

**OS HARD CASES NO DIREITO APLICADO:
UMA PERSPECTIVA SOB A ÓTICA DO DISCURSO JURÍDICO**

Agenor de Souza Santos Sampaio Neto**

Carlos Frederico Guerra Andrade***

Érica Rusch****

RESUMO

O presente trabalho procura analisar, de forma detida, as funções da hermenêutica no tocante aos *hard cases*. Com tal escopo, é que, inicialmente, faz-se necessário um exame das funções da hermenêutica no processo de aplicação da lei efetivado pelo Poder Judiciário, só fazendo sentido a interpretação da lei, tendo em vista um problema que requeira solução legal. O problema da interpretação jurídica não fica restrito ao plano da interpretação da lei e sim um ato de realização do direito sempre ligado à solução de um caso concreto. No estudo dos casos difíceis verificamos que eles identificam-se basicamente, por três motivos: (a) porque nenhuma “regra” apresenta solução para o caso; (b) porque o intérprete se depara com normas de caráter aberto, as quais precisam ser preenchidas de conteúdo em razão de sua imprecisão de sentido imediato e requerem um maior esforço interpretativo por parte do juiz; (c) pelo fato de serem aplicáveis a esses casos, ao mesmo tempo, vários princípios. As respostas aos casos difíceis somente poderão ser encontradas no sistema jurídico, daí que o julgador orientado pela equidade, pela moral e pela justiça, deverá imprimir uma interpretação criativa aos elementos do sistema jurídico para encontrar a melhor solução, sem fundamentar tal solução em elementos estranhos ao sistema, muito menos decidir com lastro somente em sua convicção pessoal, sob pena de faltar legitimidade a decisão. Uma vez feito tais estudos,

** Advogado, Especialista em Direito Processual Civil, Professor da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS) e da Faculdade 2 de Julho (F2J). Mestrando em Direito Privado e Econômico (UFBA).

*** Advogado, Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/SP); Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Tecnologia Empresarial (FTE/BA); Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Ciências (FABAC/CCJB/BA); Mestrando em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro da Sociedade Baiana de Bioética. Membro da Sociedade Brasileira de Bioética.

**** Advogada. Diretora do Instituto Jus Ambiental. Professora de Direito Ambiental da Faculdade de Tecnologia e Ciências, Salvador. Mestranda em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especializanda em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito do Trabalho com ênfase em meio ambiente do trabalho pela Universidade Salvador (UNIFACS). Membro do Comitê de Direito Ambiental do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA). Membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB/BA.

fizemos uma abordagem concreta do significado e extensão dos *hard cases* à luz de um caso concreto – Rodoanel Mário Covas.

PALAVRAS-CHAVE: FUNÇÃO DA HERMENÊUTICA; HARD CASES; PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE; RODOANEL MÁRIO COVAS.

ABSTRACT

The present work regards the hard cases through the legal hermeneutics function analyses. With such target, its, initially, examine the hermeneutics function in the Judiciary law application process. The legal interpretation problem is not restricted to the law interpretation plan but an act of law accomplishment in order to solve a concrete case. We verify that the hard cases are basically identified by three reasons: (a) no "rule" presents the case solution; (b) there are norms with opened character, which needs to be filled of content; (c) there are more than one principle to be applied in each case. The hard cases solution must be find in the legal system, so the judge must be guided for the equity, the moral and justice. To find the best solution for the hard cases, the judge should have a creative interpretation of the legal system elements, to guarantee the decision legitimation. The judge is not allowed to decide based in your personal certainty nor on strange elements of the system. After the hard cases definition and analyses, a concrete case is studied – The “Rodoanel Mario Covas”.

KEY WORDS: LEGAL HERMENEUTICS FUNCTION; HARD CASES; PROPORTIONALITY PRINCIPLE; RODOANEL MÁRIO COVAS

“Um texto, depois de ter sido separado do seu emissor e das circunstâncias concretas da sua emissão, flutua no vácuo de um espaço infinito de interpretações possíveis. Por consequência, nenhum texto pode ser interpretado de acordo com a utopia de um sentido autorizado definido, original e final. A linguagem diz sempre algo mais do que o seu inacessível sentido literal, que já se perdeu desde o início da emissão textual” (Umberto Eco).

1. INTRODUÇÃO

O que se convencionou chamar de direito não significa apenas ordem, conjunto de normas. Também o direito é um “corpo” de informações e conceitos que tornam avaliável e inteligível

aquele conjunto de normas ou aquela ordem, até porque estes aparecem no próprio processo de realização social das normas ou da ordem.

A hermenêutica faz parte desse corpo de conceitos e valores, ao passo que na relação entre a ordem/norma e sua aplicação aos problemas concretos, acha-se a INTERPRETAÇÃO. A ordem não pode ser entendida sem a inteligibilidade que a hermenêutica lhe confere, sendo esta elaborada em função de uma ordem.

Segundo MARGARIDA LACOMBE o tema da hermenêutica e da interpretação jurídica remetem-nos ao processo de aplicação da lei, efetivado pelo Judiciário. Nessa ótica, só faz sentido a interpretação da lei, tendo em vista um problema que requeira uma solução legal.

O trabalho do hermenêuta não pode se resumir a detectar o fato e encaixar a uma lei geral e abstrata, como se o elo entre a premissa maior (norma) e a premissa menor (fato) conferisse uma solução necessária, mediante uma operação puramente formal. Assim, o direito deve ser compreendido enquanto valor, além da norma encontrar-se relacionada a uma situação histórica, daí porque, segundo GADAMER, o processo de interpretação e aplicação das leis corresponde a uma situação hermenêutica.

A visão hermenêutica atual é aquela que privilegia a busca do conhecimento de algo que não se apresenta de forma clara. E o direito, por ser ciências humanas ou ciência do espírito (GADAMER) não foge à regra. A hermenêutica jurídica refere-se a todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implica na compreensão do fenômeno que requer solução.

O direito apresenta-se jungido (ligado/unido) à própria hermenêutica, na medida em que a sua existência, enquanto significação, depende da concretização ou da aplicação da lei em cada caso julgado, que por sua vez depende da interpretação.

Conforme pontua PASQUALINI o sistema (conjunto de normas) não é apenas um sol que fornece calor (material de trabalho) para a hermenêutica sem nada receber em troca, ele (sistema) ilumina, mas também é ILUMINADO: “A ordem jurídica, enquanto ordem jurídica, só se põe presente e atual no mundo através da luz temporalizada da hermenêutica. São os intérpretes que fazem o sistema sistematizar e, por conseguinte, o significado significar”.

Através da interpretação ocorre uma recriação do universo jurídico a partir do próprio sistema.

A concretização da norma é feita mediante a construção interpretativa que formula a partir *da* e em direção *à* compreensão. Assim, define-se interpretação como a ação mediadora que procura compreender aquilo que foi dito ou escrito por outrem. O direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico da compreensão e a técnica argumentativa. A argumentação aqui é a técnica que visa ao acordo sobre a escolha do significado que pareça mais adequado, acordo este fundamentado em provas concretas e opiniões amplamente aceitas.

Segundo HEIDEGGER hermenêutica é o estudo do compreender. Compreender significa compreender a significação do mundo, ao hermeneuta interessa interpretar o mundo como linguagem. Diz ainda o citado autor: “A Hermenêutica é sempre uma compreensão de sentido: buscar o ser que me fala e o mundo a partir do qual ele me fala; descobrir atrás da linguagem o sentido radical, ou seja, o discurso”.

Portanto, fica patente a importância da hermenêutica na compreensão do sistema jurídico, ou como pontua CASTANHEIRA NEVES¹ o problema da interpretação jurídica extrapassa o plano da interpretação da lei para pensar como ato de realização do direito.

2. FUNÇÃO DA INTERPRETAÇÃO

Uma vez esboçado os aspectos conceituais no tocante a hermenêutica, é curial destacar a interpretação jurídica e as suas funções, de modo a marchar para o estudo dos *hard cases*. De logo, urge ressaltar em linguagem metafórica que a Hermenêutica pavimenta (perquire e ordena – LIMONGI FRANÇA) os caminhos que a interpretação percorrerá, ou seja, como define MAXIMILIANO a interpretação é a aplicação da Hermenêutica que por sua vez descobre e fixa os princípios que rege a interpretação.

Segundo LIE UEMA DO CARMO com apoio em MIGUEL REALE o fim social da norma² deve ser o buscado pelo intérprete. O trabalho interpretativo deve ser criador, de uma

¹ Nesse sentido Castanheira Neves com apoio em Ihering destaca o papel realizador do direito, ao destacar o seguinte: “O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é demais do que um fantasma do direito, não são senão palavras. Ao contrário, o que se realiza como direito é o direito (...)”.

construção axiológica, observada a estrutura lógico-sistemática do ordenamento. A referida doutrina nesse sentido faz uma importante sistematização das correntes interpretativas, a saber:

- a) Unidade do processo hermenêutico – as formas de interpretação se implicam, não havendo ordem necessária para o intérprete; as formas sim, são momentos necessários do processo hermenêutico;
- b) Natureza axiológica do ato interpretativo – “valoração objetiva das proposições normativas”;
- c) Natureza integrada do ato interpretativo – toda interpretação deve ser feita tendo-se em conta a estrutura geral do ordenamento no qual a norma se insere;
- d) Natureza histórico-concreta do ato interpretativo – reconhecimento das condicionantes históricas; deve ser considerada a intencionalidade original do legislador e os determinantes axiológicos e fáticos posteriores;
- e) Natureza racional do ato interpretativo – conversão de exigências axiológicas em determinações teleológicas;
- f) Natureza econômica do processo hermenêutico – deve-se buscar, conciliar, ao máximo possível, o modelo jurídico com as normas superiores do ordenamento;
- g) Destinação ética do processo interpretativo – entre mais de uma interpretação possível, deve-se escolher a que melhor se adequa aos valores éticos da pessoa e da convivência social;
- h) Limites objetivos do processo hermenêutico – significação unitária e congruente dos modelos positivos – compreensão retrospectiva (de fontes) e prospectiva (de modelos);
- i) Problematicismo e razoabilidade do processo hermenêutico – a interpretação não pode se resumir a critérios de Lógica Formal ou a análises lingüísticas.

Outra importante função da interpretação reveste-se da criação da norma interpretada, ou seja, conforme propõe CASTANHERIA NEVES³ a concreta realização do direito só se dá pela mediação da norma interpretada, a ponto de dizer com lastro em ASCARELLI que a “a norma será tal como é interpretada”, indo mais além na seguinte direção:

² Assim para Francesco Ferrara citado por Lie Uema do Carmo “o jurista há de ter sempre diante dos olhos o escopo da lei, quer dizer, o resultado prático que ela se propõe conseguir. A lei é um ordenamento de relações que mira a satisfazer certas necessidades e deve interpretar-se no sentido que melhor responda a esta finalidade, e portanto em toda a plenitude que assegure tal tutela”.

³ Para o Autor a norma só vai ser interpretativamente determinada através da concreta resolução dos problemas jurídicos que nela se fundamente ou que a invoque como seu critério, daí que “a interpretação é o resultado do seu resultado”.

(...) a interpretação, ao propor-se referir o sentido normativo dessa fonte interpretanda às concretas exigências ou ao mérito concreto do problema jurídico a resolver, para que possa ser dele um critério adequado de solução, traduzir-se-à sempre numa normativamente constitutiva concretização.

Dáí porque a concretização da norma, ou seja, do que vai ser gradualmente completado, é feita mediante a construção interpretativa que formula a partir *da* e em direção à compreensão. Assim, define-se interpretação como a ação mediadora que procura compreender aquilo que foi dito ou escrito por outrem, compreensão aqui entendida no sentido heideggeriano.

Assim, em cada ato interpretativo, estão presentes, em distintos níveis de densidade, não só os princípios, normas e valores jurídicos, mas, antes, junto à consciência dos operadores do Direito, a tradição histórica, doutrinária e jurisprudencial. Dessa forma, tal tradição age no sentido de rejeitar o novo conteúdo revelado, motivo pelo qual, essa mudança é gradual conforme anota Kuhn e perpassa de modo fundamental pelo papel da interpretação jurídica.

Interpretar é valorar, e isso decorre invariavelmente da escolha, a busca pelo melhor. É preciso lembrar que quem interpreta hierarquiza (JUAREZ DE FREITAS), ou seja, busca as melhores leituras, escolhe, imprime uma escala axiológica. Como diz PASQUALINI os intérpretes sempre se colocam a si mesmos e às suas leituras na balança ética e hierarquizadora dos valores.

Nesse papel hierarquizado por JUAREZ FREITAS impõe ressaltar que a aplicação das regras, princípios, valores, compõe a totalidade do Direito, nesse sentido pontua o autor que “cada preceito deve ser visto como parte viva do todo”, e apenas no exame do conjunto tende a ser melhor equacionado qualquer caso, e diz mais:

(...) ao hierarquizar prudencialmente princípios, regras e valores, a interpretação tópico-sistemática opera escalonando-os, renovando os seus significados, e, quando configurada qualquer antinomia lesiva ou para evitá-la, os princípios devem ocupar o lugar de diretrizes harmonizadoras ou solucionadoras, situando-se na base e no ápice do sistema, vale dizer, atuando como fundamento e cúpula no mesmo.

Nesse sentido, a cada dia, as hierarquizações estão quebrando-se, sem que o próprio imperativo da hierarquização seja abalado, até porque para desfazerem-se as velhas, novas são necessárias, eis aí o motivo da vitalidade da hierarquização axiológica, ser verticalizador do sempre finalístico dever-ser jurídico.

Para LUIZ FERNANDO COELHO dentre as funções da interpretação está a imbricação da lei ao caso concreto. Nesse diapasão, aponta uma série de problemas cuja solução é incumbência da hermenêutica jurídica, a saber:

- a) Qual o sentido da lei?
- b) De que maneira se pode deduzir de uma norma geral, a norma particular para a regulamentação de um caso particular?
- c) Qual é a lei que o intérprete deve eleger, quando mais de uma é aplicável à mesma situação particular e concreta?
- d) Que solução deve ser dada, quando a aplicação de uma norma a um caso concreto, a qual parece inequivocamente regulá-lo, produz efeitos contrários aos visados por ela?
- e) Quando a aplicação da norma ao caso concreto produz resultados que o juiz, em sua consciência, reputa injustos, ainda que visados pela norma, que critérios deve prevalecer, o respeito à norma ou o sentimento do juiz?

Dessa forma, tendo como ponto de partida o círculo hermenêutico que enlaça sujeito (operadores jurídicos) e objeto (sistema jurídico), chega-se a algumas conclusões preliminares:

- a) A hermenêutica tem o dom da ubiqüidade é o mediador de todas as mediações;
- b) Os intérpretes fazem o sistema sistematizar e o significado significar, motivo pelo qual, interpretar é também interpretar-se;
- c) Direito e hermenêutica se apresentam indissociáveis, não se pode falar do trabalho da interpretação, sem falar da estrutura do sistema jurídico, daí porque o sistema não é só a totalidade das normas, mas, a totalidade hermenêutica que oferta significação as normas, princípios, valores;

d) Havendo infinitas possibilidades interpretativas, conclusão é que teremos boas ou más interpretações, daí porque importante escolher a melhor, nunca entrar no jogo dos extremos dogmático-cético, tudo-ou-nada e vale-tudo;

e) A hierarquização axiológica constitui em forma autêntica da condição de possibilidade do agir hermenêutico, entre as opções deve ocorrer a hierarquia, daí porque interpretar é hierarquizar;

f) A busca da(s) melhor(es) exegese(s) se revela espiral ou espiraliforme, o sistema a cada leitura ou releitura, expande-se a partir de si mesmo;

g) Tanto a vinculação como a discricionariedade são facetas indissociáveis do agir hermenêutico, uma espécie de justo-meio, onde uma relativiza e revela a importância da outra, obtendo um campo focal completo e harmonioso, somente a elasticidade produz verdadeira resistência.

3. HARD CASES

O presente estudo tem como objetivo correlacionar os denominados *hard cases* com o princípio da proporcionalidade, destacando que a interpretação constitucional precisa aprimorar técnicas capazes de dar novos sentidos ao texto constitucional.

Neste sentido, Ronald Dworkin, filósofo e jurista norte-americano que defende a reconstrução do direito a partir da aplicação dos princípios, destacou-se pela preocupação sobre a edificação dos critérios interpretativos, criando a expressão *hard cases*, a qual é utilizada tanto pela doutrina quanto pelos tribunais brasileiros.

O significado que se atribui a ela é o mesmo conferido por Ronald Dworkin, ou seja, serve para identificar os casos concretos de difícil solução, basicamente, por três motivos: 1. porque nenhuma “regra” apresenta solução para o caso; 2. porque o intérprete se depara com normas de caráter aberto, as quais precisam ser preenchidas de conteúdo em razão de sua imprecisão de sentido imediato e requerem um maior esforço interpretativo por parte do juiz; 3. pelo fato de serem aplicáveis a esses casos, ao mesmo tempo, vários princípios.

Quanto ao primeiro motivo, ou seja, o fato de nenhuma “regra” apresentar solução para o caso, traduz o descompasso existente, nesse início do século XXI, entre o direito e a sociedade. De fato, inúmeras são as questões para as quais se pede uma legislação que as regule.

Quanto ao segundo motivo, normas jurídicas de caráter aberto, que precisam ser preenchidas de conteúdo concreto em cada caso, na verdade não se trata de um problema, mas de uma solução para a dinâmica da sociedade pós-moderna. As normas permanecem sempre atuais, porque permitem ao operador do direito preencher seu conteúdo segundo as circunstâncias de cada caso concreto, segundo a dinâmica da vida social. Contudo, ensejam a ocorrência dos chamados *hard cases* porque, à luz do caso concreto, confia-se ao intérprete aplicador da lei a responsabilidade de encontrar, diante de um modelo vago, a decisão justa para cada hipótese.

Cada vez mais se busca a opção pela renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real. A regra jurídica desmistifica-se, abandonando a onipotência que o positivismo jurídico lhe atribuiu e passam a desempenhar papel semelhante ao dos princípios.

Finalmente, quanto ao terceiro motivo apontado, ou seja, quando vários princípios podem ser aplicados, ao mesmo tempo, trata-se de uma consequência do fato de que a Constituição Federal, apesar de traduzir um consenso fundamental com relação a determinados princípios, contempla princípios de diversas matizes, resultado do embate pluralístico de idéias e de interesses antagônicos, o que faz com que diante de inúmeras situações concretas, ocorra um conflito entre os bens jurídicos a serem protegidos, pondo a descoberto essas tensões normativas entre princípios constitucionais.

No livro “Levando os direitos a sério”, Dworkin desenvolve toda uma teoria para a solução dos chamados *hard cases*, a qual, porém, nem sempre se adapta a todos os casos, tendo em vista as diferenças entre o direito constitucional norte-americano e o brasileiro. No Brasil, os *hard cases* se apresentam mais claramente como resultado da política neoliberal que fez crescer os conflitos sociais, ocasionados principalmente pelos conhecimentos científicos avançados que geram conflitos envolvendo necessidades sociais de base, dos quais são exemplo as ocupações de terras, os danos causados ao meio ambiente etc.

A ciência e a tecnologia derrubam fronteiras e fazem ruir verdades quase absolutas. Diante desse fato, cresce a preocupação em conciliar a dignidade da pessoa humana com o progresso científico. Um exemplo é a debatida Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). Esses e outros dilemas demonstram que os chamados *hard cases* tornam-se cada vez mais comuns em nosso dia a dia.

E como o direito não pode se furtar a dar uma resposta a essas complexas questões, cresce e ganha força o direito constitucional na sociedade pós-moderna. Segundo Willis Santiago Guerra Filho, os *hard cases* são as questões mais tormentosas, aquelas que terminam sendo examinadas no exercício da jurisdição constitucional, pois “não se resolvem satisfatoriamente com o emprego apenas de regras jurídicas, demandam o recurso aos princípios, para que sejam solucionadas em sintonia com o fundamento constitucional da ordem jurídica”. (Guerra Filho, 1995, p. 259)

Muitas respostas somente poderão ser encontradas no sistema jurídico, já que o ordenamento jurídico, numa visão meramente positivista, não fornecerá a solução para os problemas surgidos na Era atual. O juiz, orientado pela equidade, pela moral e pela justiça, deverá imprimir uma interpretação criativa aos elementos do sistema jurídico para encontrar a melhor solução, mas não pode fundamentar a solução do conflito em elementos estranhos ao sistema jurídico, ou decidir com base apenas em sua convicção pessoal, pois se assim agir, sua decisão não passará pelo teste da legitimidade.

3.1. A Solução para os *Hard Cases*

Algumas teorias da argumentação jurídica partem dos casos claros e fáceis ou dos difíceis para tentar explicar como os juízes julgam. Com relação aos primeiros, o ordenamento jurídico, em regra, fornece sempre uma resposta que, em princípio, é correta. Já com relação aos segundos, é possível afirmar que existe uma resposta correta com base no direito positivo. Além destes, existe, ainda, uma terceira categoria, a dos “casos trágicos”⁴ (denominação usada por Manuel Atienza), em relação aos quais não se consegue chegar a uma solução com base nos elementos do ordenamento jurídico, não permitindo o emprego da lógica tradicional.

⁴ Manuel Atienza faz uma diferenciação entre *hard cases* e o que denomina de “casos trágicos”, aqueles em que “não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral”.

Com relação aos casos difíceis – *hard cases* – o raciocínio torna-se complexo. A construção racional do processo argumentativo que se processa num caso difícil foi assim esquematizado por Manuel Atienza (2002, p.74):

“1. O juiz identifica o problema que tem diante de si a partir de quatro tipos principais de problemas jurídicos: a) problemas de pertinência, que ocorrem quando há dúvidas sobre qual seja a norma aplicável ao caso; b) problemas de interpretação, que surgem quando há dúvidas sobre como se há de entender a norma ou normas aplicáveis ao caso; c) problemas de prova, que aparecem quando há dúvidas se um fato realmente ocorreu; d) problemas de qualificação quando há dúvidas sobre um determinado fato, que não é discutido, porém, pode recair no campo de aplicação de determinado conceito contido no caso concreto ou na consequência jurídica da norma;

[...]

Nos casos difíceis, quando não é possível entre duas ou mais interpretações fazer prevalecer uma lei ou uma decisão anterior, o intérprete tem de fazer escolhas, pendendo para o lado daquela que pareça mais justa e aceitável. A decisão é complexa e vai refletir não apenas as opiniões pessoais do juiz sobre a justiça, a moral, a ética e a equidade, como também irá harmonizar esses ideais quando competem entre si”.

Ressalte-se que esquematizar a solução de um *hard case* e afirmar que a solução encontra é a única correta é absolutamente impossível.

3.2. O Princípio da Proporcionalidade na Solução dos Hard Cases

Os chamados *hard cases* são considerados complexos porque, nesses casos, é preciso levar em consideração toda uma variedade de fatores, fazer um balanceamento entre os princípios constitucionais, o que, inevitavelmente, dá ensejo ao emprego do princípio da proporcionalidade.

Os princípios derivam do direito natural e ainda hoje atendem às necessidades da vida moderna, preenchendo os vazios legislativos, solucionando os casos da mais alta indagação. São linhas diretas, no dizer de Canotilho (2002, p. 1140), que acentuam o significado das normas programáticas constitucionais na doutrina tradicional, já ultrapassada.

Princípios jurídicos, portanto, são aqueles historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência social e jurídica e que encontram uma recepção expressa ou

implícita no texto legal. Servem de fundamento para interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Os princípios constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, e isso implica em importantes conseqüências práticas. Contudo, como o texto constitucional consagra princípios de diversas matizes, decorrência natural do embate pluralístico de idéias e de interesses antagônicos, pode surgir, diante de inúmeras situações concretas, conflito entre princípios. Tais conflitos são, contudo, aparentes, pois o princípio da unidade da Constituição afasta as tensões normativas por meio da ponderação entre os bens jurídicos a serem protegidos.

Toda decisão pressupõe uma ponderação e um balanceamento entre os princípios constitucionais a fim de que a solução mais adequada se apresente e possa dar resposta aos denominados *hard cases*, os quais são casos difíceis de solucionar exatamente em razão da existência de aparentes confrontos entre princípios constitucionais, hipóteses que não se confundem com a situação de regras incompatíveis entre si, chamada de antinomia. Esta se resolve facilmente por meio de um dos três seguintes critérios tradicionalmente apontados pela doutrina: a) cronológico; b) hierárquico; c) critério da especialidade. Quando duas ou mais regras estão em conflito, aplicam-se os critérios apresentados, na forma do tudo ou nada, ou seja, a norma que causa o conflito é afastada por ser inválida ou porque existe uma outra regra que excepciona a sua aplicação em determinados casos.

Em face de uma colisão de princípios constitucionais, porém, não se pode simplesmente afastar a aplicação de um deles, justamente porque a colisão é aparente. Daí a complexidade que envolve os *hard cases*, exigindo motivação da solução encontrada, sendo essa uma exigência do art. 93, inciso IX, da CF/88. É imprescindível a demonstração de que a solução proposta é a mais adequada porque realiza a norma constitucional.

Os princípios atendem às exigências de justiça real e a cada dia ganham maior densidade jurídica, saindo do campo da abstração e adquirindo consistência e lugar de destaque na solução dos casos concretos, permitindo soluções com base em escolhas fundamentadas. São instrumentos técnico-jurídicos indispensáveis à solução dos *hard cases*, pois permitem melhor integração entre o texto constitucional e à realidade.

Portanto, diante de um conflito de interesses, deve o intérprete, por meio dos princípios, chegar a uma composição harmoniosa, porquanto, em face do princípio da unidade da Constituição, esta não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que nela se contém.

Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando as suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. Sendo que nesta última função tem especial relevância o princípio da proporcionalidade destacando-se que, em comparação com os outros princípios, o princípio da proporcionalidade é um dos que possui maior grau de subjetividade, pois não contém parâmetros ou conteúdo que possam ser previamente definidos.

O princípio da proporcionalidade, embora nem sempre ofereça a solução final, tem a importante função de guiar a atividade interpretativa, muitas vezes contra o próprio texto da lei, que pode se mostrar injusto ou inadequado a determinada situação de fato, possibilitando sempre a melhor solução. Trabalha-se, inevitavelmente, portanto, com valores não hierarquizados e suprapositivos.

Na solução dos *hard cases*, o juiz faz escolhas fundamentadas, estabelece o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos por meio de concessões recíprocas, procurando alcançar um resultado socialmente desejável. Sendo que não há, nessa atitude, qualquer ascendência formal de nenhum dos princípios em confronto, mas a simples busca da solução que, à vista dos elementos do caso concreto, melhor atende ao texto constitucional.

Sendo assim, no processo de aplicação do direito aos *hard cases*, o princípio da proporcionalidade apresenta o começo da resolução do problema, não constituindo um fim em si mesmo, pois não é capaz de prontamente elucidar o conflito. Mas, sem dúvida, constitui-se em um instrumento jurídico indispensável para a decisão de complexas questões, viabilizando a acomodação dos diversos princípios e regras de modo a maximizar os valores consagrados pela Constituição, na medida do jurídico e faticamente possíveis, como será demonstrado no tópico seguinte ao se abordar o caso do Rodoanel Mário Covas.

4. O DIREITO APLICADO: UM ESTUDO DO CASO RODOANEL MÁRIO COVAS

Ultrapassadas as questões teóricas, passemos a aplicá-las, fazendo o estudo de um caso concreto.

A situação que será submetida a nossa análise se refere à polêmica em torno da definição da competência administrativa para licenciar a implantação do Rodoanel Mário Covas no Estado de São Paulo que consiste em obra viária de grande vulto que visa interligar diversas rodovias federais e estaduais, facilitar o transporte de mercadorias entre os vários Estados da Federação, além de contribuir para a racionalização e melhoria do intenso tráfego de veículos automotores na região metropolitana da Grande São Paulo.

Vimos que um caso difícil (“Hard Case”) se apresenta quando: (i) existir mais de uma opção para a solução do caso; (ii) inexistir normas para o caso (lacuna); (iii) existir apenas uma norma aplicável ao caso, mas a aplicabilidade poderia ser injusta ou socialmente prejudicial; (iv) existir precedente, mas que deve ser modificado mediante a análise do caso.

Conforme veremos a seguir na situação concreta havia apenas uma norma aplicável ao caso, mas a sua aplicabilidade seria socialmente prejudicial, estando, portanto, o julgador diante de um caso difícil⁵.

Antes de analisar o julgamento do Hard Case enfrentado pela Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁶, Doutora Consuelo Yoshida, importante fazer um breve parêntese para analisar a questão da competência administrativa para o licenciamento ambiental.

⁵ Segundo Karl Larenz “compreender uma norma jurídica requer o desvendar da valoração nela imposta e o seu alcance. A sua aplicação requer o valorar do caso a julgar em conformidade a ela, ou, dito de outro modo, acolher de modo adequado a valoração contida na norma ao julgar o caso” (Metodologia da Ciência do Direito. 6ª e., reformulada, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 297 e 298).

⁶ LICENCIAMENTO AMBIENTAL - EMPREENDIMENTO LOCALIZADO EM REMANESCENTE DA MATA ATLÂNTICA (RODOANEL) – DEFINIÇÃO JURÍDICA DE BEM AMBIENTAL – DETERMINAÇÃO DA REALIZAÇÃO DA LICENÇA FEDERAL PELO IBAMA – EXIGÊNCIA DE EIA/RIMA MAIS ABRANGENTE – CONCESSÃO PARCIAL DO EFEITO SUSPENSIVO – SUSPENSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. (Agravo de Instrumento 2003.03.00.070460-9 – 6ª Turma – TRF 3ªReg.- Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida – DJU 23.01.2004.)

A Constituição Federal de 1988, artigo 23, *caput*⁷ e incisos VI⁸ e VII⁹, conferem a competência administrativa comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a defesa do meio ambiente. No âmbito da competência administrativa para a defesa do meio ambiente se insere a competência para o licenciamento ambiental que é, conforme se extrai do artigo 10º da Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), o procedimento administrativo prévio através do qual se autoriza a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.

Essa competência comum destina-se a dar efetividade ao federalismo cooperativo, haja vista a previsão de fixação de normas de cooperação entre os entes federados informada no parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal de 1988. Essa fixação de normas constitucionais ocorrerá através de lei complementar, ainda não promulgada.

Enquanto não promulgada a lei complementar, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA editou a Resolução nº. 237/97 com o intuito de regulamentar a fixação da regras para cooperação dos entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) no exercício da competência material comum. Ressaltamos que não enfrentaremos no presente trabalho a questão da legitimidade de tal norma – Resolução – em fixar tais regras, não obstante o reconhecimento da existência de diversos questionamentos a respeito.

Neste sentido, a Resolução CONAMA nº. 237/97 define como critério para definição da competência para o licenciamento ambiental a abrangência do impacto do empreendimento ou da atividade (de âmbitos nacional, regional, estadual e local).

Assim, em síntese, define, nos termos do disposto nos artigos 4º, 5º e 6º da Resolução CONAMA nº. 237/97, que ao órgão ambiental estadual compete o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades com impacto no âmbito do Estado, ao órgão ambiental federal os empreendimentos com impacto que ultrapasse os limites de um Estado ou até

⁷ Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

⁸ VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

⁹ VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

mesmo no Brasil, aos órgãos ambientais municipais os empreendimentos e atividades com impacto no âmbito do município.

Estabelece, ainda, a Resolução CONAMA nº. 237/97 que o licenciamento de uma atividade deve se dar em um único nível (art. 7º¹⁰).

Feitos tais esclarecimentos, passemos a analisar a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região sobre o caso do Rodoanel Mário Covas.

O caso foi submetido à apreciação do Poder Judiciário através da propositura de ação civil pública nº. 2003.61.00.025724-4 ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, Estado de São Paulo e Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S/A, visando, como pedido principal, a assunção exclusiva pelo IBAMA do licenciamento ambiental do empreendimento Rodoanel Mário Covas – Trechos Norte, Sul e Leste, e a proibição da Secretaria de Estado do Meio Ambiente de praticar qualquer ato voltado à continuidade do procedimento de licenciamento da obra. E como pedido sucessivo (CPC, art. 289), a realização do licenciamento ambiental federal do empreendimento pelo IBAMA, além daquele em curso pelo Estado de São Paulo.

O juiz de primeiro grau deferiu o pedido liminar formulado pelo Autor para impor ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA a obrigação de fazer no sentido de intervir e assumir exclusivamente o licenciamento ambiental do empreendimento Rodoanel Mário Covas, nos termos do art. 10, § 4º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, bem como proibiu a Secretaria do Meio Ambiente do Estado de praticar qualquer ato voltado ao prosseguimento da obra.

Inconformado com a decisão, o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA interpôs Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, perante o Tribunal Regional da 3ª Região alegando, em síntese, que é incompetente para licenciar referida obra, pois a mesma não se estende além dos limites do Estado de São Paulo, não causando impacto de âmbito regional ou nacional.

¹⁰ Art. 7º - Os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência, conforme estabelecido nos artigos anteriores.

No Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a Relatora do Agravo, a Desembargadora Consuelo Yoshida, identificando estar perante um Hard Case, afastou a aplicação da regra prevista no artigo 7º da Resolução CONAMA nº. 237/97 que estabelece que o licenciamento ambiental deve se dar em um único nível, admitindo a possibilidade de duplo ou múltiplo licenciamento (federal, estadual e/ou municipal).

Isso porque reconheceu que, dada a complexidade e peculiaridades do empreendimento em questão, havia no licenciamento interesses de âmbitos nacional e regional a serem tutelados pelo IBAMA, e que coexistem e podem estar em conflito com interesses estaduais e locais. Entendeu, portanto, ser inegável que ao lado de interesses de âmbito nacional havia interesses de âmbitos estadual e local em jogo e que os impactos do Rodoanel Mário Covas em relação a eles também devem ser considerados, o que tornava inafastável a competência e o interesse da Secretaria do Meio Ambiente de São Paulo para o licenciamento, nos termos do disposto no art. 5º, inciso I, da Resolução CONAMA nº. 237/97.

Concluiu a Desembargadora na análise do Hard Case que em situações como a ora em foco, em que há concomitância e simultaneidade de significativos impactos ambientais nacionais, regionais, estaduais e locais¹¹, e interesses a serem tutelados pelas diferentes esferas da federação, não se pode excluir do processo do licenciamento qualquer dos níveis da Administração Ambiental estruturada pelo Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA na forma da Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981.

Portanto, se o licenciamento ambiental se desse em um único nível alguns interesses de grande importância deixariam de ser tutelados, em evidente prejuízo social.

¹¹ Cidades Quarta, 28 de novembro de 2007, 08h51 @Atualizada às 08h59 SP: obras no Rodoanel deixam 3 cidades sem água Obras no trecho sul no Rodoanel deixam os municípios de São Bernardo do Campo, Santo André e Diadema, na Grande São Paulo, sem água. A Sabesp pediu a colaboração dos moradores desses municípios para que utilizem racionalmente a água armazenada nas caixas residenciais, evitando desperdício. A Sabesp interrompeu o tratamento de água na Estação Rio Grande para realizar o remanejamento da adutora que passa pela rodovia Anchieta, km 26,5. Nesse ponto estão sendo realizadas as obras do trecho Sul do Rodoanel e para continuidade dos trabalhos é necessário remanejar um trecho de aproximadamente 500 m da tubulação. A recuperação do abastecimento ocorrerá de forma gradual, logo após o término das obras. Os bairros localizados em pontos mais altos e distantes dos reservatórios poderão ter o fornecimento de água restabelecido de forma mais lenta durante toda a quinta-feira, mas a Sabesp alerta que em algumas regiões o abastecimento pode ser totalmente normalizado apenas na sexta-feira. Os casos de emergência serão atendidos pela Central de Atendimento 195, que funciona durante 24 horas. A ligação é gratuita. Redação Terra

Assim, como não há hierarquia entre os interesses eventualmente conflitantes (federais, estaduais, municipais), é possível sustentar-se que cada nível de poder pode, dentro da sua respectiva esfera de competência e na defesa de seus respectivos interesses, impedir uma degradação ambiental que esteja sendo praticada ou permitida por outro nível, não concedendo, por exemplo, o licenciamento ambiental sem maiores exigências.

Apenas a título de conhecimento, importante informar que ao final as partes lograram êxito na conciliação¹², prestigiando a solução negociada e dando um brilhante desfecho de uma “pioneira e histórica experiência de licenciamento ambiental”.

5. CONCLUSÃO

¹² Ementa

CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RODOANEL MÁRIO COVAS (TRECHOS NORTE, SUL E LESTE). IMPACTO NO MEIO AMBIENTE. ÂMBITO NACIONAL E REGIONAL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMPLEXO. PROCEDIMENTO ÚNICO. EFETIVA INTEGRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DAS ESFERAS FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL. VIABILIDADE. MENOR DISPÊNDIO DE TEMPO E MENORES CUSTOS. PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO. AQUIESCÊNCIA DAS PARTES. PRESERVAÇÃO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS, DA ESTRUTURA FEDERATIVA E DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO INTERESSE DA COLETIVIDADE. HOMOLOGAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO.

1. A consecução do acordo ora submetido à homologação significa um grande avanço em termos institucionais e federativos, por agilizar e viabilizar jurídica e operacionalmente o licenciamento ambiental do Rodoanel Mário Covas, obra viária de grande vulto, de inegável importância do ponto de vista estratégico e econômico-social, com a efetiva integração e participação das esferas federativas.

2. O consenso a que chegaram os atores envolvidos (entes públicos, órgãos de controle de diferentes níveis federativos, Ministério Público e empreendedor) representa uma demonstração inequívoca de que, com o empenho, a determinação e a colaboração de todos, é possível abreviar-se e agilizar-se, sobremaneira, o final do processo, no interesse e em benefício dos próprios jurisdicionados, através de soluções arquitetadas de comum acordo, que alcancem o resultado prático equivalente àquele objetivado pela pretensão inicialmente deduzida em juízo.

3. Trata-se de pioneira e histórica experiência de licenciamento ambiental que, embora processado num único e mesmo nível, sintetizará a participação efetiva e integrada das esferas federal, estadual e também municipal, no que couber, resultando em licenças ambientais como atos complexos de natureza jurídica constitucional, lastreadas no art. 225 combinado com o art. 23, VI, VII e parágrafo único da Constituição Federal.

4. Esta forma de licenciamento ambiental complexo alcança resultado prático equivalente ao do duplo ou múltiplo licenciamento ambiental, com vantagens de menor dispêndio de tempo e menores custos.

5. Uma vez que as partes e demais interessados lograram êxito na implementação da conciliação, com a preservação do sistema constitucional de competências, da estrutura federativa e da proteção ambiental no interesse da coletividade, necessária se faz a homologação da composição celebrada para que produza seus regulares efeitos, nos termos do que dispõe o art. 269, III, do CPC.

6. Extinção do processo, com julgamento de mérito. Remessa oficial e apelações prejudicadas.

Acórdão: A Turma, por unanimidade, homologou o acordo entre as partes, julgou extinto o feito com julgamento de mérito, restando prejudicada a remessa oficial e às apelações, nos termos do voto do(a) Relator(a). (AC - APELAÇÃO CIVEL – 990253- 2003.61.00.025724-4 SP Doc: TRF300090862 - Relator JUIZA CONSUELO YOSHIDA Órgão Julgador SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 09/03/2005 - Data da Publicação: DJU DATA:22/03/2005 PÁGINA: 391 - Fontes RTRF3 73/286)

Assim, na linha de conclusão, cumpre assinalar os seguintes aspectos no estudo dos *hard cases* no direito aplicado e sua relação com a hermenêutica:

1. A hermenêutica e a interpretação jurídica remetem-nos ao processo de aplicação da lei, efetivado pelo Judiciário. Nessa ótica, só faz sentido a interpretação da lei, tendo em vista um problema que requeira uma solução legal;
2. A concretização da norma é feita mediante a construção interpretativa que formula a partir *da* e em direção à compreensão. O direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico da compreensão e a técnica argumentativa;
3. O problema da interpretação jurídica não fica restrito ao plano da interpretação da lei e sim um ato de realização do direito sempre ligado à solução de um caso concreto;
4. Os casos difíceis identificam-se basicamente, por três motivos: (a) porque nenhuma “regra” apresenta solução para o caso; (b) porque o intérprete se depara com normas de caráter aberto, as quais precisam ser preenchidas de conteúdo em razão de sua imprecisão de sentido imediato e requerem um maior esforço interpretativo por parte do juiz; (c) pelo fato de serem aplicáveis a esses casos, ao mesmo tempo, vários princípios;
5. As respostas aos casos difíceis somente poderão ser encontradas no sistema jurídico, daí que o julgador orientado pela equidade, pela moral e pela justiça, deverá imprimir uma interpretação criativa aos elementos do sistema jurídico para encontrar a melhor solução, sem fundamentar tal solução em elementos estranhos ao sistema, muito menos decidir com lastro somente em sua convicção pessoal, sob pena de faltar legitimidade a decisão;
6. No processo de aplicação do direito aos *hard cases*, o princípio da proporcionalidade constitui-se em ferramenta jurídica fundamental para a decisão de complexas questões, viabilizando a acomodação dos diversos princípios e regras de modo a maximizar os valores consagrados pela Constituição.

Portanto, percebe-se no estudo dos “*hard cases*” que muitas vezes somente a interpretação da lei não leva a resolução do caso concreto, gerando uma crise justamente porque uma das funções do direito reside na concreta resolução de problemas, motivo pelo qual, necessário

uma visão de totalidade do ordenamento jurídico permeado não só por regras, mas por princípios e valores que asseguram ao direito a plasticidade necessária à resolução desses casos difíceis.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito – teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. 2 . ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed., Coimbra: Almedina 2002, p. 1140.

CARMO, Lie Uema do. **Ensaio sobre a hermenêutica jurídica e as suas funções**. Disponível em: <<http://www.socejur.com.br/artigos/hermeneutica.doc>> Acesso em: 03 janeiro 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, JUAREZ. **Interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Da interpretação especificamente constitucional**. Revista de Informacao Legislativa 128, Brasília, 1995, ps. 255-259.

HART, Herbert L.A. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. Harvard Law Review, v. 71, 1958.

_____. **Conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LARENZ, KARL. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6. ed., reformulada, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MAGALHÃES FILHO, GLAUCO BARREIRA. **Hermenêutica jurídica clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARMOR, ANDREI. **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NEVES, Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

PASQUALINI, ALEXANDRE. **Hermenêutica e sistema jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.