigo 1º da Lei 7.347/85,⁵²⁶ permitem o ressarcimento de danos morais coletivos em benefício de direitos difusos, expressamente contemplando a possibilidade de responsabilizar civilmente o causador de danos à interesses difusos e coletivos, justamente por violar o sentimento coletivo, uma abstração não individualizável, mas presente nas memórias de um povo e no inconsciente coletivo das pessoas.

Pertinente neste contexto a ilação doutrinária de José Antônio Remédio, José Fernando Seifarth, e José Júlio Lozano Júnior, que aceitam a existência de um dano moral coletivo gerado por ofensa de cunho notadamente indivisível a interesses coletivos e difusos, aventando que diversos são os dispositivos legais que estão por açambarcar esta tese, citando o artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal,⁵²⁷ cujo título protege os direitos individuais e coletivos, e assegura a indenizabilidade do dano moral à honra, imagem, intimidade, vida privada, assegurando inclusive o direito de resposta proporcional ao agravo; o art. 1º da Lei 7.347/85, que do mesmo modo assegura a reparabilidade do

fosse um indivíduo isolado. 5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual quantum debeatur. (STJ, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013)

⁵²⁴ Nesse sentido refere-se ao seguinte precedente do STJ, no sentido de que: “(...) A exegese do art. 3º da Lei 7.347/85 (“A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”), a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). Precedente do STJ: REsp 625.249/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 31/08/2006) 7. A reparação de danos, mediante indenização de caráter compensatório, deve se realizar com a entrega de dinheiro, o qual reverterá para o fundo a que alude o art. 13 da Lei 7345/85. (...) 10. Nesse sentido direciona a notável doutrina: “(...) como o compromisso de ajustamento às “exigências legais” substitui a fase de conhecimento da ação civil pública, contemplando o que nela poderia ser deduzido, são três as espécies de obrigações que, pela ordem, nele podem figurar: (i) de não fazer, que se traduz na cessação imediata de toda e qualquer ação ou atividade, atual ou iminente, capaz de comprometer a qualidade ambiental; (ii) de fazer, que diz com a recuperação do ambiente lesado; e (iii) de dar, que consiste na fixação de indenização correspondente ao valor econômico dos danos ambientais irreparáveis (Edis Milaré, Direito Ambiental, p. 823, 2004). (...) (STJ, REsp 802060/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010).

⁵²⁵ “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (Súmula 227 do STJ).

⁵²⁶ **Art. 1º** Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - **a qualquer outro interesse difuso ou coletivo**; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística.

⁵²⁷ **Art. 5º** (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

abalo moral à interesses coletivos e difusos; artigo 6º, incisos VI e VII, da Lei 8.078/90,⁵²⁸ que coloca como direito básico do consumidor (pessoa física, jurídica, ou coletividade de pessoas), a “efetiva reparação de danos patrimoniais e morais individuais, coletivos e difusos”, de modo a ser pertinente colacionar trecho destes autores que testificam a aceitabilidade doutrinária desta tese ora exposta:

“(…) Diversos são os doutrinadores que sufragam a essência da existência e reparabilidade do dano moral coletivo: Limongi França sustenta que é possível afirmar a existência de dano moral ‘à coletividade, como sucederia na hipótese de se destruir algum elemento do seu patrimônio histórico ou cultural, sem que se deva excluir, de outra parte, o referente ao seu patrimônio ecológico’. Carlos Augusto de Assis também corrobora a posição de que é possível a existência de dano moral em relação à tutela de interesses difusos, indicando hipótese em que se poderia cogitar de pessoa jurídica pleiteando indenização por dano moral, como no caso de ser atingida toda uma categoria profissional, coletivamente falando, sem que fosse possível individualizar os lesados, caso em que se iria conferida legitimidade ativa para a entidade representativa de classe pleitear indenização por dano moral. (...) Carlos Alerto Bittar Filho leciona: ‘quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico’. Assim, tanto o dano moral coletivo indivisível (gerado por ofensa aos interesses difusos e coletivos de uma comunidade) como o divisível (gerado por ofensa aos interesses individuais homogêneos) ensejam reparação. Doutrinariamente, citam-se como exemplos de dano moral coletivo aqueles lesivos a interesses difusos ou coletivos: dano ambiental (que consiste na lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade), a violação da honra de determinada comunidade (a negra, a judaica etc.) através de publicidade abusiva e o desrespeito à bandeira do País (o qual corporifica a bandeira nacional).⁵²⁹

Assim, diante o processo de massificação social já abordado neste trabalho, igualmente pertinente a asserção da Ministra Eliana Calmon de que *“as relações jurídicas caminham para uma massificação, e a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais”*, tendo assentado ainda a Ministra que os direitos da personalidade tendem a evoluir historicamente, tal qual a evolução dos direitos fundamentais.⁵³⁰ A este respeito, José Morato Rubens Leite, igualmente assenta que *“os direitos de personalidade manifestam-se como uma categoria histórica, por serem mutáveis no tempo e no espaço. O direito de personalidade é uma categoria que foi idealizada para satisfazer exigências da tutela da pessoa, que são determinadas pelas contínuas mutações das relações sociais, o que implica a sua conceituação como categoria apta a receber novas*

⁵²⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, **coletivos e difusos**; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, **coletivos ou difusos**, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

⁵²⁹ REMÉDIO, José Antônio. SEIFARTH, José Fernando. e LOZANO JÚNIOR, José Júlio. in Dano moral: Doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 34-5.

⁵³⁰ STJ, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013

instâncias sociais”,⁵³¹ sendo plenamente possível pensarmos em uma clara evolução a respeito do conteúdo dos direitos da personalidade, aptos a alcançar uma congruência com a existência dos interesses e direitos supraindividuais,⁵³² não mais centrados na pessoa humana enquanto individualidade, mas sim enquanto consciência e percepção a respeito da interrelação que possui o ser humano com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e todos os seres vivos que permitem a centralização do equilíbrio ambiental, alcançando uma nova dimensão para a proteção da dignidade da pessoa humana, descentralizada do individualismo e mais conectada com a dimensão de interrelação que possui o homem com a natureza. Diante disto, surge uma nova percepção a respeito dos direitos transindividuais, capaz de elencar interesses extrapatrimoniais que se violados são igualmente penderes de ressarcibilidade, mesmo que sejam titularizados pela coletividade com características de indeterminabilidade de seus sujeitos, a este respeito, cite-se doutrina de Xisto Tiago de Medeiros Neto para assentar que:

“(…) o alargamento da proteção jurídica à esfera moral ou extrapatrimonial dos indivíduos e também aos interesses de dimensão coletiva veio a significar destacado e necessário passo no processo de valorização e tutela dos direitos fundamentais. Tal evolução, sem dúvida, apresentou-se como resposta às modernas e imperativas demandas da cidadania. Ora, desde o último século que a compreensão da dignidade humana tem sido referida a novas e relevantíssimas projeções, concebendo-se o indivíduo em sua integralidade e plenitude, de modo a ensejar um sensível incremento no que tange às perspectivas de sua proteção jurídica no plano individual, e, também, na órbita coletiva. É inegável, pois, o reconhecimento e a expansão de novas esferas de proteção à pessoa humana, diante das realidades e interesses emergentes na sociedade, que são acompanhadas de novas violações de direitos. (...) Em suma, pode-se elencar como pressupostos necessários à configuração do dano moral coletivo, de maneira a ensejar a sua respectiva reparação, (1) a conduta antijurídica (ação ou omissão) do agente, pessoa física ou jurídica; (2) a ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade (comunidade, grupo, categoria ou classe de pessoas); (3) a intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade apreendida e da sua repercussão social; (4) o nexo causal observado entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo (lato sensu).”⁵³³

Diante disso, tem-se que os danos morais coletivos não obstante, no entendimento deste trabalho, já estarem legislativamente admitidos no artigo 1º, *caput*, da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Lei 8.884/94 e mantida Lei 12.529/2011,⁵³⁴ ainda ostentam uma dificuldade intrínseca de assimilação por parte da jurisprudência e doutrina contemporânea. O abalo moral a princípio representa uma dor subjetiva, sendo reflexo da infringência à

⁵³¹ LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 287.

⁵³² Os termos interesses e direitos no presente trabalho são usados como sinônimos, não obstante podermos pensar que nem todo o interesse chega a ser tutelado pelo direito, e por este motivo somente será direito quando corresponder a um instituto alcançado por relações jurídicas e sendo assim incorporado ao sistema do direito.

⁵³³ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano moral coletivo. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 121 e 136.

⁵³⁴ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

honra específica de cada indivíduo, o que não se espelha perfeitamente quando posto a análise de direitos transindividuais não subjetiváveis, a não ser que, no novo ideal de sistema jurídico do século XXI, reconheçamos a existência de um status moral específico e autônomo da coletividade, derivada em uma relação de simbiose, daquelas moralidades individuais igualmente vilipendiadas, mas não sendo meramente o somatório destas moralidades, mas sim a sua síntese.⁵³⁵ Esta conclusão já foi alcançada pela Ministra Eliana Calmon no Superior Tribunal de Justiça, tendo aventado que devem ser averiguados novos institutos jurídicos “(...) de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor coletivo.”⁵³⁶ Deve-se pensar assim em uma dimensão extrapatrimonial da coletividade que agregando as suas memórias e expectativas não pode ver frustrada nos seus interesses supraindividuais de elencar valores compartilhados, sendo possível agregar uma dimensão de interrelação e interdependência destes interesses metaindividuais e extrapatrimoniais.

Desta forma, as características do dano moral coletivo são eminentemente diversas daquelas alcançadas em relação a personalidades individualizadas, o que impõe entender que a realidade da massificação social construiu uma moralidade coletiva, que consiste nas expectativas e aspirações sociais relativas ao sentimento de participar de determinado grupo ou coletividade, mormente diante a necessidade de preservação e proteção dos bens jurídicos transindividuais.

Na esteira do que foi bem reportado pela Ministra Eliana Calmon “o *dano extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia reclama mais soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade pode sofrer ofensa à sua honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes, tradições e ao seu direito a um meio ambiente salutar para si e seus descendentes. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado. Essas decorrem do sentimento de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à ideia do coletivo*”.⁵³⁷ É preciso então, como disse a Ministra, encontrar soluções jurídicas

⁵³⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso a este respeito bem elucida: “Não se trata da defesa do interesse *pessoal* do grupo; não se trata, tampouco, de mera soma ou justaposição de interesse dos integrantes do grupo; trata-se de interesses que deparam esses dois limites, **ficando afetados a um ente coletivo**, nascido a partir do momento em que certos interesses individuais, atraídos por semelhanças e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo. É síntese, antes que mera soma. Com efeito, pode-se falar de um fenômeno coletivo, (...)” uma realidade nova advinda da união, com força autônoma, é justamente o interesse coletivo (...) a partir desse momento em que surge esta realidade nova, “se desvanecem os interesses individuais originários, surgindo uma nova realidade; a dos interesses (verdadeiramente) coletivos. É preciso então que haja um ideal coletivo, uma alma coletiva; é isto que conduz à características específica.” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 48-9).

⁵³⁶ Cf. STJ, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013.

⁵³⁷ Cf. STJ, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013.

para que o atual sistema jurídico contemporâneo de matriz individualista enxergue e passe a efetivamente incorporar de modo mais adequado e coerente a representatividade dos grupos ou coletividades que efetivamente existem enquanto realidade massificada no seio social, não podendo ser ignorado a existência de um inconsciente coletivo que agrega e converge com a proteção de determinados interesses e direitos que simplesmente não podem ser individualizados, porque pertencem não somente a todos os cidadãos mas também às futuras gerações, não podendo muito menos serem reduzidos a quantificações monetárias ou fatores econômicos, nem incorporados ao patrimônio individual enquanto universalidade ou complexo de relações jurídicas de pessoas determinadas, mas que necessariamente devem ser vistos e enxergados pelo direito como complexos massificados afetos à concretude social a que o direito precisa se fazer permeável.

Necessário assim raciocinar no atual sistema jurídico os danos a direitos difusos e coletivos, não podendo contudo ser adotado aquele raciocínio antropocêntrico inerente à época do racionalismo jurídico, devendo ser albergado uma perspectiva ecocêntrica e socioambiental na interpretação da norma jurídica no sistema jurídico do século XXI, buscando-se enfrentar a problemática de uma vinculação mais estrita entre a dignidade da pessoa humana enquanto indivíduo e sua interrelação com a coletividade e a natureza, cujo intuito bem sucedido ou fracassado viria a reconhecer que a jurisprudência e a doutrina paulatinamente vem vislumbrando um status moral às coletividades, que agrega uma dimensão de subjetividade coletiva àqueles interesses supraindividuais e meta individuais que não podem mais ser ignorada.⁵³⁸

⁵³⁸ Os substitutos processuais nestes casos (como o Ministério Público ou associações) veiculam nos danos difusos uma pretensão de titularidade genérica, cujos destinatários são pessoas indeterminadas, ou seja, toda a coletividade, que assim pela racionalidade civilística não deixa de possuir um status moral autônomo, ainda que reflexo de personalidades individuais. No sentido de reconhecer os danos morais coletivos: STJ, AgRg no REsp 1368769/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 14/08/2013; STJ, AgRg no REsp 1003126/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 10/05/2011. Ainda, segundo entendimento do eminente ministro Luiz FUX, à época ainda exercendo suas funções do STJ, para quem “as ações que versam interesses individuais homogêneos participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. **A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais.** A ação em si não se dirige a interesses individuais, mercê de a coisa julgada in utilibus poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações. (...)” (STJ, REsp 1005587/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010).

04.3 As novas perspectivas do constitucionalismo latino americano na proteção dos bens jurídicos transindividuais.

04.3.1 As novas análises científicas no campo da ciência socioambiental: do racionalismo científico ao interrelacionamento recíproco da ecologia profunda.

O bem jurídico essencial do equilíbrio ambiental, idealizado na nossa constituição como direito de todos – e das futuras gerações – a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, por se tratar de recursos naturais que interferem na própria subsistência da vida sobre a terra, será rotulado quase sempre como um direito não pessoal de características não individualizáveis, de um direito difuso portanto, que interessa não somente às pessoas existentes no planeta, mas também às futuras gerações. Contudo, é necessário que se alerte que os recursos naturais, pela sua própria constituição ontológica, devem ser vistos como bens não passíveis de apropriação pelo homem (nem pelo estado, nem pelo particular), por se tornarem parte integrante e interdependente da criação e manutenção da vida no planeta.⁵³⁹ Relativiza-se aí sim a noção de propriedade trazida pelas codificações civis, que não possui nem engloba o conceito de bem de uso comum do povo,⁵⁴⁰ não sujeito a desafetação, mas unicamente a regulamentação de seu uso pelo estado.⁵⁴¹ Não é patrimônio estatal, mas pode o poder público regulamentar o seu uso e a sua fruição.

As novas análises científicas que vêm sendo realizadas no campo da ciência socioambiental, embasadas notadamente no que vem se denominando de ecologia profunda,⁵⁴² logram por alcançar a compreensão de que o homem e a natureza (compreendendo-se como seres vivos todos aqueles pertencentes ao mundo natural) ostentam íntima relação cotidiana, devendo viver em plena harmonia, na medida em que

⁵³⁹ Segundo Jorge Thierry Calasans, no pertinente ao uso e proteção das águas, “a legislação brasileira (...) foi concebida, como se verá adiante, de forma profundamente antropocêntrica, atribuindo ao homem uma posição de centralidade, isto é, considerando-o o núcleo em torno do qual a água deve ser gerida e preservada. Essa foi a posição do Código de Águas, de 1934, e permanece na lei que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, a Lei das Águas, de 1997.” (CALASANS, Jorge Thierry. A água como patrimônio cultural. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, v. 1 (ago/set. 2005), Porto Alegre: Magister, 2005-Bimestral, v. 45 - dez/jan. 2013).

⁵⁴⁰ José dos Santos Carvalho Filho leciona que “nessa categoria de bens não está presente o sentido técnico de propriedade, tal como é conhecido esse instituto no Direito. Aqui o que prevalece é a destinação pública no sentido de sua utilização efetiva pelos membros da coletividade. Por outro lado, o fato de servirem a esse fim não retira ao Poder Público o direito de regulamentar o uso, restringindo-o ou até mesmo o impedindo, conforme o caso, desde que se proponha à tutela do interesse público. São bens de uso comum do povo os mares, as praias, os rios, as estradas, as ruas, as praças, e os logradouros públicos (art. 99, I, do Código Civil de 2002). (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1243-4)

⁵⁴¹ A competência para legislar sobre água por exemplo é privativa da União (art. 22, IV, CF), além disso, é da União também a competência para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, e definir os critérios de outorga de direitos de seu uso, conforme art. 22, XIX, da CF. Fazendo uso desta competência a União fez editar a Lei 9433/97, que instituiu a política nacional de recursos hídricos, assentada em “alguns fundamentos básicos, como por exemplo, os que consideram a água como um bem de domínio público, e como recurso natural limitado, dotado de valor econômico, prevendo a lei as diretrizes para utilização dos recursos hídricos e dos atos de outorga dos direitos de uso desses recursos e de sua cobrança dos beneficiários do uso. (cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1321)

⁵⁴² Ver nesse sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Pachamama y el humano. En la naturaleza con derechos. De la filosofía a la política. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 103-111.

formam partes de um todo e neste sentido são indissociáveis uns dos outros. Não se pode assim analisar o homem sem a natureza que o abriga e sustenta, da mesma forma que não se pode pensar em perpetuação da vida sem uma íntima correlação entre a natureza e todos os seres que a habitam e integram, junto à noção de ecossistemas.⁵⁴³

Não obstante estas certezas inerentes ao inconsciente coletivo dos povos tradicionais desde muito tempo, a ciência moderna desenvolvida em suas bases por René Descartes, Galileu Galilei, Francis Bacon, e Issac Newton, fulcra-se na concepção racionalista do ser humano como parte dissociada do todo, e independente por si mesma da natureza, fazendo com que o homem se torne superior a qualquer meio que habite, e por consequência aspire a pretensão de poder possuir ou dominar, se assim quiser, todas as criaturas (oriundas do mesmo criador) que com ele formam partes indissociáveis do todo. Isto faz com que se perca a noção de inter-relacionamento recíproco, e com esta desagregação, destrói-se a natureza de tal modo a não lhe permitir a capacidade para recuperação, haja vista a apropriação cada vez maior dos recursos naturais esgotáveis e finitos desde sua origem.⁵⁴⁴ O homem destrói e destrói-se a si mesmo quando destrói a natureza, e sem perceber, perde-se em seu próprio desequilíbrio, gerado por ele mesmo na ânsia do endeusamento do dinheiro e dos objetos técnicos. O desequilíbrio gerado é manifesto, porquanto a idealização jurídica do bem ambiental o faz não interessar a um só indivíduo isoladamente, tampouco a todos os habitantes do planeta conjuntamente, mas também às futuras gerações, não podendo pois ninguém isoladamente dele dispor.

Assim sendo, não obstante o entendimento dominante de que o homem e a natureza não se confundam, notadamente com o desenvolvimento da tecnologia que impõe este distanciamento, hoje, retoma-se o conceito de Gaia, ou *Pachamama* para os latinos, considerada como a Terra-viva,⁵⁴⁵ a qual deve ser respeitada e sentida efetivamente como um ser vivo com suas peculiaridades, cuja parte integrante e indissociável é o ser humano. Juridicamente, a exemplo, esta nova idealização repercutiu na constituição do Equador, que confere expressamente *status* de sujeito de direito à natureza, afirmado que a natureza ou *pachamama* onde se reproduz e se realiza a vida **tem direito** que se respeite integralmente sua existência, e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e

⁵⁴³ “Muchos de los esfuerzos actuales de conservación se basan em los derechos de terceira generación (donde la protección ambiental está asociada a assegurar la calidad de vida). Esta proximación, sin duda importante, ha terminado acotada em perspectivas antropocéntricas. Se protegen las especies que son hermosas y llamativas, o los recursos que tienen o pueden tener una utilidad económica. Sin embargo, el imperativo de conservación de la Naturaleza se debe aplicar a todas las formas de vida, incluso aquellas especies que son feas o inútiles. Una nueva Constitución no puede obviar el tema de los Derechos de la Naturaleza, y para hacerlo em consonancia con la nueva situación que vivimos en el siglo XXI, debería pasar de la clásica perspectiva de los derechos de tercera generación, a una que reconozca la derechos intrínsecos o propios de la Naturaleza. Em otras palabras, aceptar que los seres vivos tienen derechos que le son propios, y que son independientes de su utilidad para el ser humano.” (GUDYNAS, Eduardo. Seis puntos clave em ambiente y desarrollo. In: El buen vivir: Una vía para el desarrollo, Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores). Ed. Abya Yala. Quito, Ecuador. 2009, p. 39-49).

⁵⁴⁴ Ver nesse sentido: FOSTER, John Bellamy. O conceito de natureza em Marx: materialismo e natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, pgs..118-128, “a teoria da falha metabólica em Marx”, subitem do capítulo 5º.

⁵⁴⁵ Ver neste sentido: HARDING, Stephan. Terra Viva: Ciência, Intuição e a Evolução de Gaia, p. 21/76.

processos evolutivos, podendo toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade (estrangeiro), qualquer que seja, exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza, ou seja, ser dela representante para invocar judicialmente o cumprimento destes direitos.⁵⁴⁶ Prevê ainda a nova constituição equatoriana que o Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema e integram os ciclos vitais indispensáveis à manutenção e perpetuação da vida em todas as suas formas.⁵⁴⁷

04.3.2 Uma nova compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana.

A dimensão que ostenta a dignidade do ser humano, portanto, nesta nova cosmovisão, agrega uma intrínseca dimensão de inter-relação com o ambiente ecologicamente equilibrado, entendendo-se assim que há uma clara evolução do próprio conceito que fundamenta a dignidade. Trata-se de um conceito estrutural do direito que amolda uma remodelação na sua construção normativa, agregando uma dimensão ecológica muito significativa,⁵⁴⁸ contexto este que segundo lecionam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, avança na ideia de que a dignidade dos seres vivos vai além da mera condição humana, alcançando por exemplo o *status* moral aos animais,⁵⁴⁹ ou até mesmo,

⁵⁴⁶ E se trata efetivamente de representação porque qualquer do povo, comunidade, povoado, e até mesmo estrangeiros, podem defender direito alheio (da natureza) em nome alheio, em nome da própria natureza, não sendo assim adequado nesta acepção falar no instituto da substituição processual, mas sim no simples fenômenos da representação ou apresentação do ente abstrato (do bem jurídico transindividual) como um único complexo de imputação, e detentor de direitos próprios e intrínsecos.

⁵⁴⁷ Na constituição equatoriana constou de modo expresse, *verbis*: **Artigo 10.** – Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. **La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución. Art. 71.** - La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, **tiene derecho** a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

⁵⁴⁸ “A dignidade (da pessoa) humana constitui conceito submetido a permanente processo de reconstrução, cuidando-se de uma **noção histórico-cultural** em permanente transformação quanto ao seu sentido e alcance, o que implica sua permanente abertura aos desafios postos pela vida social, econômica, política e cultural, ainda mais em virtude do impacto da sociedade tecnológica e da informação. Atualmente, (...) pode-se dizer que os valores ecológicos tomaram assento definitivo no conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, no contexto constitucional contemporâneo, consolida-se a formulação de uma dimensão ecológica – constitucional da dignidade humana, que abrange a ideia em torno de um bem estar ambiental (assim como de um bem estar social) indispensável a uma vida digna, saudável e segura. Dessa compreensão, pode-se conceber a indispensabilidade de um patamar mínimo de qualidade ambiental para a concretização da vida humana em níveis dignos.” (SARLET, Ingo, FENSTERSEIFER, Tiago, Direito Constitucional Ambiental, Ed. RT, São Paulo, 2011, p. 38).

⁵⁴⁹ “Tal entendimento nos conduz a repensar o conceito kantiano de dignidade, no intuito de adaptá-la aos enfrentamentos existenciais contemporâneos, bem como a fim de aproximá-la das novas configurações morais e culturais impulsionadas pelos valores ecológicos. Nesse contexto, procura-se refletir sobre a reformulação do conceito kantiano (antropocêntrico e individualista) de dignidade, ampliando-o para contemplar o reconhecimento da dignidade para além da vida humana, ou seja, para incidir também em face dos animais não humanos, bem como de todas as formas de vida de um modo geral, à luz de uma matriz jusfilosófica biocêntrica (ou ecocêntrica), capaz de reconhecer a teia da vida que permeia as relações entre ser humano e Natureza. Assim, especialmente aos animais não humanos, deve-se reformular o conceito de dignidade, objetivando o reconhecimento de um fim em si mesmo, ou seja, de um valor intrínseco conferido aos seres sensíveis não humanos, que passam a ter reconhecido o seu status moral e dividir com o ser humano a mesma comunidade moral. Tais considerações implicam o reconhecimento de deveres jurídicos a cargo dos seres humanos, tendo como beneficiários os animais não humanos e a vida em geral. Em outras palavras, pode-se falar também de limitações aos direitos fundamentais (dos seres humanos) com base no reconhecimento de interesses (jurídico-constitucionais) não humanos – se não direitos! – legitimados constitucionalmente, como é facilmente identificado na tutela dispensada à fauna e à flora através da vedação constitucional de ‘práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (art. 225, §1º, VII), (...)’ (SARLET, Ingo, FENSTERSEIFER, Tiago, Direito Constitucional Ambiental, Ed. RT, São Paulo, 2011, p. 42).

para os latinos, a exemplo do Equador, na própria dimensão holística de que a natureza por si só pode possuir dignidade, e daí porque lhe conferir o status de sujeito de direitos.

Assim, procura-se superar a dignidade oriunda e inspirada no formalismo kantiano, que retrata a autonomia moral da pessoa humana unicamente, por ser o ser humano o único apto a deter “a maior liberdade compatível com a liberdade dos outros sujeitos de direitos”⁵⁵⁰ ou seja, percebe-se a limitação de tratar o ser humano como o único ser vivo capaz de sempre atuar como um fim em si mesmo, não podendo ser usado como meio, a não ser que esteja com isto cumprindo ao mesmo tempo um fim para si mesmo. Veja-se que, na lição de Ramiro Ávila Santamaria, equívocos podem ocorrer com este pensamento reducionista, adstrito ao formalismo exacerbado, pois para este autor o ser humano pode ser adequado em muitos contextos também como um meio, a realizar o fim de outro ser humano,⁵⁵¹ e nem por isso deixará de ter uma condição moral de sujeito, colocando-se pois que, assim como o ser humano nem sempre será um fim em si mesmo, também a natureza nem sempre será um meio apenas, na medida em que também tem seus fins próprios, e assim como o ser humano, pode determinar-se a si mesma, para garantir sua sobrevivência.⁵⁵² Ressalta Ramiro Santamaria, portanto, que o ser humano necessita da natureza assim como a natureza necessita do ser humano⁵⁵³, encontrando uma dimensão de equilíbrio e harmonia, o que não permite que se raciocine colocando apenas o ser humano no centro do pensamento jurídico.

Por este motivo, é possível se pensar hoje em uma dimensão mais avançada da dignidade da pessoa humana, como centro do pensamento jurídico, mas com a incidência do principio da solidariedade (art. 3º, III, CF) a invocar a necessidade de um bem estar ambiental, que vai além do ser humano, sofrendo um processo de reconstrução, oriundo de seu próprio marco axiológico, cuja normatividade, nas palavras de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, impõe “*uma tentativa de diálogo normativo entre a realização dos direitos*

⁵⁵⁰ WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967p. 402

⁵⁵¹ Ramiro Ávila Santamaria exemplifica esta situação dizendo que “... *en las relaciones sociales respetuosas de los derechos humanos resulta prácticamente imposible cumplir sólo los fines y nunca ser médios o, por el contrario, ser sólo médios y nunca cumplir fines propios. La interacción entre médio y fin es dinámica, permanente y siempre condicionada.*” Assim, diz o autor, “trabajadores y empleadores, hijos e hijas y padres y madres, son todos dignos, son médios y a la vez cumplen sus fines”. (SANTAMARIA, Ramiro Ávila. *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, p. 173-238. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011, p. 188-192).

⁵⁵² “La primeira constatación que tenemos que hacer es que la Tierra es un ser vivo, tiene incluso planes de vida, y como todo ser vivo tiende a la supervivencia y a la reproducción para garantizar su existencia, que serían sus fines, desde nuestra limitada racionalidad para comprender a otros seres vivos com los que no tenemos iguales códigos de comunicación” (...)(SANTAMARIA, Ramiro Ávila. *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, p. 173-238. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011, p. 188).

⁵⁵³ “... los seres humanos somos medios por omisión y por acción. La tierra nos necesita para que no la agotemos ni la destruimos, es decir demanda un ‘no hacer’, un respeto de nuestra parte. De igual modo, nos necesita para lo que hagamos sea respetuoso com sus ciclos de regeneración, o sea, demanda un hacer racional, una actitud conservacionista y hasta ecologista. Al ritmo que vamos em lo que entendemos por desarrollo o progreso, acabaremos necesitando un lugar distinto a la Tierra para vivir. (...) los seres humanos necesitamos de la naturaleza para vivir y ésta necesita también de los seres humanos. (...)” (SANTAMARIA, Ramiro Ávila. *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, p. 173-238. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011, p. 192).

sociais e a proteção ambiental, na condição de projetos inacabados da modernidade, já que apenas os direitos liberais alcançam – em certa medida – um nível maior de realização” ⁵⁵⁴. Supera-se assim o mero intuito de bem estar social, porquanto se torna indispensável a realização da vida em plenitude, na concretização de uma vida digna, saudável e segura, ⁵⁵⁵ que alcance não somente a dimensão material de coexistência mas também uma dimensão espiritual de cooperação entre todos os seres vivos, sendo o dever de cooperação a grande meta a se incorporar tanto nas relações intersubjetivas quanto no âmbito de relações institucionais.

Desse modo, passa-se a compreender que para além das questões individuais, o direito passa a querer entender o relacionamento das pessoas, das coletividades, e de todos os seres vivos entre si, e, em especial, com a natureza, no sentido de uma convivência profunda capitulada como um “bem viver”, traduzido pela expressão de inter-relacionamento e interdependência existente entre os homens, as coletividades e a natureza. Esta perspectiva de inter-relacionamento do homem com a natureza é expressa de modo bastante elucidativo na obra de Fritjof Capra, *A Teia da Vida*, que desenvolve a superação da ciência racional trazida por René Descartes e Galileu Galilei e nos leva a raciocinar não mais relevando apenas as partes de um todo de modo isolado, mas levando em consideração que *cada parte do todo é como se fosse algo interligado* e jamais se encontrará o sentido da parte se não for conectando-a com o todo. Ou seja, a lógica cartesiana de que cada parte pode ser analisada isoladamente e juntando-as dará o sentido do todo, passa a ser superado; porquanto apenas se considerando o todo e sua inter-relação com as partes se entenderá que as partes na verdade formam *o todo de modo indissociável*. A vida no planeta Terra então é angariada, para Capra, de uma *auto-organização em equilíbrio* que não tem significado se não analisada dentro de um sistema

⁵⁵⁴ SARLET, Ingo, FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional Ambiental*, Ed. RT, São Paulo, 2011, p. 45. Segundo estes autores, o “princípio da solidariedade aparece, nesse cenário, como mais uma tentativa histórica de realizar na integralidade o projeto da modernidade, concluindo o ciclo dos três princípios revolucionários. A solidariedade expressa a necessidade (e, na forma jurídica, o dever) fundamental de coexistência (e cooperação) do ser humano em um corpo social, formatando a teia de relações intersubjetivas e sociais que se traçam no espaço da comunidade estatal. Só que aqui, para além de uma obrigação ou dever unicamente moral de solidariedade, há que se trazer para o plano jurídico-normativo tal compreensão. Na perspectiva ecológica, a solidariedade – e os deveres a ela inerentes – projeta-se também em face dos habitantes de outras nações, das futuras gerações e mesmo dos animais não humanos e da Natureza em geral, implicando um conjunto de deveres em matéria socioambiental” (SARLET, Ingo, FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional Ambiental*, Ed. RT, São Paulo, 2011, p. 45).

⁵⁵⁵ “(...) A qualidade (e segurança) ambiental, com base em tais considerações passaria a figurar como elemento integrante do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo portanto fundamental ao desenvolvimento de todo o potencial humano num quadrante de completo **bem estar existencial**. (...) A consagração constitucional do Estado Socioambiental de Direito, por sua vez, guarda sintonia com a tese da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos e fundamentais. As dimensões dos direitos humanos e fundamentais, na sua essência, materializam as diferentes refrações do princípio da dignidade da pessoa humana, pilar central da arquitetura constitucional contemporânea, **reclamando uma compreensão integrada, desde logo incompatível com um sistema de preferências no que diz com a prevalência, em tese, de determinados direitos em relação a outros**. O projeto político jurídico de realização dos direitos fundamentais sociais longe está de uma realização satisfatória, ainda mais considerando a privação – até mesmo na esfera de um patamar minimalista (também no tocante ao assim chamado mínimo existencial) – do acesso aos bens sociais básicos, em especial verificável no caso dos direitos à saúde, à educação, e à moradia. Assim, a orientação ora lançada no âmbito deste estudo introdutório, no sentido de uma tutela integrada dos direitos sociais e da proteção do ambiente, na perspectiva dos **direitos fundamentais socioambientais** para além da ideia de justiça social, erradicando as mazelas socioambientais que alijam parte significativa da população brasileira do desfrute de uma vida digna e saudável, em um ambiente equilibrado, seguro e hígido. (SARLET, Ingo, FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional Ambiental*, Ed. RT, São Paulo, 2011, p. 45-46).

de autopoiese. A nova racionalidade não pode analisar as partes isoladamente, sob pena de não conseguir compreender o todo. Há então uma inequívoca *interdependência entre todos os fatores da natureza, neles inserido o ser humano*.⁵⁵⁶

O sentido de uma convivência profunda capitulada como um “bem viver”, traduzido pela expressão de inter-relacionamento e interdependência existente entre os homens, as coletividades e a natureza, na esteira da lição de Zaffaroni, não se trata do tradicional bem comum reduzido ou limitado aos humanos, senão do bem de todo o ser vivente, incluindo, por consequência, os humanos, entre os quais se exige complementariedade e equilíbrio, valores que não são alcançáveis individualmente.⁵⁵⁷

Haveria a necessidade de superação do que veio a se denominar simetria liberal, cuja concepção enxerga apenas um Estado com um único direito, construído para ter como destinatário apenas um único povo em uma única comunidade. A existência de um povo somente e de uma nação apenas, na realidade social heterogênea latino-americana, é pretensão falaciosa de um instrumental teórico criado para homogeneizar as relações sociais, e de imposição do sistema eurocêntrico de pensar a Filosofia, a Sociologia e o Direito.

04.3.3 A natureza como sujeito de direito e a necessidade de releitura de alguns conceitos fundamentais.

O contexto da refundação do Estado, portanto, proposto pelo sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, se expressa como um forte argumento para impedir que as relações capitalistas globais determinem “a lógica, a direção e o ritmo do desenvolvimento nacional”,⁵⁵⁸ porque, segundo Zaffaroni, trata-se de “uma civilização depredadora, identificada há mais de meio século como portadora de uma espécie de neurose civilizatória, traduzida pela acumulação ilimitada de bens, e sintetizada na incapacidade premente de incorporar a morte como estágio natural da vida (...) uma civilização que praticou os piores crimes da História, e que promoveu um sistema de produção que depreda o planeta e que

⁵⁵⁶ Ver neste sentido: Capra, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Editora Cultrix, 2002.

⁵⁵⁷ “La invocación de la *Pachamama* va acompañada de la exigencia de su respecto, que se traduce en la regla básica ética del *sumakkawsay*, que es una expresión quechua que significa buen vivir o pleno vivir y cuyo contenido no es otra cosa que la ética – no la moral individual – que debe regir la acción del estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza. No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente, incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente. Siendo una regla de convivencia que en modo alguno niega la utilización de la naturaleza y ni siquiera de la técnica, sino que exige respeto a todo lo humano y no humano, tiene implicancias de todo orden en el plano político y económico y, naturalmente, enfrenta decididamente al suicida festival del mercado encarnado en un capitalismo desenfrenado” (Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política, 25-137. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. Disponível em: <<http://archive.org/details/ZaffaroniEugenioRal-LaPachamamaYElHumano>>. Acesso em: 5 abr. 2013, item 11, el paso al derecho en el constitucionalismo andino: la pachamama y el *sumakkawsay*).

⁵⁵⁸ Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de derecho y sociedad, julio 2010.

em menos de um século alterou as relações de equilíbrio de Gaia em muito maior medida que em todos os milênios anteriores”. Dita este respeitável doutrinador:

“(…) Contra este modelo civilizatório, o novo constitucionalismo latinoamericano opta por proclamar uma convivência com todos os seres vivos dentro da Terra, denunciando conjuntamente o fundamentalismo de mercado das últimas décadas do século passado, ainda que desde uma perspectiva muito mais ampla e universal.

Deste modo, Gaia, que entre nós se chama Pachamama e não chega pelas mãos de elaborações científicas, senão como manifestações do saber da cultura ancestral de convivência com a natureza, se incorpora ao Direito Constitucional como outro aporte do constitucionalismo latinoamericano ao universal, assim como em Querétaro (México) – em 1917 – se inaugurou nada menos que o constitucionalismo social. Mais de quinhentos anos de colonialismo, neocolonialismo, genocídio e dominação, não puderam apagar das culturas dos povos andinos o culto à Terra e o ideal de convivência harmoniosa do Sumakkawsay, que hoje – removidas as capas que o apressam – volta à superfície como mensagem ao mundo e em especial à espécie humana em risco de colapso e extinção.”⁵⁵⁹

As bases argumentativas desta nova cosmologia se encontram nas concepções andinas de desenvolvimento da sociodiversidade, cujos recentes textos constitucionais lançaram evoluídas noções sociais e estruturais e novos parâmetros hermenêuticos para a reconstrução da institucionalidade estatal. Nestes países ocorreu uma inofismável separação entre a legalidade liberal e a legalidade cosmopolita, tecendo veios de recepção pela estrutura estatal a notória e inescandível heterogeneidade das relações sociais existenciais, na medida em que se aceita a existência de autodeterminação dos povos tradicionais⁵⁶⁰ de mais de uma única nação no seio social, que igualmente deve ser respeitada, no sentido de convivência social profunda entre as culturas diferenciadas.

Zaffaroni,⁵⁶¹ aliás, assevera ser muito claro que nas novas constituições latino-americanas os recursos naturais e as comunidades indígenas assumem a condição de sujeitos de direitos,⁵⁶² no sentido de que qualquer um pode reclamar por seus direitos sem

⁵⁵⁹ “Contra este modelo civilizatorio, el nuevo constitucionalismo latinoamericano opta por proclamar una convivencia con todos los seres vivos dentro de la Tierra, denunciando coyunturalmente al fundamentalismo de mercado de las últimas décadas del siglo pasado, aunque desde una perspectiva mucho más amplia y universal. De este modo, Gaia, que entre nosotros se llama Pachamama y no llega de la mano de elaboraciones científicas, sino como manifestación del saber de la cultura ancestral de convivencia en la naturaleza, se incorpora al derecho constitucional como otro aporte del constitucionalismo latinoamericano al universal, así como en Querétaro – en 1917 – se inauguró nada menos que el constitucionalismo social. Más de quinientos años de colonialismo, neocolonialismo, genocidio y dominación, no pudieron borrar de las culturas de los pueblos andinos el culto a la Tierra y el ideal de convivencia armoniosa del sumakkawsay, que hoy – removidas las capas que lo oprimían – vuelve a la superficie como mensaje al mundo y en especial a la especie humana en riesgo de colapso y extinción. (Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En la naturaleza con derechos. De la filosofía a la política. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 25-137. Disponible em: <<http://archive.org/details/ZaffaroniEugenioRal-LaPachamamaYElHumano>>. Acceso em: 5 abr. 2013, ítem 11, el paso al derecho en el constitucionalismo andino: la pachamama y el sumakkawsay).

⁵⁶⁰ É questão de somente se aceitar mesmo, porque autodeterminação estes povos sempre tiveram, quer o Estado aceite quer não.

⁵⁶¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En la naturaleza con derechos. De la filosofía a la política. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 25-137.

⁵⁶² Na constituição equatoriana constou de modo expresso: Artigo 10. – Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución. (...) Na constituição da Bolívia de 2009 também constou: Artículo 171 I. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen garantizando del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones. II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán

que possa rotular-se pessoalmente afetado, pois não se tratam de direitos exclusivos do homem, ou passíveis de apropriação por qualquer que seja.

“(…) É claríssimo que em ambas as constituições (boliviana e equatoriana) a Terra assume a condição de sujeito de direitos, em forma expressa na Equatoriana e algo tácita na Boliviana, mas com iguais efeitos em ambas: qualquer um pode reclamar por seus direitos, sem que se requeira que seja afetado pessoalmente, suposto que seria primário que se considerasse um direito exclusivo dos seres humanos. (...)”⁵⁶³

A proposta de reestruturação do Estado, portanto, passa pela recepção de uma cosmovisão arraigada ao multiculturalismo e à plurinacionalidade reinante nos países latino-americanos, no sentido de construção de um pluralismo jurídico bastante significativo. O direito oriundo da sociedade plural latino-americana, do pluralismo jurídico e social desta região e da legalidade cosmopolita, recheada de conceitos jurídicos indeterminados e por meio deles capaz de aspirar socialmente os anseios sociais, ou melhor, de várias legalidades que atendam aos interesses plurissociais e plurinacionais existenciais,⁵⁶⁴ passando por meio de seus conceitos indeterminados a recepcionar os arquétipos existenciais,⁵⁶⁵ oriundos do inconsciente coletivo e das peculiaridades existenciais de cada ente social pertencente à esfera cosmopolita.

Antônio Carlos Wolkmer, acerca dos pressupostos do pluralismo, assenta:

“(…) a formulação teórica do Pluralismo designa “a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si (Wolkmer, 2001, p. 171-172). Dentre alguns de seus princípios valorativos, assinala-se: 1) a autonomia, poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central; 2) a descentralização, deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; 3) a participação, intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; 4) o localismo, privilégio que o poder local assume diante do poder central; 5) a diversidade, privilégio que se dá à diferença, e não à homogeneidade; e, finalmente, 6) a tolerância, ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários

ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.

⁵⁶³ Es clarísimo que en ambas constituciones (boliviana e ecuatoriana) la Tierra asume la condición de sujeto de derechos, en forma expresa en la ecuatoriana y algo tácita en la boliviana, pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que sería primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 25-137. Disponível em: <<http://archive.org/details/ZaffaroniEugenioRal-LaPachamamaYEIHumano>>. Acesso em: 5 abr. 2013, item 11, el paso al derecho en el constitucionalismo andino: la pachamama y el sumakkawsay).

⁵⁶⁴ Carlos Marés leciona que para o universo pluralista e cosmopolita cada povo tem a liberdade de construir seus próprios direitos humanos, sustentando que “não existem direitos humanos universais, mas existe um direito universal de cada povo elaborar seus direitos humanos e não violar dos outros povos” (cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Juruá, Curitiba, 2006. p. 83-84).

⁵⁶⁵ Carl Jung vê a definição de arquétipo como uma forma preexistente no inconsciente coletivo, algo em muito similar aos instintos, oriundos não de uma individualidade, mas como herdado do meio. “O conceito de arquétipo, que constitui um correlato indispensável da idéia do inconsciente coletivo, indica a existência de determinadas formas na psique, que estão presentes em todo tempo e em todo lugar (...) à diferença da natureza pessoal da psique consciente, existe um segundo sistema psíquico, de carácter coletivo, não-pessoal, ao lado do nosso consciente, que por sua vez é de natureza inteiramente pessoal e que – mesmo quando lhe acrescentamos como apêndice o inconsciente pessoal – consideramos a única psique passível de experiência. O inconsciente coletivo não se desenvolve individualmente, mas é herdado. Ele consiste de formas preexistentes, arquétipos, que só secundariamente podem tomar-se conscientes, conferindo uma forma definida aos conteúdos da consciência” (Jung, Carl Gustav (1875-1961). *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 53-54).

grupos baseada em regras “pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação” (Wolkmer, 2001, p. 175-177); (...) O Pluralismo no Direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o Direito, abrindo escopo para uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários.”⁵⁶⁶

Os instrumentos legislativos, notadamente as constituições, por conseguinte, passam a se estruturar não mais como puro e simples referencial estanque para o sistema, mas também como centros de sentidos para as legalidades cosmopolitas, passando a incorporar valorações sociais dos inúmeros sujeitos por intermédio de conceitos jurídicos que operam reenvios⁵⁶⁷ e remetem o intérprete, reenviam o aplicador das legalidades cosmopolitas, às diversas opções valorativas externas ao sistema aberto, oriundo das relações existenciais plurais, na identificação de arquétipos ou *standars* valorativos, incorporados perenemente no inconsciente coletivo da população e identificados como valorações sociais reiteradamente observadas no seio social.

Zaffaroni, por exemplo, coloca de modo muito claro a ideia da *pachamama*, ou Gaia, derivada da ética de considerar o planeta em que vivemos como uma grande mãe que nos acolhe, necessitando-se explicar que a natureza também tem seus direitos de ser respeitada e bem-cuidada, dada a inter-relação dos elementos naturais e de todos os seres vivos que nela habitam, como um arquétipo universal, que estaria “escrito” no inconsciente de todos os seres humanos que acolhem e se identificam com esta ideia de proteção e inter-relação do homem com a natureza.

“Não nos parece difícil sustentar que a *Pachamama* seja um arquétipo conforme o conceito de Jung, quem expressamente se referiu à grande mãe em um sentido muito amplo tão abrangente como Gaia: para Jung matéria era uma versão racional ou científica da mãe (*mater*), a essência do todo.

Longe de minimizar seu significado, a tese de Jung lhe outorga a hierarquia universal de pertencimento ao inconsciente coletivo comum a toda a humanidade.

De aceitar-se a discutida tese de Jung sobre o inconsciente coletivo – acerca da que não abrimos juízo, a *Pachamama* seria a manifestação concreta de um vestígio da evolução humana marcada em forma indelével de todos os humanos, que por algo fundamental – como podem ser as experiências elementares de sobrevivência – havia ficado tão profundamente em todos nós.

A incorporação da *Pachamama* ao direito constitucional seria nada menos que a de um arquétipo universal existente em todo o humano como resultado das experiências de

⁵⁶⁶ Wolkmer, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 9. *Anais...* Academia Brasileira de Direito Constitucional. p. 144-145. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso: 30/10/2013.

⁵⁶⁷ Vito Velluzzi define o elemento que é reenviado o intérprete do conceito indeterminado constituído como vagueza socialmente típica, e, citando a definição de Cláudio Luzzati, testifica “(...) *Ecco la definizione: 'si ha vaghezza socialmente tipica (o da rinvio) di un termine quando questo, secondo una certa interpretazione, esprime un concetto valutativo i cui criteri applicativi non sono neppure parzialmente determinabili se non attraverso il riferimento ai variabili para metridigiudizio e alle mutevoli tipologie del la morale sociale e del costume. Si ha invece vaghezza comune neicasiordinari, quando il richiamo alleregole e ai valorietico-sociali (o extragiuridici) non è necessario per l'applicabilità di un concetto al l'esperienza'. I tratti salienti della definizione sono, dunque, i seguenti: a) la vaghezza socialmente tipica riguarda concetti (e quindi termini) valutativi; b) i criteri di applicazione del concetto sono (e quindi la determinazione del significato del termine dipende da) variabili parametridigiudizio etico-sociali (o extragiuridici); c) ciò rende tale indeterminatezza una forma di vaghezza, ma diversa dalla vaghezza comune (...)*” (Velluzzi, Vito. *Le Clausole Generali*. Semantica e Política Del Diritto. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 46-47). (Quaderni di Filosofia Analitica Del Diritto, v. 12).

sobrevivencia da espécie ao longo da evolução. Longe de provocar uma subestimação de esta incorporação, esta tese – de ser correta – a exaltaria.”⁵⁶⁸

O novo constitucionalismo latino-americano, neste contexto, pelo menos na lição de Alejandro Mé dici,⁵⁶⁹ logra propor que a Constituição, diante do contexto plural e heterogêneo da sociedade que a legitima, não mais seja vista de modo absoluto como o ápice do ordenamento jurídico, no sentido kelseniano de ordem jurídica, mas deve, ao contrário, ser recepcionada pelas diferentes ordens sociais como um núcleo de sentidos (parâmetro hermenêutico) para o estabelecimento da ligação entre os valores e princípios existentes na sociedade pluralista. Tal pretensão passaria pelo estabelecimento de uma hermenêutica pluritópica, no sentido de coordenação e cooperação entre os valores sociais e culturais das diferentes heterogeneidades de concepções socioexistenciais.

O que o professor argentino Alejandro Mé dici propõe então, é a ideia da Constituição horizontal, tecendo a fórmula de que a constituição seja vista como um holograma (princípio holográfico), tal como um centro de sentido para a junção de saberes e práticas de uma pluralidade cultural, devendo ser vista como núcleo de referência para a interpretação e a aplicação de outras normas que vão além do direito positivo estatal (como, por exemplo, a aceitação da jurisdição indígena e a aceitação definitiva da natureza como sujeito de direitos e não passível de apropriação). A constituição serviria então nesta concepção para, tão somente, estabelecer competências, formas de coordenação, reconhecimento de uma pluralidade de direitos coexistentes, o que iria reconduzir a Constituição a uma unidade completa (e não meramente simbólica) de centro de sentidos para a recepção de todas as camadas sociais e existenciais.

Aliado a estas ideias, ainda, seguindo-se a lição de Boaventura de Souza Santos,⁵⁷⁰ está-se a propor uma reformulação da institucionalidade estatal construída sob os auspícios do racionalismo jurídico e da concepção liberal de direito, na medida em que o contexto plurissocial e plurinacional não mais permite que se sustente o Estado baseado em uma

⁵⁶⁸ “No nos parece difícil sostener que la Pachamama sea un arquetipo conforme al concepto de Jung, quien expresamente se refirió a la Gran Madre en un sentido muy amplio y tan abarcativo como Gaia: para Jung materia era una versión racional o científica de Madre (Mater), la esencia del todo. Lejos de minimizar su significación, la tesis de Jung le otorga la jerarquía universal de pertenencia al inconsciente colectivo común a toda la humanidad. De aceptar se la discutida tesis de Jung sobre el inconsciente colectivo – acerca de la que no abrimos juicio –, la Pachamama sería la manifestación concreta de un vestigio de la evolución humana marcado en forma indeleble en todos los humanos , que por algo fundamental -como pueden ser las experiencias elementales de supervivencia- habría quedado tan profundamente se lla do en todos nosotros. La incorporación de la Pachamama al derecho constitucional sería nada menos que la de un arquetipo universal existente en todo humano como resultado de las experiencias de supervivencia de la especie a lo largo de la evolución. Lejos de provocar una subestimación de esta incorporación, esta tesis – de ser correcta – la exaltaría (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 25-137. ítem 12 ¿La Pachamama es un arquetipo?)

⁵⁶⁹ MEDICI, Alejandro. Teoría constitucional e giro decolonial, narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador. Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político. *Decolonialidad e Interculturalidad*, Universidad Nacional del Comahue, año I, n. 1. Disponível em: <<http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/Revistas/0001/Medici.pdf>>. Acesso: 30/10/2013.

⁵⁷⁰ Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de derecho y sociedad, julio 2010.

única nação e em um único povo. Há de se pensar então em situações pluriestatais e plurinacionais (com mais de uma nação alcançando o grau de incorporação baseado na convivência profunda, e não mais na imposição cultural); e também com a incorporação definitiva dos direitos da natureza e de todos os seres vivos como elementos centrais do sistema, como centros de imputação, reais sujeitos de direito merecedores de tutela e proteção pelo Estado tal qual o ser humano.⁵⁷¹

Esta reestruturação da institucionalidade estatal passa também pelo estabelecimento de um *novo regime político*, com uma *democracia intercultural* e comunitária, na tentativa de estabelecimento de uma comunicação e convivência mais profunda entre as diferentes manifestações culturais existentes no tecido social, bem como com a instauração de grades autonomistas em relação aos direitos da natureza e dos seres vivos, tanto quanto a premente deliberação ante os Estados de subcidadania, como, por exemplo, as diversidades existenciais constituídas pelas favelas nas periferias das grandes metrópoles, neste último tópico sendo relevante a concepção da subpolitização lançada em suas bases por Ulrich Beck.⁵⁷²

O novo constitucionalismo latino-americano propõe desse modo a institucionalização de uma nova legalidade, paralela à legalidade da sociedade hegemônica, no intuito de que seja efetivamente constituído um estágio de convivência profunda entre as diferentes manifestações culturais (notadamente no que concerne aos direitos indigenistas), recepcionado pelo direito à dimensão ontológica do pluralismo jurídico, diante da constatação de que pode haver Estado que não seja de direito, e pode haver direito que não seja do Estado.⁵⁷³ Outra discussão é, tal como ocorre nas constituições boliviana e

⁵⁷¹ Não quer dizer isto que tenham eles capacidade processual, mas é preciso assegurar que o bem cultural e ambiental, por exemplo, tenha livre-determinação no sentido de permitir que tanto a natureza quanto as culturas ou coletividades se desenvolvam livremente de acordo com seus normais processos ecológicos ou culturais, não podendo o Estado ou o particular interferir no livre desenvolvimento dos processos ecológicos ou das manifestações culturais, porque também necessitam da harmonia e equilíbrio para seus livres-desenvolvimentos. Isto não quer dizer, por outro lado, que estarão os recursos naturais intocáveis, mas apenas que a livre-determinação deles seja afeta ao livre-desenvolvimento do ser humano, de modo harmonioso, e equilibrado, e não egocêntrico e individualista como hoje tem se percebido na maior parte do mundo. As formas como o capitalismo lidam com, por exemplo, a crise ambiental, é exemplo desta questão, porquanto a utilizam para fundamentar economicamente uma maior exploração da própria natureza, é o caso do que vem se denominando economia verde, pelo que se mercantiliza a proteção ambiental no intuito de obtenção de maior lucro; ora, quanto mais a humanidade utilizar a proteção da natureza como forma de obtenção de lucro, mais se sustentam e fundamentam as teses ora tratadas neste trabalho.

⁵⁷² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global. Traducción Jesús Alborés Rey*. Siglo XXI de España Editores S/A, 2002, Madrid, p. 143-171.

⁵⁷³ Para o insigne professor colombiano Rosember Ariza Santamaria essa ideia é clara, verbis: "(...) Existe una idea clara de los modos clásicos de producción del derecho (por lo menos desde el positivismo jurídico) y hasta aquí hemos podido dilucidar desde que otros lugares se produce regulación y su incidencia en el gran campo jurídico, la más relevante es la que se denomina en la presente investigación como manierismo (forma propia de entender y aplicar el derecho en cada contexto socio cultural de un lado, o maneras de realización social de lo justo de otro) este manierismo y por supuesto sus maneras no son siempre "prácticas jurídicas propiamente dichas" pues se auto constituyen en una categoría no propiamente jurídica. Dentro de los teóricos del derecho existe aquellos que lo quieren librar del peso de lo social, pues tener una "ciencia jurídica" implica estar ausente de los hechos perturbadores de la producción del conocimiento objetivo. No obstante algunos juristas consideran que el "derecho protege los individuos y los diferentes grupos e intereses sociales, considerando esta como la dimensión social o emancipatoria del derecho" bastante reduccionista esta apreciación, puesto que la práctica social de las relaciones entre individuos y grupos sociales no está determinada siempre por normas jurídicas. El derecho no nace solamente de las normas; emerge de los operadores e intérpretes fundamentalmente, pero cada comunidad libremente lo determina o modifica a pesar de la eficacia simbólica del derecho y de sus nombradores, existen grietas del sistema jurídico que no son cubiertas por ningún tipo de parche que evite la entrada de los virus sociales que se suscitan por la no realización de lo justo; los detentadores del

equatoriana, se esta categoria poderia ou não ter como parâmetro de balizamento o conceito de bloco de constitucionalidade, no qual se outorga autonomia legal a outras ordens culturais, mas se estabelece o parâmetro do respeito aos direitos humanos já incorporados ao país por tratados internacionais.⁵⁷⁴ A este respeito leciona Flávia Piovesan:

“a Constituição da Bolívia de 2009, ao estabelecer que os direitos e deveres reconhecidos constitucionalmente serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Bolívia, que prevalecerão em relação à própria Constituição se enunciarem direitos mais favoráveis (arts. 13, IV e 256). Na mesma direção, destaca-se a Constituição do Equador de 2008, ao consagrar que a Constituição e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado que reconheçam direitos mais favoráveis aos previstos na Constituição têm prevalência em relação a qualquer outra norma jurídica ou ato do Poder Público (art. 424), adicionando que serão aplicados os princípios pró ser humano, de não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula constitucional aberta (art. 416).”⁵⁷⁵

Seria necessário, ainda, uma nova organização territorial das diversidades culturais e do bem ambiental, porquanto estes bens possuem uma territorialidade com autonomia assimétrica, o que corresponde a dizer que aos povos tradicionais ou reservas ambientais não se pode estabelecer parâmetros lineares de limitações territoriais, na medida em que o desenvolvimento da biodiversidade e da cultura não podem ser taxados a ocorrer em pontos determinados arbitrariamente com limites rígidos, mas devem alcançar fins de proteção independentemente da área que se expandirem (por exemplo, não se pode impor limites à expansão da biodiversidade ou da fauna). Aqui a noção é algo como a impossibilidade de se delimitar o território em que se encontra o bem ambiental situado, por não haver como, quando se envolve o bem ambiental e/ou cultural, se estabelecer limites territoriais para seu desenvolvimento.

aparto jurídico no resuelven las necesidades sociales solo mantienen el statu quo. La manera como el derecho se libra de lo social, es reconociendo al sujeto individual y salvaguardado por un procedimiento que garantiza los derechos de dicho sujeto.” (Santamaría, Rosemberg Ariza. *El Derecho Profano y otras Maneras de Realizar lo Justo*. Texto que recoge elementos de varios capítulos del Libro el Derecho profano publicado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).

⁵⁷⁴ Não se desconhece as relevantes críticas a este posicionamento adotado pelas constituições andinas. Por todos, ver Souza Filho, Carlos Frederico Marés: “Os direitos humanos, enquanto garantias individuais de liberdade contra a opressão, de vida, de dignidade e integridade pessoais, são valores que podem ser realizados dentro do sistema jurídico concebido pelo Estado contemporâneo na medida em que as constituições ganharam caráter normativo e impositivo, tornando-se assim uma universalidade. Por outro lado, quando pensamos em sociedades inteiras que estão fora dos sistemas jurídicos nacionais, que se regem por leis próprias, temos de reconhecer que aquela universalidade criada pela Constituição impositiva é parcial, porque não alcança toda a população, mas somente a que está integrada, ainda que de forma relativa, ao sistema. E o que fazer com esta outra ou outras sociedades que vivem à margem do Estado e da Constituição, representados especialmente pelos povos indígenas? Se fizermos esta mesma análise em relação aos direitos humanos de última geração, os direitos econômicos e sociais, sua parcialidade surge com mais clareza, os direitos econômicos não são mais do que o Direito a gozar o desenvolvimento segundo padrões capitalistas, isto é, sob a concepção da cultura dominante, o que é uma forma de colonialismo. Cada povo há de ter um conceito de direitos econômicos e sociais vazados segundo sua cultura, crença e sonho que coletivamente acalenta. Poderiam existir, então, princípios universais? O único princípio universal pensável é a liberdade que possibilita a cada povo viver segundo seus usos e costumes e transformá-los, quando necessário, em Constituições rígidas, após inventar sua própria forma estatal de organização” (Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 84).

⁵⁷⁵ (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazco. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013, p. 391.

04.3.4 A nova concepção do bem ambiental transindividual como macrobem não passível de individualização.

De fato, este contexto de reestruturação jurídica ganha sentido quando pensamos no bem ambiental. A estrutura racionalista que constitui o direito, criado sob o ideário de René Descartes e Galileu Galilei, logrou por formar uma bipolaridade entre os bens tutelados pelo direito, no sentido de que tudo pode ser apropriado pelo sujeito destinatário do direito (pois a natureza é apenas objeto, existindo somente um sujeito pensante que é o ser humano), tudo sendo passível de ter um proprietário individual, inclusive a natureza,⁵⁷⁶ o que corresponde a dizer que, mesmo a natureza, se não for propriedade privada, será necessariamente propriedade pública, ou se não for bem público, será necessariamente um bem privado,⁵⁷⁷ e se for um bem público afetado a uma finalidade pública, pode posteriormente vir a ser desafetado e, por consequente, alienado, o que não mais parece passível de se admitir, dado o conceito já existente de bem ambiental, cujo suporte material pode até ser alienado, mas o bem ambiental como a abstração que o subjaz, não pode jamais ser dividido nem muito menos alienado, pois é impassível de pertencimento exclusivo e individual.

Ora, se tratarmos o bem como inapropriável, seja pelo Estado, seja pela iniciativa privada, corresponde a dizer que o bem ambiental não pode sofrer qualquer alienação, por corresponder a uma nova categoria jurídica, de inter-relacionamento existencial simultâneo entre as novas concepções subjetivas verificadas na nova institucionalidade ora em análise. Se lesionado, o bem ambiental ostentará uma lesão de objeto indivisível, que não pode ser fracionada, e interessará a sujeitos indeterminados, que não se resumem a todos os habitantes contemporâneos do planeta, mas abrangem também as futuras gerações e inclusive os outros seres vivos presentes e futuros. Ou seja, não se trata efetivamente de categoria passível de individualização, nem de apropriação mesmo que coletivamente, posto que impossível de ser fracionado, e acaso perca sua substancialidade, perde-se como categoria, ou seja, desaparece, restando apenas seu suporte material já sem significado ambiental ou cultural.

Não é assim passível de divisão o bem ambiental, sob pena de perder sua substancialidade, e veja-se que, nessa concepção, o bem ambiental confunde-se realmente em muitos aspectos com o próprio ser humano. Este também não é passível de divisão, posto que apenas seu suporte material poderá ser dividido, o corpo humano; mas quando

⁵⁷⁶ Prevê o artigo 98 do Código Civil Brasileiro de 2002: "São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem". Mesmo o que a doutrina civilística entende por *res nullum* (coisa sem dono) ou *res derelicta* (coisa abandonada) tratam-se bens sujeitos à apropriação individual, inclusive os bens imóveis ainda não apropriados (terras devolutas) são domínio dos Estados.

⁵⁷⁷ O artigo 99 do Código Civil Brasileiro prevê: São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. (...) Artigo 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, *enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar*.

assim for feito, não mais restará o ser humano, apenas o seu cadáver – que pertence aos familiares do falecido – podendo ser alienado ou disponibilizado.⁵⁷⁸ Antes da morte, contudo, não é passível o ser humano de ser apropriado individualmente, porque se garantem a eles direitos indisponíveis da personalidade, de autodeterminação e liberdade.⁵⁷⁹ Assim também à natureza dever-se-á garantir o direito de autodeterminação para os processos ecológicos e o desenvolvimento do equilíbrio e necessária perpetuação das espécies; tanto quanto às outras coletividades, como as tribos indígenas ou populações quilombolas, podendo ser vistas como novas subjetividades (distintas da individual), que possuem indubitável direitos de perpetuação e autodeterminação.⁵⁸⁰

Estas novas subjetividades tendem a ser recepcionadas como verdadeiros sujeitos de direito, em uma nova concepção de centros de imputação jurídica. Ou seja, indivíduos, comunidades, nações plurais, povos e inclusive a própria natureza (animais e biodiversidade), se fundam em uma dimensão de inter-relacionamento recíproco, sob a dimensão do que os latino-americanos estão denominando de “*La pachamama*” (os direitos da natureza) e do princípio para o “*buen viver*” (paradigma normativo da nova ordem social e econômica pluralista).

Zaffaroni aventa as possibilidades de um sistema similar a este, sendo incontáveis as dificuldades, mas também hauridos os benefícios de proteção das espécies de seres vivos no planeta Terra:

A natureza pode ser usada para viver, mas não suntuosamente para o que não é necessário. A infinita criação de necessidades artificiais que sustentam o crescimento ilimitado do consumo estaria delimitada pelo critério do *sumakkawsay*. E o mais importante é que, ao reconhecer-se à natureza o caráter de sujeito de direito, adquire esta a condição de terceiro agredido quando atacada de modo ilegítimo e, assim, habilita o exercício da legítima defesa em seu favor (legítima defesa de terceiros). Desta maneira, a colocação de obstáculos ao avanço de maquinarias e – pelo menos – todos os meios de luta não violenta, serão condutas lícitas na medida em que sejam defensivas de agressões ilegítimas contra a natureza.

No âmbito do direito civil, a propriedade de animais necessariamente sofrerá restrições. Seus titulares incorrerão em abusos ilícitos quando ofendam a terra fazendo sofrer sem razão seus filhos não humanos, com o qual por esta via ingressam todas as incursões razoáveis dos animalistas.

Também sofrerá limitações a propriedade fundiária, quando a conduta do proprietário altere os delicados processos regulatórios (queimadas, desflorestamento, pesticidas altamente tóxicos, etc.) ou quando com monoculturas prejudiquem a biodiversidade, ponham em perigo espécies ou esgotem a terra.

No plano da propriedade intelectual será mister reestruturar o patenteamento de animais e plantas, porque isto não pertence a nenhum humano, senão à natureza.”⁵⁸¹

⁵⁷⁸ Dita o artigo 14 do Código Civil de 2002: É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

⁵⁷⁹ A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso XLI, estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

⁵⁸⁰ A Constituição garante inclusive a legitimidade ativa das comunidades indígenas para o ajuizamento de demandas para a defesa dos seus interesses, verbis: artigo 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

⁵⁸¹ La naturaleza puede ser usada para vivir, pero no suntuariamente para lo que no es necesario. La infinita creación de necesidades artificiales que sostienen el crecimiento ilimitado del consumo estaría acotada por el criterio del *sumakkawsay*. Y

Deste modo, para uma sociedade plural e ambientalmente equilibrada deve-se outorgar à sociedade o direito de produzir uma reconstrução ou reestruturação da institucionalidade estatal, revisando conceitos criados sob paradigmas estanques, e reestruturando patamares institucionais que se sirvam de concepções superadas, devendo-se pensar no novo tal como um produto reconstruído e melhor elaborado, sob as bases fortes das ruínas de antigas concepções. É possível se dizer que o novo constitucionalismo latino-americano avança onde o neoconstitucionalismo parou, sendo necessário à espécie humana, diante às inevitáveis catástrofes ambientais a que estamos expostos, começar a levar a sério as necessárias mudanças no pensamento que fomenta o capitalismo desenfreado, porque o que se está arriscando é a vida em todo o planeta; e não se tratam de perdas limitadas, mas de descalabros que não poderão ser contidos, capazes de trazer a extinção da humanidade tal como a conhecemos hoje.

Diante disso, percebe-se uma nova lógica na racionalidade científica atual, sendo razoável entender no novo ideal de sistema no século XXI que os bens jurídicos transindividuais operam uma reconstrução normativa e interpretativa da ciência jurídica e da noção de direitos humanos, que passa a agregar uma dimensão socioambiental, mais ecocêntrica e perene, baseada numa dimensão de interrelação do ser humano com o meio ambiente, o homem como parte integrante e não dissociado do todo, devendo os conteúdos normativos atualmente sofrerem um processo de reconstrução de seus significados, embasados na observância da realidade socioambiental a que remetidos pela interpretação das normas de conceitos jurídicos indeterminados, as quais – por meio do reenvio interpretativo - permitem ao direito alcançar uma noção mais clara que passa a sustentar a necessária releitura da dimensão ecológica dos direitos humanos, como se passará a analisar.

lo más importante es que, al reconocerle a la naturaleza el carácter de sujeto de derechos, adquiere ésta la condición de tercero agredido cuando se la ataque ilegítimamente y, por ende, habilita el ejercicio de la legítima defensa en su favor (legítima defensa de terceros). Sentadas, colocación de obstáculos al avance de maquinarias de desmonte y – por lo menos – todos los medios de lucha no violenta, serán conductas lícitas en la medida en que sean defensivas de agresiones ilegítimas a la naturaleza. En el ámbito del derecho civil, la propiedad de animales necesariamente sufrirá restricciones. Sus titulares incurrirán en un abuso ilícito cuando ofendan a la Tierra haciendo sufrir sin razón a sus hijos no humanos, con lo cual por esta vía ingresan todos los planteamientos razonables de los animalistas. También sufrirá limitaciones la propiedad fundiaria, cuando la conducta del propietario altere los finos procesos regulativos (quemazones, deforestación, pesticidas altamente tóxicos, etc.) o cuando con monocultivos perjudiquen la biodiversidad, pongan en peligro especies o agoten a la tierra. En el plano de la propiedad intelectual será menester replantear el patentamiento de animales y plantas, porque éstos no pertenecen a ningún humano, sino a la naturaleza. No pocos serán los conflictos que deban definir los jueces para precisar los límites del derecho de la naturaleza en cada caso concreto. ¿Tienen los ríos el derecho a conservar sus cauces naturales o pueden ser desviados? ¿Tienen las montañas el derecho a preservar sus laderas o pueden ser lesionadas con extracciones ilimitadas o rasuradas extinguiendo la vegetación natural? ¿Hasta qué límite se las puede horadar? La necesidad – eterna Celestina de todas las matanzas y guerras – deberá evaluarse conforme a las condiciones humanas de supervivencia digna y al uso no abusivo respecto de todos los entes naturales, y no a la conveniencia de pura obtención de mayores réditos. La explotación artesanal pocas veces tendrá problemas, pero la industrial será siempre un semillero de pleitos, donde se harán jugar valores encontrados. Una nueva jurisprudencia deberá iniciarse, cuyas consecuencias prácticas son de momento difíciles de prever, pero lo cierto es que no responderá a los criterios que hasta el presente se vienen manejando” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 25-137. ítem 15, Consecuencias prácticas: casos y dudas, perspectivas).

04.4 A busca por um método interpretativo que supere a racionalidade individualista na tutela dos interesses transindividuais.

04.4.1 A interpretação no novo ideal de sistema do século XXI.

Diante das notórias dificuldades que se impõe na compreensão destes direitos transindividuais de natureza diferenciada e com características eminentemente diversas daquelas que atualmente o sistema jurídico recepciona, passamos a tentar encontrar uma técnica legislativa que por meio da interpretação – utilizando-se de signos semânticos indeterminados – permita ao intérprete recepcionar os direitos transindividuais no sistema jurídico do século XXI mediante a observância de elementos que se situam originariamente fora do sistema – como a realidade socioambiental ou a recalcitrância de comportamentos sociais de coletividades massificadas – método ou forma interpretativa que permita reinserir estes elementos na racionalidade jurídica mediante as fontes jurisprudenciais e doutrinárias, tentando dar um novo significado – ou um significado mais apurado – para o fenômeno da reconstrução do conteúdo normativo inerente aos conceitos indeterminados presentes nas legislações contemporâneas.

Um exemplo de tal situação é o que foi exposto sobre o constitucionalismo latino americano, na medida em que mediante conceitos abertos presentes nas legislações nacionais – notadamente no Equador e na Bolívia - logrou conseguir recepcionar no direito a cosmovisão andina e da ecologia profunda a respeito do tratamento que o planeta Terra e os ciclos vitais da natureza possuem no inconsciente coletivo dos povos, enxengando a natureza como sujeito de direitos, numa dimensão de inter-relacionamento e visão holística de complexo de imputação, e os recepcionando no direito mediante um reenvio realizado com o intérprete para elementos situados originariamente fora do sistema jurídico, no inconsciente coletivo dos povos tradicionais, identificando-se a cosmovisão andina como um arquétipo estrutural das relações existenciais, sendo o direito destes países assim permeável a tais realidades socioambientais e à recalcitrância deste pensamento nos comportamentos sociais.

Embasado nestes pressupostos é que se pode dizer que a interpretação, no novo ideal de sistema do século XXI, deverá ganhar uma nova perspectiva, mais elaborada e mais adequada e coerente para a efetiva incorporação dos direitos transindividuais na realidade jurídica atual, tratando-se o bem ambiental, cultural, e a probidade na administração pública, além dos outros bens jurídicos de natureza transindividual, como

macro bens (na terminologia de Herman Benjamin)⁵⁸² que se situam originalmente em âmbito diverso da dimensão material da concretude social, sendo mais adequado enquadrá-los como uma abstração, uma valoração inerente ao inconsciente coletivo dos povos, mais afeto às memórias e aos valores da sociedade, devendo-se-os recepcionar pela técnica legislativa adequada, mediante a observância da realidade social e dos comportamentos que afloram dos valores carreados nos comportamentos recalcitrantes e rotineiros observados na coletividade em sua dimensão massificada, sendo possível reinserir estes elementos no sistema jurídico mediante a atividade doutrinária e jurisprudencial.

A atividade interpretativa, que no mundo oitocentista estava fortemente ancorada a um modelo estático, baseada na letra posta da lei, deve alçar um rumo progressivo, principalmente com o desenvolvimento da hermenêutica, como ciência da interpretação,⁵⁸³ que procura extrair dos textos uma vida autônoma, desvinculanda de seu criador, permitindo que o texto tenha uma íntima correlação com a realidade social e existencial presente no momento da interpretação.⁵⁸⁴ O intérprete portanto sem se desvincular de suas imbricações e perspectivas deve elaborar seu próprio conceito do que o texto dita, embasando não mais na vontade do legislador histórico, como aquele circunscrito ao tempo da elaboração do texto, mas alçar um sentido em estrita amplitude e conexão com a realidade social e existencial presente no momento da interpretação, não mais com aqueles valores e princípios que sustentavam as concepções valorativas da época do legislador, mas com aqueles elementos intrínsecos à realidade presente no atual momento existencial, aquilo que ainda revive no inconsciente coletivo de um povo, e aqueles elementos que possíveis de serem observados como recalcitrantes na realidade social, como costumes e tradições,

⁵⁸² BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). Função ambiental. Dano ambiental, prevenção, reparação, e repressão. São Paulo: RT, 1993, p.70.

⁵⁸³ A ciência da interpretação, ou hermenêutica, surgiu dos estudos da linguagem em toda a sua amplitude, no intento de extrair dos escritos a máxima de uma compreensão. Segundo Richard Palmer a hermenêutica teve seus primórdios "... através da igreja primitiva; dos patriarcas; da interpretação medieval quadruplicada da Bíblia; da luta de Lutero contra os sistemas de interpretação místicos; dogmáticos, humanísticos e outros; do aparecimento do método histórico-crítico no século XVIII e do complexo de forças em actuação durante este período, querendo remodelar a interpretação das Escrituras; do contributo de Schleiermacher; da escola da história das religiões relativamente à interpretação; do aparecimento da teoria dialéctica nos anos de 1920 e da Nova Hermenêutica da teologia contemporânea" (PALMER, Richard E. Hermenêutica. Lisboa, edições 70, 1986, p. 46).

⁵⁸⁴ Na filosofia, foi Wilhelm Dilthey (1833-1911) quem "procurou estabelecer a hermenêutica como alicerce de todo o edifício das 'ciências do espírito', (...)" concebendo-a "não somente como conjunto de questões técnicas, isto é, metodológicas, mas também como perspectiva de natureza filosófica que servisse de base da consciência histórica e da historicidade do homem". (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. História da filosofia. São Paulo: Paulinas, 1990-1991. V. 3: Do romantismo até nossos dias, p. 627-629). Inspirando-se em Dilthey, Martin Heidegger (1889-1976), empreendeu igualmente um valioso estudo sobre as teorias hermenêuticas, com sua obra mais destacada a se denominar *Sein und Zeit* (Ser e o Tempo), escrita em 1927, onde considerou a interpretação não como instrumento a disposição do homem, mas como uma estrutura constitutiva do homem enquanto ser existencial (que denominou de *Dasein*). Por espelhar a interpretação como uma dimensão intrínseca do homem, considerou Heidegger, segundo Giovanni Reale e Dario Antiseri, que "o homem cresce sobre si mesmo, é um novo de experiência que nasce sobre o fundo das anteriores e as reinterpreta", sendo por este motivo que quanto mais distante se está da época da elaboração de um texto, mais adequada e consciente é a sua interpretação. Também Hans-Georg Gadamer (1900–2002), aluno e discípulo de Heidegger, publicou em 1960 uma obra hoje considerada como um clássico para a teoria da hermenêutica, intitulada de *Wahrheit und Methode* (Verdade e Método) onde "todas as questões técnicas como as perspectivas filosóficas da hermenêutica fundem-se em um todo coerente", elaborando teorias filosóficas mais apuradas a respeito de como um texto desprende-se de seu autor e possui vida própria, servindo a história de seus efeitos como sustentáculo para reelaboração mais consistente de seu próprio significado. Ver: REALE, Giovanni & ANTISERI, Dario. História da Filosofia: Do romantismo até nossos dias. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

fazem-se portar não mais como elementos dissonantes ou fragmentados, mas objetivamente válidos e vigentes nos comportamentos sociais, sendo reflexo da própria convivência e complexidade humana e massificada, presentes cultural e existencialmente na vida das pessoas, ainda que sem a princípio ser percebido pelas concepções abstratas das legislações passadas.⁵⁸⁵

04.4.2 A normatividade alargada dos direitos transindividuais e a técnica legislativa do reenvio do intérprete para elementos afetos à concretude social.

Neste aspecto é que o texto legal, antes ampliado à condição de objeto exclusivo da interpretação, hoje repercute como um mero caminho para o intérprete percorrer: Se quiser chegar a uma conclusão equitativa, deverá permear o texto legal, pela abrangência de suas formulações, com valores e princípios inerentes à realidade socioambiental englobada nas constituições e nos parâmetros convencionais e internacionais que agregam a dimensão da convencionalidade, do bloco de constitucionalidade em sentido amplo, e ainda, que levem em consideração as máximas de conduta oriundas de construções valorativas extraídas da realidade social, e das aspirações da sociedade, a que os textos legais, atualmente recheados de conceitos indeterminados, acabam por remeter o intérprete consciencioso com as intrínsecas manifestações da realidade social massificada e das aspirações sociais a ela inerentes.

Perceba-se que segundo Judith Martins Costa, as aspirações sociais relevantes para o direito constituem **modelos jurídicos**, ou estruturas normativas que *“ordenam fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas consequências, em função de valores imanentes ao próprio processo social”*.

⁵⁸⁶ Segundo esta doutrinadora:

“Os modelos são gerados por quatro fontes – a *legal*, a *consuetudinária*, a *jurisdicional* e a *negocial* –, as quais resultam das quatro diversas formas de manifestação do poder de decidir – atributo fundamental do conceito de fonte no direito –, a saber: a) o poder estatal de legislar; b) o poder social, ‘inerente à vida coletiva’, o qual se revela, na fonte consuetudinária, ‘através de sucessivas e constantes formas de comportamento’; c) o poder (estatal) que se revela através do Judiciário; d) o poder negocial, que se expressa mediante ‘o poder tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem’. As

⁵⁸⁵ Ainda Emilio Betti (1890-1968), historiador do direito, viria a empreender estudos sobre interpretação, tendo seu pensamento influenciado a elaboração do Código Civil Italiano de 1942. Ver a este respeito: BETTI, Emilio. Catedrático de la Universidad de Roma. Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmática) – 2. ed. reveduta e ampliata a cura di Giuliano GRIFO, Milano, 1971. A obra encontra-se traduzida para o espanhol como: Interpretacion de la ley y de los actos jurídicos, traducción y prólogo por Jose Luis de los Mozos, Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 43 e ss.

⁵⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 332-3.

fontes de produção jurídica – seja a lei, a jurisdição, o costume ou o negócio jurídico, geram modelos jurídicos.”⁵⁸⁷

Assim sendo, as intrínsecas manifestações da realidade social massificada e as aspirações sociais a ela inerentes, quando incorporam costumes e realidades efetivamente existentes na recalcitrância dos comportamentos sociais e no inconsciente coletivo de um povo, acabam por gerar modelos jurídicos, que embasados em arquétipos estruturais, tornam-se passíveis de serem permeados pelo direito mediante a técnica legislativa do reenvio, a remeter o intérprete de um conceito legal indeterminado a uma realidade existencial ou socioambiental situada originalmente fora do sistema jurídico, tal como os macro-bens ambientais e transindividuais, cuja substância originalmente encontra-se fora do sistema, mas agregado à dimensão intrínseca da realidade social, inerentes às memórias ou expectativas de determinada nação, que tal como abstrações apenas vivem no direito mediante a recepção pela técnica legislativa a que o intérprete legal é capaz de alcançar, por intermédio dos conceitos abertos semanticamente, mas que não podem ser confundidos com os seus sustentáculos materiais, estes sim inseridos no sistema e englobados na racionalidade civilística como patrimônio público ou patrimônio privado.

E não se trata de técnica inovadora ou inaugural, na medida em que a ciência jurídica há muito já trabalha com os conceitos abertos e com a observância da realidade, como, por exemplo, as vertentes relacionadas ao princípio da boa-fé objetiva,⁵⁸⁸ já trabalhadas no âmbito nacional (pela jurisprudência e doutrina brasileira) e transnacional, redundando na cooperação internacional entre estados, todas acepções estas oriundas da observância da realidade social e dos costumes reiterados ou integrados ao convívio da sociedade da qual o intérprete não pode se distanciar, devendo conseguir efetivamente incorporar a realidade socioambiental na racionalidade do direito mediante uma técnica legislativa que permita a permeabilidade de elementos extra-sistemáticos, e que com a produção intelectual, jurisprudencial e doutrinária, e mediante a atividade dos Tribunais, possa efetivamente incorporar e reconhecer os direitos transindividuais, dando-lhes maior carga de efetividade e de força normativa.

⁵⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 332-3.

⁵⁸⁸ As vertentes da boa-fé objetiva podem ser resumidas em, a) interpretativa, que impõe ao intérprete a observância mais da intenção declarada do que a expressa na avença, extraída do art. 113 do CC/02; b) de controle, que coíbe as partes contratantes de incorrerem em abuso de direito, consoante o art. 187 do Código Civil; e a que interessa neste trabalho, a c) integrativa, que agrega à normatividade intrínseca do princípio (ou cláusula geral) as diretrizes da c1) supressio (verwirkung), que suprime direito subjetivo da parte, em razão de um comportamento reiterado, diante o seu não exercício por um tempo considerável gerando a expectativa na contraparte de sua renúncia tácita; c2) surreccio (erwirkung) que é o outro lado da supressio, gerando o surgimento para a contraparte do direito subjetivo que sobreviveu do comportamento reiterado e da expectativa gerada; c3) tu quoque, que veda que alguém faça com outrem aquilo que não faria contra si mesmo; c4) venire contra factum proprium, que proíbe agir em comportamento contraditório, invocando a proteção por norma que havia anteriormente infringido; c5) exceptio doli, que permite a defesa contra ações dolosas, ainda que redunde em quebra do sinalagma contratual; c6) duty to mitigate the loss, que impõe à parte o dever de mitigar o próprio prejuízo. (cf. TARTUCE, Flávio. Direito Civil. 5ª edição, ed. Método, São Paulo, 2010, p. 112-126).

Os conceitos legais, atualmente, passam a ser representados em significativa expressão por conceitos dotados de vagueza semântica,⁵⁸⁹ a ser colmatados mediante valorações, permeando as legislações nacionais e as constituições e documentos internacionais com a possibilidade da criatividade jurisprudencial. Ditas valorações fariam com que o intérprete fosse remetido para fora do sistema, por vezes, para princípios implícitos, mas constitucionalmente recepcionados, ou para documentos internacionais promovedores dos direitos humanos, que reiteradamente colmatados mediante valorações advindas do seio social, fariam com que os elementos externos ao sistema (como os costumes ou comportamentos reiteradamente observados no seio social) fossem paulatinamente incorporados no sistema mediante a atividade jurisprudencial e doutrinária.

Por certo, os conceitos vagos ou indeterminados são dotados de grande mobilidade⁵⁹⁰, possuindo uma abertura semântica, o que possibilita à atividade jurisprudencial, com base em princípios e valores hoje incorporados nas legislações fundantes dos Estados contemporâneos, construir progressivamente as respostas para os problemas que a realidade apresenta.⁵⁹¹ A técnica legislativa até então eminentemente casuística,⁵⁹² abriu lugar à discussão acerca de valores e princípios normativos atuantes no universo jurídico. Trazidos ao ordenamento mediante conceitos vagos, programáticos, elásticos, cláusulas gerais,⁵⁹³ etc., e interpretações evolucionistas, os valores integrativos das normas, em conformação com o arcabouço constitucional e internacional, formam o novo paradigma da ciência do direito no século XXI. A maior importância conferida ao direito

⁵⁸⁹ Ver nesse sentido: ENDICOTT, Timothy A. O., *La Vaguedad em el Derecho*, Instituto de Derechos Humanos 'Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2006. VELLUZI, Vito. *Le Clausole Generali. Semantica e Política Del Diritto*. Quaderni di Filosofia Analitica Del Diritto, V. 12. Giuffrè Editore. Milano, 2010. LUZZATI, Claudio. *Principi e principi, la genericità nel Diritto*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2012.

⁵⁹⁰ "As cláusulas gerais têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Esta mobilidade deve ser entendida em dupla perspectiva, como mobilidade externa, isto é, a que 'abre' o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a 'adequação valorativa', e como mobilidade interna, vale dizer, a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema." (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 341).

⁵⁹¹ "... as cláusulas gerais (...) legitimam o juiz a produzir normas que valem para além do caso onde será promanada concretamente a decisão." (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 341).

⁵⁹² O casuismo legislativo a que se refere é quando o legislador antevê determinados casos específicos (hipóteses ou preceito primário) e previamente define abstratamente suas conseqüências fáticas (preceito secundário).

⁵⁹³ Cita-se, por relevante, trecho da doutrina de Luis Roberto Barroso: "As denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação. As cláusulas gerais não são uma categoria nova no Direito – de longa data elas integram a técnica legislativa – nem são privativas do direito constitucional – podem ser encontradas no direito civil, no direito administrativo e em outros domínios. Não obstante, elas são um bom exemplo de como o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito. Um exemplo real, amplamente divulgado pela imprensa: quando da morte da cantora Cássia Eller, disputaram a posse e guarda do seu filho, à época com cinco anos, o avô materno e a companheira da artista. O critério fornecido pela Constituição e pela legislação ao juiz era o de atender ao "melhor interesse do menor". Sem o exame dos elementos do caso concreto e sua adequada valoração, não era possível sequer iniciar a solução do problema." (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 fev. 2010).

constitucional e internacional, juntamente com a concepção trazida pelo pós-positivismo,⁵⁹⁴ promoveu uma releitura das constituições e dos direitos humanos internacionais e fundamentais nacionais, alçando-os à pautas axiológicas, tábuas de valores, capazes de nortear a aplicação de textos legais domésticos. É dizer, as legislações domésticas e infraconstitucionais passam a somente deter validade material se constitucionalmente recepcionadas, ou seja, se em harmonia com as valorações subjacentes à ordem constitucional e internacional, no conceito de bloco de constitucionalidade.

Isso corresponde a dizer que o intérprete agora não mais se apega unicamente ao literal e objetivo (oriundo da lei ou da vontade do legislador), mas se subjaz da principiologia e das valorações subjacentes ao ordenamento, da noção da convencionalidade e do bloco de constitucionalidade em sentido amplo, com a observância da realidade socioambiental, para colmatar os conceitos jurídicos abertos ou indeterminados operativamente dispostos nas legislações nacionais e internacionais, que estão a tutelar direitos coletivos e transindividuais. Ou há para tanto o simples preenchimento de um significado (dotado pela característica da vagueza – comum ou socialmente típica)⁵⁹⁵ pelo intérprete, devendo para isto o aplicador da lei interpretar evolutivamente o texto, procedendo a uma interpretação que, em um primeiro momento se exaure na significação histórica de um instituto, mas que posteriormente procede a uma adaptação social da significação normativa, levando em consideração necessariamente a realidade socioambiental e as expectativas inerentes ao inconsciente coletivo de um povo, notadamente quando se está em relevância a tutela de bens jurídicos transindividuais; ou tal como haveria de ocorrer diante a tutela dos bens transindividuais como macro bens, havendo uma efetiva criação de direito pelo intérprete/aplicador, e aí, detendo uma dimensão de operabilidade, necessitando a estar expressas, escritas, deslocando o intérprete – mediante o que se rotula de reenvio – a um valor expresso no inconsciente coletivo de um povo e notadamente observado pela recalitrância de comportamentos vislumbrados no seio social, necessariamente se fazendo um parâmetro com a órbita constitucional e com o conceito de bloco de constitucionalidade

⁵⁹⁴ O pós-positivismo é o marco filosófico do neoconstitucionalismo. Segundo Luis Roberto Barroso: “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.” (BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil, Belo Horizonte, ed. Forum, 2013, p. 192-3).

⁵⁹⁵ A vagueza comum é aquela comumente consabida a respeito de sua existência pelo próprio sistema, e a socialmente típica é quando para se proceder a sua colmatação é preciso levar em consideração a recalitrância de comportamentos sociais e existenciais diante a realidade social. Nesse sentido: TOSTA, Jorge. Manual de Interpretação do Código Civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 33-44. VELLUZI, Vito. Le Clausole Generali. Semantica e Política Del Diritto. Quadernidi Filosofia Analítica Del Diritto, V. 12. Giuffrè Editore. Milano, 2010. LUZZATI, Claudio. Principi e principi, la generità nel Diritto. G. Giappichelli Editore, Torino, 2012;

em sentido amplo, outorgando-lhe um caráter de sustentáculo do ordenamento, uma valoração fundante, de origem, que detém característica estrutural do sistema, para melhor elaborá-lo e estrutura-lo, observando-se as abstrações (macro-bens) na tutela e promoção dos bens jurídicos transindividuais.

Os conceitos indeterminados, neste sentido, teriam a sua *fattispecie* necessariamente concretizada por valores constitucionais ou convencionais (inerentes ao bloco de constitucionalidade em sentido amplo). E estes valores, standards ou mesmo princípios, aos quais o intérprete é reenviado, possuem fontes oriundas da construção do sistema agora aberto, sendo ainda que em um primeiro momento encontrados fora do sistema, mas com a reiteração de casos semelhantes, paulatinamente vetorizados pela jurisprudência ou pela doutrina para dentro do sistema, operando o que Judith Martins-Costa denomina de ressystematização de um elemento originalmente extra-sistemático,⁵⁹⁶ daí que nesta operação há a efetiva criação judicial do direito com ênfase no caso concreto, havendo assim uma possível reinserção dos direitos transindividuais no sistema, mediante o raciocínio de que estão mais afetos à realidade e somente podem ser alcançados pela atividade interpretativa. Haveria aí uma prévia definição pelo intérprete da inserção normativa, não sendo trazidas as hipóteses e nem as consequências pelos conceitos indeterminados legalmente estabelecidos, sendo portanto inerente à interpretação as formas de proteção ou tutela dos bens jurídicos não individualizáveis, sendo cada vez mais exigido do intérprete legal o conhecimento multidisciplinar e a observância da realidade social e existencial.

Por certo, a dificuldade em estabelecer previamente as hipóteses e consequências dos fatos sociais se dá muito em razão do contexto sociológico em que a sociedade a partir da massificação social, ocorrida na segunda metade do século vinte, passou a apresentar. Segundo a teoria de Ulrich Beck, a sociedade anteriormente no modelo industrial do final do século XIX sofria riscos e consequências controladas de seus fatos e atos sociais, mas a partir de determinada época, os riscos e consequências passaram a se tornar imprevisíveis e atinente a esta situação sobreveio a dificuldade da legislação estabelecer previamente as hipóteses e consequências dos acontecimentos,⁵⁹⁷ muito porque viriam a violar direitos

⁵⁹⁶ Para a autora, portanto: "... a cláusula geral constitui, (...), uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluída' ou 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originalmente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico" MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 303.

⁵⁹⁷ O mundo passou, após o final do séc. XIX e os impactos das revoluções industriais, de uma sociedade industrial para uma sociedade de risco, classificada por Ulrich Beck, como um estágio posterior da modernidade, a chamada modernidade avançada. A teoria da sociedade de risco idealizada por Beck identifica três fases de evolução da sociedade que diferem entre si quanto à caracterização dos perigos e dos riscos oriundos da incerteza e da imprevisibilidade dos acontecimentos cotidianos. Esta teoria consegue captar a realidade social heterogênea e a notória complexidade dos sistemas sociais a partir

transindividuais e coletivos os quais não ostentam a mesma definição e estruturação daqueles clássicos direitos formulados em épocas anteriores.

As prescrições legais agora, notadamente quando protegem estes direitos transindividuais e coletivos, não mais se reduzem a uma simplória subsunção operada através de deduções silogísticas, pois a complexidade social ostenta valores nem sempre facilmente observáveis. Há por certo sérias limitações na técnica casuística e subsuntiva, ante o infindável número de diplomas legislativos especificadores que abarcam uma complexa rede de interesses nem sempre convergentes. Em outras palavras: A técnica de regulação casuística (em que há uma perfeita especificação ou determinação dos elementos que compõe o *fattispecie*),⁵⁹⁸ por si só, é insuficiente para uma satisfatória regulamentação social, notadamente diante a necessidade de proteção dos bens jurídicos transindividuais, o que vem exigindo por parte dos legisladores cada vez mais o uso de técnicas legislativas permeadas de conceitos vagos, programáticos, em branco, os quais demandam muito mais do intérprete na função de criação do direito, do que a mera subsunção do preceito legal específico ao caso concreto.⁵⁹⁹

04.4.3 A superação do raciocínio subsuntivo com os conceitos jurídicos dotados de uma normatividade alargada.

O século XXI é marcado pela superação da dicotomia interpretação objetivista/subjetivista (ou ligada ao reconstrutivismo da lei e seus conceitos estanques ou ligada unicamente à vontade do legislador). O mundo jurídico está em pautas de ver um novo processo de interpretação e aplicação do direito. Se o objetivismo redundou nos exageros formalistas do século XIX,⁶⁰⁰ e o subjetivismo alcançou a vertente de debilitar as

das consequências da primeira grande guerra mundial e das crises econômicas daí advindas, estão a denunciar a falência do pensamento jurídico racionalista/individualista e embasar o aparecimento de nova técnica legislativa capaz de alcançar os bens jurídicos não individualizáveis. (Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002, p. 75-141). A revolução tecnocientífica é chamada por alguns de terceira revolução industrial, ocorrida a partir da segunda metade do século XX, teve seu esplendor nos avanços dos meios de transporte e de comunicação, simbolizando o encurtamento das distâncias e a relativização latente da dimensão espaço tempo.

⁵⁹⁸ “O legislador fixa, de modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos, de modo que, em face da *tipificação de condutas* que promovem, pouca hesitação haverá do intérprete para determinar o seu sentido e alcance. Este poderá aplicar a norma mediante o processo mental conhecido como subsunção. Há uma espécie de pré-figuração, pelo legislador, do comportamento marcante, a ser levado em conta pelo intérprete, uma vez que o legislador optou por descrever a factualidade.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 297).

⁵⁹⁹ “... o caráter de *determinação ou tipicidade* que caracteriza a casuística (...) vem sendo apontado como um dos principais, senão o principal, fator de rigidez – e, por consequência, de envelhecimento – dos códigos civis. A razão está, conforme Natalino Irti, em que ‘o legislador cria um repertório de figuras e disciplinas típicas (...) ao qual o juiz pouco ou nada pode aduzir para o disciplinamento do fato concreto’. As disposições definitórias, tais como as da casuística, conduzem o intérprete a uma subsunção quase automática do fato sob o paradigma abstrato. Tem, portanto, esta técnica um caráter de rigidez ou imutabilidade, o qual ‘acompanha a pretensão de completude e ambição de dar resposta a todos os problemas da realidade.’ Em contrapartida, às cláusulas gerais é assinalada a vantagem da *mobilitade* proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém, do que o risco do imobilismo é afastado por esta técnica porque aqui é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 298).

⁶⁰⁰ “O objetivismo na interpretação da lei e da Constituição exprimiu sempre a posição predileta dos positivistas formais, daqueles que no século XIX, confiantes em fatores reinantes de estabilidade, fizeram do dogmatismo e do culto ou reverência ao texto da lei o mais seguro penhor das instituições produzidas pela estrutura política do Estado de Direito.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed., 2008, p. 455).

estruturas clássicas do Estado de Direito⁶⁰¹; a interpretação no estado contemporâneo de direito vê-se em meios de desvincular da vontade do legislador a vontade da lei, lançando mão a um voluntarismo judicial regrado pelos valores e princípios constitucionais e internacionais, com o intérprete utilizando-se de valorações transpessoais (coletivas e transindividuais) para proceder à colmatação dos conceitos vagos dispostos nos textos escritos,⁶⁰² cujos intérpretes são reenviados para a observância da realidade existencial e socioambiental presente no século XXI.

Desta feita, encerrada a época das codificações, com as Constituições assumindo o papel de centro do sistema, e inclusive imbuídas de cláusulas de abertura, que trazem para a senda constitucional os tratados internacionais de direitos humanos de terceira geração e a realidade socioambiental com as cláusulas abertas, assume o bloco de constitucionalidade o papel de referência axiológica ao preenchimento de conceitos indeterminados presentes no ordenamento contemporâneo, podendo-se chegar a um delineamento pelo menos tangencial da fundamentação do sistema, que passa a se circunscrever nas normativas principiológicas albergadas tanto pelo texto constitucional, quanto por aquelas normas a que o texto constitucional remete porque protetoras de direitos humanos, no âmbito internacional, e de direitos fundamentais, no âmbito nacional.⁶⁰³

⁶⁰¹ A vontade do legislador, para essa clássica concepção, é baseada na vontade do povo, pessoa soberana, o que redundou no voluntarismo judicial, e mais tarde serviu para fundamentar, para a doutrina de Bonavides, os regimes nazistas e fascistas.

⁶⁰² Antes da noção do constitucionalismo contemporâneo, cujos princípios estruturantes ganharam força normativa, a teoria pura do direito de Kelsen, e seu tempo e seu modo, já tinha operado esta substituição, do voluntarismo do legislador para o voluntarismo do juiz, contudo, para Kelsen, o voluntarismo judicial não podia ser balizado, pois situava-se em âmbito o qual o direito não poderia intervir, da discricionariedade do julgador. Para Kelsen “a interpretação é mais um ato de vontade que de cognição e quando o juiz se decide por uma das possibilidades interpretativas, essa eleição ou preferência se dá fora da esfera teórica, no âmbito da política do direito”. Desse modo, a ideia de neutralidade da ciência jurídica, posteriormente superada pelo constitucionalismo contemporâneo, fazia com que o intérprete e aplicador da norma, não obstante reconhecido utilizar-se de razões adicionais para colmatação de conceitos jurídicos indeterminados, atuasse de forma discricionária, ou seja, a eleição das razões adicionais estava adstrita ao âmbito da política do direito, descuidando-se, portanto, o direito de intervir no âmbito da política. O constitucionalismo posterior, cujo marco filosófico expressar-se-ia como pós-positivismo, viria a alterar esta concepção. (cf. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, *apud* BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed., 2008, p. 451-452).

⁶⁰³ No que concerne a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, é preciso ressaltar a lição de Blanca Martínez de Vallejo Fuster, no sentido de que “La distinción más unánimemente recogida reserva la expresión ‘derechos humanos’ para los derechos humanos positivados a nivel internacional (las Declaraciones y Convenios Internacionales), junto a aquellas exigencias básicas que, rodeadas de determinadas condiciones y relacionadas con la dignidad, igualdad y libertad de la persona, no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo. A su vez, restringe el término ‘derechos fundamentales’ para los derechos humanos positivados a nivel interno, es decir, los derechos humanos garantizados por los ordenamientos jurídico positivos estatales. De esta manera el criterio distintivo se basaría en el diferente grado de concreción positiva de estas dos categorías” (FUSTER, Blanca Martínez de Vallejo. Los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. In: Jesús Ballester *et alii* (org.), *Derechos Humanos, concepto, fundamentos, sujetos*. Ed. Tecnos, 1992, p. 44-45. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/14696r.pdf>; acesso: 07/12/2014). No mesmo sentido, a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, afirmando que “não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). (...) Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012, p. 29).

Se o início do século XX marcou, pois, o surgimento no tecido social de inúmeros novos sujeitos sociais e a necessidade de se tutelar novos bens jurídicos não individualizáveis, mediante atuação estatal que mais tarde se passou a denominar de políticas públicas, marcou também este cenário – poucas décadas mais tarde - a procura por uma nova forma de interpretação que não redundasse em métodos avalorados de aplicação do direito. Com o passar do tempo, percebendo-se que a neutralidade da ciência jurídica própria do sistema positivista poderia redundar em injustiças e atrocidades avaloradas,⁶⁰⁴ passou-se, já no início da segunda metade do século XX, a se invocar a necessidade da utilização de um parâmetro para a interpretação da norma integrada ao microsistema legislativo, em consonância com os valores e avanços que os direitos humanos (e fundamentais) vinham alcançando no âmbito internacional.

Para além da interpretação constitucional do direito, que o positivismo do século XX já bem delineava,⁶⁰⁵ passou-se a invocar a necessidade de uma interpretação convencional (de acordo com os parâmetros internacionais) dos conceitos jurídicos no direito, no intento de outorgar ao intérprete da norma jurídica a função de realizar uma adaptação normativa utilizando como parâmetro hermenêutico o rol de direitos humanos (caráter internacional integrado ao conceito de bloco de constitucionalidade) e fundamentais (caráter nacional porque já incorporados ao ordenamento nacional), ainda que expressos somente em normativas internacionais, mas integrados ao conceito de bloco de constitucionalidade em sentido amplo.⁶⁰⁶

Para que não redundasse num simplório simbolismo legislativo, a atividade interpretativa e judicial deveria promover efetivamente a construção do conteúdo destes direitos formalmente incorporados ao ordenamento, mas sem efetividade, não bastando para tanto a mera aderência pelo Estado brasileiro ao rol de direitos humanos, mas se passaria a necessitar da efetiva incorporação na prática interpretativa usual e jurisprudencial

⁶⁰⁴ O positivismo jurídico do século XX ao contrário do movimento formalista e legalista do século XIX pregava a ideia de que o sistema do direito não era avalorado, mas que o direito enquanto ciência não poderia se envolver com outras discussões que não fosse a normativa de acordo com sua validade, as valorações que sustentavam o direito então existiam e mereciam preocupação, mas não pelo jurista, devendo a discussão envolver outra disciplina, como a política do direito ou a sociologia do direito.

⁶⁰⁵ O procedimento construtivista, por meio do qual se pressupunha que uma lei era válida pela observância de uma norma de superior hierarquia, juntamente com o dogma da subsunção, são os dois pressupostos herdados do positivismo legalista, que embasaram a ciência jurídica dando a sua matriz individualista e despossuída de valoração.

⁶⁰⁶ A expressão bloco de constitucionalidade engloba os tratados internacionais que tratam de direitos humanos, e que segundo o artigo 5º, §§2º e 3º, da Constituição Federal, quando forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional em dois Turnos, por tres quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Segundo Gilmar Mendes, “a emenda não impede que se opte pela aprovação de tratados sobre direitos humanos pelo procedimento comum, meio que facilita o seu ingresso no ordenamento brasileiro. As normas do tratado, valerão nesse hipótese com status infraconstitucional. Os tratados aprovados antes da Emenda continuam a valer como normas infraconstitucionais, já que persiste operante a fórmula da aprovação do tratado com dispensa das formalidades ligadas à produção de emendas à Constituição da República. Nada impede, obviamente, que esses tratados anteriores à EC 45 venham a assumir, por novo processo legislativo adequado, status de Emenda Constitucional. Vale resgistro de precedentes do Supremo Tribunal Federal, posteriores à EC 45/2004, atribuindo status normativo e supralegal, mas infraconstitucional, aos tratados de direitos humanos.” (MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 260).

do conteúdo destes direitos para o desenvolvimento do próprio direito;⁶⁰⁷ o que corresponde a dizer que para além da interpretação lógico formal do ordenamento, necessitar-se-ia promover um ulterior juízo de adaptação da significação normativa – embasada na efetivação destes bens de natureza diferenciada – leia-se coletiva, mediante aquilo que vem se denominando de controle de constitucionalidade e convencionalidade da norma doméstica.⁶⁰⁸

A interpretação jurídica no século XXI ganha, portanto, uma nova compreensão. Após a consolidação do novo paradigma do constitucionalismo contemporâneo, notadamente após o mundo perceber que a ideia de neutralidade da ciência do direito redundou em exageros e injustiças embasadas na pretensa validade da lei e da norma jurídica interpretada hermeticamente, passa-se a dar maior ênfase ao labor hermenêutico do intérprete e às valorações necessárias para não afastar a lei e sua aplicabilidade dos valores e princípios morais inerentes à realidade socioambiental, materializados principalmente na concretização dos direitos humanos e fundamentais de terceira geração.

609

O processo de massificação social e o aparecimento de novos bens jurídicos não individualizáveis pelo direito, os quais não comportam a mesma normatização anteriormente predominante, fizeram com que sobreviesse o recuo do formalismo jurídico e da filosofia positivista, o que se manifestou expressivamente na libertação do juiz da vinculação estrita

⁶⁰⁷ Segundo André de Carvalho Ramos com a adoção e internacionalização dos direitos humanos, “*implantou-se formalmente o universalismo dos direitos humanos, inoculado pela adoção pelos estados do mesmo texto de direito humanos impostos nos tratados ratificados. Porém não basta a adoção da mesma redação de um determinado direito em dezenas de países que ratificaram um tratado para que o universalismo seja implementado. É necessário que tenhamos também uma mesma interpretação desse texto. Ou seja, é necessário que exista um mecanismo internacional que averigue como o Estado interpreta o texto adotado*”. Segundo este autor, o dilema típico do século XXI da atualidade brasileira é que “*ao mesmo tempo em que há a plena adesão brasileira à internacionalização dos direitos humanos não temos o hábito de aplicar a interpretação internacionalista desses mesmos direitos*” (RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 31).

⁶⁰⁸ Valério de Oliveira Mazzuoli de modo pioneiro desenvolveu o tema no Brasil através de sua tese de doutoramento, cuja síntese se encontra no artigo “teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”, que diz respeito, segundo ele, “*à possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das leis (ou dos atos normativos do Poder Público) não só tendo como parâmetro de controle a constituição, mas também os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos, mas não só eles) ratificados pelo governo e em vigor no país*” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*, p. 744-5. In: *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazco. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013, p. 744-778). Nas palavras de Valério Mazzuoli “*... para além do clássico controle de constitucionalidade, deve ainda existir (doravante) um controle de convencionalidade das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país*” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*, p. 745. In: *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazco. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013, p. 744-778).

⁶⁰⁹ Conquistas já vinham sendo alcançadas principalmente com a implementação de direitos sociais e da tutela do meio ambiente, orientada pelas intenções e esforços dos grupos e organizações internacionais, chegando a doutrina contemporânea a proclamar uma nova concepção de Estado de Direito Socioambiental, realizado mediante “o compromisso com um ambiente ecologicamente equilibrado (...) conciliado com a progressiva realização dos direitos sociais, econômicos, e culturais, de modo que, no assim chamado Estado de Direito Socioambiental – apoiado nos pilares da função social e ecológica da propriedade, na solidariedade intra e intergeracional e no princípio da proibição do retrocesso -, a noção de progresso e desenvolvimento somente faz sentido na perspectiva de uma sustentabilidade que integra, dinâmica e dialeticamente, os eixos do social, do econômico e do ambiental, de forma que nenhuma das três facetas assumam posição superior. A rigor, o novo paradigma não opera por hierarquia, mas por conveniência, o que, claro, não exclui o entendimento de que tudo se faz em favor e por conta da vida, em todas as suas formas e matizes.” (Prefácio de Antônio Herman Benjamin à obra de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, intitulada: *Direito Constitucional Ambiental. Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011).

das hipóteses de fato previamente definidas de modo estanque na lei. O estado social e ambiental de direito altera a estrutura e função da lei, e traz ao juiz a tarefa de ajustar o texto legal a critérios de justiça, cabendo ao intérprete agora incorporar as valorações incipientes da nova ética socioambiental vigente no século XXI, inclusive com as novas elaborações de âmbito internacionais inerentes aos direitos humanos e fundamentais. Ditas valorações, na atividade de preenchimento dos conceitos legais abertos, servirão para implementar e proteger estes novos bens jurídicos não individualizáveis e que portanto necessitam de tutela pelo direito, como o meio ambiente em todas as suas acepções, havendo de se proclamar a necessidade de que a atividade econômica seja direcionada pelo direito, e não o contrário (como vinha ocorrendo no século XX), de modo a se efetivar e realizar a tutela de um verdadeiro estado de bem estar social e com a natureza.

A percepção do reducionismo sofrido pela ciência jurídica com a centralização da teoria da subsunção (e das interpretações subjetivista/objetivista⁶¹⁰), e a profusão de idéias contrárias à exegese legalista,⁶¹¹ fizeram com que houvesse releituras ao paradigma da ciência jurídica como construção sistemática fechada e neutra, antes expressão de segurança jurídica e estabilidade social,⁶¹² havendo de se falar agora, nos idos do século XXI de um sistema jurídico aberto, poroso, em que não só a constituição federal como todos os tratados internacionais de direitos humanos e a realidade socioambiental incorporada pela doutrina e jurisprudência,⁶¹³ formam e circunscrevem a noção de sistema no direito,

⁶¹⁰ “Enquanto que o positivismo legalista propunha uma interpretação da lei de acordo com as intenções do seu legislador histórico, o positivismo conceitualista propõe o recurso à ficção de um legislador ‘razoável’, de um legislador que vai integrando (‘reescrevendo’, ‘reinterpretando’) continuamente cada uma das normas no seu contexto sistemático, de modo a que o ordenamento jurídico – de facto constituído por uma miríade de normas contraditórias – conserve sempre a sua integridade e coerência como sistema conceitual. O sentido da norma decorre, assim, não de intenções subjectivas (do seu legislador histórico), mas dos sentidos objectivos do seu contexto”. (HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*; Fundação Boiteux, 2005, p. 400).

⁶¹¹ As escolas anti-conceitualistas e anti-formalistas, com o naturalismo jurídico, a Escola do Direito Livre, a Escola Teleológica de Jhering, além da Jurisprudência dos Interesses, foram os movimentos que confrontaram o método subsuntivo de aplicação da lei, e travaram críticas ao método exegético de aplicação do direito.

⁶¹² Nesse sentido, Ricardo Luiz Lorenzetti aponta: “O direito civil codificado era auto-suficiente, não necessitava de outros textos para solucionar litígios. (...) Antes, se uma questão não podia ser resolvida segundo as leis civis, recorria-se ao soberano. Agora, ao contrário, resolve-se mediante leis análogas ou princípios gerais do direito. Finalmente, o Código foi expressão de uma ordem racional que propunha transcender todos os tempos e latitudes.” (LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos de Direito*. Trad. Bruno Miragem. Notas Cláudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais., 2009, p. 42-3).

⁶¹³ Claudia Maria Barbosa faz as seguintes considerações acerca de um judiciário socioambientalmente responsável: “A noção hegemônica de desenvolvimento vinculado ao fator crescimento econômico vem sendo questionada pelo chamado desenvolvimento sustentável. O desenvolvimento sustentável reúne prioritariamente as dimensões social e econômica da sustentabilidade, embora não exclua as demais dimensões. O socioambientalismo pressupõe a sustentabilidade e propugna por um novo modo de organização social que questiona alguns dos postulados do desenvolvimento sustentável, especialmente o padrão de consumo, a forma de proteção e titularidade dos recursos naturais e a noção de propriedade, em seus diferentes aspectos. A determinação constitucional de busca de uma sociedade digna, justa e solidária impõe ao poder público o dever de realizar políticas públicas e ações voltadas à sua concretização. O Judiciário tem um importante papel a cumprir na efetivação deste novo modelo de sociedade, mas para que possa assumir esse papel deve priorizar em sua reforma mecanismos que levem em conta pelo menos alguns dos seguintes aspectos: considerações de diferentes concepções de justiça e busca da justiça social; proteção ambiental e preservação dos recursos naturais; efetividade dos direitos humanos; reconhecimento e proteção de bens não suscetíveis de valor econômico; ênfase na proteção dos direitos coletivos indivisíveis; prioridade à função social e pública da propriedade quando em oposição ao interesse privado existente sobre ela; reconhecimento e afirmação do pluralismo jurídico; fortalecimento de uma democracia que ultrapasse os valores básicos da concepção representativa; defesa do juiz ativo, não pelo ativismo em si mesmo, mas pela obrigação que tem de exigir a realização de políticas públicas saudáveis e determinar a realização de políticas sociais; prioridade no combate à corrupção e aos crimes protegidos pela impunidade dos grupos privilegiados, porque estes colocam em risco a democracia e o estado de direito. Estas são as condições para que o Poder Judiciário assumira o protagonismo que a sociedade brasileira lhe exige, na consecução de

havendo de existir ainda – pela atividade hermenêutica – a possibilidade de elaboração de normativas embasadas em elementos extra sistemáticos, apenas orientados e parametrizados pela noção de bloco de constitucionalidade em sentido amplo, mas que carregam sua inspiração e substância em fontes consuetudinárias e em aspirações sociais, que reiteradamente observadas, são paulatinamente trazidas para o interior do sistema por intermédio das fontes jurisprudencial e doutrinária.

04.4.4 O bloco de constitucionalidade e o novo ideal de sistema jurídico do século XXI.

A expressão “bloco de constitucionalidade” surgiu no direito francês,⁶¹⁴ no início dos anos setenta, e ostentou uma evolução no seu conteúdo. A intenção do conceito, segundo Louis Favoreu e Francisco Rubio Llorente, foi buscar uma determinação aceitável das normas de referência ou “parâmetros” suscetíveis de regular a repartição de competência entre o Estado e as comunidades autônomas internacionais; a ideia de bloco invoca a de solidez, de unidade, um bloco é como um conjunto que não pode ser cindido ou dividido, e isto significa a sua importância e necessidade de continuação, perpetuação de sua existência ao longo das épocas. O bloco de constitucionalidade, portanto, na lição de Favoreu e Llorente, é integrado por elementos principais e marginais, consistentes os primeiros nas normas constitucionais e nas declarações de direitos humanos que possuem o mesmo *status* da carta constitucional, e os segundos, nos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da república.⁶¹⁵

A Constituição na sua definição limitada de estruturação do Estado estaria por demais circunscrita, limitada, quando a realidade nos impele a pensarmos o direito hoje como algo que vai além do âmbito estatal, à ordem internacional, principalmente no que se refere aos tratados de direitos humanos, cuja cláusula de abertura constitucional, prevista nos §§ 2º e 3º, do art. 5º, da Constituição Federal,⁶¹⁶ confere envergadura constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, desde que devidamente aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos

uma sociedade mais solidária, digna e justa.” (BARBOSA, Claudia Maria. Reflexões para um Judiciário Socioambientalmente Responsável. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.48, p.118-120, 2008).

⁶¹⁴ “El la doctrina francés, la expresión bloc de constituonnalité se utiliza para designar el conjunto de normas que el Conseil Constitutionnel aplica en el control previo de constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos parlamentarios. Este conjunto, al que ya alude una decisión de 1966, está integrado e todo caso por la Constitución y, por remisión del Preámbulo de ésta, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, que es realmente también una declaración de derechos, sobre todo de carácter social.” (FAVOREU, Louis. LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de la constitucionalidad. (simposium franco-español de Derecho constitucional). Editorial Civitas, Universidad de Sevilla, 1991, p. 105).

⁶¹⁵ Cf. FAVOREU, Louis. LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de la constitucionalidad. (simposium franco-español de Derecho constitucional). Editorial Civitas, Universidad de Sevilla, 1991, p. 17-34.

⁶¹⁶ **Art. 5º (...)** **§ 2º** - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. **§ 3º** Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

respectivos membros. Daí porque o bloco de constitucionalidade amplia o parâmetro de controle de constitucionalidade, devendo “abarcar os dispositivos do bloco como paradigma de confronto das leis e atos normativos infraconstitucionais”,⁶¹⁷ servindo inclusive como parâmetro hermenêutico para a atividade interpretativa e de aplicação do direito no contexto contemporâneo de criatividade jurisprudencial.

O bloco de constitucionalidade, para Juan-Sebastián Piniella Soares, é constituído por um conjunto de normas que não pertencem formalmente à Constituição, mas que possuem fundamentos capazes de impedir que se modifique ou altere por norma da mesma envergadura, possuindo assim também status constitucional.⁶¹⁸ Diego Mauricio Higuera Jiménez, na mesma toada, preleciona que o conceito de bloco pretende universalizar e harmonizar juridicamente os direitos e princípios internacionalmente reconhecidos que diretamente não se encontram vinculados às constituições nacionais, mas que devem ser levados em consideração para se resolver problemas de constitucionalidade de normas domésticas.⁶¹⁹

O Supremo Tribunal Federal fez a primeira referência ao conceito no julgamento da ADI 595-ES, de relatoria do Ministro Celso de Melo, tendo expressamente delineado a definição do significado de bloco de constitucionalidade como de *“fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos*

⁶¹⁷ Para André de Carvalho Ramos, o bloco de constitucionalidade “consiste no reconhecimento, ao lado da constituição, de outros diplomas normativos de estatura constitucional”. (RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 2ª ed., Saraiva, 2012, p.157-8)

⁶¹⁸ “(...) el ‘bloque de constitucionalidad’ está constituido por un conjunto de normas que no pertenecen formalmente a la Constitución, que tienen por tanto rango inferior a la misma y que son de igual rango que la norma cuya inconstitucionalidad puede provocar (...) La pertenencia de una norma a este bloque, la hace especialmente resistente, ya que no puede ser derogada o modificada, por ser atributiva de competencias, por otra norma aún cuando sea del mismo rango. (...) En consecuencia, la inconstitucionalidad de una ley o acto puede venir determinada no solamente por su inadecuación a la Constitución sino a todo el llamado ‘bloque de constitucionalidad’. Este conjunto de normas, denominadas también por la doctrina ‘interpuestas’, constituyen un conjunto normativo de desarrollo constitucional, especialmente protegido y resistente, y se considera como un parámetro que permite enjuiciar la inconstitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento jurídico.” (PINIELLA SORLI, Juan-Sebastián. Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad: encrucijadas de competencias. Ed. Bosch., primera edición, 1994, Barcelona, p. 49-50).

⁶¹⁹ “En lo que concierne al Bloque de Constitucionalidad, no solo hablamos estricto sensu del articulado de la Carta Política como norma superior, por el contrario el constitucionalismo contemporáneo claramente ha difundido que las constituciones no son memorias inmutables, y no pueden ser reducidas a un compendio de texto exegético, es por esta razón que el llamado ‘bloque de constitucionalidad’ em términos genéricos pretende universalizar y armonizar juridicamente los derechos o principios internacionalmente reconocidos que directamente no se encuentran vinculados directamente en el texto constitucional pero que deben tenerse en cuenta al momento de resolver un asunto de constitucionalidad”. Resulta de gran importancia mencionar que las leyes fundamentales usualmente se remiten ya sea de manera expresa o tácita a valores y principios, que no necesariamente se encuentran expresos en la Carta Magna, y es fundamental su aplicación en la práctica tanto que su relevancia incide en los procedimientos y decisiones judiciales, en este orden de ideas, es la misma Constitución pilar fundamental que otorga la fuerza constitucional de esas otras normas, sin embargo desde el punto de vista de la seguridad jurídica y la posibilidad de la arbitrariedad judicial puede cuestionarse la indeterminación de otras normas que pertenecan al articulado constitucional, pero de otro lado, también resulta inaceptable el hecho de permitir el aniquilamiento de las Constituciones teniendo como consecuencia no resolver un caso de manera idónea por ausencia de normas constitucionales explícitas, a pesar de la remisión por parte de la misma *lex legum*. (...) la concepción de Bloque de Constitucionalidad que tenemos refiere, de manera significativa a los tratados internacionales de derechos humanos, configurándose una problemática que hace referencia a la influencia del ordenamiento nacional por parte de las normas internacionales, lo cual permite reivindicar el amparo y protección integral de los derechos humanos” (HIGUIERA JIMENEZ, Diego Mauricio. Bloque de Constitucionalidad em Colombia: jurisprudência y doctrina: una propuesta de rigor y garantía. Ed. Académica Española, 2012, p. 88-90).

atos estatais contestados em face da Carta Política".⁶²⁰ Aventou o Ministro Celso de Melo que para delinear a própria ideia de Constituição e as premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência, no determinado momento histórico de sua interpretação,⁶²¹ é preciso que "... sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado." Bem por isto, aventou o Ministro, que a Constituição da República, muito mais do que o "conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima", eis porque os tratadistas (citando Jorge Xifra Heras, "Curso de Derecho Constitucional", p. 43), "em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a

⁶²⁰ ADI 595, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 18/02/2002, publicado em DJ 26/02/2002 PP-00021 RTJ VOL-00200-02 PP-01019

⁶²¹ A este respeito orienta o insigne ministro do STF Celso de Mello, que "(...) a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará a própria noção do que é constitucional ou inconstitucional, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade. Não obstante essa possibilidade de diferenciada abordagem conceitual, torna-se inequívoco que, no Brasil, o tema da constitucionalidade ou inconstitucionalidade supõe, no plano de sua concepção teórica, a existência de um duplo vínculo: o primeiro, de ordem jurídica, referente à compatibilidade vertical das normas inferiores em face do modelo constitucional (que consagra o princípio da supremacia da Carta Política), e o segundo, de caráter temporal, relativo à contemporaneidade entre a Constituição e o momento de formação, elaboração e edição dos atos revestidos de menor grau de positividade jurídica. Vê-se, pois, até mesmo em função da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 169/763, Rel. Min. PAULO BROSSARD), que, na aferição, em abstrato, da constitucionalidade de determinado ato normativo, assume papel relevante o vínculo de ordem temporal, que supõe a existência de uma relação de contemporaneidade entre padrões constitucionais de confronto, em regime de plena e atual vigência, e os atos estatais hierarquicamente inferiores, questionados em face da Lei Fundamental. Dessa relação de caráter histórico-temporal, exsurge a identificação do parâmetro de controle, referível a preceito constitucional, ainda em vigor, sob cujo domínio normativo foram produzidos os atos objeto do processo de fiscalização concentrada. Isso significa, portanto, que, em sede de controle abstrato, o juízo de inconstitucionalidade há de considerar a situação de incongruência normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Carta Política (vínculo de ordem jurídica), desde que o respectivo parâmetro de aferição ainda mantenha atualidade de vigência (vínculo de ordem temporal). Sendo assim, e quaisquer que possam ser os parâmetros de controle que se adotem - a Constituição escrita, de um lado, ou a ordem constitucional global, de outro (LOUIS FAVOREU/FRANCISCO RUBIO LLORENTE, "El bloque de la constitucionalidad", p. 95/109, itens ns. I e II, 1991, Civitas; J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional", p. 712, 4ª ed., 1987, Almedina, Coimbra, v.g.) - torna-se essencial, para fins de viabilização do processo de controle normativo abstrato, que tais referências paradigmáticas encontrem-se, ainda, em regime de plena vigência, pois, como precedentemente assinalado, o controle de constitucionalidade, em sede concentrada, não se instaura, em nosso sistema jurídico, em função de paradigmas históricos, consubstanciados em normas que já não mais se acham em vigor. É por tal razão que, em havendo a revogação superveniente da norma de confronto, não mais se justificará a tramitação da ação direta, que, anteriormente ajuizada, fundava-se na suposta violação do parâmetro constitucional cujo texto veio a ser suprimido ou substancialmente alterado. Bem por isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o regime constitucional anterior, tem proclamado que tanto a superveniente revogação global da Constituição da República (RTJ 128/515 - RTJ 130/68 - RTJ 130/1002 - RTJ 135/515 - RTJ 141/786), quanto a posterior derrogação da norma constitucional (RTJ 168/436 - RTJ 169/834 - RTJ 169/920 - RTJ 171/114 - RTJ 172/54 - ADI 296-DF - ADI 512-PB - ADI 1.137-RS - ADI 1.143-AP - ADI 1.300-AP - ADI 1.885-DF-Questão de Ordem - ADI 1.907-DF-Questão de Ordem), por afetarem o paradigma de confronto, invocado no processo de controle concentrado de constitucionalidade, configuram hipóteses caracterizadoras de prejudicialidade da ação direta, em virtude da evidente perda de seu objeto: (...)"cf. ADI 595, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 18/02/2002, publicado em DJ 26/02/2002 PP-00021 RTJ VOL-00200-02 PP-01019).

compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global.⁶²²

O bloco de constitucionalidade amplo ou material consiste na utilização como parâmetro de todos os tratados de direitos humanos do qual o Brasil seja parte, independentemente de estarem ou não recepcionados pelo quórum qualificado previsto na carta constitucional. Não é aceito pela maioria da doutrina como parâmetro de controle de constitucionalidade, ressaltando-se a relevante lição de Flávia Piovesan, acompanhada de alguns outros respeitáveis doutrinadores, que assumindo posicionamento diverso do Supremo Tribunal Federal,⁶²³ outorgam *status* constitucional aos tratados de direitos humanos mesmo não recepcionados pelo quórum qualificado, *verbis*:⁶²⁴

“(…) Acredita-se, ao revés, que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial com o valor da dignidade humana – que é valor fundante do sistema constitucional. Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, §2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados. (...) O caráter especial vem a justificar o status constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”.⁶²⁵

⁶²² Sob tal perspectiva, diz o Ministro Celso de Melo, que se “acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluralizando-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar - quer elasticando-as, quer restringindo-as - as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política” (cf. ADI 595, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 18/02/2002, publicado em DJ 26/02/2002 PP-00021 RTJ VOL-00200-02 PP-01019).

⁶²³ O STF em julgamento recente entende que o status dos tratados de direitos humanos quando não recepcionados pelo quórum qualificado deve ser de natureza supralegal, ou seja, acima das leis ordinárias e complementares, mas abaixo da constituição. Ver nesse sentido: RE 466343, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104, divulgado 04-06-2009, Publicado 05-06-2009.

⁶²⁴ “A constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. (...) Há que enfatizar ainda que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam valor de norma constitucional. (...) Sustenta-se, assim, que os tratados tradicionais têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Esse posicionamento se coaduna com o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional (o *pacta sunt servanda*), e que tem como reflexo o art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual não cabe ao Estado invocar disposições de seu Direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado” (PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 11ª edição, Saraiva, 2010, p. 59-60).

⁶²⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 11ª edição, Saraiva, 2010, p. 64-5).

André de Carvalho Ramos no mesmo sentido anota posição similar sustentando que a redação originária da Constituição de 1988 previu “o conceito de bloco de constitucionalidade amplo, ao dotar os tratados de direitos humanos de estatuto equivalente à norma constitucional (de acordo com o artigo 5º, §2º)”, porém anota que esta posição é minoritária até o momento, aceitando assim um bloco de constitucionalidade restrito, que só abarca os tratados aprovados pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.⁶²⁶ Assim o bloco de constitucionalidade formal ou restrito engloba apenas os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e que sejam formalmente recepcionados pelo legislativo mediante o quórum qualificado de emenda constitucional.

Servirá, portanto, de parâmetro de controle de constitucionalidade, segundo o entendimento majoritário, o conceito de bloco de constitucionalidade restrito. Porém, como parâmetro interpretativo para se delimitar e iluminar a interpretação das normas jurídicas internas, notadamente aquelas leis que por seu conteúdo semântico vago, logrem por conduzir o intérprete a um reenvio interpretativo, às vezes até mesmo para elementos situados originalmente fora do sistema, mas que com a eleição de um dos significados que possuem – e com as razões adicionais para se realizar tal mister – deverão pois ser reinseridos no sistema, assim observando os parâmetros convencionais, ainda que não incorporados formalmente no ordenamento jurídico doméstico mediante quórum qualificado (ostentando assim parâmetro supralegal). Ou seja, tanto as razões adicionais da significação normativa com o comportamento social albergado, quanto o próprio preenchimento do conteúdo indeterminado da norma jurídica, deverão estar em consonância ou em harmonia com a carga principiológica constitucional entendida pela noção de bloco de constitucionalidade em sentido amplo, pois além dos tratados que ostentem *status* constitucional, também a construção da norma doméstica deverá observar o parâmetro da supralegalidade, consistente nos tratados não ratificados, mas ainda não recepcionados pelo quórum qualificado.⁶²⁷

J. J. Gomes Canotilho esclarece a necessidade do controle de constitucionalidade sob uma perspectiva mais ampla, delineando as duas posições doutrinárias, *verbis*:

⁶²⁶ RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 2ª ed., Saraiva, 2012, p.247-248.

⁶²⁷ Sem perceber esta peculiaridade, ou talvez percebendo mas adotando posicionamento diverso, tem-se a relevante posição de André de Carvalho Ramos, para quem: “... a constitucionalização do direito, fenômeno pelo qual todas as normas do ordenamento sofrem influência dos comandos constitucionais, é agora regida pelas normas da Constituição e ainda pelas normas dos tratados celebrados sob o rito especial. A filtragem constitucional do ordenamento, ou seja, a exigência de coerência de todo o ordenamento aos valores da Constituição passa a contar também com o filtro dos valores existentes nesses tratados de rito especial. Consequentemente, as normas paramétricas de confronto no controle de constitucionalidade devem levar em consideração não só a Constituição mas ainda os tratados celebrados pelo rito especial. Portanto, cabe acionar o controle abstrato de constitucionalidade, em todas as suas modalidades, para fazer valer as normas previstas nesses tratados. Por exemplo, cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental quer de preceito fundamental previsto na constituição quer nesses tratados. Em terceiro lugar, cabe recurso extraordinário quando a decisão impugnada contrariar dispositivo da Constituição ou dos tratados celebrados sob o rito especial.” (RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 2ª ed., Saraiva, 2012, p.248).

“Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao **parâmetro constitucional**. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo 'espírito' ou pelos 'valores' que informam a ordem constitucional global. (...)”⁶²⁸

Leciona Canotilho ademais que o parâmetro do bloco de constitucionalidade na sua acepção global viria a delinear “não apenas os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer estado de direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas”.⁶²⁹ Afirma este autor que a constituição como um todo pode servir de referência ou parâmetro normativo, seja em relação “às suas regras de competência e de procedimento legislativo, como aos seus princípios materiais e valores nela incorporados”, considera, pois, não somente o texto da constituição, mas sim todo o “programa normativo constitucional”, assentando que “há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco de constitucionalidade’ a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional como forma de densificação ou revelação específica de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas”.⁶³⁰

Os efeitos de uma interpretação à luz do bloco de constitucionalidade, por outro lado, não podem ser ofuscados pela pretensão relativista de se entender que os direitos humanos não são universalmente aceites, face o multiculturalismo reinante nas sociedades pós coloniais, porquanto a universalidade que se pretende impor aos povos é para que tenham um mínimo ético na interpretação e aplicação de seus direitos, sem pretender

⁶²⁸ CANOTILHO. J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2ª edição, Almedina, Coimbra, Portugal, 1998, Capítulo 2 “O Sistema de Controlo da Constitucionalidade na Constituição de 1976”, item “C”, 1, p. 811/812.

⁶²⁹ “Mas o que deve entender-se por princípios consignados na constituição? Apenas os princípios constitucionais escritos ou também os princípios constitucionais não escritos? A resposta mais aceitável, dentro da perspectiva principialista subjacente ao presente curso, é a de que a consideração de princípios constitucionais não escritos como elementos integrantes do bloco de constitucionalidade só merece aplauso relativamente a princípios reconduzíveis a uma densificação ou revelação específica de princípios constitucionais positivamente plasmados (...). O parâmetro da constitucionalidade não se reduz positivamente às regras e princípios escritos nas leis constitucionais; alarga-se, também, a outros princípios não expressamente consignados na constituição, desde que tais princípios ainda se possam incluir no âmbito normativo-constitucional.” (CANOTILHO. J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2ª edição, ob. Cit., item “C”, 2, p. 812)

⁶³⁰ CANOTILHO. J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição, 5ª edição, Livraria Almedina Coimbra, 2001, item “C”, 2, p. 813.

destruir ou aniquilar o multiculturalismo, característica inequívoca e rica que possuem os países pós coloniais. André de Carvalho Ramos, aliás, a este respeito, leciona a necessidade de reafirmação do universalismo no respeito ao mínimo ético dos direitos humanos, ainda que com algumas mitigações, mas cujas concepções valorativas devem abarcar o respeito pelas diversidades, aduzindo que:

“Não se trata de buscar, assim, um denominador comum mínimo dos diversos valores culturais, que aceita diversas condutas humanas apenas por serem integrantes de tradições culturais, em sacrifício da dignidade da pessoa humana, mas de se afirmar que a pluralidade de culturas e orientações religiosas (ou de cosmovisões) devem ser respeitadas com o reconhecimento da liberdade e participação com direitos iguais para todos. THAROOR, em feliz síntese, considera que a aceitação de justificativas ‘culturais’ a condutas violatórias a direitos humanos carrega forte acento totalitário, na medida em que pode significar a coerção daqueles que, embora membros da comunidade, não mais se identificam com seus valores. Sempre é bom lembrar que o relativismo cultural da temática dos direitos humanos pode, à custa da liberdade, restringir os indivíduos a papéis preestabelecidos, o que nos mostra o caráter libertário e de ruptura da temática dos direitos humanos. O argumento cultural de relativização à universalidade dos direitos humanos somente pode ser aceito como cláusula de salvaguarda àqueles que assim desejarem exercer seus direitos de escolha, mas nunca para coagir outros a se submeterem a determinados comportamentos apenas por se tratar de ‘prática tradicional’. Como sustenta BIELEFELDT, (...) Nos direitos humanos não interessa a preferência abstrata de cada indivíduo em relação à comunidade ou até a dissolução da solidariedade comunitária em uma sociedade atomista, mas interessa, isso sim, a coerente imposição da liberdade política e jurídica. A reivindicação por liberdade dos direitos humanos refere-se tanto contra as imposições estatais e comunitárias, como contra a involuntária exclusão da sociedade.”⁶³¹

Portanto, percebe-se a lenta e gradual evolução porque passou a “ciência” jurídica, na medida em que superou o dogmatismo positivista, e, com a relativização do dogma da subsunção, abarcou os conceitos vagos e os princípios jurídicos como método de estruturação e valoração da ciência do direito, utilizados atualmente como forma de incorporação de direitos transindividuais no programa normativo do atual sistema jurídico do século XXI. Estes conceitos indeterminados que operam reenvios, nesse sentido, teriam a sua *fattispecie* necessariamente concretizada por valores constitucionais adstritos ao conceito de bloco de constitucionalidade em sentido amplo.⁶³² E estes valores, *standards* (ou arquétipos estruturais) ou mesmo princípios, aos quais o intérprete é reenviado, possuem fontes oriundas da construção do sistema agora aberto⁶³³, sendo ainda que em

⁶³¹ RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 2ª ed., Saraiva, 2012, p.157-8.

⁶³² O bloco de constitucionalidade amplo ou material consiste na utilização como parâmetro de todos os tratados de direitos humanos do qual o Brasil seja parte, independentemente de estarem ou não recepcionados pelo quórum qualificado previsto na carta constitucional. Ir-se-á mais à frente tratar a respeito deste tema.

⁶³³ “... nas cláusulas gerais, a concretização da valoração e a formação da estatuição só pode operar perante o caso concreto, ou em face de grupos de casos considerados como ‘tipicos’. Não é viável, aqui, a abstração generalizante, a qual, por ser generalizante, ‘tipifica’ e encerra, em determinados e fixos róis, o que é geral e o que é excepcional. Pelo contrário, porque não há, na própria norma, esta fixação puncualizada da consequência jurídica correlata à hipótese legal, haverá, a par da necessidade de precisar a hipótese, mediante o processo de reenvio, o dever de estabelecer a consequência conforme o instrumental oferecido pelo sistema, do que derivará uma imensa potencialidade de sua formação, tarefa para a qual, inclusive, é chamada a cooperar a doutrina.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 340-1).

um primeiro momento encontrados fora do sistema, mas com a reiteração de casos semelhantes, paulatinamente vetorizados pela jurisprudência e doutrina para dentro do sistema, operando o que Martins-Costa denomina de ressystematização de um elemento originalmente extra-sistemático. Daí porque ocorre efetiva criação judicial do direito com ênfase no caso concreto. Para a autora, portanto, os conceitos abertos utilizam:

“(…) no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluída’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a *ressystematização* destes elementos originalmente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”⁶³⁴

O processo de *reenvio* do intérprete para elementos externos ao sistema⁶³⁵ seria compreendido como uma valoração social⁶³⁶ ou mesmo como um valor constitucional implícito, que recepcionado mediante integração valorativa, traria à linguagem legislativa uma nova concepção de lei, mais aberta, mais perene e atual, e muito mais ligada à equidade, por ser moldável e adaptável ao caso concreto, na forma da mensuração equitativa do intérprete, que possui como parâmetro normativo para este exercício hermenêutico o próprio conceito de bloco de constitucionalidade,⁶³⁷ que engloba os direitos humanos ratificados pelo país, abrindo-se a questão se estes direitos internacionais seriam somente aqueles ratificados pelo país formalmente, ou se poderiam englobar também as fontes do direito internacional compreendidas pela doutrina como *jus cogens* e *hard law*.⁶³⁸

⁶³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 303.

⁶³⁵ Como por exemplo, a regra do *venire contra factum proprium*, integrante da boa-fé objetiva, que corresponde à máxima de conduta que coíbe incorrer em comportamento contraditório, retirada da realidade social e da observância dos comportamentos reiterados no seio social, assim também quanto às regras do “não fazer aos outros aquilo que não se quer que se faça contra si mesmo”, expressada pela regra do “*tu quoque*”; e ainda quanto ao “*duty to mitigate the loss*”, que é o dever de mitigar o próprio prejuízo, extraído da realidade social e incorporado no sistema mediante reenvio do intérprete para à observância do comportamento social.

⁶³⁶ Nas palavras de Judith Martins-Costa, tratar-se-ia de uma “valoração tipicizante” entendida como a “regra social” que detendo relevo e recalitrância no seio da sociedade, é objetivamente vigente no ambiente social, formando um arquétipo devidamente operado (reinserido no sistema) pela fonte jurisprudencial. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 334-7).

⁶³⁷ Quer-se dizer que o intérprete ou aplicador da norma deverá realizar um controle de constitucionalidade e convencionalidade da legislação doméstica, como ensina Gonzalo Aguilar Cavallo, “*el control de convencionalidad alude a la facultad de los magistrados de contrastar la norma dictada por el poder legislativo – y, eventualmente, por el poder constituyente – con la norma contenida em los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado para hacer prevalecer estas últimas sobre las normas emanadas del poder legislativo y, a fortiori, sobre las normas emanadas del poder ejecutivo. En nuestra opinión, el control normativo internacional que debe realizar el juez nacional, una de cuyas manifestaciones es el control de convencionalidad, se extiende asimismo a las otras fuentes normativas del derecho internacional, esto es, la costumbre y los principios generales. Compreendidas dentro de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos se encuentran, por cierto, las normas de ius cogens, que no son una fuente formal em cuanto tal pero que si introducen en el derecho internacional el principio de jerarquía normativa material*”. (CAVALLO, Gonzalo Aguiar. Quién es el guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?. In: Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazco. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013, p. 721).

⁶³⁸ As fontes do direito internacional que se utilizam para alçar normatividade às obrigações procedimentais de resolução de conflitos internacionais, e que poderiam servir de parâmetro para a interpretação doméstica daí, estariam previstas na Carta das Nações Unidas, que operou o artigo 38 do Estatuto da Corte internacional de Justiça, promulgado no Brasil pelo Decreto N° 19.841, de 1945, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto, que estabelece que a Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que lhe sejam submetidas, deverá aplicar: a) as convenções internacionais,

O parâmetro para o desiderato interpretativo hodiernamente, pelo menos para efeitos deste trabalho, deve referendar ao conceito de bloco de constitucionalidade em sentido amplo, sendo certo que somente com um parâmetro na atividade interpretativa é que se é capaz de estabelecer limites para a discricionariedade do intérprete, obedecendo ao regramento dos direitos humanos e do mínimo ético aceito internacionalmente como norte condutor da evolução social. Somente assim se estará realmente contribuindo para a construção sistemática do direito atualmente, porque não basta com Cannaris falar que o sistema é aberto, ou móvel, mas é preciso tecer um parâmetro interpretativo para a criatividade jurisprudencial, máxime quando se vê um judiciário ativo e proficiente, comprometido com a justiça social e equidade de suas decisões, indo por vezes, muito além da mera literalidade do texto legal, fugindo também da interpretação dogmática das normas, mas efetivamente construindo a solução de casos concretos amparado em princípios implícitos ao ordenamento ou mesmo na observância da realidade dos comportamentos sociais.⁶³⁹

Toda a legislação doméstica, portanto, deve ser interpretada com base e sob as luzes dos princípios constitucionais e internacionais,⁶⁴⁰ mas não só aqueles que estejam abstratamente previstos na carta, implícita ou expressamente, mas também com base naqueles tratados de direitos humanos que ostentem qualidade de norma constitucional, e

sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) os costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; c) os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; d) as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59, que prevê que a decisão da Corte não é obrigatória senão para as partes em litígio e respeito ao caso alvo de decisão. Outra questão é que mesmo com o estabelecimento destas fontes, a princípio vinculantes (*hard law*), o próprio estatuto não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono* (conforme o correto e válido), se convier às partes. Há que se mencionar também como fonte do direito internacional, as resoluções internacionais, que exercem um poder meramente político, ou seja, influenciam a opinião dos juristas, e podem ou não refletir nas legislações locais. Há ainda as normas *soft law* que podem ser resumidas pelos a) atos unilaterais de Estados; pelos b) atos unilaterais de organizações internacionais e as decisões de organizações internacionais; as normas *soft law* de caráter flexível, são não vinculantes e tratadas como meros parâmetros interpretativos pela doutrina especializada (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público. 5ª edição, Ed. JusPodivm, 2013, p. 69-82).

⁶³⁹ Vide o caso do aborto de fetos anencéfalos, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, para facultar às grávidas, com diagnóstico de feto anencefálico, a antecipar o parto, ante a má formação fetal congênita supostamente incompatível com a vida intra-uterina. No julgamento do STF fixou-se o direito à liberdade, à privacidade e à autonomia reprodutiva da gestante, além de restar declarado que a imposição da gravidez até seus ulteriores termos fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde das mulheres, mesmo inexistindo no ordenamento jurídico brasileiro qualquer exceção legal à punibilidade da prática da conduta do aborto nesta situação (levando em consideração que não há risco à vida da gestante e nem tampouco se trataria de gravidez decorrente de estupro – únicas exceções legais previstas na legislação penal nacional), havendo ampla discussão se haveria ou não vida fetal no caso de diagnóstico comprovado de anecefalia, posto que a ultimização da vida se dá com a morte encefálica, utilizou-se de parâmetro equivalente para aferir a inexistência de vida cerebral num feto anencefalo.

⁶⁴⁰ Flávia Pivesan propõe uma classificação dos direitos previstos na constituição, para ela, os direitos “seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição). Logo, se os direitos implícitos apontam para um universo de direitos imprecisos, vago, elástico e subjetivo, os expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte compõe um universo claro e preciso. Quanto a estes últimos, basta examinar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil para que se possa delimitar, delinear e definir o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos”. (PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 11ª edição, Saraiva, 2010, p. 58).

integrem assim a noção de bloco de constitucionalidade,⁶⁴¹ como parâmetro para o controle de constitucionalidade e convencionalidade, servindo como referência hermenêutica para a atividade interpretativa no direito contemporâneo.⁶⁴²

E quando se utilize de tratados internacionais ratificados e em vigor no país, mas que não se enquadrem nas disposições previstas no art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal,⁶⁴³ ou seja, não tenham sido recepcionados mediante quórum qualificado, serão dotados segundo entendimento atual do STF⁶⁴⁴ de natureza supralegal,⁶⁴⁵ havendo de falar daí em sua natureza de supralegalidade,⁶⁴⁶ podendo-se entender, pois, que a interpretação nestes casos, pelo menos da legislação ordinária, deverá ser feita segundo os parâmetros da supralegalidade.

Assim, deverá haver a compatibilidade vertical da norma jurídica (resultado da interpretação do texto) tanto com os tratados de direitos humanos em vigor no país (*status*

⁶⁴¹ Eduardo Ferrer Mac-Gregor assenta a respeito do conteúdo do Bloco de Constitucionalidade: "(...) En principio, el parámetro del 'control difuso de convencionalidad' por parte de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad, es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la CorteIDH que la interpreta. La última parte de la doctrina jurisprudencial respectiva así lo prevé: 'En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado (Pacto de San José), sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.(...)' (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. In: Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazco. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013, p. 671.

⁶⁴² Leciona Valério Mazzuoli portanto, que "a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante validade no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela até ser considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados -, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna inválidas as normas jurídicas de direito interno." (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, p. 747. In: Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazco. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013, p. 744-778)

⁶⁴³ **Art. 5º** (...) **§2º** - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. **§ 3º** Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁶⁴⁴ Ver RE 466343, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julg. em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-16, cuja ementa assim descreve: "PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. **Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

⁶⁴⁵ Segundo destacado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 466.343/SP, em seu aditamento ao voto, "... a aprovação do texto do tratado e a ratificação pelo Presidente da República são necessários, porém não suficientes à existência da norma internacional. Daí que a inaplicabilidade de disposições previstas em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Executivo é possível, tanto no âmbito interno quanto internacional, no caso de ausência de ratificação pelo outro Estado-parte ou de não consubstanciada alguma outra condição prevista. Ora, se o texto constitucional dispõe sobre a criação de normas internacionais e prescinde de sua conversão em espécies normativas internas - na esteira do entendido no RE 71.154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, Pleno, DJ 25.8.1971 - deve o intérprete constitucional inevitavelmente concluir que os tratados internacionais constituem, por si sós, espécies normativas infraconstitucionais distintas e autônomas, que não se confundem com as normas federais, tais como decreto-legislativo, decretos executivos, medidas provisórias, leis ordinárias ou leis complementares(...)" (cf. RE 466.343/SP, p. 1327).

⁶⁴⁶ "(...) todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade e no segundo, o seu controle de supralegalidade." (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, p. 746. In: Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazco. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013, p. 744-778).

constitucional), quanto com aqueles tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à emenda constitucional nº 45, que alterou o §3º do art. 5º da Constituição Federal, estes últimos que ostentam *status* de supra legalidade segundo entendimento atual do Supremo Tribunal Federal.⁶⁴⁷

Questão que pode ser feita é se, eventualmente, a norma estiver em consonância com o parâmetro supralegal, do tratado internacional que não ostenta grau constitucional, e estiver, ao mesmo tempo, em contradição com o parâmetro da convencionalidade, derivado do conceito de bloco de constitucionalidade, existindo aí um conflito entre tratados internacionais, que deve ser resolvido mediante ponderação, inerente à conflituosidade de direitos fundamentais, atribuindo-se um peso diferenciado a cada valor protegido.

A característica da supralegalidade segundo entendimento brasileiro é derivada de um tratado protetivo de direitos humanos, mas incorporado ao ordenamento anteriormente à emenda constitucional nº 45, portanto, sem observar o quórum qualificado, havendo de se questionar aí qual o valor preponderante, utilizando-se do método de ponderação de princípios, podendo ser adotada a noção de bloco de constitucionalidade em sentido amplo. Pode acontecer, pois, que os direitos humanos dotados da característica da supralegalidade sejam de fato, ainda que anteriores e de natureza hierarquicamente inferior, dotados de maior relevância, de modo a neste caso se integram ao bloco de constitucionalidade em sentido amplo, e portanto, colmatam a vagueza semântica do conceito jurídico indeterminado em correspondência a este parâmetro.

Há de se destacar ainda o entendimento de que mesmo não recepcionado o tratado pelo quórum qualificado, mas sendo de inequívoca característica de direito humanos, direitos fundamentais, portanto, porque integralizados ao ordenamento anteriormente à exigência do quórum qualificado, ostentando caráter de supralegalidade, ainda assim, há de se entender que integra o conceito de bloco de constitucionalidade em sentido amplo, sendo portanto este o parâmetro a se seguir. Mais protetivo aos direitos humanos, ainda que ostente caráter supralegal, deve-se lhe conferir natureza de parâmetro interpretativo para a colmatação de normas jurídicas domésticas.⁶⁴⁸

⁶⁴⁷ Veja-se que o conceito de bloco de constitucionalidade, ideia de Louis Favoreu, mas desenvolvido pelas ADIs 595 e 514 pelo Ministro Celso de Mello, consiste no conjunto de normas materialmente constitucionais, que servem de paradigma de constitucionalidade, mas não necessariamente integram formalmente a Constituição. Contudo, é preciso ressaltar que neste conceito de bloco de constitucionalidade não estão incluídas as normas infraconstitucionais. Assim se uma norma ofende uma lei mas não viola diretamente a constituição, não é possível realizar-se o controle de constitucionalidade. Esta lei que fica entre a constituição e a norma objeto de questionamento recebe o nome de norma interposta, segundo precedentes do STF não pode ser aferida para efeitos de controle de constitucionalidade, conforme ADI 2122, julgada em 2000, e relatada pelo Min. Ilmar Galvão.

⁶⁴⁸ Cite-se os exímios doutrinadores Flávio Piovesan e Cançado Trindade que assentam a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, independentemente de terem eles sido recepcionados mediante o quórum qualificado, conforme CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, nº 113-118, 1998. pp. 88-89; e PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83.

A interpretação jurídica, assim, deve ser realizada em conformidade com os princípios normativos (cujo teor e conteúdo podem ser expressa ou implicitamente retirados da noção de bloco de constitucionalidade em sentido amplo) que formam os valores fundantes agasalhados pelo sistema jurídico agora não mais fechado e hermético, mas poroso, circunscrito por normativas constitucionais e internacionais, e cuja dimensão operativa dos textos legais que agasalham remete o intérprete por vezes para valores existentes fora do sistema, que se integram como aspirações sociais, mas que são reinseridos na construção sistemática do direito mediante as fontes jurisprudencial, doutrinária, ou mesmo consuetudinária, mediante a atividade criativa do intérprete, tendo como parâmetro de circunscrição a dimensão da convencionalidade para além da constitucionalidade.

Diante disso, pode-se afirmar que a noção de sistema no direito do século XXI alcançou uma clara evolução do seu conteúdo, e se nos seus primórdios tratava-se de um sistema fechado que enxergava apenas um único sujeito social, albergado por conceitos legais cuja aplicabilidade era meramente lógica silogística, deduzidos de hipóteses e consequências previamente estabelecidas em legislações estanques, hoje alcança notória mutação em seu conteúdo, na medida em que passa a se estruturar em normativas dependentes de valorações, que por vezes remetem o intérprete para fora do sistema, a elementos consuetudinários oriundos da realidade socioambiental ou por vezes do inconsciente coletivo de um povo, os quais para serem reinseridos no sistema devem inelutavelmente passar por uma filtragem de conteúdo mediante os parâmetros estabelecidos na normativa constitucional e internacional, inerente ao conceito de bloco de constitucionalidade de tutela dos direitos humanos.⁶⁴⁹

Flávia Piovesan, em seu profícuo texto intitulado “direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano”, identifica a emergência de um novo paradigma jurídico, que denomina de “trapézio centrado no *Human Rights approach*”, afirmando que:

“por mais de um século, a cultura jurídica latino-americana tem adotado um paradigma jurídico fundado em 3 (três) características essenciais: a) a pirâmide com a Constituição no ápice da ordem jurídica, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen, na afirmação de um sistema jurídico endógeno e autorreferencial (observa-se que, em geral, Hans Kelsen tem sido equivocadamente interpretado, já que sua doutrina defende o monismo com a primazia do Direito Internacional – o que tem sido

⁶⁴⁹ Tal constatação é similar ao que ocorre, por exemplo, na constituição boliviana e equatoriana, que tem como parâmetro de balizamento o conceito de bloco de constitucionalidade, onde se outorga autonomia legal a outras ordens culturais, mas se estabelece daí hegemonicamente, o parâmetro do respeito aos direitos humanos já incorporados ao país por tratados internacionais. Ou seja, as outras culturas poderiam por esta concepção possuir seus próprios regimentos, com a institucionalização de uma nova legalidade, paralela à legalidade da sociedade hegemônica, no intuito de que seja efetivamente constituído um estágio de convivência profunda entre as diferentes manifestações culturais (notadamente no que concerne aos direitos indigenistas), recepcionando pelo direito a dimensão ontológica do pluralismo jurídico, diante a constatação de que pode haver estado que não seja de direito, e pode haver direito que não seja do estado (o direito indígena, por exemplo). Porém, mesmo esta evolução do conceito de Estado (para plurinacional), ainda assim estabelece a obediência ao conteúdo ético mínimo dos direitos humanos já incorporados ao país por tratados internacionais. Ver nesse sentido: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de derecho y sociedad, julio 2010.

tradicionalmente desconsiderado na América Latina); b) o hermetismo de um Direito purificado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa (mediante um dogmatismo jurídico a afastar elementos 'impuros' do Direito); e c) o *state approach* (*state centered perspective*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a 'lente ex parte princeps', radicada no Estado e nos deveres dos súditos, na expressão de Norberto Bobbio".⁶⁵⁰

Afirma esta autora que no século XXI, "testemunha-se a crise deste paradigma tradicional e a emergência de um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana, que, por sua vez, adota como 3 (três) características essenciais", as quais segundo ela são:

"(...) a) o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e autorreferencial). As constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional. (...) b) a crescente abertura do Direito – agora 'impuro' –, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo (há a permeabilidade do Direito mediante o diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais; e a interdisciplinariedade, a fomentar o diálogo do Direito com outros saberes e diversos atores sociais, ressignificando, assim, a experiência jurídica). No caso brasileiro, por exemplo, crescente é a realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, contando com os mais diversos atores sociais, para enfrentar temas complexos e de elevado impacto social, (...). Para adotar a terminologia de Peter Haberle, há a abertura da Constituição à uma sociedade plural de intérpretes. É a partir do diálogo a envolver saberes diversos e atores diversos que se verifica a democratização da interpretação constitucional a ressignificar o Direito. C) o human rights approach (*human centered approach*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a 'lente ex parte populi', radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, na expressão de Norberto Bobbio. (...) No plano internacional, verifica-se a humanização do Direito Internacional e a internacionalização dos direitos humanos. (...) Deste modo, a interpretação jurídica vê-se pautada pela força expansiva do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, conferindo prevalência ao human rights approach (*human centered approach*). Esta transição paradigmática, marcada pela crise do paradigma tradicional e pela emergência de um novo paradigma jurídico, surge como o contexto a fomentar o diálogo entre jurisdições no espaço interamericano – o que permite avançar para o horizonte de pavimentação de um *ius commune* latino-americano."⁶⁵¹

A filosofia do século XXI, portanto, mudou. De um paradigma reducionista e cartesiano, que analisa as partes como integrantes e mero somatório quantitativo do todo, passa-se a uma dimensão mais ampla de inter-relacionamento recíproco, em que novos bens jurídicos, como os interesses e direitos coletivos e transindividual, não podem ser

⁶⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazco. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013, p. 388-393.

⁶⁵¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazco. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013, p. 388-393.

analisados a partir de suas partes, justamente por não possuírem partes, mas objeto indivisível cuja titularidade não pode ser determinada;⁶⁵² eis porque os interesses e aspirações sociais se alteram, não mais espelhando homogeneidade, mas sendo dotado de característica extrema de heterogeneidade. Novos sujeitos sociais de ordem coletiva e novos bens jurídicos de caráter transindividual e coletivo agora são igualmente merecedores de tutela estatal, e passam a reivindicar atenção e proteção pelo estado, mediante a necessidade de legislações que intervenham diretamente nas relações econômicas para assegurar o equilíbrio entre complexos fatores sociais.

Em contraponto aos sistemas codificados passou-se a elaborar microssistemas legislativos setorizados, que passaram a atender a reivindicações localizadas.⁶⁵³ As atividades econômicas que sempre direcionaram a tutela do direito, no ritmo das grandes economias de mercado, paulatinamente agora devem ser direcionadas para a proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais, que contemplam os interesses e a promoção destes novos bens jurídicos que vem surgindo, inclusive os bens jurídicos de natureza coletiva e transindividual. Os microssistemas legislativos embasados em conceitos jurídicos abertos, e preocupados com as reivindicações de ordem coletiva, passam agora através do judiciário, e da construção hermenêutica da interpretação integrativa, a ser contemplados e cada vez mais alcançados pelo novo paradigma de técnica legislativa, apta a remeter o intérprete para elementos extra sistemáticos, como a realidade socioambiental, o inconsciente coletivo de um povo (no exemplo do povo andino, a ideia de *pachamama* e de *buen vivir*), ou ainda a elementos advindos da recalcitrância de comportamentos sociais, que alcançam a noção de arquétipos estruturais das relações existenciais, conceito delimitado pela psicologia.

⁶⁵² Havendo lesão a bens jurídicos de titularidade indeterminada, ou seja, que alcancem sujeitos não determinados, ligados por uma situação de fato, justamente pela impossibilidade de se determiná-los e identificá-los, estar-se-á a tratar de direitos difusos, porquanto a lesão aí deflagrada será indivisível. Sujeitos indeterminados, ligados por uma situação de fato, em que acarrete lesão a bem jurídico indivisível, se tratará de direitos difusos. Por outro lado, se houver lesão a bem jurídico de titularidade determinada ou determinável, ou seja, que alcance sujeitos determinados ou determináveis, ligados por uma relação jurídica (grupos vulneráveis de consumidores, por exemplo, que agreguem a um contrato de adesão), justamente pela necessidade de um vínculo que os determine e os identifique, estar-se-á a tratar de direitos coletivos stricto sensu, mesmo que a lesão aí deflagrada seja também indivisível; e aliás se for divisível estar-se-á a tratar de direito individuais homogêneos. Sujeitos determinados ou determináveis, portanto, ligados por uma relação jurídica, em que lhes acarrete lesão a bem jurídico indivisível, se tratará de direitos coletivos stricto sensu. Ainda, se houver lesão a bem jurídico de titularidade determinada, somente, ou seja, a alcançar sujeitos determinados e individualizados, ligados geralmente por uma origem comum, justamente pela necessidade de que haja um vínculo entre eles que homogeneíze suas pretensões (há, portanto, direitos subjetivos lesionados), estar-se-á a tratar de direitos individuais homogêneos, porquanto a lesão aí deflagrada será sempre divisível. Sujeitos determinados, ligados por origem comum, em que acarrete lesão a bem jurídico divisível e individualizável, se estará tratando de direitos individuais homogêneos. Ver nesse sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses Difusos e Coletivos. Ed. Damásio de Jesus, 6ª edição, p. 19.

⁶⁵³ Nesse sentido, Ricardo Luiz Lorenzetti aponta: "A crise das visões totalizadoras fez explodir todo o texto unificado. Os interesses são individuais ou setoriais, perfeitamente diferenciados uns dos outros. No plano individual, o legislador depara-se com problemas. Se tivéssemos que tomar uma decisão legislativa sobre temas polêmicos, seríamos obrigados a fazer uma lei para cada um desses indivíduos. (...) O problema das denominadas 'leis promocionais', que subsidiam algumas atividades específicas, produziu uma fragmentação de direitos e privilégios, que, por sua vez, provoca novas pressões setoriais, para obter equiparação com o que foi alcançado por outro grupo ou superá-lo." (LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais., 1998, p. 53-54).

Decerto, a partir daí, não pode mais o direito ser moldado de acordo com as necessidades e interesses da economia, passando-se a exigir mais da atuação do poder judiciário, no sentido de reconstruir o significado semântico de alguns dos conceitos estruturais do direito. A noção de desenvolvimento se transforma, interpretada evolutivamente, agrega a necessidade de proteção dos direitos transindividuais, intrínseca à realidade humana; à noção de propriedade se agrega uma intrínseca dimensão socioambiental; os direitos humanos e fundamentais passam a ser relevantes para a reconstrução dos significados dos institutos jurídicos. A concepção voluntarista do direito,⁶⁵⁴ como expressão da vontade individual, não mais se adequa à realidade do século XXI. Os interesses transcendentais ao individual hoje são dignos de proteção, sobretudo, os interesses sociais objetivos (boa fé contratual, dimensão socioambiental da propriedade, finalidade socioafetiva da instituição familiar, etc.), e principalmente os interesses que não podem ser individualizados, como a proteção do meio ambiente, da cultura, da probidade na administração pública,⁶⁵⁵ cuja lesão é indivisível e a titularidade é indeterminada, que passam a ser objeto de discussões e preocupações, realizando uma releitura de antigos institutos do direito, como a noção de direito subjetivo e de relação jurídica, a sua proteção não poderia se dar por conceitos estanques, mas por normatividades abertas, construídas muitas vezes no caso concreto. A lógica, agora, é utilitarista⁶⁵⁶ e deve tentar recepcionar as expectativas de ordem transindividual existentes no seio social.⁶⁵⁷ O conceitualismo e seus dogmas, herdados do formalismo kantiano, que destacava a função estruturante do conhecimento jurídico, vem sendo superado.⁶⁵⁸ A atividade judicante alcança a possibilidade de criação do direito, com medidas próprias de valorações pelo intérprete da lei, lançando mão a valores transpessoais (coletivos) ou mesmo inerentes ao sujeito-juiz (voluntarismo judicial).

Assim sendo, ao questionamento de qual método de interpretação característico a ser usado para se aferir o preenchimento valorativo, e qual a pauta de valores utilizada para

⁶⁵⁴ “O voluntarismo é o traço marcante da corrente subjetivista. Ela se renova no século XX, com as modernas escolas de interpretação, que substituem o voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz. Assim, há sucedido, por exemplo, com os juristas da livre investigação científica (Geny), do ‘direito livre’ (Kantorowicz) e da teoria pura do direito (Kelsen).” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed., 2008, p. 453).

⁶⁵⁵ A probidade na administração pública é tutelada pela Lei nº 8.429/92, que proíbe os atos que importem em enriquecimento ilícito, que causem prejuízos ao erário, e que atentem contra os princípios da administração pública, levando o intérprete para elementos que se situam efetivamente fora do sistema jurídico na medida em que carece de observância da realidade social e dos comportamentos sociais para efetivar colmatação valorativa a respeito dos atos que efetivamente possam violar o bem jurídico transindividual da res pública cuja titularidade é indeterminada, e a eventual lesão é indivisível cabendo tanto ao estado quanto a qualquer cidadão a sua proteção e promoção, nos termos do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República.

⁶⁵⁶ Jeremy Bentham precursor do utilitarismo propõe uma análise mais ligada às consequências dos fenômenos do que às suas causas. Portanto, no direito passa-se a estudar as consequências e as finalidades dos institutos jurídicos, e propor adequações em conceitos abstratos, ou releituras, sob o ponto de vista de sua utilidade, finalidade, diante a sua realização do seio social.

⁶⁵⁷ Nesse sentido: HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio; Fundação Boiteux, 2005, p. 405.

⁶⁵⁸ Os dogmas conceitualistas (movimento anterior do positivismo legalista – jurisprudência dos conceitos, ou pandectística) podem ser resumidos por Antonio Manuel Hespanha: (a) a teoria da subsunção (Subsumtionslehre); (b) o dogma da *plenitude lógica do ordenamento jurídico*; (c) a interpretação ‘objetivista’/subjetivista. (cf. HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio; Fundação Boiteux, 2005, p. 399-400).

o balizamento deste preenchimento, pode-se sustentar que a resposta destes questionamentos estão a remeter o intérprete a princípios jurídicos e valorações advindas da Constituição em toda a sua amplitude (conceito de bloco de constitucionalidade em sentido amplo), mediante uma interpretação que opera *reenvio* a elementos por vezes situados para além do sistema jurídico, mas que são paulatinamente reinseridos no sistema mediante as fontes doutrinária e jurisprudencial, utilizando-se da interpretação integrativa, de modo a se tornar a noção de sistema hodiernamente mais aberto, maleável, ou poroso, mas parametrizável pela noção de bloco de constitucionalidade como referência para a integração normativa.

Os interesses transindividuais assim para sua adequada tutela necessitam ser recepcionados pelo ordenamento jurídico, havendo para tal desiderato uma certa dificuldade, haja vista a impossibilidade de serem individualizados e incorporados à normativas estanques albergadas pela técnica da casuística (em que se antevê previamente as consequências e as hipóteses necessárias de tutela), podendo ser uma solução para tal problemática a técnica legislativa do reenvio inerente aos conceitos vagos e às legislações abertas presentes no ordenamento jurídico do século XXI, como o conceito de “meio ambiente ecologicamente equilibrado” (bem jurídico tutelado pelo artigo 225 da Constituição Federal), ou da proibidade na administração pública, ou ainda de patrimônio histórico cultural, impossibilitado de violação, devendo neste intento ocorrer um reenvio do intérprete para elementos situados originariamente fora do sistema jurídico, como questões consuetudinárias ou inerentes ao inconsciente coletivo de um povo, devendo por intermédio destas valorações, promover a adequada tutela e proteção destes interesses de natureza diferenciada, havendo de se respeitar, em qualquer hipóteses, o parâmetro com que a valoração outorgada pelo intérprete não vilipendie ou fira os princípios e postulados já incorporados no atual sistema jurídico pelo conceito de bloco de constitucionalidade em sentido amplo, verdadeiro parâmetro de interpretação para toda e qualquer valoração feita pelo intérprete da lei no atual sistema jurídico do século XXI.

A atividade interpretativa assim assume grande importância no atual contexto constitucional e internacional, devendo ser aprofundada as relações existentes entre a interpretação de conceitos semanticamente indeterminados, com a atividade de realização de direitos transindividuais e coletivos mediante a atividade política, sendo necessário buscar um parâmetro para a atividade interpretativa no atual contexto constitucional, com o escopo de limitar as opções discricionárias do administrador público quando esteja em ponto de deixar de realizar estes direitos coletivos e transindividuais por razões igualmente de ordem políticas e econômicas, partindo-se do pressuposto de que os direitos fundamentais (âmbito constitucional nacional) e humanos (âmbito supranacional e internacional) são de

caráter vinculante e auto-aplicáveis no atual conceito de sistema jurídico do século XXI, notadamente com as cláusulas de abertura presentes na maioria das constituições latino-americanas, aproximando-se atualmente a noção do sistema jurídico do século XXI, segundo Flávia Piovesan, mais com um “trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e autoreferencial)”⁶⁵⁹, assumindo assim o atual sistema jurídico uma feição diferente da época novecentista, com um caráter mais aberto, apto a incorporar os valores internacionais de proteção dos direitos humanos e fundamentais como parâmetros para a realização das políticas públicas do início do século XXI.

Os direitos humanos de terceira geração ou dimensão assim impõe um avanço na teoria dos direitos e diante a incorporação dos direitos transindividuais trazendo ao atual sistema jurídico novos institutos, notadamente diante a constatação da existência de novas subjetividades, merecendo atualmente uma releitura a partir do princípio de que devem ser reinterpretados como englobando uma noção intrínseca de supraindividualidade, devendo ser pensados para além do indivíduo, e capazes de adquirir uma noção de transindividualidade jungida a bens jurídicos que se concretizam mediante atividades políticas, e não mediante a lógica da subsunção. Sua proteção atualmente mediante atividades políticas faz surgir na técnica legislativa a necessidade de se reconstruir algumas noções clássicas, como o conceito de personalidade jurídica e de relação jurídica intersubjetiva. A noção de subjetividade coletiva é hoje uma necessidade para que se possa melhor explicar institutos que vêm atualmente sendo cada vez mais relevantes para a dogmática contemporânea, sendo necessário englobar novas técnicas atualizadas a respeito da incorporação no sistema dos direitos transindividuais, mediante a elaboração de conceitos mais passíveis de permitir raciocinar o direito e os interesses transindividuais.

Enfim, procurou-se com este trabalho traçar delineamentos capazes de orientar um pensamento, não tendo havido a intenção de encontrar soluções definitivas para os problemas apresentados, mas apenas e tão somente traçar perspectivas para estruturar um possível caminho a se percorrer. É o início de uma reflexão para quem sabe, mais tarde, se alcançar uma verdadeira construção sistemática dos institutos jurídicos relativos aos direitos humanos e fundamentais de terceira geração ou dimensão, não tendo havido a intenção de tecer conclusões inequívocas, prontas e acabadas de um método ou forma de interpretar os direitos transindividuais, mas apenas de tecer delineamentos capazes de mostrar um caminho a seguir, para quem sabe mais tarde alcançar institutos mais claros e definidos a

⁶⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazco. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013, p. 388-393.

respeito da estruturação destes direitos de natureza diferenciada que passam, atualmente, a ser de grande relevância para a ciência jurídica do século XXI.

0.5 CONCLUSÃO.

Pelo todo exposto, buscou-se nesse trabalho construir uma perspectiva histórico-filosófica acerca da lenta e gradual evolução porque passou a ciência jurídica, na medida em que teve suas bases advindas das noções de direito natural na antiguidade clássica, assumindo no medievo pela influência do pensamento racionalista moderno uma perspectiva antropocêntrica e individualista no intuito de assegurar o desenvolvimento de uma economia de livre mercado e estruturar uma ideologia que fizesse com que o intérprete da norma legal não possuísse meios para criação do direito, sendo esta função resguardada unicamente ao legislador. Serviu para estruturar uma ciência jurídica embasada numa racionalidade lógico silogística que tutelasse um único sujeito social, aquele indivíduo proprietário, desconhecendo desde sua origem a pluralidade e heterogeneidade da realidade social. Os direitos transindividuais ficariam assim por séculos omitidos, sem relevância para o mundo jurídico até o início do século XX quando o contexto da revolução industrial e da massificação social dela advinda, fizeram com que o mundo passasse a perceber que havia interesses cujo objeto não poderia ser dividido e individualizado, por interessar não somente a grupos determinados mas a todos os habitantes do planeta, e inclusive às futuras gerações.

As primeiras noções de direito natural tiveram sua origem no estoicismo, cuja essência enxergava todos os bens corpóreos como adstritos aos ciclos naturais, à sucessão periódica das fases, tudo sendo envolvido pelo determinismo que dirige o universo. O direito na antiguidade clássica construiu-se como uma estrutura muito ligada ao cotejamento dos casos concretos com suas soluções, baseando-se na *praxis* romana para regular a vida dos cidadãos descendentes dos quirites, construiu-se uma estrutura jurídica direcionada a um destinatário único, o cidadão romano, no intuito de perpetuação da propriedade nas castas familiares. As bases para a construção sistemática do direito oitocentista foram ali desenvolvidas, espelhadas no *Corpus Iuris Civiles* de Justiniano, que foi resgatado séculos mais tarde para ser reelaborado e melhor desenvolvido sob a influência da filosofia racionalista moderna.

Com a revolução científica é que o pensamento racionalista afixou-se na visão mecanicista do mundo, uma construção sistemática autônoma no direito que se embasou na noção de um sistema fechado, cujos alicerces foram dois dogmas, a teoria da subsunção (para a qual todo acontecimento da realidade poderia ser antevisto e previsto abstratamente mediante uma hipótese legal – e para cada hipótese poderia ser dada uma consequência pré-determinada e vinculante) e o princípio construtivista (do qual uma lei busca validade em outra de superior hierarquia). Tratou-se de um sistema que serviu para estruturar uma economia de livre mercado e direcionou o direito para a tutela de um sujeito social único, o

indivíduo proprietário, desconhecendo desde sua origem toda a heterogeneidade das relações existenciais e socioambientais.

A construção metodológica autônoma, embasada em interesses eminentemente individuais, notadamente naqueles interesses do indivíduo proprietário, fez com que o direito se tornasse um sistema lógico silogístico que ajudou a estruturar a economia de livre mercado. Contudo, esta estrutura moldada de modo artificial acabou por desenvolver um sistema que se construiu embasado na omissão dos interesses além dos indivíduos (meta ou transindividuais); os interesses coletivos de objeto indivisível não existiam fora do mero somatório de interesses individuais, e aquilo que não pudesse ser individualizado ou realizado individualmente não era passível de proteção ou tutela pelo sistema. Os interesses transindividuais necessitavam se espelhar na realidade jurídica, e por mais que viviam na concretude social, o direito não os enxergava na concepção liberal do estado moderno; somente começaram a se tornar visível com as mazelas advindas da revolução industrial, e com as verificáveis falhas que incorria uma economia de livre mercado baseada num estado abstencionista na ordem social; os bens jurídicos transindividuais passavam a ser percebidos junto com a necessidade da atividade política que o ente estatal desenvolvia para conter os ciclos econômicos inevitáveis do capitalismo, e somente foram passíveis de proteção e tutela mediante a inserção de novos valores sobrevividos do mundo pós guerra.

A atividade política foi-se construindo como a forma que se tinha para realizar os interesses coletivos, a realização de direitos transindividuais tinha que se conformar com a necessidade de contenção dos ciclos econômicos; as políticas públicas dependiam de recursos econômicos e para tanto necessitavam de investimentos estatais. As políticas públicas para a contenção dos ciclos econômicos começaram a se fazer necessárias para a contenção das falhas de mercado de uma economia desregulada, cujo desenvolvimento e ascensão viria a cada vez mais vilipendiar interesses coletivos e transindividuais; passou-se a se fazer necessária a identificação e estruturação dos interesses coletivos e transindividuais, cada vez mais presentes na realidade social e massificada do século XX.

Identificou-se estes direitos transindividuais como interesses que possuíam seu objeto indivisível e cuja lesão não era passível de ser separada individualmente, não se tornando possível determinar a titularidade dos direitos transindividuais, porquanto são direitos não pessoais, que se realizam ou não individualmente. Suas características são que ostentam um uso comum sustentável, possuem indivisibilidade de benefícios, inviabilidade de exclusão dos beneficiários, qualificação objetiva, status normativo, e legitimidade para atuar difusa ou coletiva. Não são sujeitos a valoração econômica, e não são alienáveis, devendo ser ressarcidos em patrimônio de afetação. A característica do status normativo nos indica que são incorporados no ordenamento jurídico mediante conceitos

indeterminados, haja vista a dificuldade que se possui para que a lesão a estes direitos não individualizáveis tenham consequências previsíveis e abstratamente passíveis de previsão legislativa.

Para este problema é necessário enxergar estes bens jurídicos como macro bens, como abstrações, que se imantam na consciência e na memória dos povos e que o intérprete da norma legal consegue alcançar mediante a colmatação valorativa de conceitos indeterminados que reenviam o intérprete para elementos que se situam originalmente fora do sistema jurídico, vivem na realidade social, e são conectados mediante técnicas de colmatação valorativa que enxergam a realidade socioambiental como base ou sustentáculo para a interpretação judicial.

A racionalidade científica espelhada no direito superou o dogmatismo positivista, e, com a relativização do dogma da subsunção, abarcou os conceitos vagos e os princípios jurídicos como método de estruturação e valoração da ciência do direito, servindo para novamente se modificar diante os inúmeros interesses e direitos de natureza transindividual que vinham surgindo no curso do século XX.

Diante a análise do fenômeno de colmatação que a atividade interpretativa, assentada nos valores imanentes da ordem jurídica, impõe aos conceitos estruturantes do ordenamento (conceitos vagos e princípios jurídicos), chegou-se à conclusão de que a “ciência” jurídica não é estática, merecendo vislumbre tal como “uma viva e operante concatenação produtiva”,⁶⁶⁰ que evolui com o tempo, agrega valores e imanta princípios, os quais podem ser vistos como estruturas que a sustentam, assim, melhor conectando a concretude social com a abstração do direito.

Por certo, o direito como fenômeno social não passaria de uma tentativa de imposição soberana, caso a interpretação conscienciosa das valorações sobre as quais assenta nosso ordenamento jurídico, dele não fosse intrínseca. Arraiados às máquinas, teríamos, assim, computadores recolhendo os casos concretos e aplicando a eles as leis pertinentes. A natureza e a realidade humana não podem ser tratadas como números ou fórmulas, por isso, a busca em que me filiei neste trabalho foi a do intento de entender, na historicidade do direito, a evolução pela qual passou a ciência no condão de agregar a realização dos direitos transindividuais na técnica de aplicabilidade do direito. A grande proficiência dos conceitos indeterminados e dos princípios valorativos constitucionais é a aptidão que contêm de aproximar o direito da realidade social, e consequentemente dos

⁶⁶⁰ Cf. BETTI, Emilio. Catedrático de la Universidad de Roma. Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmática) – 2. ed. reveduta e ampliata a cura di Giuliano GRIFO, Milano, 1971. Na versão traduzida em: Interpretacion de la ley y de los actos jurídicos, traducción y prólogo por Jose Luis de los Mozos, Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 44.

interesses transindividuais que vivem na realidade social e devem ser conectados por intermédio de técnicas interpretativas.

Tendo a ciência jurídica transpassado o saber eminentemente “prudencial”, e, principalmente com o ideário do renascimento e posteriormente do iluminismo, se desvinculado das “emanações” divinas, alcançando o caráter metódico exegeta, visto como expressão única da razão humana, dando seus primeiros passos em busca de uma sistematização, aflorou-se como uma conceitualização baseada em um raciocínio meramente lógico subsuntivo, sem haver valorações e muito menos criação pelo intérprete. Com a posterior segmentação dos interesses sociais, no contexto da massificação social, restando abalada fundamentalmente a estrutura codificada, passou-se a exigir cada vez mais do intérprete e do aplicador do direito uma maior sensibilidade para fatores sociais afetos à concretude e à realidade muitas vezes vulnerável de determinadas camadas sociais. Os direitos transindividuais e coletivos passariam a ser enxergados na realidade social, com os grupos vulneráveis que vinham sendo prejudicados pelos desmandos do capital e da economia de livre mercado. Daí exsurgir uma nova técnica legislativa, capaz de enxergar estes interesses de natureza difusa e transindividual, com o sistema fundando-se em valores outros que não os do sujeito social único dominante das relações materiais, a propriedade passaria a ser dada uma função social, os interesses coletivos passariam a ser mais relevantes. Incorporam-se princípios estruturantes, com forte viés valorativo e força normativa, passando o sistema a ser axiológicamente perene e aberto, permeável, mutável, de acordo com as exigências da complexidade social, e dos interesses de ordem coletiva que vinham surgindo. Os interesses trans ou meta individuais passam a deter relevância no sistema jurídico do século XXI.

A ciência jurídica passou a se estruturar em normativas dependentes de valorações. O intérprete não somente valora a hipótese, como cria a consequência, pautado em situações concretas e integrações axiológicas as quais nem sempre encontram-se abstratamente previstas. Os conceitos indeterminados remetem o intérprete, mediante um processo chamado de reenvio, a elementos extra-sistemáticos, os quais, recalcitrantes na realidade social, são capazes de percebidos e reintegrados, adentrar para a realidade jurídica mediante a recepção no sistema dos interesses meta ou transindividuais, situados por vezes na realidade social, na memória das pessoas, no inconsciente coletivo dos povos; e passam a ser reinseridos no sistema mediante a atividade doutrinária e jurisprudencial.

Nos conceitos jurídicos indeterminados, os elementos extra sistemáticos captados da realidade social integram valorativamente a norma de conteúdo aberto (mediante a interpretação evolutiva) o que permite o estabelecimento da premissas (hipóteses) estando, no mais das vezes, a consequência a ser criada no caso concreto. Nos conceitos jurídicos

indeterminados há o preenchimento de um significado (dotado pela característica da vagueza), devendo para tanto o aplicador da lei interpretar evolutivamente o texto, procedendo a uma interpretação, em um primeiro momento que se exaure na significação histórica de um instituto, mas que posteriormente procede a uma adaptação social da significação normativa, alcançando a realidade social e fazendo-se permeável à perene complexidade e heterogeneidade da realidade social dos países periféricos. Referida adaptação pauta-se, por sua vez, pela noção de bloco de constitucionalidade, a que mediante a interpretação das cláusulas de abertura presentes na maioria das constituições da América Latina, circunscrevem atualmente a noção de sistema jurídico do século XXI.

Enfim, a construção insipiente da ciência jurídica não mais se pauta em elementos meramente lógicos dedutivos de conceitos estanques, mas deve pautar-se na realidade existencial, sob a condição de conformar a aplicabilidade do direito com os inúmeros interesses trans ou metaindividuais presentes na realidade social do século XXI. Para enxergar estes direitos de ordem coletiva e transindividual é necessário interpretar estes direitos de natureza diferenciada como decorrentes de abstrações – separadas de seu suporte material – que se denominam macros bens transindividuais, os quais não se confundem com os microbens transindividuais, estes que por sua vez integram o sistema na dicotomia público/privada, sendo necessário compreender que o bem transindividual como macrobem diferenciado de seu suporte material é que ostenta estas características de não ser passível de individualização, não se integrando como patrimônio público e nem privado, porquanto ostenta uma titularidade indeterminada e um objeto indivisível, interessando tanto a todos os habitantes do planeta, como também às futuras gerações, e não podendo ser referenciado por nenhum deles isoladamente haja vista que ao se invocar proteção por um de seus titulares far-se-á inevitavelmente por todos os interessados.

Buscou-se assim com este trabalho, traçar delineamentos capazes de orientar um pensamento, não tendo havido a intenção de encontrar soluções definitivas para os problemas apresentados, mas apenas e tão somente traçar perspectivas para estruturar um possível caminho a se percorrer. É o início de uma reflexão para quem sabe, mais tarde, se alcançar uma verdadeira construção sistemática dos institutos jurídicos relativos aos direitos humanos e fundamentais de terceira geração ou dimensão, não tendo havido a intenção de tecer conclusões inequívocas, prontas e acabadas de um método ou forma de interpretar os direitos transindividuais, mas apenas de tecer delineamentos capazes de mostrar um caminho a seguir, para quem sabe mais tarde alcançar institutos mais claros e definidos a respeito da estruturação destes direitos de natureza diferenciada que passam, atualmente, a ser de grande relevância para a ciência jurídica do século XXI.

06. REFERÊNCIAS.

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARAZO, August Monzon. **Derechos Humanos y diálogo intercultural**. In: Jesús Ballesteros et alii (org.), *Derechos Humanos, concepto, fundamentos, sujetos*. Ed. Tecnos, 1992.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário**, Disponível em: http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf, p.03. Acesso em 20/04/2014.
- ÁVILA, Humberto. **A teoria dos princípios e o direito tributário**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 125, p. 33-49, fev. 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 19ª edição, Ed. Malheiros, 2005.
- BARBOSA, Claudia Maria. **Reflexões para um Judiciário Socioambientalmente Responsável**. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.48, p.107-120, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso: 09/set/2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luís Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 fev. 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**, Belo Horizonte, ed. Forum, 2013.
- BEA, Emilia. **Los derechos de las minorías nacionales: su protección internacional, con especial referencia al marco europeo**. In: Jesús Ballesteros et alii (org.), *Derechos Humanos, concepto, fundamentos, sujetos*. Ed. Tecnos, 1992.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España:, 2002.
- BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Função ambiental**. Dano ambiental, prevenção, reparação, e repressão. São Paulo: RT, 1993.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor**. In MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública : lei 7347/85, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. **Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro**, Revista de Direito Ambiental, vol. 14, p. 48, 1999, ou Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, vol. 1, p. 41, Mar / 2011DTR\1999\176.

BETTI, Emilio. Catedrático de la Universidad de Roma. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmática)** – 2. ed. reveduta e ampliata a cura di Giuliano Grifo, Milano, 1971. A obra encontra-se traduzida para o espanhol como: Interpretacion de la ley y de los actos jurídicos, traducción y prólogo por Jose Luis de los Mozos, Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado.

BOBBIO, Norberto, **Teoria do ordenamento jurídico**, 6ª edição, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 184 p., 1995.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Coleção Elementos de Direito. São Paulo. Ed. Ícone. 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 23ª edição, Ed. Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. Ed. Malheiros.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7ª edição. Ed. Malheiros. 2008.

BRAGA, Marcelo Pupe. **Direito internacional**. Editora Método, São Paulo, 2009.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 48ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

BRASIL. Planalto. **Constituição Federal 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo, ed. 34, Brasília, ENAP, 1998.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRUSCHERA. Oscar H. **Artigas**. Ed. Nuestra América, Montevideo, Uruguay.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CAILLE, Alain, LAZZERI, Christian, SENELLART, Michel (Org.). **História argumentada da filosofia moral e política: a felicidade e o útil**, Tradução de Alessandro Zir, S'ao Leopoldo? Unisinos, 2003.

CALASANS, Jorge Thierry. **A água como patrimônio cultural**. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, v. 1 (ago/set. 2005), Porto Alegre: Magister, 2005-Bimestral, v. 45 - dez/jan. 2013.

CAMARGO FERRAZ. Antonio Augusto Mello de. **Considerações sobre interesse social e interesse difuso**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 6, p. 33-46, fevereiro/2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, nº 113-118, 1998.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Editora Coimbra, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Professor da Faculdade de Direito de Coimbra. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5ª edição, Livraria Almedina Coimbra, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**. Revista de Processo, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1977.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/1988. Reimpressão de 2002.
- CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Ed. Cultrix. 2002.
- CARRIÓ, Genaro R. **Princípios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Ministério Público e Políticas Públicas**. In: Temas atuais do Ministério Público. 4ª edição, Ed. JusPodivm, 2013.
- COMPARATO, Fábio konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997.
- COSTA, Daniel Carnio. **Danos individuais e ações coletivas**. 2ª edição. Curitiba, Juruá, 2011.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a Constituição dirigente**, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.
- CUNHA FERRAZ, Ana Cândida da. **Processos Informais de mudança da constituição**. São Paulo: Max Lominad, 1986.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria do estado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DERGINT, Augusto do Amaral. **Utilização de recursos hídricos e responsabilidade internacional por danos transfronteiriços**. In Revista do Instituto dos Advogados, n. 36, Setembro de 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2007.
- DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR. Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 4: Processo Coletivo. Volume 4. 5ª edição. Ed. Juspodium, 2010.
- DWORKIN, RONALD. **Levando os direitos à sério**. São Paulo Martins Fontes, 2002.
- ENDICOTT, Timothy A. O., **La Vaguedad em el Derecho**, Instituto de Derechos Humanos 'Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2006.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- EPICURO, LUCRÉCIO, CÍCERO, SÊNECA, e MARCO AURÉLIO. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, Coleção os Pensadores, 1985.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral e LINDB, 11ª edição, ed.Juspodvm, 2013.

FAVOREU, Louis. LLORENTE, Francisco Rubio. **El bloque de la constitucionalidad**. (simposium franco-español de Derecho constitucional). Editorial Civitas, Universidad de Sevilla, 1991.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994.

FERREIRA, Heline Sivini. **A sociedade de risco e o princípio da precaução no direito ambiental brasileiro**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina; 2003.

FIORI, José Luis. **Estados, moedas e desenvolvimento**. In: FIORI, José Luis (org.) Estados e moedas no desenvolvimento das nações. Petropólis: Vozes, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12ª edição. São Paulo, Saraiva, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Fundamentos constitucionais do meio @ambiente digit@l na sociedade da informação**. Disponível em: http://www.cjlp.org/materia_fundamentos_constitucionais_meio_ambiente_digital.html. Acesso em: 06/04/2013.

FOSTER, John Bellamy. **O conceito de natureza em Marx: materialismo e natureza**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

FURTADO, Celso (1920-2004). **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2009.

FUSTER, Blanca Martínez de Vallejo. **Los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual**. In: Jesús Ballesteros et alii (org.), Derechos Humanos, concepto, fundamentos, sujetos. Ed. Tecnos, 1992.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte, ed. Fórum, 2009.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005.

GENRO, Tarso. **Crise democrática e democracia direta**. Revista de Direito Social, ano 1, nº 4, 2002.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, 2003.

GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. **Direitos Humanos e Cidadania no Brasil**. In: Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade. Org. Richard Pae Kim, Sérgio Resende de Barros, Fausto Kozo Matsumoto (coordenadores), São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 2008.

- GUDYNAS, Eduardo. **Seis puntos clave em ambiente y desarrollo**. In: El buen vivir: Una via para el desarrollo, Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores). Ed. Abya Yala. Quito, Ecuador. 2009.
- HABERMAS, Jürgen e RAWLS, Jonh. **Debate sobre o liberalismo público**. Barcelona: Paidós, 1998.
- HARDING, Stephan. **Terra viva: Ciência, intuição e a evolução de Gaia: para uma nova compreensão da vida em nosso planeta**, tradução Mário Molina, São Paulo, Cultrix, 2008.
- HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **E-codemocracia: a proteção do meio ambiente no ciberespaço**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio**; Fundação Boiteux, 2005.
- HIGUIERA JIMENEZ, Diego Mauricio. **Bloque de Constitucionalidad em Colombia: jurisprudência y doctrina: una propuesta de rigor y garantia**. Ed. Académica Española, 2012.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Coleção Fundamentos do Direito, 3ª edição, Ed. Ícone.
- HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**, 2001.
- JUNG, Carl Gustav (1875-1961). **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, Martins Fonte, São Paulo, 1999.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**; São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 3ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.
- LOCKE, John. Segundo **Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil**, Colección Clásicos del Pensamiento, Ed. Tecnos. España. 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias**. 3ª ed. São Paulo. Atlas. 2008.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do Direito Ambiental**. Tradução: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**; tradução: Bruno Miragem, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- LUZZATI, Claudio. **Principi e principi, la generità nel Diritto**. G. Giappichelli Editore, Torino, 2012.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano**. In: Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazco. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013.

- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª Edição, Ed. Malheiros, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito dos Cursos de Água Internacionais** (elaboração da Convenção sobre o Direito Relativo à Utilização dos Cursos de Água Internacionais para fins diversos dos de Navegação – Nações Unidas/1997). Ed. Malheiros, 2009.
- MAGGIO, Marcelo Paulo. **Condições da Ação – com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos**. 2ª edição. Curitiba, Juruá, 2008.
- MALICONICO, Carlo. **I beni ambientali**. Trattato di diritto amministrativo, v. 5, Padova: Cedam, 1991.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- MARX, Karl. **O Capital: Crítica da Economia Política**. Livro Primeiro: O processo de produção do capital, Tomo 2 (capítulos XIII a XXV). Seção IV, a produção da mais-valia relativa (continuação)Ed. Fund Victor Civita (1907 - 1990).
- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. **Dimensão jurídica das políticas públicas**. In Bucci, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses Difusos e Coletivos**. Ed. Damásio de Jesus, 4ª edição, 2007.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. In: Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazco. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013.
- MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direitos internacional Público**. 6ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007.
- MEDICI, Alejandro. **Teoria constitucional e giro decolonial, narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador**. Decolonialidad e Interculturalidad, Universidad Nacional del Comahue, Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, año I, n. 1. Disponível: <http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/Revistas/0001/Medici.pdf>, acesso: 30/10/2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2009.
- MICHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública : lei 7347/85**, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em foco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2ª edição, Coimbra, Ed. Limitada, Tomo II, 1983.

MOREIRA, Alinie da Matta. **O princípio da eficiência e sua aplicabilidade na Administração Pública**. Revista IOB de Direito Administrativo. São Paulo, v.3, n.33, set. 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro** (parte I: 1930-1956), in: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 1, nº 1, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3ª ed. Coimbra: Centelha, 1978.

NASCIMENTO, Rangel Silvano da Silva do. **A Política Econômica Externa do Governo Collor: Liberalização Comercial e Financeira**; disponível: <http://www.cprepmauss.com.br/documentos/apoliticaeconomicaexternadogovernocollor1450.pdf>. Acesso: 02/06/2013.

NEVES, Marcelo, **A Constitucionalização Simbólica**. 3ª Edição. Ed. Wmf artins Fontes, São Paulo, 2011.

NEWIG, Jens. 2007. **Symbolic environmental legislation and Societal Self-Deception**. Environmental Politics, vol. 16, nº 2, 276-296, April 2007.

PADRÓS, Enrique Serra. **Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social**. In: O século XX, O tempo das crises. Revoluções, fascismos e guerras. volume II, Ed. Civilizações Brasileira. Rio de Janeiro, 2000.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa, edições 70, 1986.

PEREIRA, Orlando P. **Importância da Intervenção Pública na Economia de Mercado**. In: Estudios Económicos de Desarrollo Internacional. AEEADE: Vol. 5-1 (2005), p. 117-132, disponível: <http://www.usc.es/economet/reviews/eedi515.pdf>. Acesso 31.08.2014.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Tercera Generacion de Derechos Humanos**, Aranzadi, 2006.

PINIELLA SORLI, Juan-Sebastián. **Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidade: encrucijadas de competências**. Ed. Bosch., primera edición, Barcelona, 1994.

PIOVESAN, Flávia. **A atual dimensão dos direitos difusos na constituição de 1988**. In: Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas / coordenadores: Beatriz Di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo, Flávia Piovesan; colaboradores: Andre Franco Montoro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano**. In: Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazco. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 11ª edição, Saraiva, 2010.

PISÓN, José Maria Martínez de. **Derechos Humanos: historia, fundamento, y realidad**. Egido Editorial, Zaragoza, 1997.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**, 5ª edição, Ed. JusPodivm, 2013.

PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

- RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed., Saraiva, 2012.
- REALE, Giovane & ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: Do romantismo até nossos dias**. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.
- REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga: Os sistemas da Era Helenística**, 4ª edição, São Paulo, Brasil, 2002.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- REMÉDIO, José Antônio. SEIFARTH, José Fernando. e LOZANO JÚNIOR, José Júlio. in **Dano moral: Doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REMÉDIO, José Antonio. REMÉDIO, Davi Pereira. **Direitos fundamentais difusos e coletivos e equidade**. In: Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade. Richard Pae Kim, Sérgio Resende de Barros, Fausto Koso Matsumoto Kosaka (coordenadores). São Paulo: Editora Verbatim, 2012.
- RESTREPO Ricardo Sanín. **Teoria Crítica constitucional 2: de existencialismo popular a la verdade de la democracia**. 1ª ed., Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, - Crítica y derecho, 4, 2011.
- ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil**, 2ª ed., Del Rey, 2008.
- ROJO SANZ, José María. **Los derechos de las futuras generaciones**. In: Jesús Ballesteros et alii (org.), Derechos Humanos, concepto, fundamentos, sujetos. Ed. Tecnos, 1992.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- SANTAMARIA, Ramiro Ávila. **La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política**, p. 173-238. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011.
- SANTAMARÍA, Rosember Ariza. **El Derecho Profano y Otras Maneras de Realizar lo Justo**. Colombia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Texto que recoge elementos de varios capítulos del libro El Derecho Profano publicado por la Universidad Externado de Colombia), 2010.
- SANTOS, Ana Claudia Schwenck dos. **Efetivação dos direitos difusos e coletivos: Ação Civil Pública**. São Paulo, LTr, 2013.
- SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial de políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2011.
- SANTOS. Boaventura de Souza. **Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de derecho y sociedad, julio 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª ed., Ed. Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo, FENSTERSEIFER, Tiago, **Direito Constitucional Ambiental**, Ed. RT, São Paulo, 2011.

- SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas: aspectos conceituais e metodológicos**. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogerio Gesta (Org.). Direitos sociais e políticas públicas. Desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.
- SILVA, Érica Barbosa e. **Cumprimento de sentença em ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2004.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais**. Curitiba: Letra da Lei, 2011.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Bens Culturais e proteção jurídica**. Unidade Editorial. Porto Alegre. 2005.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Juruá, Curitiba, 2006.
- SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses Difusos em espécie: direito Ambiental, direito do Consumidor e probidade administrativa**. 3ª edição. São Paulo. Saraiva. 2013.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 5ª edição, ed. Método, São Paulo, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. **A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos**. In: Teoria dos direitos fundamentais / Celso de Albuquerque Mello... [et al.]; Org. Ricardo Lobo Torres. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TOSTA, Jorge. **Manual de Interpretação do Código Civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- TRIAS, Vivian. **El Paraguay, de Francia el Supremo a la Guerra de la Triple Alianza**, Buenos Aires, ed. Crisis, 1975.
- TUMÁNOV, Vladimir. **O pensamento jurídico burguês contemporâneo**, Lisboa, Caminho, 1984.
- VELLUZI, Vito. **Le Clausole Generali. Semantica e Política del Diritto**. Quaderni di Filosofia Analítica del Diritto. V. 12, Giuffrè Editore, Milano, 2010.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A desigualdade e a subversão do Estado de Direito**. Sur, Rev. int. direitos human. São Paulo, vol. 4, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100003>>. Acesso em: 3 maio 2013.
- WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967.
- WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina**. Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 9. Anais... Academia Brasileira de Direito Constitucional. p. 144-145. Disponível: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>. Acesso: 30/10/2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos**. In: Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Organizadores: David Sánchez Rubio, Joaquim Herrera Flores, Salo de Carvalho. 2ª ed., Porto Alegre, ed. EDIPUCRS, 2010.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **A proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais correlatos no sistema constitucional Brasileiro**. In: Temas Fundamentais de Direitos Difusos e Coletivos: Desafios e Perspectivas, Consuelo Yatsuda Moromizato, Flávio Ahmed, Renata Falson Cavalca. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Pachamama y el humano**. En La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política, 25-137. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011.