

SUMÁRIO

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, PARA A COMPROVAÇÃO DA AUTORIA DO CRIME DE FURTO, COMO ARGUMENTO FALACIOSO NA CLASSIFICAÇÃO DE MANUEL ATIENZA: PARALOGISMO	1
Bruno Makowiecky Salles	1
Denise Helena Schild de Oliveira	1
A “INSIGNIFICÂNCIA DA LESÃO” EM DIREITO PENAL AMBIENTAL: A QUESTÃO DO DANO E O SEU LIMITE DE TOLERABILIDADE	15
Airto Chaves Junior	15
Fabiano Oldoni.....	15
O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O DIREITO A CONDIÇÕES DIGNAS DE TRABALHO	41
João Batista Lazzari.....	41
Adilor Danieli	41
SUSTENTABILIDADE COMO UM DOS DESÍGNIOS DO SÉCULO XXI.....	62
Kamilla Pavan.....	62
Alfonso Castillo	62
A PROTEÇÃO LEGAL DOS DIREITOS INFANTO-JUVENIS NAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E NA CRFB/1988.....	101
Newton Cesar Pilau	101
Patricia Elias Vieira	101
AS DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE EM FACE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIREITO FUNDAMENTAL ..	128
Morgana Assi.....	128
Eduardo Erivelton Campos	128

AS MITOLOGIAS JURÍDICAS E A NECESSIDADE DE REFUNDAÇÃO CULTURAL DO DIREITO.....	154
Rafael Padilha dos Santos	154
Rodrigo Fernandes	154
TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM MANUEL ATIENZA E ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DO <i>JUS POSTULANDI</i> NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS	176
Queila Jaqueline Nunes Martins.....	176
Ester Dorcas Ferreira dos Anjos	176
O DIREITO TRANSNACIONAL AMBIENTAL E A PROTEÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO	204
Patricia Pasqualini Philippi	204
Leonardo Zicarelli	204
CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS - O PODER CRIADOR DOS JUÍZES E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS	223
Júlio César Bernardes	223
João Batista Thomé.....	223
TUTELA JUDICIAL DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO.....	242
Fernanda Sell de Souto Goulart	242
Jaqueline Moretti Quintero	242
POR UMA REVISÃO DO PRINCÍPIO DA VANTAJOSIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	262
Thiago Pereira de Freitas.....	262
CONSEQUÊNCIAS DA INCINERAÇÃO COMO PARADOXO À JUSTIÇA AMBIENTAL E À SUSTENTABILIDADE NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS	279
Guilherme Nazareno Flores	279

Clayton Marafioti Martins	279
TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU E TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS	306
George Brasil Paschoal Pítsica.....	306
REFLEXÕES SOBRE AS FALÁCIAS NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: ESTUDO DE CASO DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 597-270-4/RS	327
Adilor Danieli	327
João Batista Lazzari	327
PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E DO DIREITO AMBIENTAL.....	347
Jaqueline Moretti Quintero	347
Fernanda Sell de Souto GoulartFernandes	347
A POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA E O TERMO CIRCUNSTANCIADO À LUZ DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	365
Clayton Marafioti Martins	365
Guilherme Nazareno Flores	365
A EDUCAÇÃO COMO PROCESSO TRANSFORMADOR PARA O ALCANCE DA SUSTENTABILIDADE	389
Ester Dorcas Ferreira dos Anjos	389
Queila Jaqueline Nunes Martins.....	389
A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS.....	415
João Batista Lazzari	415
A PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA PENAL: POSSIBILIDADES E LIMITES	434
Fabiano Oldoni.....	434

Airto Chaves Junior	434
A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA APLICADA A UM CASO CONCRETO: UMA ANÁLISE À TEORIA DE MANUEL ATIENZA	455
Denise Helena Schild Oliveira	455
O GARANTISMO E O ACESSO A INFORMAÇÃO	478
Jorge Stoeberl	478
Rodrigo Fernando Novelli	478

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, PARA A COMPROVAÇÃO DA
AUTORIA DO CRIME DE FURTO, COMO ARGUMENTO FALACIOSO NA
CLASSIFICAÇÃO DE MANUEL ATIENZA: PARALOGISMO**

Bruno Makowiecky Salles¹

Denise Helena Schild de Oliveira²

INTRODUÇÃO

A aplicação cotidiana do Direito parte, com frequência, de entendimentos jurisprudenciais construídos a partir de regras da experiência, ficções³, generalizações e presunções judiciais. Tal prática gera precedentes que se padronizam e se reproduzem em fundamentações adotadas pelos juízes, por vezes sem maiores reflexões, como base para o julgamento e para a motivação de decisões judiciais em casos análogos.

Segundo já se advertiu, o ser humano: “[...] tem conforto na repetição, se abriga na segurança da repetição. No Direito, a força dos precedentes, a segurança da jurisprudência consolidada.”⁴

¹ Mestrando do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – CMCJ, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Material e Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (Cesusc). Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Email: brunomakosalles@terra.com.br

² Mestranda do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – CMCJ, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. Juíza de Direito. E-mail: denise.schild@tjsc.jus.br

³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Jurisdição do real X controle penal:** direito e psicanálise via literatura. Petrópolis: Delibera, 2011, p. 52.

⁴ BECKER, Laércio A. **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012, p. 190.

Exemplo eloquente dessa repetição pode ser identificado, no Direito Penal, em matéria de comprovação da autoria do crime de furto. Sistemáticamente, decisões judiciais encampam como motivação a lógica no sentido de que, encontrado o agente, momentos após a ocorrência do delito, na posse da *res* furtiva, presume-se a autoria da subtração e inverte-se o ônus da prova, passando a competir ao acusado o ônus de desconstituir a imputação, sob pena de ser condenado pelo cometimento da infração penal⁵.

O presente artigo, versando sobre tal temática, tem como objetivo revelar, desde a perspectiva da teoria da argumentação jurídica, o caráter falacioso do entendimento jurisprudencial acima resumido. Para tanto, serão utilizados como parâmetros de avaliação os critérios lógico-formal e material de concepção da atividade argumentativa, tendo como marco teórico o pensamento de Manuel Atienza.

A problemática é pertinente no contexto da disciplina, visto que:

Una de las insuficiencias más notables de las teorías de la argumentación jurídica que se han elaborado en las últimas décadas es la escasa o nula atención que prestan a la argumentación en materia de hechos. Esa carencia es particularmente grave en relación con el Derecho Penal, cuya aplicación plantea más a menudo cuestiones relativas a la prueba de los hechos que problemas de interpretación normativa. Argumentar en Derecho Penal es, más que otra cosa, una argumentación sobre los hechos, aunque ciertamente se trate de hechos cualificados por (o vistos a través de) normas⁶.

O estudo foi idealizado durante aulas ministradas na Universidade de Alicante, na Espanha, pelo Prof. Dr. Manuel Atienza e pela Prof. Dra. Cláudia Roesler, vinculadas ao Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade do

⁵ Dentre vários julgados, podem ser citados como exemplo, sem qualquer conotação de crítica negativa, os acórdãos referentes às Apelações Criminais n. 2011.022243-5 e n. 2012.059516-6, decididas, recentemente, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (disponível em <http://www.tjsc.jus.br/>, acesso em 02/10/2013).

⁶ ATIENZA, Manuel. **Cuestiones judiciales**. México: Distribuciones Fontamara, 2001, p. 25.

Vale do Itajaí - Univali.

1. CONCEPÇÕES FORMAL E MATERIAL DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A teoria da argumentação jurídica ocupa-se de avaliar, como boas ou más, as razões externadas em determinada manifestação jurídica⁷. Para efeito de tal teoria, os fundamentos contidos em determinado discurso ou texto escrito podem ser apreendidos e avaliados, dentre outras classificações, a partir de uma concepção formal (ou de estrutura) ou de uma perspectiva material (ou de conteúdo).

A concepção lógico-formal preocupa-se, em suma, com o arquétipo do argumento. Avaliam-se, em tal atividade, as premissas utilizadas, as conclusões a que tais premissas conduziram e a relação que se estabelece entre as premissas e as conclusões, chamada de inferência. A inferência, assim, representa a etapa de passagem das premissas às conclusões.

O ato de inferir pode ser orientado por critérios indutivos ou dedutivos. De acordo com uma classificação tradicional, o raciocínio ou método indutivo implica partir de premissas ou enunciados particulares para que, deles, induzam-se conclusões gerais. O raciocínio ou método dedutivo, por outro lado, supõe lógica inversa, partindo-se de partes dos fenômenos para delas deduzirem-se formulações gerais⁸.

Essa distinção tradicional, contudo, não encontra uniformidade na teoria da

⁷ A teoria da argumentação jurídica consagra, em sua delimitação, a distinção entre o contexto de descobrimento e o contexto de justificação das decisões judiciais. O objeto de estudo da teoria da argumentação centra-se no universo da justificação dos atos decisórios, não versando sobre a esfera da descoberta. Nesta adentram aspectos interdisciplinares como a formação humanística do intérprete, a sociologia, a política, a psicologia, a subjetividade e outros. Na justificação analisam-se apenas as razões que permitem reputar uma decisão motivada como aceitável ou não.

⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12ª ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86.

argumentação. Segundo Manuel Atienza, a diferença central entre as justificações dedutivas e indutivas não está na generalidade ou não das premissas e conclusões. Segundo o autor, o principal critério distintivo reside em que, nas deduções, é impossível, no plano lógico, que as premissas sejam verdadeiras e as conclusões não o sejam, porque existe uma relação de inferência necessária. Nas induções, ao contrário, tal impossibilidade não ocorre, admitindo-se premissas não conducentes a conclusões válidas⁹. Por sua vez, Neil MacCormick sustenta a preponderância, na argumentação jurídica, de raciocínios ou formulações de natureza dedutiva¹⁰, reduzindo a frequência, a aplicação ou o cabimento de silogismos indutivos. O estudo da lógica, de toda sorte, constitui aspecto destacado na avaliação da validade da inferência que interliga as premissas e as conclusões.

Sobre o assunto, discorre Manuel Atienza:

Ya hemos visto que la diferencia entre un argumento deductivo y otro inductivo es que sólo en relación con los primeros puede decirse que es imposible que las premisas sean verdaderas (o posean algún otro valor: como la corrección o validez normativa) y la conclusión no o sea (no se transmista ese valor). En el caso de las inducciones, lo que queremos decir es que es probable (en un grado mayor o menor) que si los enunciados fácticos son verdaderos (o las normas válidas ou correctas), entonces lo sea también la conclusión. Así entendida, una inducción no es necesariamente un argumento que va de lo particular a lo general [...].

También son inducciones los argumentos de probabilidad, en el sentido cuantitativo de la expresión: como frecuencia relativa de un fenómeno dadas ciertas circunstancias; en su sentido cualitativo, todas las inducciones son

⁹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 178.

¹⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 64.

argumentos de probabilidad (el paso de las premissas a la conclusion es probable y no necesario)¹¹.

Por sua vez, a concepção material da atividade argumentativa oferece perspectiva própria. Não se trata, ao estudá-la, de avaliar se proposições estão (ou não) formalmente estruturadas a partir de uma inferência lógica. A análise da aptidão dos argumentos, nesse campo, desloca-se para um juízo de correção sobre o conteúdo das premissas fáticas, dos argumentos teóricos e das conclusões jurídicas, incluída a pertinência da solução para a aplicação do Direito perante os enunciados legais e os princípios do ordenamento jurídico.

Nesse sentido:

Desde la perspectiva que hemos llamado material, argumentar no consiste ya em presentear una serie de proposiciones estructuradas de una determinada manera, sino que es, más bien, la actividad de ofrecer razones (buenas razones) sobre cómo es el mundo (algún aspecto del mismo) o sobre cómo debe alguien actuar en él. El centro se sitúa, entonces, en las premissas (y em la conclusión), pero no entendidas em cuanto enunciados con una cierta forma, pues lo que interesa aquí es, precisamente, su contenido de verdad y de corrección¹².

Os critérios formal e material complementam-se na análise dos argumentos, pois:

Por um lado, como vimos, a partir de premissas falsas pode-se argumentar corretamente do ponto de vista lógico; e, por outro lado, é possível que um argumento seja incorreto do ponto de vista lógico, embora a conclusão e as premissas sejam verdadeiras, ou pelo menos altamente plausíveis. Em alguns casos a lógica aparece como um instrumento necessário, mas insuficiente, para o controle dos argumentos (um bom argumento deve sê-lo tanto do ponto de vista formal quanto do material). Em outros casos é possível que a

¹¹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 178.

¹² ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 275

lógica (lógica dedutiva) não permita nem sequer estabelecer requisitos necessários com relação ao que deve ser um bom argumento; como veremos, um argumento não lógico – no sentido de não dedutivo – pode ser, contudo, um bom argumento¹³.

Trata-se, assim, de categorias fundamentais no campo da teoria da argumentação.

2. ARGUMENTOS FALACIOSOS: SOFISMAS E PARALOGISMOS.

A teoria da argumentação, como referido acima, ocupa-se de avaliar as razões externadas em determinada manifestação jurídica. Em tal atividade, depara-se, em uma concepção lógico-formal, com argumentos válidos ou inválidos, ou, em uma concepção material, com argumentos sólidos ou inconsistentes. Tal análise permite uma dissociação entre os bons e os maus argumentos.

Entre esses extremos, porém, identifica-se uma categoria intermediária de argumentos denominados como falácias. As falácias representam uma classe de argumentos que, em uma aparência inicial, apresentam-se como válidos e sólidos, sem, contudo, possuírem tais atributos, caracterizando-se por ostentarem capacidade de engano.

As falácias, em sua classificação, subdividem-se em sofismas e paralogismos. Enquanto o sofisma consiste no uso consciente de um argumento falacioso, com o fim de enganar, o paralogismo pode ser definido como a utilização culposa de tal argumento. O emprego de argumentos falaciosos pode ter espaço tanto na concepção formal quanto na material.

Segundo Manuel Atienza:

¹³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

Una falacia formal tiene lugar cuando parece que se ha utilizado una regla de inferencia válida, pero en realidad no há sido así; por ejemplo, la falacia de la afirmación del consecuente (que iría contra una regla de la lógica deductiva) o de la generalización precipitada (contra una regla de la inducción). Em las falacias materiales, la construcción de las premisas se há llevado a cabo utilizando un criterio solo aparentemente correcto¹⁴.

O mesmo autor, em obra diversa, anota que:

O estudo dos argumentos não estaria completo se nele não se incluíssem as falácias, isto é, as formas em que se argumenta incorretamente. Embora sem pretensões de sistematicidade, o modelo de análise de Toulmin oferece um critério para classificar as falácias, que permite distribuí-las em cinco categorias diferentes, conforme elas apareçam: 1) de uma falta de razões, 2) de razões irrelevantes, 3) de razões falhas, 4) de suposições não garantidas ou 5) de ambiguidades¹⁵.

O estudo das falácias tem significativo relevo no âmbito da argumentação jurídica.

3. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, PARA COMPROVAÇÃO DA AUTORIA DO CRIME DE FURTO, COMO ARGUMENTO FALACIOSO: PARALOGISMO

Como visto, a jurisprudência adota, com freqüência, a compreensão de que o cidadão flagrado, instantes após determinado crime de furto, na posse do objeto do crime, presume-se autor da prática da subtração, invertendo-se o ônus da prova e competindo-lhe o encargo de desviar-se da imputação, sob pena de restar responsabilizado na esfera criminal.

¹⁴ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 116.

¹⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 104/105.

Convém, a título exemplificativo, citar precedente judicial que adota tal compreensão:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO MEDIANTE O ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. ART. 155, § 4º, I, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO POR FURTO SIMPLES. ART. 155, "CAPUT", DO CP. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM DECORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, NA SUA FORMA RETROATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. LAPSO TEMPORAL DE QUATRO ANOS QUE NÃO ULTRAPASSOU ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS. MÉRITO. PLEITO PELA SUA ABSOLVIÇÃO SOB ALEGAÇÃO DE QUE HOVERAM DÚVIDAS ACERCA DE SUA AUTORIA. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. APREENSÃO DA RES FURTIVA EM PODER DO RECORRENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL À POSSE DO BEM SUBTRAÍDO. ALEGAÇÃO DE QUE SUA EX-COMPANHEIRA ENTREGOU-LHES OS OBJETOS FURTADOS QUE NÃO SE COMPROVOU. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. DOSIMETRIA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO QUE RESTOU ACOLHIDO. DE OFÍCIO, REALIZADA RETIFICAÇÃO DO QUANTUM DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FIXADA EM PRIMEIRO GRAU EM RAZÃO DE ERRO MATERIAL PARA 1 (UM) ANO DE RECLUSÃO, BEM COMO CONCEDIDA SUA SUBSTITUIÇÃO POR UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITO. POSSIBILIDADE, EIS QUE INEXISTENTE ANTECEDENTES CRIMINAIS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO¹⁶.

Trata-se, porém, com a devida vênia e respeitadas as percepções contrárias, de argumento que não se sustenta nos aspectos lógico e material.

Considerada a estrutura formal do argumento, tem-se que a premissa firmada não autoriza a conclusão que dela se extrai, havendo elementos que impedem a realização segura da inferência, isto é, de passagem de um aspecto a outro.

¹⁶ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2012.059516-6, de Guaramirim. Rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 27-08-2013. Disponível em <http://www.tjsc.jus.br>, acesso em 03/10/2013.)

Note-se que a circunstância de o agente ser encontrado na posse da coisa delituosa não permite que daí se infira, com precisão científica, por justificações dedutivas ou indutivas, a conclusão de autoria da subtração. Trata-se de uma suposta regra da experiência, não baseada, contudo, em estudos de probabilidade ou em dados estatísticos e sujeita, por exemplo, à desconstrução por simples hipóteses ou por técnicas como o falsificacionismo¹⁷, representando um enunciado ou uma crença¹⁸ cuja força é precária como hipótese científica¹⁹. É possível que o acusado, por exemplo, tenha encontrado a coisa abandonada, ou a tenha receptado de forma culposa, para fins de aquisição ou de transporte, dentre outras probabilidades que invalidam a lógica estabelecida. O argumento, enfim, representa uma suposição não garantida, que atua como redutor de complexidade, ou seja, como recurso a uma ficção ou generalização²⁰ esquemática, facilitando a aplicação do Direito por parte dos operadores sem possuir um real embasamento lógico.

Sobre a inadequação de similar raciocínio, lê-se que:

En el razonamiento probatorio se pasa de ciertos hechos probatorios a un hecho considerado probado. Pero para ello se necesita contar – digamos, como premisa mayor – con algún enunciado general. A esos enunciados generales, em una cierta tradición jurídica (no em la del common law), se los llama máximas de la experiencia.

¹⁷ De acordo com o falsificacionismo como método científico, determinada hipótese, teoria ou conclusão resta desconstituída, revelando-se falha, sempre que puder ser falsificada, isto é, sempre que não resista a testes empíricos (CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Trad. Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993). A afirmação de que o sujeito encontrado na posse do objeto é autor do furto, nesse caso, não possui rigor científico dedutivo ou indutivo, pois pode ser falsificada se, em dada situação, perceber-se que o cidadão encontrou a coisa abandonada ou mesmo a receptou.

¹⁸ WARAT, Luis Alberto. **Introdução ao estudo do direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Trad. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p. 265.

¹⁹ CARCOVA, Carlos María. **Las teorías jurídicas post positivistas**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008, p. 34.

²⁰ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 61.

[...]

El problema nasce, sin embargo, del hecho de que en el uso corriente la expresión máxima de la experiencia se emplea de manera muy genérica y con un significado no preciso pero mucho más amplio, capaz de incluir una cantidad de enunciados que se expresan en forma de reglas pero no tienen ningún fundamento general ni cuasigeneral. Muchas de las nociones que se presumen o se presentan como fundadas en la experiencia, corresponden en realidad a generalizaciones espurias, es decir, a enunciados que se formulan en términos generales, pero que en realidad carecen de cualquier confirmación científica o empírica. A veces esto ocurre en situaciones en las que en realidad existe una confirmación empírica, pero es ciertamente inadecuada para sustentar incluso la aceptación práctica de una generalización²¹

A propósito, aliás, observa a doutrina que:

Uma maneira usual de argumentar falazmente consiste em dar por descontado que, a partir de certas teses, se deriva necessariamente outra, omitindo que, para ello, habría que aceptar también tesis intermedias, carentes de justificación²².

Assim, o argumento não resiste a uma análise estritamente lógica.

Dentro da perspectiva material, o argumento também não encontra consistência. A Constituição da República, como norma superior e fonte de validade²³ do ordenamento jurídico, prevê a garantia da presunção de inocência (art, 5º, LVII, da CF), dotada de autoaplicabilidade e força normativa

²¹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 486-487.

²² ATIENZA, Manoel. **La guerra de las falacias**. Alicante: Librería Compras, 2004, p. 20.

²³ Dada a supremacia da Constituição e a circunstância de figurar como fundamento de validade da produção legislativa (tanto prévia quanto ulterior), é possível afirmar que as normas constitucionais têm potencial para provocar uma ruptura com a ordem jurídica anterior com ela incompatível (natureza abrogatória), admitindo a remanência em vigor apenas das leis materialmente compatíveis (natureza receptiva), bem como para vincular as atividades de criação legiferante e administrativa (natureza normogenética), e, em todo caso, para nortear a interpretação e a aplicação do Direito (natureza bussolar).

imediate (art. 5º, §1º, da CF). Tal garantia deve ser compreendida não só como o retardamento formal dos efeitos da sentença condenatória até o trânsito em julgado, mas também de, materialmente, ver-se o acusado como inocente até que seja cabalmente comprovado o contrário, após apuração idônea, pelo Estado-acusação²⁴.

Sobre o assunto:

O princípio da presunção de inocência determina que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Trata-se de princípio consagrado no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, previsto ainda no art. XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no art. 8º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. A Constituição Brasileira de 1988 o previu no art. 5º, LVII. Explica Franco Cordero que o cânon da presunção da inocência se opera em dois sentidos: ' en primer lugar excluye que el acusado sea sometido a penas anticipadas o medidas análogas, y en segundo lugar, acha sobre la acusación la carga de la prueba sobre hechos penalmente calificables, y mientras que hay una duda, debe ser absuelto. De acordo com Luigi Ferrajoli, 'este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable.

É certo, ainda, que o princípio da presunção da inocência determina a tomada de uma atitude deontológica de todos os cidadãos (principalmente dos agentes estatais encarregados da persecução penal) em relação aos acusados em qualquer persecução penal: deve-se aceitar, tomar como verdadeira, a inocência do imputado enquanto não houver provas robusta, produzida em contraditório, a destruir tal condição mediante a sentença penal condenatória transitada em julgado²⁵.

²⁴ SABATINI, Giuseppe. **Principii costituzionali del processo penali**. Napoli: Jovene, 1976, p. 49.

²⁵ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de*

A inversão do ônus da prova a partir da simples posse do objeto subtraído, assim, ao exonerar a acusação de comprovar o fato típico (subtrair), atribuindo ao acusado o ônus de apresentar versão fidedigna da não-culpabilidade, subverte a garantia da presunção de inocência (art, 5º, LVII, da CF), violando a Constituição da República.

Trata-se, pois, de argumento materialmente inválido.

Dessas considerações resulta que o emprego inconsciente e irrefletido da presunção de autoria do portador da coisa furtada para a comprovação do ato penal de *subtrair coisa alheia*, não possuindo sustentação nas concepções lógico-formal e material da argumentação, significa a adoção de um argumento falacioso em forma de paralogismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exposição feita autoriza a formulação de algumas sínteses conclusivas.

A teoria da argumentação tem como objeto avaliar as razões externadas em determinada manifestação jurídica. Os fundamentos contidos em certo discurso ou texto escrito, assim, podem ser apreendidos a partir de uma concepção formal (ou de estrutura), revelando-se argumentos válidos ou inválidos, ou desde uma perspectiva material (ou de conteúdo), mostrando-se argumentos sólidos ou inconsistentes. Essa análise permite que se proceda a uma dissociação, de acordo com tais critérios, entre os bons e maus argumentos.

Para além dos argumentos vistos como bons ou maus, porém, existe uma

Processo Penal - PLS n. 156/2009: uma leitura a partir do princípio da presunção da inocência. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org); CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (org). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 249/251).

classe intermediária. Trata-se das falácias. Os argumentos falaciosos são válidos ou sólidos apenas na aparência, notabilizando-se pela capacidade de engano. Dividem-se entre sofismas e paralogismos, entendendo-se os primeiros como uso consciente de um argumento falacioso, com o fim de enganar, e os segundos como o uso culposo ou despercebido de tal argumento

A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, isto é, do ato de subtrair coisa alheia, não se sustenta nos aspectos lógico e material. A premissa não autoriza que dela se infira, necessariamente ou de forma científica, a conclusão. E a atribuição ao réu do dever de afastar a imputação malferre a regra da presunção de inocência

O emprego jurisprudencial de tal fundamentação é um exemplo de paralogismo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Gumarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

_____. **Cuestiones judiciales**. México: Distribuciones Fontamara, 2001

_____. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

_____. **La guerra de las falacias**. Alicante: Librería Compras, 2004.

BECKER, Laércio A. **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012.

CARCOVA, Carlos María. **Las teorías jurídicas post positivistas**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Trad. Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Jurisdição do real X controle penal: direito e psicanálise via literatura.** Petrópolis: Delibera, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 12ª ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86).

SABATINI, Giuseppe. **Principii costituzionali del processo penale.** Napoli: Jovene, 1976.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal - PLS n. 156/2009: uma leitura a partir do princípio da presunção da inocência.** COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org); CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de (org). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução ao estudo do direito II: a epistemologia jurídica da modernidade.** Trad. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

A “INSIGNIFICÂNCIA DA LESÃO” EM DIREITO PENAL AMBIENTAL: A QUESTÃO DO DANO E O SEU LIMITE DE TOLERABILIDADE

Airto Chaves Junior¹

Fabiano Oldoni²

INTRODUÇÃO

O artigo aqui desenvolvido terá como objetivo precípuo o estudo a insignificância da lesão em Direito Penal Ambiental e a questão do seu limite de tolerabilidade.

Para que um comportamento humano seja digno de punição pela via penal, deve ele amoldar-se formalmente a algum tipo penal e, também, provocar uma efetiva lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, no caso em apreço, um dano ao meio ambiente. Meros impactos ambientais, facilmente suportáveis pelo meio podem findar-se dentro do que se chama do limite do tolerável, pelo que, não deve ser objeto de repressão penal via penal.

Essa construção interpretativa é fundamentada em princípios que funcionam de instrumentos legitimantes do próprio Direito Penal Democrático, orientados

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Advogado criminalista. Professor titular do Curso de Graduação em Direito da UNIVALI nas disciplinas de Direito Penal e Direito Processual Penal; Professor de Direito Penal da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (EMPSC); Professor de Direito penal da Escola da Magistratura do Trabalho (AMATRA 12); E-mail: oduno@hotmail.com

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2010); Possui especialização em Direito Penal Empresarial pela Universidade do Vale do Itajaí (2004); Professor titular das disciplinas de Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal (EMA) pela Univali e Coordenador do Projeto de Execução Penal junto ao Sistema Penitenciário de Itajaí (convênio UNIVALI/CNJ). Autor dos livros “Arrendamento Mercantil Financeiro: as consequências do pagamento antecipado de Valor Residual Garantido” e “Aquisição da propriedade ilícita pela usucapião”, além de ter publicado vários artigos na área jurídica. Advogado. E-mail: oldoni@univali.br.

por uma via utilitarista ou consequencialista ponderáveis no conceito de Política Criminal.

A pesquisa se iniciará com a análise do *funcionalismo penal* a partir da concepção ofertada por Claus Roxin, segundo a qual os conceitos e o sistema do Direito Penal devem ser construídos com base em considerações normativas, referentes aos fins do Direito Penal e a seus pressupostos de legitimidade. Tratar-se-á, neste momento, do princípio da intervenção mínima, orientado pelos critérios da subsidiariedade e fragmentariedade.

Na sequência, avaliar-se-á o Direito Ambiental como bem jurídico objeto de tutela penal. É que os direitos relativos ao meio ambiente, hoje, expressam a necessidade de uma solidariedade com relação às futuras gerações que se evite uma tragédia futura. Por isso, conforme sustentam alguns autores, deve-se agir de forma que os efeitos dessas ações decorrentes sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana futura.

Na parte seguinte do trabalho, analisar-se-á a distinção entre “impacto” e “dano” ambiental. Isso será de fundamental importância para construção dos parâmetros e limites configuradores do comportamento realmente lesivo ao meio ambiente e que, por isso, merecem responsabilização penal.

Finalmente, estudar-se-á o limiar entre os conceitos de “dano” e “impacto” a partir de uma tênue linha limite denominado “limite de tolerabilidade”. O Direito Penal, por ser fragmentário, não deve ser utilizado para questões que não tragam uma efetiva lesão ao bem jurídico penalmente protegido, no caso em apreço, um dano ao Meio Ambiente. Por isso, a questão que se levantará é a seguinte: pode um impacto ambiental, apesar de formalmente típico, ser considerado insignificante? A resposta a tal indagação será construída com a cautela necessária para que se possa aferir se houve ou não, no plano concreto, uma lesão realmente significativa ao bem jurídico ambiental, ou seja, se há que se falar em dano ao Meio Ambiente.

1. O FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Entende-se por *funcionalismo penal* a concepção metodológica segundo a qual os conceitos e o sistema do Direito Penal devem ser construídos com base em considerações normativas, referentes aos fins do Direito Penal e a seus pressupostos de legitimidade.³

Essa concepção funcional ganhou força a partir da década de 1970 com o escrito sobre *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal* de autoria do penalista alemão Claus Roxin⁴. Desde então, a ideia de um Direito Penal instrumental e de protetor do “bem jurídico” é bastante difundida, sobretudo, após a sedimentação dos critérios de *subsidiariedade* e *fragmentariedade* tratados pelo jurista, que reunidos, buscam uma *intervenção penal minimalista*. Trata-se de uma das facetas do funcionalismo penal⁵: o Direito Penal como função tutelar, protetora de bens jurídicos.

Conforme Roxin⁶, o Direito Penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas. Essa finalidade estaria condicionada a um pressuposto

³ GRECO, Luiz Felipe. Funcionalismo Penal. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Vicente de Paulo Barreto (Coord.). São Leopoldo/RS: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006, p. 369.

⁴ Ver ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁵ Neste caso, refere-se ao Funcionalismo moderado, teleológico ou valorativo. O outro aspecto é chamado de Funcionalismo radical, estratégico normativo, construído pelo também penalista alemão Günther Jakobs a partir do funcionalismo sistêmico do sociólogo Niklas Luhmann. É “sistêmico” porque a preocupação dele não é com bem jurídico, mas com o sistema. Assim, para Jakobs, a finalidade primeira do Direito Penal, é a reafirmação da autoridade da norma. Neste caso, a função do direito penal é proteger e resguardar o sistema.

⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32-33.

limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas, de maneira que o Direito Penal seria desnecessário quando se poderia garantir a proteção desses bens através do Direito Civil, uma proibição administrativa ou medidas preventivas judiciais.

Essa teoria do bem jurídico⁷ se refere ao *funcionalismo moderado*, teleológico ou valorativo. A ideia de *valor* está bastante presente na construção funcionalista desenvolvida por Roxin, de maneira que cada conceito (conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade) deve ser avaliado sob um prisma *Político Criminal*, ou seja, analisado sob uma orientação voltada aos direitos fundamentais e os valores do Estado Social e Democrático de Direito.

Não se recorre, então, a categorias ontológicas do ser. Leva-se em conta, por outro lado, o aspecto *normativo*, o fundamento, a **função** que cada conceito tem de cumprir no sistema da Teoria do Delito, especialmente no que se refere ao *injusto penal*, com a chamada *teoria da imputação objetiva*. Conforme essa teoria, o *injusto* não é apenas um acontecimento causal (causalismo), nem tampouco final (finalismo), mas primariamente a realização de um risco não permitido criado pelo autor da conduta. Assim, o núcleo do *injusto penal* se desloca de um dado ôntico de caráter físico (causalismo) ou psicológico (finalidade) para se firmar num ponto de vista normativo, que seria o *risco juridicamente desaprovado, criado e realizado*. Assim, para a *teoria da imputação objetiva*, ainda que presente os dois citados dados ônticos, caso o comportamento do sujeito não tenha criado um *risco proibido*, está-se diante

⁷ Acerca da expressão “bem jurídico”, são importantes os registros de Luís Greco: “No Brasil, a doutrina tradicional, a rigor, nem sempre utiliza as palavras “bem jurídico”, preferindo por vezes o termo objeto ou objetividade jurídica. Como esta diferença é apenas terminológica, pode-se dizer que ela já conhecida o conceito de bem jurídico, mas em sua dimensão exclusivamente dogmática. Ou seja, a nossa doutrina, acostumada exclusivamente com o conceito dogmático de bem jurídico, não costuma reconhecer qualquer função crítica ou política-criminal à ideia. Em geral, só a partir de investigações mais recentes se começou a propor um conceito de bem jurídico como diretriz para o legislador.” In “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Biblioteca Cláudio Guimarães. Obra nº 960. Julho – agosto de 2004. Ano 12, p. 89-90.

de um indiferente penal.⁸

Neste contexto, Roxin⁹ explica que o ato de vender um punhal a uma pessoa de aparência suspeita, apesar de criar certo risco, não pode ser considerado *risco proibido*, pois uma vida ordenada em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar em que as pessoas com quem interage não cometerão crimes dolosos. Do contrário, além dos punhais, igualmente não se poderiam ser vendidos ou emprestados materiais inflamáveis, fósforos, machados, enxadas, etc.

Então, para compreensão da presente pesquisa, necessário se faz estabelecer um “corte” na concepção instrumental de função punitiva do Direito Penal para, enfim, sustentar como premissa funcional a proteção de bens jurídico-penais, essenciais ao indivíduo e a comunidade que o cerca.¹⁰

E, sendo o Direito Penal instrumento de proteção dos bens jurídicos mais importantes, como é feita essa proteção pelo Estado? O Estado tipifica comportamentos e impõem sanções aqueles que violarem as regras (tipicidade e pena). Aliás, Rogério Greco¹¹ bem lembra que a censura vem corporificada por meio da pena. É ela que irá ditar a gravidade do mal praticado.

Assim, o primeiro limite imposto ao direito de punir do Estado é a mais estrita necessidade de recorrer à punição (pena ou medida de segurança), consubstanciado em dois princípios fundamentais: a) o da subsidiariedade na seleção dos bens jurídicos (que opera *in abstrato*), e b) a proteção bens

⁸ GRECO, Luiz Felipe. Funcionalismo Penal. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Vicente de Paulo Barreto (Coord.). São Leopoldo/RS: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006, p. 369.

⁹ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 105.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. V. 1. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

¹¹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 65.

jurídicos devem suportar forma fragmentária, limitada ataques mais perigosos (que ocorre *in concreto*). Conforme Mir Puig¹², negligenciar esses critérios seria abandonar algumas das tarefas sócio-políticas que o Estado se propõe a cuidar.

A utilidade principal que cobre o estudo desse limite do poder punitivo do Estado é que ele deriva, especialmente, de uma operação funcional, de condições de justificação da punição e a sua necessidade de proteger a sociedade. O fundamento político (que anuncia uma abordagem impositiva de respeito ao Estado democrático de direito) ficaria num segundo plano.

Resumidamente, conforme os adeptos do funcionalismo moderado, o Direito Penal é um dos instrumentos de proteção dos bens jurídicos e, neste caso, de proteção àqueles bens de maior relevância ao convívio social. Mas, uma dúvida aqui é levantada: quais os critérios de seleção desses bens jurídicos para tutela penal? Como chegar ao quantum para determinar que um comportamento é mais grave que o outro e, conseqüentemente, deve comportar pena maior?

A seleção dos bens jurídicos varia de sociedade para sociedade. Assim, o critério de seleção será o valorativo-cultural, conforme a necessidade de cada época. Existe uma zona de consenso, comum a toda e qualquer sociedade, no sentido de proteção a determinados bens, com a criação de certas figuras típicas, como ocorre, por exemplo, com as condutas que encontram tipicidade nos crimes de roubo e homicídio. Por outro lado, existem zonas de conflito, nas quais condutas que são incriminadas e determinadas sociedades já não o são em outras, a exemplo de crime de aborto.¹³

De qualquer forma, a coerção penal (basicamente, a pena) deve procurar materializar uma aspiração ética que será a razão de atuação do próprio Direito Penal (seu “por que” e seu “pra quê”) a fim de buscar a prevenção de

¹² MIR PUIG, Santiago. **Introducción las bases Del Derecho Penal**. Montevideo: Julio César Faire Editor, 2003, p. 112.

¹³ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 67.

futuras afetações de bens jurídicos.

2. O MEIO AMBIENTE COMO *BEM JURÍDICO* NECESSÁRIO À COEXISTÊNCIA

O traço fundamental da Teoria Funcionalista de Claus Roxin é, então, o compromisso do Direito Penal com a proteção de bens jurídicos ou, em outras palavras, como instrumento que tutela os interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade e que, também, o Estado “define como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo direito penal”¹⁴.

O Estado tomou o Meio Ambiente como objeto de tutela em diversos ramos do Direito, inclusive pela via penal, sobretudo, porque a proteção ao meio ambiente é, hoje, uma questão de sobrevivência futura. Fritjof Capra¹⁵ já anotou que é necessário compreender que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza e, em última análise, somos dependentes desses processos.

Como a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Meio Ambiente ganhou *status* de “Direito fundamental”. Isso é considerado um grande avanço no que se refere a proteção estatal e social que deve ser dispensada sobre ele, especialmente, quando se verifica que o Meio Ambiente, antes do constitucionalmente planejado, era tutelado somente por poucas leis esparsas, dentre as quais o Código Florestal (Lei n. 4.771/1965) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/91).

¹⁴ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, nº 5, jan./mar. 1994, p. 10.

¹⁵ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução de Tradução Newton Roberval Eicheberg. Editora Cultrix: São Paulo, p. 16.

A partir disso, vivenciou-se, nas últimas décadas, uma pujante evolução da política ambiental, sobretudo, diante do crescente aumento de discussões e instrumentos legais com o objetivo de prevenir e resolver problemas relacionados à degradação ambiental. Os debates originários da Conferência das Nações Unidas para o Ambiente e o Desenvolvimento, em 1992, parecem ter sido o *ponta-pé* inicial da discussão relacionada às questões ambientais, econômicas e sociais, em busca daquilo que se denomina *desenvolvimento sustentável*.

Conforme registra Wagner Antônio Alves¹⁶, esse avanço ecológico emergiu em virtude da "necessidade comunitária internacional de controlar e amenizar o instinto predatório do homem e seus avanços tecnológicos em detrimento da vida saudável e qualitativa do planeta". O "Capítulo VI" do "Título VIII" (Da ordem social) da CRFB/88¹⁷, por exemplo, foi reservado para tratar exclusivamente da questão ambiental. No plano penal infraconstitucional, a promulgação da Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98) por sua vez, definiu o que se entende por crime ambiental e estabeleceu as respectivas penalidades aos infratores.

Enraíza-se, assim, no plano jurídico-social, uma consciência ecológica, a partir do que se passa a sustentar um sistema ético-ecológico com a ideia de que, preservando-se o meio ambiente, estar-se-ia, automaticamente, preservando-se a vida humana:

Essa ética ecológica profunda é urgentemente necessária nos dias de hoje, e especialmente na ciência, uma vez que a maior parte daquilo que os cientistas fazem não atua no sentido de promover a vida nem de preservar a vida, mas sim no sentido de destruir a vida. Com os físicos

¹⁶ ALVES, Wagner Antônio. **Princípios da precaução e da prevenção no direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 23.

¹⁷ 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.

projetando sistemas de armamentos que ameaçam eliminar a vida do planeta, com os químicos contaminando o meio ambiente global, com os biólogos pondo à solta tipos novos e desconhecidos de microorganismos sem saber as conseqüências, com psicólogos e outros cientistas torturando animais em nome do progresso científico — com todas essas atividades em andamento, parece da máxima urgência introduzir padrões "ecoéticos" na ciência.¹⁸

Lester Russell Brown, um dos mais influentes pensadores do movimento ambiental global, já destacou a importância daquilo que se define uma "sociedade sustentável": *aquela que satisfaz suas necessidades sem diminuir as perspectivas das gerações futuras*. Essa preocupação ecológica sustentável foi muito bem desenhada pelo filósofo Hans Jonas, na obra "El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización"¹⁹, referência para as mais diversificadas discussões no campos do Direito Ambiental, dentre as quais o autor teoriza uma preocupação relacionada diretamente com os crescentes desafios trazidos pela modernidade tecnológica e que, de uma forma ou de outra, culminam por refletir no ambiente ecológico.

Por isso, exige-se uma "ética de responsabilidade solidária em face da crise ecológica da civilização técnico-científica", tal como consigna Karl Otto Apel²⁰. Para Hans Jonas, "toda ética tradicional é antropocêntrica"²¹ e, neste ínterim, devemos agir de "tal forma que os efeitos de nossa ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica sobre a terra"²².

¹⁸ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. p. 19-20.

¹⁹ Ver JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

²⁰ APEL, Karl Otto. **Estudos de Moral Moderna**. Petrópolis: Vozes, 1994, 172.

²¹ JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Editorial Herder, 1995, p. 29.

²² JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Editorial Herder, 1995, p. 40.

É que os direitos relativos ao meio ambiente expressam a necessidade de uma solidariedade não somente com nossos contemporâneos, senão que também com relação às futuras gerações para, evidentemente, evitar a tragédia que seria deixar o legado de um mundo deteriorado e inabitável por motivos de uma absurda contaminação do planeta e de uma egoísta exploração abusiva dos seus recursos naturais.²³

O objetivo central de toda essa sistemática é, especialmente, construir uma função protetora ao meio ambiente, pelo que, há a preocupação da formação de um modelo próprio com a ressignificação e filtragem de alguns institutos, especialmente diante da complexidade em que estão insertos os danos ao ambiente ecológico. Um dos institutos desse modelo é o *limite de tolerabilidade* daquilo que se supõe um dano ao meio ambiente, intimamente atrelado àquilo que se considera “impacto ambiental” e “dano ao meio ambiente”.

3. O IMPACTO E O DANO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Antes de avançar na pesquisa, necessário se faz trazer à baila a distinção das categorias que, doravante, fundamentarão aquilo que é realmente significativo no plano material de infrações penais contra o meio ambiente e aquilo que deve ser considerado irrelevante penal, sobretudo, em atenção ao *princípio da insignificância*.

A distinção entre “impacto” e “dano”, apesar de pouco explorada na doutrina brasileira, faz-se de fundamental importância para construção dos parâmetros e limites configuradores do comportamento realmente lesivo ao meio ambiente e que, por isso, merece responsabilização penal.

²³ GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. *In* **Direito e Transnacionalidade**. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). Curitiba: Juruá, 2009, p. 189.

No plano legislativo, o art. 1º da Resolução nº 01/86 do CONAMA conceitua Impacto Ambiental como

Qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota e a qualidade dos recursos ambientais.

O mesmo diploma, em seu art. 6º, II²⁴, traz que o impacto ambiental produzido pode gerar efeitos *positivos*, na medida em que é capaz de trazer benefícios ao corpo social, e *negativos*, quando os prejuízos adversos prevalecem. Por isso, Paulo de Bessa Antunes²⁵ registra que o impacto ambiental é “[...] o resultado da intervenção humana sobre o meio ambiente. Pode ser positivo ou negativo, dependendo da qualidade da intervenção desenvolvida”.

Dano, por sua vez, não é conceituado no âmbito legal. Conforme a doutrina, pode-se dizer que *dano* é

[...] toda degradação do meio ambiente, incluindo os aspectos naturais, culturais e artificiais que permitem e condicionam a vida, visto como bem unitário imaterial coletivo e indivisível, e dos bens ambientais e seus elementos corpóreos e incorpóreos específicos que o compõem, caracterizadora da violação do direito difuso e fundamental de todos à sadia qualidade de vida em um ambiente são e ecologicamente equilibrado.²⁶

²⁴ Extrai-se do dispositivo em questão: “Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.”

²⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 13. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 353.

²⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e reparação de dano do meio ambiental**.

José Rubens Morato Leite²⁷, por sua vez, registra que, da análise empreendida da lei brasileira, pode-se concluir que o dano ambiental compreende toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como *macrobem* de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no *macrobem*.

Vê-se, portanto, que o limiar entre os conceitos de *impacto ambiental* e *dano ambiental* é avaliado numa tênue linha limite denominada “limite de tolerabilidade”. De acordo com Délton Winter de Carvalho²⁸, o impacto ambiental consiste em *qualquer alteração no meio*, enquanto o dano consiste em *perturbações significativas* sofridas pelo meio ambiente, nas quais houve a superação do limite de tolerabilidade do ambiente (capacidade de assimilar imediatamente os impactos).

Normalmente, diante das dificuldades de se conceituar teoricamente o *dano ambiental*, a moderna literatura vincula-o com os conceitos legais de poluição e degradação ambiental.²⁹ Isso, porém, não é correto. o dano ambiental deve ser concebida como a lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não ao meio ambiente), e de interesse da coletividade.³⁰

As atividades desenvolvidas pelo homem podem provocar impactos negativos ou impactos positivos. Dos impactos negativos, deve-se avaliar se são esses impactos toleráveis ou não. Caso não o sejam, estar-se-á diante de um “dano ao meio ambiente” e sujeito, portanto, à responsabilização.

São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 89.

²⁷ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 104.

²⁸ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 104.

²⁹ MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: doutrina – jurisprudência – glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 734.

³⁰ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 56.

Importa anotar, ainda, que este limite de tolerabilidade abrange a conduta antijurídica e antissocial, já que os danos ambientais também podem, inclusive, decorrer de atividades lícitas, devidamente autorizadas pelo poder público.

Por isso, diante da complexidade inerente ao ambiente ecológico, esclarece-se que, apesar da enorme gama de dispositivos que tratem da matéria, há situações em que serão eles sempre insuficientes para garantir que a atividade desenvolvida não seja danosa.

O importante, então, é identificar a partir de que ponto poderia o impacto ser considerado um “dano”. Conforme já registrou José Afonso da Silva³¹, a poluição, por exemplo, sempre existiu e sempre existirá. Assim, para ser considerado “dano”, a modificação ambiental deve influir de maneira nociva ou inconveniente, direta ou indiretamente, na vida, na saúde, na segurança e no bem-estar da população, nas atividades sociais e econômicas da comunidade, na biota ou nas condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente.

Tem-se, então, que **impacto não é dano**, pois “nem toda alteração negativa do meio ambiente pode ser qualificada como poluição ou dano”³². Mas qual seria o limite da “alteração negativa” tolerável?

Para chegar a esta resposta, necessário se faz a identificação de um limite de tolerabilidade do dano ambiental em cada caso concreto. A priori³³, aquilo que

³¹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 31-32.

³² BARBARULO, Ângela. Concretização do Dano Ambiental e a Teoria do Risco Integral. In **Direito Ambiental – Enfoques Variados**. Bruno Campos Silva (Coord.). Franca – SP, Lemos & Cruz, 2004, p. 259.

³³ A priori porque, como bem lembra Patrícia Faga Iglesias Lemos, “capacidade de absorção” não é o mesmo que “capacidade de regeneração”. A primeira consiste na “possibilidade de que o meio resista aos impactos e que não haja dano”, enquanto a segunda consiste na “recuperação do meio que sofreu um dano”. In LEMOS, Patricia Faga Iglesias. **Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário**: análise do nexos causal. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 115.

poderia ser absorvido pelo meio ambiente não passaria de um mero impacto, sobretudo, diante da mínima ofensividade gerada ao bem jurídico penalmente protegido pela norma.

4. O LIMITE DO TOLERÁVEL EM MATÉRIA PENAL AMBIENTAL

O Meio Ambiente é um valor juridicamente tutelado constitucional e infraconstitucionalmente. Por meio do que se entende por *Direito Ambiental*, ou *Direito Ecológico*, cada vez mais se externa sua ênfase preventiva, diante do *aspecto retributivo* das infrações penais ambientais. Conforme registra Marcos Leite Garcia³⁴, isso decorre da compreensão de irreversibilidade dos danos, fator que deve superar a mera quantificação em dinheiro que, por exemplo, o Direito possa determinar como indenização.

A responsabilidade penal ambiental surge ao momento em que o agente, por ação ou omissão, deixa de observar os cuidados exigidos pelas normas gerais de proteção ambiental e, com isso, culmina por causar um dano ao meio ambiente. Neste caso, faz-se imprescindível "demonstrar uma relação de causa e efeito entre os atos de uma pessoa [...] suscetível de ser considerada como responsável pelo dano produzido"³⁵.

O Direito Penal, por ser fragmentário, não deve ser utilizado para questões que não tragam uma efetiva lesão ao bem jurídico penalmente protegido, no caso em apreço, uma lesão ao Meio Ambiente, pois "a regra de Direito deve vigor para atualizar efetivamente este ou aquele valor"³⁶.

³⁴ GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. *In* **Direito e Transnacionalidade**. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). Curitiba: Juruá, 2009, p. 190.

³⁵ SANTOS, Celeste Leite dos. **Crimes contra o meio ambiente**: responsabilidade e sanção penal. 3. ed., aum. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 16.

³⁶ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo:

De acordo com o caráter fragmentário do Direito Penal, entende-se que a incriminação de uma conduta só é legítima se constituir meio necessário para a proteção do bem jurídico. O caráter fragmentário indica que se outras formas de controle social se mostrar suficientes para a tutela do bem jurídico, a criminalização dessa conduta não é recomendável, pois o Direito Penal representa a forma mais drástica e incisiva de intervenção punitiva do Estado na esfera da liberdade individual das pessoas.

No que se referem especificamente as lesões contra o meio ambiente, a questão que deve ser levantada é a seguinte: pode o impacto ambiental, apesar de formalmente típico, ser considerado insignificante? A resposta a tal indagação deve ser construída com a cautela necessária para se poder aferir se houve ou não, no plano concreto, uma lesão realmente significativa ao bem jurídico ambiental, ou seja, se há que se falar em dano.

Assim, os impactos ambientais negativos de magnitude irrelevante, tais como matar um mosquito; limpar um terreno para plantação de subsistência; derrubar uma árvore para construir o abrigo contra as intempéries; etc., pela própria natureza da conduta, não devem ser objeto de questionamento ético ou legal.³⁷ O princípio da insignificância justifica a desconsideração da responsabilidade penal ambiental, pois não recomenda que o Estado se preocupe com “mesquinhas” ou com “bagatelas”.

Apesar disso, é bom lembrar, não se propõe que as condutas lesivas de pouca relevância passem a ser consideradas lícitas. A ideia é extraí-las da área de influência do Direito Penal, transferindo a solução do problema para outros ramos do ordenamento ou mesmo outros instrumentos de controle social. Isso para que se evite os altíssimos custos sociais decorrentes da manutenção da

Malheiros, 1998, p. 16.

³⁷ FENKER, Eloy. **Impacto Ambiental e Dano Ambiental**. Disponível em <http://www.academia.edu/898547/IMPACTO_AMBIENTAL_E_DANO_AMBIENTAL> Acesso em 22 de agosto de 2013.

incriminação e da conseqüente necessidade de sua persecução penal resultem superiores aos eventuais benefícios para a coletividade.³⁸

Luiz Regis Prado³⁹ anota que o princípio da insignificância deve ser aplicado, também, aos crimes contra o meio ambiente. Lembra o autor, porém, que essa aplicação não pode ser arbitrária e operar com total falta de critérios ou derivar de mera interpretação subjetiva do julgador, mas sim, conforme “uma análise acurada do caso em exame, com o emprego de um ou mais vetores [...] tidos como necessários à determinação do conteúdo da insignificância”.

Em 2008, os Tribunais Superiores consolidaram critérios para o reconhecimento do princípio da insignificância. Tanto Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal trabalham com requisitos objetivos, que são os seguintes: **1º Critério:** mínima ofensividade da conduta do agente; **2º Critério:** nenhuma periculosidade social da ação; **3º Critério:** reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e **4º Critério:** inexpressividade da lesão provocada.

Para identificação do limite do tolerável, ao princípio da insignificância, deve-se avaliar sistematicamente o princípio da adequação social. Pelo primeiro, impõem-se aferir se a conduta tipificada configura ou não um comportamento socialmente permitido, considerando-se como parâmetro os padrões médios de ética e moralidade vigentes na sociedade. Quanto à adequação social, sob a perspectiva de um Direito Penal de intervenção mínima, recomenda-se verificar se o fato penalmente tipificado não constitui uma bagatela, em face da diminuta repercussão da conduta sobre o bem jurídico protegido.⁴⁰

³⁸ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 68.

³⁹ PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 124.

⁴⁰ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro; BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA, Flavio Dino de Castro e. **Crimes e infrações administrativas ambientais**: comentários à Lei nº 9.605/98, 2. ed. rev. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 163-164.

Sob essas premissas, em 2012, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu, por maioria de votos, Habeas Corpus⁴¹ e absolveu um pescador de Santa Catarina que havia sido condenado por crime contra o meio ambiente (contra a fauna) por pescar durante o período de defeso, utilizando-se de rede de pesca fora das especificações do Ibama. O pescador teria sido flagrado com 12 camarões. Foi a primeira vez que a Turma aplica o princípio da insignificância em crimes ambientais. O pescador, que é assistido pela Defensoria Pública da União (DPU), havia sido condenado a um ano e dois meses de detenção com base no artigo 34, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.605/98 (que dispõe sobre as sanções penais e administrativas impostas em caso de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente).

No caso, o relator do HC, ministro Ricardo Lewandowski⁴², que negou a concessão do habeas corpus, ficou vencido após a divergência aberta pelo ministro Cezar Peluso e seguida pelo ministro Gilmar Mendes. O ministro Peluso divergiu do relator, aplicando o princípio da insignificância ao caso, seguido pelo ministro Gilmar Mendes, que consignou:

Precisamos desenvolver uma doutrina a propósito do princípio da insignificância, mas aqui parece evidente a desproporcionalidade. Esta pode ter sido talvez uma situação de típico crime famélico. É uma questão que desafia a Justiça Federal e também o Ministério Público. É preciso encontrar outros meios de reprimir condutas como a dos autos, em que não parece razoável que se imponha esse tipo de sanção penal.

O ponto em destaque, então, é como saber a partir de que momento se está

⁴¹ HC 112563 - SANTA CATARINA. HABEAS CORPUS. Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Relator (a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 21/08/2012. Órgão Julgador: Segunda Turma.

⁴² Para o ministro Lewandowski, embora o valor do bem (12 camarões) seja insignificante, o objetivo da Lei 9.605/98 é a proteção ao meio ambiente e a preservação das espécies. O relator acrescentou que não foi a primeira vez que o pescador agiu assim, embora não tenha sido enquadrado formalmente como reincidente no processo. Conforme ele, o "dispositivo visa preservar a desova dos peixes e crustáceos, na época em que eles se reproduzem. Então se permite apenas certo tipo de instrumento para pesca, e não aquele que foi utilizado – uma rede de malha finíssima".

diante de um dano ambiental. Em decisão unânime, em 2005, a 1ª Turma do Supremo⁴³ já havia rechaçado a possibilidade de reconhecimento de aplicação do princípio da insignificância em infração penal relacionada, também, à pesca de camarões em época de defeso:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PESCA DE CAMARÕES DURANTE O PERÍODO DE REPRODUÇÃO DA ESPÉCIE. ALEGAÇÃO DE INSIGNIFICÂNCIA EM FACE DA PEQUENA QUANTIDADE DE CAMARÃO PESCADO, BEM COMO DE INÉPCIA DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA E INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA DEMONSTRATIVA DA MATERIALIDADE. DESNECESSIDADE. Para o trancamento da ação penal, a ausência de tipicidade deve ser evidenciada de plano. Além de noventa quilos de camarão aparentemente não ser insignificante, tal juízo depende de valoração das provas produzidas. A denúncia está baseada no auto de infração ambiental da lavra do IBAMA, bem como na documentação administrativa pertinente, o que afasta a alegação da ausência de prova da autoria e da materialidade do delito. Writ denegado.

Veja-se, porém, que, enquanto no primeiro caso se discorre questão que trata de pesca de 12 unidades do crustáceo (camarão), no segundo, a quantidade se refere a 90 (noventa) quilogramas do animal, quantidade que, para o Tribunal, não pode ser considerada insignificante, pois culminaria por gerar um dano constatável de significação.

O traço fundamental dessa barreira limitativa do tolerável funciona, então, como instrumento de ponderabilidade para o exercício legítimo do direito de punir. A real necessidade de proteção do meio ambiente leva a incriminação de determinados comportamentos que provocam uma efetiva lesão a este bem jurídico. Portanto, não é qualquer lesão, mas lesões realmente significativas que devem ser objeto de repressão pela via penal. E por quê? Especialmente,

⁴³ HC 86249 - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS. Relator (a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 29/11/2005. Órgão Julgador: Primeira Turma.

em razão da violência das consequências da aplicação do Direito Penal, que vai muito além do crime praticado.

A pena, que é consequência do crime, também é uma manifestação de violência. No Direito Penal Brasileiro, por exemplo, existem as penas de morte (somente para os crimes militares próprios em tempo de guerra), de privação de liberdade, de restrição de direitos e de multa. O fato é que, quaisquer destas penas atingem os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Se pelo crime de homicídio (CP, art. 121) incrimina-se a produção da morte de alguém, pela pena de morte também se mata alguém; se pelo crime de sequestro (CP, art. 148) incrimina-se a violação da liberdade de locomoção de uma pessoa, pela pena privativa de liberdade se viola esta mesma liberdade; se pelo crime de furto (CP, art. 155) incrimina-se a violação do patrimônio de alguém, pela pena de multa também se viola o patrimônio de uma pessoa.⁴⁴ Se é a pena, também, uma forma de gerar um dano ⁴⁵, devem as suas finalidades e efeitos colaterais da punição relacionar-se a sua própria legitimidade político-criminal.

Esse caráter consequencialista e efeitos colaterais da pena também é preocupação do Superior Tribunal de Justiça. Nos autos do Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.320.020/RS, julgado em 16 de abril de 2013, a 5ª Turma do Tribunal reconheceu a insignificância da lesão causada e absolveu um condenado pela prática de pesca ilegal em período de defeso.

O agente teria sido flagrado com seis peixes. Os animais, porém, foram devidamente restituídos com vida ao seu *habitat*. Neste caso, a Turma entendeu que a conduta não provocou lesão ao bem protegido pela lei ambiental, pois não afetou o equilíbrio ecológico, encontrando-se, dentro de um limite do que se pode ter como *tolerável*.

⁴⁴ BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-Constitucional do Direito Penal. In **Justiça e Sistema Criminal** – Revista produzida pelo Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal. Curitiba: FAE Centro Universitário. V. 3. Nº 4, jan./jun. 2011, p. 81.

⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. **El problema de la pena**. Buenos Aires: Europa América, 1947, p. 14.

Segundo o relator, Ministro Jorge Mussi, ainda que as leis ambientais objetivem a proteção de um bem jurídico de indiscutível valor social, o Direito Penal somente pode punir condutas que causem perturbações jurídicas relevantes, intoleráveis, pelo que, no caso em apreço, deveria ser reconhecida a atipicidade material daquele comportamento.⁴⁶

Com isso, é de se verificar o Meio Ambiente se encontra entre os bens jurídicos que merecem especial proteção do Estado, tanto que está ele incluído entre os bens penalmente tutelados, pois se revelam insuficientes as garantias protetivas dispensadas pelos demais ramos do direito.

No entanto, o Meio Ambiente só é protegido pela via do Direito Penal em algumas das formas possíveis de violação, e não em qualquer de suas formas de violação,⁴⁷ o que deve ser avaliado diante das peculiaridades que cada caso apresenta.

Assim, para aferir tipicidade material de um comportamento humano e tê-lo como *criminoso*, necessariamente, deve orientar-se pela finalidade protetiva do bem juridicamente tutelado. O estabelecimento de modelos

⁴⁶ Segue a ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 34 DA LEI N. 9.605/1998. PESCA EM PERÍODO PROIBIDO. ATIPICIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE EFETIVA LESÃO AO BEM PROTEGIDO PELA NORMA. IRRELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. 1. Esta Corte Superior, em precedentes de ambas as Turmas que compõem a sua Terceira Seção, tem admitido a aplicação do princípio da insignificância quando demonstrada, a partir do exame do caso concreto, a ínfima lesividade ao bem ambiental tutelado pela norma. Precedentes. [...] 3. A aplicação do princípio da insignificância (ou a admissão da ocorrência de um crime de bagatela) reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, permitindo a afirmação da atipicidade material nos casos de perturbações jurídicas mínimas ou leves, consideradas também em razão do grau de afetação da ordem social que ocasionem. 4. No caso, embora a conduta do apenado - pesca em período proibido - atenda tanto à tipicidade formal (pois constatada a subsunção do fato à norma incriminadora) quanto à subjetiva, na medida em que comprovado o dolo do agente, não há como reconhecer presente a tipicidade material, pois em seu poder foram apreendidos apenas seis peixes, devolvidos com vida ao seu habitat, conduta que não é suficiente para desestabilizar o ecossistema. In BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Processual Penal. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.320.020/RS, da Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi. Diário de Justiça Eletrônico em 23. maio. 2013.

⁴⁷ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 115.

comportamentais proibidos que não representam real ou potencial ofensa ao Meio Ambiente não ultrapassam o limite do tolerável e, apesar de muitas das vezes se apresentar na forma de um impacto ambiental, não extravasam sua mera tipicidade formal, pelo que, não se pode, a partir disso, desencadear uma sanção penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa cujos resultados ora são relatados desenvolveu-se com objetivo central avaliar a importância de identificação de um limite de tolerabilidade daquilo que se supõe uma prática de lesão ao Meio Ambiente provocada pelo homem.

Conforme o estudo, verificou-se que nem todo impacto pode ser considerado um dano ambiental efetivo, merecedor de repressão pela via penal, apesar de, por vezes, amoldar-se formalmente a uma infração penal que objetiva proteger o bem jurídico Meio Ambiente. É que as lesões que não representam uma potencialidade aparente ficam dentro daquilo que se denomina de *limite do tolerável*, o que não justifica uma punição pela via do Direito Penal, sobretudo, levando-se em conta os danos naturais decorrentes da própria aplicação da pena.

Findo o estudo, foi possível concluir o seguinte:

a) que o Direito Penal é regido pelo princípio da Intervenção Mínima e, por isso, deve ser avaliado sob os critérios da *subsidiariedade* (no plano abstrato) e da *fragmentariedade* (no plano concreto) e que, deste último, surge o que se reconhece como *princípio da insignificância*;

b) que o Meio Ambiente é um bem jurídico penalmente tutelado, pois é hoje de interesses vital e fundamental para as pessoas e o próprio corpo social que elas integram;

c) que *impacto ambiental* difere daquilo que se entende por *dano ambiental* e que o comportamento humano só é passível de punição pela via penal quando se está diante de um *dano efetivo*, ou seja, de uma conduta socialmente intolerável e que o ambiente não consegue, a priori, suportar; e

d) que a linha divisória daquilo que se supõe um *mero impacto* e um *dano efetivo* pode ser avaliada por meio de um *limite de tolerabilidade*, instrumento semelhante ao *princípio da insignificância penal*, pois não seria crível o dano provocado pela pena ser mais gravoso do que a lesão provocada pelo comportamento que o Estado procura, por meio dela, dissuadir.

Para confirmar o que se concluiu, valeu-se de posicionamentos dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), os quais, conforme os casos estudados, entendem que as condutas somente são passíveis de punição penal quando afetam o equilíbrio ecológico e perpassam o limite do que se pode ter como *tolerável*.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVES, Wagner Antônio. **Princípios da precaução e da prevenção no direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 13. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 353.

APEL, Karl Otto. **Estudos de Moral Moderna**. Petrópolis: Vozes, 1994.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal:

lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, nº 5, jan./mar. 1994.

BARBARULO, Ângela. Concretização do Dano Ambiental e a Teoria do Risco Integral. *In* **Direito Ambiental – Enfoques Variados**. Bruno Campos Silva (Coord.). Franca – SP, Lemos & Cruz, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-Constitucional do Direito Penal. *In* **Justiça e Sistema Criminal** – Revista produzida pelo Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal. Curitiba: FAE Centro Universitário. V. 3. Nº 4, jan./jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal STF. HC 112563 - SANTA CATARINA. HABEAS CORPUS. Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Relator (a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 21/08/2012. Órgão Julgador: Segunda Turma.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Processual Penal. HC 86249 - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS. Relator (a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 29/11/2005. Órgão Julgador: Primeira Turma.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Processual Penal. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.320.020/RS, da Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi. Diário de Justiça Eletrônico em 23. maio. 2013.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Tradução Newton Roberval Eicheberg. Editora Cultrix: São Paulo.

CARNELUTTI, Francesco. **El problema de la pena**. Buenos Aires: Europa América, 1947.

CARVALHO, Délton Wilnter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização

civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro; BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA, Flavio Dino de Castro e. **Crimes e infrações administrativas ambientais:** comentários à Lei nº 9.605/98, 2. ed. rev. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

FENKER, Eloy. **Impacto Ambiental e Dano Ambiental.** Disponível em <http://www.academia.edu/898547/IMPACTO_AMBIENTAL_E_DANO_AMBIENTAL> Acesso em 22 de agosto de 2013.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. *In* **Direito e Transnacionalidade.** CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). Curitiba: Juruá, 2009.

GRECO, Luiz Felipe. Funcionalismo Penal. **Dicionário de Filosofia do Direito.** Vicente de Paulo Barreto (Coord.). São Leopoldo/RS: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006.

_____. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Biblioteca Cláudio Guimarães. Obra nº 960. Julho – agosto de 2004. Ano 12.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal:** parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011,

GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. *In* **Direito e Transnacionalidade.** CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). Curitiba: Juruá, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

JONAS, Hans. **El princípio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEMONS, Patricia Faga Iglesias. **Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário**: análise do nexo causal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina – jurisprudência – glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases Del Derecho Penal**. Montevideo: Julio César Faura Editor, 2003.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e reparação de dano do meio ambiental**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 124.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. V. 1. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Celeste Leite dos. **Crimes contra o meio ambiente**:

responsabilidade e sanção penal. 3. ed., aum. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2002.

O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O DIREITO A CONDIÇÕES DIGNAS DE TRABALHO

João Batista Lazzari ¹

Adilor Danieli ²

INTRODUÇÃO

Pretende-se com este estudo analisar os fundamentos do Desenvolvimento Sustentável, sua relação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a adoção de ações voltadas à melhoria das condições de trabalho.

O Desenvolvimento Sustentável é um objetivo global que comporta três vertentes a serem consideradas conjuntamente: ambiental, econômica e sociopolítica.

A Dignidade da Pessoa Humana, como fundamento do estado democrático de Direito, encontra-se inserida nas dimensões da Sustentabilidade, exigindo ações que assegurem amplo acesso aos direitos sociais.

Diante dessa realidade, questiona-se, para que ocorra Desenvolvimento Sustentável com respeito ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana quais são as garantias que devem ser oferecidas aos trabalhadores?

Para obter resposta a essa indagação, a pesquisa foi estruturada em três

¹ Doutorando em Ciência Jurídica PPCJ - UNIVALI, Linha de Pesquisa: Política da Produção do Direito, Juiz Federal e Professor; Artigo de conclusão da Disciplina Políticas de Sustentabilidade na União Europeia, realizada em Alicante-Espanha, maio de 2013. E-mail: joabatistalazzari@gmail.com.

² Mestre e Juiz de Direito. Artigo de conclusão da Disciplina Políticas de Sustentabilidade na União Europeia, realizada em Alicante-Espanha, maio de 2013. E-mail: ad5375@tjsc.jus.br.

tópicos. O primeiro, destinado a um exame dos elementos integrantes do Desenvolvimento Sustentável. O segundo, abordando os fundamentos do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. E, o terceiro, com a finalidade de avaliar o Direito a Condições Dignas de Trabalho para uma efetiva proteção social do trabalhador, o respeito à Dignidade da Pessoa Humana e a obtenção de um Desenvolvimento Sustentável.

A investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato desta pesquisa são realizados com base no método indutivo³, e as técnicas utilizadas são a do referente⁴, o fichamento de obras e consultas na rede mundial de computadores.

1. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A Sustentabilidade teve seu nascedouro em discussões entre ambientalistas e desenvolvimentistas, sendo responsável pela superação da ideia da economia como um fim em si mesmo, substituindo-a pelo reconhecimento de ser o ser humano um fim em si mesmo; e, dessa forma, ser por ele (e para ele) que existe o desenvolvimento. Esse reconhecimento gera implicações para além do contexto ambiente-economia, envolvendo questões sociais, culturais, políticas e territoriais⁵.

³ “**MÉTODO INDUTIVO:** base lógica da dinâmica da pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205)

⁴ “**REFERENTE:** explicação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 209)

⁵ COELHO, Saulo Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. A Sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de Interdisciplinaridade do direito. *In Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v.8, n.15. p.9-24. Janeiro/Junho de 2011.

O tripé do Desenvolvimento Sustentável é composto por três elementos que devem ser considerados conjuntamente: desenvolvimento econômico, equidade social e equilíbrio ambiental.⁶ Somente com a interligação desses pilares será possível falar de Sustentabilidade num sentido amplo.

A Organização das Nações Unidas, por meio da Comissão conhecida como Brundtland, elaborou o Relatório “Nosso Futuro Comum” adotando o seguinte conceito para Desenvolvimento Sustentável:

O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades.

Um mundo onde a pobreza e a desigualdade são endêmicas estará sempre propenso à crises ecológicas, entre outras...O desenvolvimento sustentável requer que as sociedades atendam às necessidades humanas tanto pelo aumento do potencial produtivo como pela garantia de oportunidades iguais para todos.

Muitos de nós vivemos além dos recursos ecológicos, por exemplo, em nossos padrões de consumo de energia... No mínimo, o desenvolvimento sustentável não deve pôr em risco os sistemas naturais que sustentam a vida na Terra: a atmosfera, as águas, os solos e os seres vivos.

Na sua essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas.⁷

Os princípios do desenvolvimento sustentável estão presentes em muitas

⁶ LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Estado de Direito Ambiental: uma análise da recente jurisprudência ambiental do STJ sob o enfoque da hermenêutica jurídica. In **Revista de Direito Ambiental – RDA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, out.-dez./2009, p. 59.

⁷ **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

conferências da ONU, incluindo: a Segunda Conferência sobre Assentamentos Humanos (Istambul, 1999); a Sessão Especial da Assembleia Geral sobre Pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento (Nova York, 1999); a Cúpula do Milênio (Nova York, 2000) e seus Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, a Reunião Mundial de 2005 e a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, o Rio +20.⁸

A Comunidade Europeia, por sua vez, emitiu comunicação que apresenta a sua estratégia para um Desenvolvimento Sustentável apontando a necessidade de obtê-lo em escala mundial. Do referido documento consta que:

El desarrollo sostenible es un objetivo de alcance mundial. La Unión Europea debe desempeñar un papel fundamental para conseguirlo, tanto en Europa como a escala mundial, lo que requerirá una amplia acción internacional. [...]

El desarrollo sostenible ofrece a la Unión Europea una **visión positiva a largo plazo** de una sociedad más próspera y justa y que promete un medio ambiente más limpio, seguro y sano - una sociedad que permite una mayor calidad de vida, para nosotros, para nuestros hijos y para nuestros nietos. Para conseguirlo en la práctica es necesario que el crecimiento económico apoye al progreso social y respete el medio ambiente, que la política social sustente los resultados económicos y que la política ambiental sea rentable.

Desvincular el deterioro ambiental y el consumo de recursos del desarrollo económico y social requiere una reorientación profunda de las inversiones públicas y privadas hacia nuevas tecnologías respetuosas del medio ambiente. La estrategia para un desarrollo sostenible debería ser un **catalizador para los responsables políticos y la opinión pública** en los próximos años, así como una fuerza motriz para la reforma institucional y los cambios en el comportamiento de las empresas y de los consumidores. **Unos objetivos claros, estables y a largo plazo** crearán las expectativas y condiciones

⁸ **A ONU e o meio ambiente.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

necesarias para que las empresas inviertan con confianza en soluciones innovadoras y creen nuevos puestos de trabajo de alta calidad.

Para plasmar esta visión ambiciosa en actos políticos concretos, la Comisión propone **una estrategia centrada en un número limitado de problemas que supongan amenazas graves o irreversibles** para el bienestar futuro de la sociedad europea: [...] ⁹

A sustentabilidade deve ser tratada como princípio constitucional, de caráter vinculante, como enfatizado por FREITAS, que “determina promover, a longo prazo, o desenvolvimento propício ao bem-estar pluridimensional (social, econômico, ético, ambiental e jurídico-político), com reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras”. ¹⁰

O reconhecimento da Sustentabilidade como um princípio jurídico aplica-se não apenas ao Direito Ambiental, mas também do Direito Agrário, Minerário, Urbanístico, Administrativo, do Trabalho, do Consumidor, entre outros, revelando o desejo de dotá-los de uma unidade teórico-normativa enquanto desdobramentos da unidade semântico-principiológica da Constituição. ¹¹

Assim, a construção da Sustentabilidade requer atitudes concretas e efetivas da Sociedade e, notadamente, dos Poderes Públicos. ¹² As artes, as ciências, as

⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. **Comunicación de la Comisión Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor:** Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible (Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo). EUR-LEX. El acceso al Derecho de la Unión Europea. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001DC0264:es:NOT>>. Acesso em: 18 Ago. 2013.

¹⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15.

¹¹ COELHO, Saulo Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. A Sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de Interdisciplinaridade do direito. In **Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v.8, n.15, p.9-24. janeiro/junho de 2011, p. 9-24.

¹² BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (coordenadores). In **Direitos fundamentais da pessoa humana:** um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade, 2012, p. 499.

religiões, as instituições educativas, os meios de comunicação, as empresas, as instituições não-governamentais e os governos são todos chamados a oferecer uma liderança criativa no que toca à Sustentabilidade.¹³

Pretende-se na sequência, fazer uma conexão entre o Desenvolvimento Sustentável e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como, a necessidade de observância das garantias de trabalho em condições dignas (postos de trabalho de alta qualidade, consoante a mencionada comunicação da Comunidade Europeia).

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Dignidade da Pessoa Humana é um atributo da espécie humana e o seu reconhecimento um direito fundamental de cada indivíduo e de toda a coletividade.

Como princípio fundamental de um Estado Democrático de Direito deve ser respeitada e protegida para viabilizar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre das desigualdades sociais e de todas as formas de discriminação. Alexandre de Moraes apresenta importantes considerações sobre o alcance desse princípio:

[...] a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais

¹³ COCA, Ana María Fernández. Los derechos socioambientales y sustentabilidad. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (coordenadores). *In Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano*. Curitiba: Alteridade, 2012, p. 352.

peçoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁴

Somente com a promoção, o respeito e o exercício efetivo da Dignidade da Pessoa Humana será possível atingir a cidadania, a valorização do trabalho, a justiça social, a igualdade, a liberdade, a segurança, o respeito à intimidade e, outros tantos valores necessários a uma boa convivência.

Quanto ao dever do Estado de proteção e promoção dos direitos fundamentais, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira acentuam que os direitos fundamentais vinculam as entidades públicas, não apenas de forma negativa, impondo-lhes uma proibição de agressão ou ingerência na esfera do direito fundamental, mas também de forma positiva, exigindo delas a criação e manutenção dos pressupostos de fato e de direito necessários à defesa ou satisfação.¹⁵

Luís Roberto Barroso ao analisar o papel da Dignidade Humana no mundo contemporâneo, sua natureza jurídica, seus conteúdos mínimos e o modo como ela serve para estruturar o raciocínio jurídico na resolução de problemas reais, apresenta importantes conclusões, entre as quais:

1. Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana se tornou um dos grandes consensos éticos mundiais, servindo de fundamento para o advento de uma cultura fundada na centralidade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Progressivamente, ela foi incorporada às declarações internacionais de direitos e às Convenções democráticas, contribuindo para a formação crescente de uma massa crítica de jurisprudência e para um direito transnacional, em que diferentes países se beneficiam da experiência de outros.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 139.

2. A dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados Democráticos em geral. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico. [...]

3. São conteúdos mínimos da dignidade o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário. O valor intrínseco é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros. [...]

4. A autonomia da vontade é elemento ético da dignidade humana, associada a capacidade de autodeterminação do indivíduo ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas. [...]

5. O valor comunitário é o elemento social da dignidade humana, identificando a relação entre o indivíduo e o grupo. [...] ¹⁶

No caso do Brasil, a Constituição Republicana de 1988 elegeu como um dos seus fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana com a merecida valorização dos direitos fundamentais.

E, para concretizar essa diretriz, consagrou como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º). Quanto aos direitos dos trabalhadores, a Constituição estabeleceu uma série de garantias, entre as quais, trabalho em condições dignas e devidamente remunerado, todas visando à melhoria de sua condição social (art. 7º).

Para Ingo Wolfgang Sarlet, onde não houver respeito pela vida e pela

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. In **Interesse Público**. Belo Horizonte: Editora Fórum. Ano XIV, 2012, n. 76, p. 29-70.

integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem garantidas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a Dignidade Pessoa Humana.¹⁷

A Dignidade da Pessoa Humana, como fundamento do estado democrático de Direito, encontra-se inserida nas vertentes que integram o Desenvolvimento Sustentável. Na avaliação de Belinda Pereira da Cunha a Sustentabilidade ou as Sociedades Sustentáveis buscam as melhores condições para o ser humano, destinatário dos recursos naturais, para as gerações presentes e futuras, o que inclui circulação de bens e riquezas, moradia, educação, lazer, transporte, segurança, emprego e trabalho digno.¹⁸

Fazer do homem a finalidade do Desenvolvimento significa reconhecer sua dignidade, e considerando-se que a Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos da República brasileira, nota-se uma eloquente sinergia entre o paradigma da Sustentabilidade e a Constituição Federal.¹⁹

Presente a inserção dos fundamentos do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, passa-se à verificação daquele em relação às condições de trabalho digno.

3. O DIREITO A CONDIÇÕES DIGNAS DE TRABALHO

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 61.

¹⁸ CUNHA, Belinda Pereira da. Aspectos da dignidade, função social e sustentabilidade: possibilidades nos direitos humanos, fundamentais. *In Prim@ Facie International Journal*, ano 4, n. 7, jul/dez 2005.

¹⁹ COELHO, Saulo Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. A Sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de Interdisciplinaridade do direito. *In Veredas do Direito*, p.9-24.

O respeito à Dignidade da Pessoa Humana pressupõe o desenvolvimento das atividades laborais em um ambiente saudável, cercado de garantias que preservem a personalidade e o bem-estar das pessoas.

A agressão à saúde e à integridade física de qualquer indivíduo é conduta desumana e inaceitável socialmente por contrariar direitos fundamentais do homem.

Todo ser humano tem a obrigação ética não apenas de assumir a defesa da Dignidade da Pessoa, mas também a obrigação de velar e denunciar os atentados contra ela.

O ser humano está acima dos aspectos técnicos e econômicos da produção de bens, o que realça a importância das normas jurídicas voltadas a garantir a segurança e a higiene do trabalho.

A vida humana – um dos núcleos da Dignidade Humana – sobrepõe-se aos objetivos do mercado do capital e do lucro. O Estado existe em função das pessoas e deve preocupar-se preponderantemente pela Dignidade Humana, que é irrenunciável e inalienável, devendo para tanto promover a proteção da vida e da saúde dos trabalhadores.

Nesse contexto, o trabalhador tem o direito a uma remuneração justa e a um ambiente laboral hígido, humanizado, livre de riscos, ou quando inevitáveis, deve ter acesso aos meios tecnológicos de proteção à saúde e à integridade física.

Para a obtenção de condições dignas de trabalho é indispensável à observância de normas voltadas à segurança e à medicina do trabalho.

A segurança do trabalho está voltada a regular as condições de instalação dos estabelecimentos e de suas máquinas com o objetivo de proteger o

trabalhador contra os riscos que se inserem no exercício da atividade profissional.

A medicina do trabalho preocupa-se com as medidas preventivas para a eliminação dos agentes nocivos que possam atingir a saúde física ou psíquica do trabalhador, englobando, também, as questões de higiene laboral.

No plano internacional, a ação da União Europeia no domínio dos direitos dos trabalhadores teve efeitos concretos. Por exemplo, existe legislação europeia que limita o número máximo de horas de trabalho, define condições de trabalho mais seguras e prevê o pagamento de indenizações por acidentes de trabalho. A União Europeia colabora com um vasto leque de parceiros, nomeadamente empregadores e sindicatos, de forma a assegurar que a referida legislação de respostas efetivas às questões mais importantes.²⁰

Ainda no âmbito global, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) por meio de convenções tem recomendado a adoção de medidas voltadas à segurança, à higiene e ao meio ambiente de trabalho. Tais normas jurídicas são destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais.

Luciane Cardoso Barzotto ao analisar as recomendações da OIT, classificadas como de trabalho decente, acentua que:

O conceito de trabalho decente representa uma tentativa da OIT de orientar os debates acerca das condições de trabalho no contexto da globalização.

Este conceito insere a questão laboral em duas aspirações que marcam a civilização contemporânea: a ideia de dignidade da pessoa humana e o cuidado com o meio ambiente.

²⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Emprego e Assuntos Sociais. Direitos dos Trabalhadores.** Disponível em: < http://europa.eu/pol/socio/index_pt.htm>. Acesso em: 13 ago. 2013.

De fato, o trabalho decente deve ser entendido, de um lado, como concretização, no âmbito do trabalho, do princípio da dignidade da pessoa humana: é o trabalho digno. De outro, como vinculação à temática ambiental: temos assim o trabalho decente como trabalho sustentável.

Como trabalho digno, o trabalho decente inclui as exigências de uma ocupação produtiva, isto é, que seja apreendida pelo trabalhador e valorizada pela sociedade como uma contribuição eficaz ao bem geral. Inclui igualmente a justa remuneração, expressão do dever de justiça diante de uma prestação que beneficia, no limite, a todos. Também está contido no conceito de trabalho digno a atividade realizada em condições de liberdade e equidade (igualdade), que exige tratar igualmente os trabalhadores, afirmando, para todos, sua condição de sujeitos dotados de autonomia.

Como trabalho sustentável, o trabalho decente manifesta a conexão entre mundo do trabalho e meio ambiente. O trabalho sustentável nada mais é senão o trabalho que preserva a vida e o bem-estar do trabalhador, não comprometendo sua integridade física e psíquica, prevenindo as situações de vulnerabilidade, fomentando a preservação das circunstâncias materiais e sociais da atividade laboral a longo prazo.²¹

É certo que em alguns países, inclusive no Brasil, tais convenções não se incorporam *ipso facto* ao ordenamento jurídico interno, devendo ser submetidas aos órgãos competentes de cada Estado para ratificação. Sendo ratificadas, incumbe ao Estado determinar todas as medidas necessárias ao fiel cumprimento das disposições contidas na convenção.

A OIT tem o papel de controlar o cumprimento das convenções, exigindo, para tanto, que os Estados apresentem relatório anual sobre as medidas adotadas no sentido de executar as disposições das convenções.

²¹ BARZOTTO, Luciane Cardoso. Trabalho decente: Dignidade e sustentabilidade. In **Revista Âmbito Jurídico Trabalho**. Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em:

<www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7913>
Acesso em 13 ago. 2013.

Entre as Convenções ratificadas pelo Brasil que tratam de questões diretamente relacionadas com as condições de trabalho e saúde do trabalhador estão a nº 148, 155, 161 e 182.

A primeira, aprovada pela OIT em 1977, trata do meio ambiente de trabalho (ruído e vibrações), contendo recomendações em relação às medidas de prevenção e de proteção.²² Para cumprimento dessas recomendações, é necessária a adoção de ações voltadas a prevenir os riscos ambientais e a empregar tecnologia de proteção ao trabalhador sujeito a riscos devido à contaminação do ar, ao excesso de ruídos e as vibrações existentes no local de trabalho. Cabe ao Estado exigir a aplicação dessas medidas por parte dos empregadores e empresas que possuam trabalhadores sujeitos a esses riscos laborais.

A Convenção nº 155 da OIT, aprovada em 1981, contém diversas propostas relativas à segurança e saúde dos trabalhadores e ao meio ambiente de trabalho.²³ Essa Convenção contém regras amplas de prevenção aos riscos ambientais do trabalho que devem ser atingidas por meio da eliminação dos agentes causadores dos danos e, quando não for possível, com a utilização de mecanismos que forneçam proteção adequada para afastar os riscos de acidentes e os efeitos prejudiciais à saúde e à integridade física do trabalhador.

A Convenção nº 161 da OIT, aprovada em 1985, contém propostas relativas aos serviços de saúde no trabalho.²⁴ A OIT ao tratar dos serviços de saúde no trabalho ateu-se às funções essencialmente preventivas e objetivou assessorar o empregador, os trabalhadores e seus representantes na empresa sobre os requisitos necessários para estabelecer e conservar um meio ambiente de trabalho seguro e sadio que favoreça uma saúde física e mental

²² Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/500>>. Acesso em: 19 Ago. 2013.

²³ Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/500>>. Acesso em: 19 Ago. 2013.

²⁴ Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/507>>. Acesso em: 19 Ago. 2013.

ótima em relação com o trabalho, bem como a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, tendo em conta seu estado de saúde física e mental.

Cabe ainda ressaltar a Convenção OIT n. 182, aprovada em 2000, denominada “Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação”.²⁵ Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende:

- a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;
- b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas;
- c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes;
- d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.

As Convenções da OIT, de forma geral, objetivam regular as situações de risco para a segurança e a saúde dos trabalhadores, de modo a garantir condições dignas de trabalho e, quando corretamente aplicadas pelos países signatários, constituem-se em importante instrumento de Proteção Social ao trabalhador.

No plano interno, o Brasil tem procurado observar as recomendações da OIT, pelo menos no campo da tutela legislativa. A Constituição de 1988, no art. 7º, XXII, estabeleceu como direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Celso Ribeiro

²⁵ Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/518>>. Acesso em: 19 Ago. 2013.

Bastos, ao comentar esse disposto, afirma que:

O empregador deve assegurar ao empregado um ambiente de trabalho que, pela sua situação, aeração luminosidade, temperatura adequada, máquinas e utensílios, entre outros aspectos, permita ao trabalhador o cumprimento da prestação e não acarrete nenhum prejuízo à sua saúde e integridade física. [...]

Convém notar que as empresas não se eximem dos seus encargos, em matéria de segurança, higiene e medicina do trabalho pelo simples cumprimento das normas jurídicas em vigor. Além da observância obrigatória dessas normas, as empresas são responsáveis por instruírem seus empregados sobre os cuidados que devem ter para evitar doenças ou acidentes.²⁶

Para Paulo Gonzaga, faz parte das obrigações do empregador manter saudável o ambiente de trabalho porquanto o trabalho é parte do meio ambiente em geral, e como tal ao abrigo e objeto do art. 225 da Constituição Federal. A proteção ao meio ambiente é uma norma cogente ou de ordem pública, ou seja, norma protetora, de cumprimento impositivo e inegociável, que transcende o interesse individual das partes. Da mesma forma, o é a segurança do trabalho e como tal inegociável.²⁷

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com a redação dada pela Lei nº 6.514/77, disciplina as medidas de segurança e medicina do trabalho no Título II - Capítulo V (arts. 154 a 201). Em complemento, o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Portaria nº 3.214, de 8 de junho de 1978, aprovou as Normas Regulamentadoras (NR) relativas à matéria em exame.

As Normas Regulamentadoras são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas e pelos órgãos públicos da administração direta e indireta,

²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 470-471.

²⁷ GONZAGA, Paulo. **O perfil profissiográfico previdenciário e a nova instrução normativa do INSS**. São Paulo: LTr, 2002, p.781.

bem como pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela CLT. A observância das Normas Regulamentadoras não desobriga as empresas do cumprimento de outras disposições incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos estados ou municípios, e outras, oriundas de convenções e acordos coletivos de trabalho.

A Lei nº 8.213/91 também contempla norma específica sobre o tema no art. 19, que dispõe:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

§ 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

§ 2º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.

§ 3º É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.

§ 4º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social fiscalizará e os sindicatos e entidades representativas de classe acompanharão o fiel cumprimento do disposto nos parágrafos anteriores, conforme dispuser o Regulamento.²⁸

A saúde do trabalhador abrange não somente a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02.10.2003.

De acordo com José dos Reis Feijó Coimbra, os riscos advindos da incapacidade para o trabalho estão compreendidos nos denominados riscos sociais que agrupam também o risco-morte, riscos da maternidade ou da natalidade, os decorrentes de acréscimos nos encargos familiares e a proteção à velhice. Ainda, segundo o autor:

Medidas legislativas, como a doutrina tem salientado, devem orientar-se, preferencialmente, para a prevenção dos riscos e para evitar-lhes os efeitos danosos. Tal, entretanto, nem sempre é possível. Mesmo uma criteriosa legislação de prevenção jamais poderá impedir esses riscos de se materializarem em todos os casos, não só pela natural falibilidade humana como, principalmente, pela própria natureza de muitos riscos, inerentes à pessoa do trabalhador e à sua vida em sociedade. No que respeita à previdência social, pode ela preocupar-se com essa prevenção de riscos, para afastar suas consequências, seja proporcionando uma renda de substituição, quando perdida ou diminuída a capacidade para o trabalho, seja contribuindo para minorar os efeitos danosos da lesão mesma, pelas práticas de reabilitação e reintegração no trabalho. Mas, para o texto previdenciário, o trabalhador só passa a sujeito de direitos após a eclosão do sinistro lhe afetar a capacidade.²⁹

Os riscos ambientais do trabalho atingem a saúde e a integridade física do trabalhador provocando muitas vezes a perda da capacidade laborativa. No âmbito do Regime Geral de Previdência Social do Brasil, a incapacidade pode ser real e, portanto, comprovada por meio de perícia médica gerando direito ao auxílio-doença, ao auxílio-acidente e a aposentadoria por invalidez e, no caso de morte do trabalhador, a pensão por morte aos seus dependentes. Também pode ser presumida em decorrência do exercício de atividades consideradas perigosas, penosas ou insalubres gerando direito à Aposentadoria Especial.

²⁹ COIMBRA, José dos Reis Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001, p. 129.

Do relato normativo efetuado, percebe-se a salutar preocupação com a edição de medidas voltadas à prevenção dos riscos ambientais do trabalho, tanto pela Organização Internacional do Trabalho como pela legislação europeia e brasileira.

A adoção de medidas preventivas, por meio das regras de segurança e medicina do trabalho, são mais adequadas do que a cobertura dos possíveis riscos pela Previdência Social, mas as duas técnicas são necessárias para a efetiva proteção social do trabalhador, o respeito à Dignidade da Pessoa Humana e o Desenvolvimento Sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da exposição apresentada, podemos concluir que o Desenvolvimento Sustentável abrange essencialmente o equilíbrio entre o crescimento econômico, equidade social e proteção do meio ambiente.

A Sustentabilidade guarda estreita relação com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois a razão maior do desenvolvimento é o ser humano.

Incumbe, pois, aos Organismos Internacionais e aos países que os integram, adotarem mecanismos de defesa do trabalhador, em especial daqueles que são atingidos em seu bem mais precioso que é a saúde e a integridade física. Por conseguinte, devem ser combatidas e banidas todas as formas de exploração do trabalho infantil e eliminados ou reduzidos os postos de trabalho insalubres, perigosos e penosos.

A busca por melhores condições de trabalho faz parte de um longo processo histórico e certamente prosseguirá como uma constante na vida do ser humano. A permanente evolução científica e tecnológica afeta diretamente as relações trabalhistas e previdenciárias que deverão adequar-se aos novos

tempos. Porém, não se pode deixar de lado a efetiva observação das regras de Proteção Social ao trabalhador e de respeito ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Somente com a adoção de políticas sociais e econômicas que proporcionem remuneração adequada e a redução dos riscos laborais será possível atingir um Desenvolvimento Sustentável.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. *In* **Interesse Público**. Belo Horizonte: Editora Fórum. Ano XIV, 2012, n. 76, p. 29-70.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Trabalho decente: Dignidade e sustentabilidade. *In* **Revista Âmbito Jurídico Trabalho**. Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7913> Acesso em 13 ago. 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. *In*: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (coordenadores). *In* **Direitos fundamentais da pessoa humana**: um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade, 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em

<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02.10.2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

COCA, Ana María Fernández. Los derechos socioambientales y sustentabilidad. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (coordenadores). **In Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade, 2012, p. 352.

COELHO, Saulo Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. A Sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de Interdisciplinaridade do direito. **In Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v.8, n.15, p.9-24, janeiro/junho de 2011.

COIMBRA, José dos Reis Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. **Comunicación de la Comisión Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible (Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo)**. EUR-LEX. El acceso al Derecho de la Unión Europea. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001DC0264:es:NOT>>. Acesso em: 18 Ago. 2013.

CUNHA, Belinda Pereira da. Aspectos da dignidade, função social e sustentabilidade: possibilidades nos direitos humanos, fundamentais. **In Prim@ Facie International Journal**, ano 4, n. 7, jul/dez 2005.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Estado de

Direito Ambiental: uma análise da recente jurisprudência ambiental do STJ sob o enfoque da hermenêutica jurídica. *In* **Revista de Direito Ambiental – RDA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, out.-dez./2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

UNIÃO EUROPEIA. **Emprego e Assuntos Sociais. Direitos dos Trabalhadores**. Disponível em: < http://europa.eu/pol/socio/index_pt.htm>. Acesso em: 13 ago. 2013.

SUSTENTABILIDADE COMO UM DOS DESÍGNIOS DO SÉCULO XXI

Kamilla Pavan¹

Alfonso Castillo²

INTRODUÇÃO

Neste presente artigo tem-se a intenção de contextualizar o paradigma da sustentabilidade com uma forma de desenvolvimento sustentável a ser inserido no contexto social, fato que, diante da realidade vivenciada não se tem a segurança de um futuro com dignificação do ser humano conquanto aos recursos naturais disponíveis e essenciais para a sobrevivência humana terrena.

O objetivo científico repousa em acentuar as consequências do crescimento global frente ao meio ambiente, ou melhor, a gradativa degradação ambiental. Isso é feito por meio do estudo do fenômeno da sustentabilidade, como direção finalística de consideráveis meios de soluções aos problemas desencadeados por essa globalização, com tendência às inovações, seja de natureza científica ou de natureza jurídica, sempre em direção da primazia do progresso humano sustentável. Denota-se uma investigação de cunho linear, por meio da sustentabilidade que se lança no contexto mundial, com a primazia da

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS (2004). Formação do Curso Preparatório da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS (2005). Especialista em Direito Previdenciário, pela Faculdade IMED (2009). Especialista em Direito Público, pelo Instituto Luiz Flávio Gomes (2011). Especialista Em Processo Civil, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre do Programa de Pós Graduação Stricto Senso em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito. Mestre do Programa de Pós Graduação Stricto Senso em Derecho Ambiental y Sostenibilidad da Universidad de Alacant/Alicante/Espanha. Advogada regularmente inscrita da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção do Estado do Rio Grande do Sul. kamillapavan@hotmail.com

² Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad.

preservação de recursos considerados essenciais para a continuidade existencial terrena. Por quais meios tende a ocorrer o ato da preservação dos recursos naturais? Qual é a forma viável, diante da sociedade contemporânea, para que se possam obter respostas ao fenômeno da sustentabilidade?

Nessa perspectiva estudar-se-á a sustentabilidade através de suas dimensões, expondo o objetivo específico desse estudo convém discorrer a importância das dimensões que contextualizam o fenômeno da sustentabilidade, ressaltando uma reflexão mais aprofundada quanto à discordância da dimensão tecnológica exposta por Gabriel Real Ferrer e o estudo quanto às novas tecnologias como respostas à concretização do paradigma da sustentabilidade no meio social.

Nesse trabalho, desenvolver-se-ão as inovações tecnológicas como meios de minimizar a degradação ambiental, como uma solução, uma forma concreta da sustentabilidade no contexto social, diferenciando-se, essas inovações científicas dos conceitos disciplinados por Gabriel Real Ferrer, o qual expõe às novas tecnologias como uma das dimensões estruturais do paradigma sustentabilidade. Com a ciência e a tecnologia buscam-se alternativas para preservar os recursos naturais ainda disponíveis e para reaver o restabelecimento de novos recursos ou substituir aqueles que estão extinção ou prestes a agregarem a decadência existencial, buscando encontrar meios que limitem as incertezas, as inseguranças quanto aos novos conceitos e às novas tecnologias. Uma tentativa de oferecer alertas prévios sobre os riscos ambientais e achar melhores soluções científicas para os problemas contemporâneos que terão reflexos no futuro.

O meio social tende a haver mudanças de paradigmas, de valores, dos quais terão uma consciência racional ambiental em não degradar e, sim, evoluir preservando os recursos ainda existentes na finalidade de dignificar a vida das presentes e futuras gerações. Diga-se “cada vez mais”, na importância de preservar, de manter o equilíbrio normativo, bem como, o progresso legal para atender o fim essencial, qual seja, a preservação do meio ambiente, tornando-

o sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e as futuras gerações. A esperança de um mundo melhor quanto à natureza, ao espaço verde terreno tende a alcançar alternativas que sobressaltem aos pensamentos, ao formalismo material e que, de forma imediata, abranja as soluções ou formas de minimizar o caos ambiental.

Com a intenção de não esgotar o tema nesse articulado, utilizou-se do método indutivo para a realização do mesmo, com a inter-relação dos métodos operacionais das técnicas de pesquisa bibliográfica, do fichamento, do referente, meios metodológicos capazes de ensejar uma pesquisa científica.

O presente trabalho encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são sintetizadas as contribuições sobre a sustentabilidade, sua efetivação ou seus efeitos concretos, por meio das inovações tecnológicas para a preservação de um direito fundamental que consubstancia o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, prevenindo-se, assim, a não degradação ecológica que garantirá a subsistência da vida humana terrena.

1. NO CONTEXTO DA SUSTENTABILIDADE

Nos dias atuais, a sustentabilidade concentra-se como o assunto mais elucidado entre as mais diversas áreas e nos mais variados gêneros, lugares e formas de pensar a real contemplação do que vem a ser esse fenômeno. Mudanças deverão decorrer para que haja uma maior garantia de vida terrena. Assim dispõe Gabriel Real Ferrer:

A transição, desde um direito orientado à individualizada proteção dos recursos ao Direito Ambiental, produz-se quando se toma consciência de que as alterações produzidas em o ecossistema global podem influir em as expectativas de subsistência do Homem sobre o Planeta. Em a qualidade do médio em que este terá de desenvolver-se, desde depois, mas também em a

prematura desaparecimento das condições que fazem possível a vida humana³. (tradução livre).

Nos estudos de Édis Milaré anuncia que “dos lares mais modestos, e passando pelos mais diferentes ambientes sociais e de trabalho, e pelos gabinetes onde se tomam decisões acerca do destino das famílias e das cidades, até as complexas decisões concernentes ao destino da “casa comum^{4””, a sustentabilidade está presente. Está na esfera da preocupação com a crise ambiental o cerne essencial do fenômeno da sustentabilidade. Como será possível o contínuo desenvolvimento sem que haja a direta agressão ao meio ambiente? Como tornar-se uma sociedade sustentável? Como fazer com os efeitos desse paradigma sustentável seja inserido no contexto social?}

Trata-se de uma preocupação que paira em todos os graus sociais. Uma realidade que permite, ou até mesmo, obriga o ser humano a repensar suas atitudes e trilhar novos caminhos que garantam uma continuidade existencial com condições mínimas existenciais. Essas condições anunciam Gabriel Real Ferrer “A Humanidade, ao menos por enquanto, tem que se conformar com o que tem, porque não há nada para além. Esta noção é tão elementar como rigorosamente nova em a história do Homem e lhe obriga a transcender mudanças conceituais^{5”}. (tradução livre)

Acontecimentos sociais climáticos colocam o ser humano em uma trilha nebulosa, pois está à beira de um esgotamento assolador. As novas tecnologias

³ FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental (Pamplona, España), nº 1, 2002, págs. 73-93. La transición, desde un derecho orientado a la individualizada protección de los recursos al Derecho Ambiental, se produce cuando se toma conciencia de que las alteraciones producidas en el ecosistema global pueden influir en las expectativas de subsistencia del Hombre sobre el Planeta. En la calidad del medio en que éste habrá de desenvolverse, desde luego, pero también en la prematura desaparición de las condiciones que hacen posible la vida humana.

⁴ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

⁵ FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Revista. P. 73-93. La Humanidad, al menos de momento, tiene que conformarse con lo que tiene, porque no hay nada más allá. Esta noción es tan elemental como rigurosamente nueva en la historia del Hombre y le obliga a trascendentales cambios conceptuales

avultando as áreas comerciais, as atitudes agressivas no comércio internacional, a crise financeira, o avanço do efeito estufa e do aquecimento global, a crescente perda da biodiversidade, a degradação dos recursos indispensáveis para a sobrevivência humana, o exagero no consumo e na produção. Tudo isso são fatos, são realidades que, para haver condições existenciais de vida humana, é indispensável que haja a mudança de estilo de civilização⁶.

Deve-se dar ênfase à preocupação no sistema desenvolvimentista social, econômico e ambiental, pois, em cada ato humano há, direta ou indiretamente, uma agressão ao meio ambiente. Assim, buscar-se-á um estudo quanto ao tema da sustentabilidade, como um fenômeno que tem por finalidade a reorganização das atitudes humanas, uma nova forma de pensar e agir diante do colapso ambiental. Este é um meio ou o meio pelo qual os seres humanos possuem a fórmula de vida terrena. Mas, diante de seus atos, em comparação a uma empresa, estar-se-ia em plena falência, pois que dilapida seu capital, o qual, em se tratando de meio ambiente, são os recursos naturais. E o faz como se eles fossem eternos, ilimitados, infindáveis, o que não é verdade, já que os recursos naturais são meios limitados, finitos⁷.

Ainda Gabriel Real Ferrer dispõe:

O entendimento de que o crescimento ilimitado é impossível em um contexto fechado e limitado. A constatação científica, puramente aritmética, de que o crescimento do consumo de bens e serviços “per capita” a que legitimamente aspira a maior parte da humanidade conduz um colapso ambiental verdadeiro, ainda que não aumentasse o número de habitantes do Planeta. Ou, finalmente, a assunção de que para evitar esse colapso devemos modificar urgentemente nossas pautas de comportamento, nos ajustando a padrões de

⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 49.

⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. P. 52.

sustentabilidade; são noções que fluem naturalmente da ideia nuclear consistente em que sabemos o que temos e isso, e só isso, devemos gerenciar⁸. (tradução livre)

O sistema capitalista, com suas raízes determinantes e a disposição em acumular resíduos sólidos urbanos sem se preocupar com o meio ambiente, retrata uma lastimável realidade do modelo de desenvolvimento hodierno. Uma forma insustentável de vida que busca, cada vez mais, produzir, consumir e acumular bens materiais. Nos estudos de Patrícia Faga Iglecias Lemos, a vida humana atual está na “chamada cultura do consumo; as pessoas valem pelo que têm; o mercado define o que é bom, belo e necessário⁹”.

Edgar Morin anuncia que “o desenvolvimento do desenvolvimento engendra e acentua a crise do desenvolvimento e conduz a humanidade a prováveis catástrofes em cadeia¹⁰”. A forma desenvolvimentista de uma sociedade não paira tão somente no acúmulo de poder, na massificação da produção e consumos, mas, sim, uma forma de progresso que intensifica o ser humano como centro de toda forma de crescimento. Ainda declara que “o desenvolvimento que pretenderia ser solução ignora que as sociedades ocidentais estão em crise exatamente por causa de seu desenvolvimento¹¹”. Nem todo ato de desenvolvimento insere-se há uma forma de crescimento, pois de nada adiantaria crescer economicamente quando não há condições

⁸ FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental (Pamplona, España), nº 1, 2002, págs. 73-93. La comprensión de que el crecimiento ilimitado es imposible en un contexto cerrado e inexpandible. La constatación científica, puramente aritmética, de que el crecimiento del consumo de bienes y servicios “per cápita” a que legítimamente aspira la mayor parte de la humanidad conduce un colapso ambiental cierto, aunque no aumentase el número de habitantes del Planeta. O, finalmente, la asunción de que para evitar ese colapso debemos modificar urgentemente nuestras pautas de comportamiento, ajustándonos a patrones de sostenibilidad; son nociones que fluyen naturalmente de la idea nuclear consistente en que sabemos lo que tenemos y eso, y sólo eso, debemos gestionar

⁹ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

¹⁰ MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 33.

¹¹ MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. P. 31.

sociais mínimas e propensão da alta degradação ambiental devido a esta forma de desenvolvimento.

Quando se intenciona em afirmar que muitas regiões, Estados, Países, populações dentem a priorizar um decrescimento para haver uma forma sustentável de crescimento. Edgar Morin declara que a orientação em decrescer para crescer concentra no fomento, no crescimento de outras fontes de energias, sejam elas naturais ou artificiais, o desenvolvimento nas áreas em que agridem diretamente o meio ambiente, como o progresso nos transportes públicos, uma nova condição da economia plural, voltada para o coletivismo e para o solidarismo, o progresso de energias verdes, não poluentes. Uma via de crescimento com parâmetros sustentáveis¹². No que conduz a via do decrescimento anuncia um descer quanto às “intoxicações consumistas, a comida industrializada, a produção de objetos descartáveis e não recicláveis, a dominação dos intermediários sobre a produção e consumo, o tráfego de automóveis particulares, o transporte rodoviário de mercadorias¹³”. Uma perspectiva de crescimento com o decrescimento de atitudes humanas que degradam o meio ambiente.

O pensar humano individualista reinou para a forma de desenvolvimento contemporâneo. Não há como prosperar sem pensar de forma coletiva, de forma solidaria. Os países desenvolvidos tendenciaram no progresso avassalador ao meio ambiente e, quanto aos países em desenvolvimento, há que haver esta limitação quanto a esta forma de desenvolvimento. Tem-se a intenção de progresso no decrescimento das formas que agridem ou contribuem para a agressão ambiental cedendo lugar aos meios que compatibilizam com a superação e conservação dos recursos naturais essenciais à vida humana.

¹² MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. P. 43.

¹³ MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 43/44.

Diante da realidade do Planeta Terra quanto à questão relacionada ao meio ambiental, poder-se-ia afirmar que está à beira da morte, pois o Planeta Terra é um organismo vivo e com a degradação das suas fontes de vida com a finalidade de produzir e consumir cada vez mais, por aquele que necessita desse conjunto vivo, o homem, transparece uma realidade emergente, a qual precisa mudar. É diante desse fato que se faz necessário o estudo de uma nova forma de desenvolvimento, de uma eclosão sustentável, com percepção ao meio que conduz a vida humana, o meio ambiente, fazendo da sustentabilidade o meio condutor para a manutenção do ambiente saudável ou a minimização do grau de degradação ambiental.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AMBIENTAL E A SUSTENTABILIDADE

A interligação do homem com o mundo natural descende de tempos remotos, o que resulta na reconstrução social de uma sociedade global. Assim, há o reconhecimento do direito ambiental como um direito fundamental, que transcende os interesses individuais, tornando-se uma esfera sócio-jurídica transindividual, que ultrapassa barreiras e limites territoriais. A intenção é mudar paradigmas, baseando-se num direito transnacional, o qual supera o conceito de soberania diante, justamente, da sua essência fundamental.

Na era contemporânea, o ser humano tende a produzir e a consumir de forma ilimitada, provocando uma crise ambiental com tais atitudes. Cada ato humano desencadeia um ato, uma agressão ao meio natural, aumentando o grau de poluição, causando degradação ambiental, extração dos recursos naturais, em prol da sua sociedade consumista. Essa é uma postura alarmante que demanda uma mudança de postura urgente sob pena de o ser humano testemunhar sua própria extinção com o esgotamento dos recursos naturais fundamentais à manutenção da vida humana e não humana do Planeta Terra.

O mundo está direcionado à mudança de comportamento com reflexo ao meio natural. O costume de consumir exageradamente e de pensar que os recursos naturais são fontes de energias infinitas ou ilimitadas faz uma revolução do próprio agir do ser humano, consumidor final de suas próprias atitudes. Economicamente, nada tem sentido se não houver condições mínimas de existência terrena.

O desenvolvimento sustentável surgiu com a publicação do Relatório Brundtland, intitulado como *Nosso Futuro Comum*, publicado em 1987, pela Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), da Organização das Nações Unidas (ONU). Uma nova forma de desenvolvimento associado ao objetivo da sustentabilidade. Uma forma de desenvolvimento que se insere diante do contexto do crescimento econômico e com os efeitos que procedem à atual maneira de perquirir o progresso, seja a miséria, as crises, as desigualdades. O incremento sustentável e racional está associado ao uso apropriado dos meios naturais sem prejudicar o entorno natural às futuras gerações¹⁴.

O tema da sustentabilidade, de haver uma forma racional de desenvolvimento – de maneira sustentável – parte-se de uma visão de transnacionalizar o direito ambiental, o qual supera aquele conceito de determinar normas limites a um direito transindividual, por determinantes fundamentais. Superar o conceito de normas locais, para agir de forma geral/total, perfaz uma caracterização de status de forma a juridicizar os aspectos dessa área do direito ambiental, como um direito fundamental e universal, ressaltando-se, assim, um direito que regulamenta a fonte de vida planetária, qual seja, o entorno natural.

A esfera ambiental é a base para o desenvolvimento de um Estado com normas transnacionais. O problema ecológico/ambiental transcende barreiras

¹⁴ LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 18.

nacionais que somente com a construção de um espírito solidário e global, a ameaça do meio ambiente poderá ser minimizada. Nesse sentido doutrina Paulo Márcio Cruz:

[...] Estas ameaças decorrem do esgotamento dos recursos naturais não renováveis, da falta de distribuição equitativa dos bens ambientais, do crescimento exponencial da população, da pobreza em grande escala e do surgimento de novos processos tecnológicos excludentes do modelo capitalista. Todos estes fatores contribuem com a consolidação de uma ética individualista e desinteressada com o outro, com o distante, com as futuras gerações e com um desenvolvimento sustentável. Este quadro desafiante impõe a necessidade não apenas de ações locais e isoladas, mas de uma especial sensibilização também globalizada, que contribua com a internalização de novas práticas e atitudes, principalmente nas ações dos Estados. Só com a criação de um Estado Transnacional Ambiental é que será possível a construção um compromisso solidário e global em prol do Ambiente, para que seja assegurada de maneira preventiva e precautória a melhora contínua das relações entre o homem e a natureza¹⁵.

O direito ambiental comporta uma construção conceitual esparsa da ciência jurídica, a qual se insere nessa área para juridicizar aspectos fundamentais de uma sociedade que vive em pleno desenvolvimento, sejam sociais, econômicos, culturais, políticos, entre outros, ou seja, o direito ao meio ambiente é um normativo fundamental que deve transcender ao pensamento, às formalidades normativas e, sim, concretizar-se ao meio social com reformas, com mudanças de comportamentos e atitudes humanas, da quais viabilizarão a realidade ambiental.

Nessa esfera de que o homem encontra-se na era de criar e recriar, desenvolver-se em um ritmo extraordinário, tem-se a necessidade de buscar mecanismos propícios ao nível de desenvolvimento, desvinculando-se de um

¹⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania á transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011, p. 154/155.

meio consumista, destruidor, para um meio preservador dos recursos atinentes a seu desenvolvimento. Não somente na ação humana de domínio e exploração, o atuar do ser humano, quanto à questão ambiental, deve resguardar o seu crescimento e desenvolvimento natural de uma forma equilibrada, sustentável que não atinja ou que comprometa às condições vitais de subsistência das presentes e futuras gerações.

A atuação devastadora do homem sobre a natureza, nos dizeres de Elenize Felzke, fez com que diversos problemas surgissem, tais como o esgotamento das vias naturais, as devastações, poluição, catástrofes, doenças, epidemias. Nesse sentido, começou-se a pensar que esses problemas alavancavam os limites territoriais do fato em si, ou seja, que os reflexos de uma devastação ambiental poderiam provocar problemas em diversas regiões excedentes ao local do dano, provocando-se, assim, uma dimensão transfronteiriça quanto às consequências oriundas dos problemas ambientais¹⁶.

Como elucida Paulo Márcio Cruz, quanto à ideia de um direito ambiental mundial, sem fronteiras:

O Direito Ambiental é a maior expressão de Solidariedade que corresponde á era da Cooperação internacional, a qual deve manifestar-se ao nível de tudo o que constitui o patrimônio comum da humanidade. Assim, somente com a consolidação de um verdadeiro Estado Transnacional Ambiental, como estratégia global de Cooperação e Solidariedade, é que será possível assegurar um futuro com mais justiça e sustentabilidade¹⁷.

O agir humano na natureza revela impactos, sejam positivos ou negativos, e a esfera jurídica não pode quedar-se, devendo ser ativa quanto à promulgação

¹⁶ SCHONARDIE, Elenise Felzke. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Revista do Direito UNISC, Santa Cruz do Sul. N. 36; p. 17/28; jul-dez,2011. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/2189/1733>. Acessado em 20 de julho de 2012, p. 21/22.

¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Universidade do Vale de Itajaí, 2011, p. 156.

de leis, normas e diretrizes, com a intenção de proteger o meio ambiente de uma forma transnacional, que transpasse barreiras, que viabilize o caos ambiental onde quer que haja, com uma única intenção, qual seja, preservar e tornar eficiente o meio ambiente como um direito fundamental difuso.

Quando se trata de um direito transindividual, aquele capaz de alavancar limites fronteiriços deixa-se de pensar de forma local exigindo-se ações de maneira global, que visam à proteção do ecossistema, a preservação das espécies – animais e plantas –, com o embasamento em um meio ambiente ecologicamente sustentável¹⁸, denotando-se a importância desse direito para diversas questões, sejam elas sociais, econômicas e, até mesmo, ambientais.

O contexto das grandes transformações, dos desenvolvimentos sociais, ascendendo aos tempos mais remotos, até os dias atuais, comporta diversas concepções de transformação social. O homem, cada vez mais inserido na descoberta do meio natural, por diversas formas, como já fora dito, umas positivas e outras negativas. Quanto a isso, pode-se determinar como forma de transformação a ascensão do capitalismo, da era consumista, fazendo com que surja a referência de que muitos não reconhecem a qualidade de vida. E esta se reflete nos meios sociais, nos núcleos empresariais, sobrepondo-se aos direitos ditos individuais.

O direito ambiental é uma ciência, uma forma de externar, por meio de normas e regras, a proteção de um ecossistema que está sendo ameaçado em larga proporção. As atitudes humanas, com reflexo no meio natural, colocam em risco a própria sobrevivência planetária terrena.

Ao se tratar dessa ciência, desse meio natural, deve-se ter em mente a diferença do que constitui o ambiente, os seres humanos e o meio natural, em si próprio. Quer-se dizer que, por meio de um ponto de soma entre esses três

¹⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Universidade do Vale de Itajaí, 2011, p. 147.

fatores, requer-se uma determinação do que venha a ser o meio ambiente. Por meio dessa forma conceitual do que se caracteriza o meio ambiente, observa-se a referência de um direito fundamental, com prevalência normativa constitucional.

O ser humano tem o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sadio, caracterizando-se, assim, como um direito de natureza fundamental, questão defendida por esta articulista, pois um direito quando caracterizado por fundamental é um direito que transcende aos interesses individuais ou coletivos, transnacionalizando-se a um direito universal diante da sua prevalência significativa para a subsistência da vida.

A sustentabilidade tem uma interferência com o pensar, com o agir humano, quanto aos atos que interferem na natureza. Pensa-se em um mundo ambientalmente equilibrado, porém, não há respeito para com esse meio natural que assegura a vida. Os atos humanos devem ter reflexos positivos para a sobrevivência da geração futura, sendo essa intenção direcionada ao estudo da sustentabilidade.

Este novo paradigma a ser inserido no contexto social denota-se que, na definição conceitual, é uma forma de desenvolvimento que se pretende ser inserido por todos os meios sociais, independente de localidades e forma de vidas, mas como um primado que garantirá uma forma justa e digna de sobrevivência.

A sustentabilidade não é um sinônimo de desenvolvimento sustentável, mas sim, uma forma de ser praticado o ato de progresso, de crescimento social, econômico e também ambiental, pois, a realidade que se depara o meio ambiente, necessita-se, de forma urgente, uma melhora, uma mudança de consciência social para que se possa amenizar o impacto destrutivo ambiental, sendo que sua recuperação torna-se inviável diante do real colapso ambiental.

3. SUSTENTABILIDADE E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: SUSTENTABILIDADE COMO OBJETIVO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A consciência pelo desenvolvimento sustentável tem origem diante da era capitalista, do crescimento pelo consumo, que desencadeia a relação homem/meio natural, da qual se infere que toda atividade humana, em crescimento ou em decrescimento, induz o contato, direto ou indireto, com o meio ambiente.

É uma evolução ambientalista que percorre os meios sociais. O ser humano em pleno desenvolvimento tende a se preocupar com o meio que lhe garante sua subsistência, que, passando por descuidos ambientais, vem causar preocupações quanto à sobrevivência da pessoa humana com qualidade de vida. A era consumista faz causar estragos ambientais, e toda atitude humana demanda uma atitude no meio natural. O ser humano está intimamente ligado ao meio ambiente, seja na sua ação externa ou interna.

O conceito de desenvolvimento sustentável decorre de uma significação composta por vários modelos semânticos, quais sejam: evolução, progresso, crescimento, todas inseridos numa visão linear de evolução crescente, de progresso. Mesmo estando nessa linha de um fato social que faz evoluir um meio social, não se pode perder de vista o real alcance dessa forma de desenvolvimento sustentável, qual seja, evoluir na geração presente sem comprometer a vida da geração futura.

Uma terminologia originária do Relatório Brundtland, o qual foi reconhecido na língua portuguesa por *O Nosso Futuro Comum*, que preceitua o desenvolvimento sustentável como o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras

de suprirem suas próprias necessidades. Nesse sentido, o conceito e os fundamentos de sustentabilidade passaram a fazer parte de todo conjunto social global. (grifo nosso).

Marta de Azevedo Irving e Elizabeth Oliveira expõem quanto ao conceito de desenvolvimento sustentável:

O conceito de desenvolvimento sustentável procura integrar e harmonizar as idéias e conceitos relacionados ao crescimento econômico, á justiça e ao bem-estar social, á conservação ambiental e á utilização racional dos recursos naturais. Do ponto de vista ambiental, a noção de desenvolvimento sustentável propõe a utilização parcimoniosa dos recursos naturais, de forma a garantir o seu uso pelas gerações futuras. Propõe, ainda, a preservação de amostras significativas do ambiente natural, de forma a garantir a manutenção dos serviços ambientais que estas áreas propiciam e a qualidade de vida da população do entorno¹⁹.

O desenvolvimento sustentável justifica-se na ideia reflexiva da sustentabilidade na seara ambiental. Isso tendo em vista que o resguardo, a preservação de um meio ambiente sadio e equilibrado, com o seu consequente não esgotamento para a sobrevivência das gerações futuras, ressaltam quão importante são seus fundamentos para a preservação da vida em um planeta ecologicamente equilibrado²⁰. Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer assim se referem à ideia anunciada:

Até por uma questão de justiça entre gerações humanas, a geração presente teria a responsabilidade de deixar como legado às gerações futuras condições ambientais idênticas ou melhores do que aquelas recebidas das gerações passadas, estando à geração vivente, portanto,

¹⁹ IRVING, Marta de Azevedo; OLIVEIRA, Elizabeth. **Sustentabilidade e transformação social**. Rio de Janeiro: SENAC Nacional, 2012, p. 24.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. **O Princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acessado no dia 20 de julho de 2012. Brasília, Senado Federal, p. 156.

vedada a alterar em termos negativos as condições ecológicas, até por força do princípio da proibição de retrocesso socioambiental e do dever (do Estado e dos particulares) de melhoria progressiva da qualidade ambiental²¹.

O ordenamento legal tem progressos significativos quanto à fundamentação do desenvolvimento sustentável. A Lei de Política Nacional sobre Mudanças no Clima²², quando enfatiza o problema do aquecimento global, em seu artigo 3º e incisos (Lei n. 12.187/2009) reproduz a proteção ao meio ambiente, seguindo o fundamento de preservação total, a qual garantirá o equilíbrio ecológico de recursos não renováveis para as gerações futuras.

A sustentabilidade, como reflexo de uma sociedade globalizada, tende a superar uma crise ambiental para com uma geração social futura. Segundo Marcos Bicudo:

A sustentabilidade é usualmente vista como o equilíbrio entre a sociedade, o ambiente e a economia. Ou, mais

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. **O Princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acessado no dia 20 de julho de 2012. Brasília, Senado Federal, p. 156.

²² BRASIL, Lei 12.187/2009: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm. Acessado dia 19 de agosto de 2012. Art. 3º A PNMC e as ações dela decorrentes, executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observarão os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, este último no âmbito internacional, e, quanto às medidas a serem adotadas na sua execução, será considerado o seguinte: I - todos têm o dever de atuar, em benefício das presentes e futuras gerações, para a redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climático; II - serão tomadas medidas para prever, evitar ou minimizar as causas identificadas da mudança climática com origem antrópica no território nacional, sobre as quais haja razoável consenso por parte dos meios científicos e técnicos ocupados no estudo dos fenômenos envolvidos; III - as medidas tomadas devem levar em consideração os diferentes contextos socioeconômicos de sua aplicação, distribuir os ônus e encargos decorrentes entre os setores econômicos e as populações e comunidades interessadas de modo equitativo e equilibrado e sopesar as responsabilidades individuais quanto à origem das fontes emissoras e dos efeitos ocasionados sobre o clima; IV - o desenvolvimento sustentável é a condição para enfrentar as alterações climáticas e conciliar o atendimento às necessidades comuns e particulares das populações e comunidades que vivem no território nacional; V - as ações de âmbito nacional para o enfrentamento das alterações climáticas, atuais, presentes e futuras, devem considerar e integrar as ações promovidas no âmbito estadual e municipal por entidades públicas e privadas;

objetivamente, Pessoas-Planeta-Lucro. Até hoje, os estudos e as análises existentes colocam esses três domínios como blocos isolados que interagem entre si, com algumas áreas de sobreposição. De fato, a inovação sustentável moderna considera que esses domínios são totalmente integrados: a economia é o centro e parte menor e integral da sociedade que é totalmente contida e envolvida pelo ambiente, o maior, dominante e principal elemento dos três. É claro que o meio ambiente continuará a existir com ou sem a sociedade e sua economia²³.

No que diz respeito à sua explanação, cumpre anunciar que não paira dúvida de que, entre o social e a economia, a natureza ambiental sobrepõe-se, pois, em um futuro sustentável, não existe negociações possíveis entre esses ramos, pensando-se que nada será mais relevante que o meio ambiente natural²⁴.

É na incidência da gestão de um mundo sustentável que se tem a sobreposição de organizações objetivando metas ao futuro das gerações. A Rio+20 foi um reflexo de 20 anos de desafios para as questões sociais, econômicas e, principalmente, ambientais. A humanidade está em constante transformação, com constantes desafios. Basta a percepção individual e global. Na esfera individual, está na conscientização de cada ser humano a preservação de meios naturais essenciais á sobrevivência humana. Quanto à natureza de global, o agir ambiental tem reflexos globais, sendo o meio natural um bem universal que interliga as diversas culturas raciais, as quais devem agir na preservação do presente com reflexos para o futuro.

4. AS DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE

Com os estudos realizados, conclui-se que a sustentabilidade é o meio cujo fim

²³ ALMEIDA, Fernando. **Desenvolvimento Sustentável 2012-2050: visão, rumos e contradições**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 37.

²⁴ ALMEIDA, Fernando. **Desenvolvimento Sustentável 2012-2050: visão, rumos e contradições**. P. 37.

é o desenvolvimento sustentável. O ato de desenvolver-se deve seguir e compreender o alcance da sustentabilidade. Essa é a moldura do contexto inserido no desenvolvimento. “O desenvolvimento não precisa ser contraditório com a sustentabilidade. O desenvolvimento pode-deve ser sustentável, contínuo e duradouro²⁵”. Nesse alcance doutrinário que se quer construir fundamentos para que a sociedade insira nos seus valores éticos, sociais que o progresso tenda a desenvolver-se com os olhos voltados para o futuro.

“O desenvolvimento que importa é aquele que se constitui mutuamente com a sustentabilidade, condicionado por ela²⁶”. O ato de crescer, seja na área social, econômica ou humana, tem que estar adjetivado à sustentabilidade que se constitui de garantir a qualidade de vida, o bem-estar para gerações presentes e futuras.

Não há como afirmar que a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável são sinônimos, fato este verificado em várias situações e contextos. A sustentabilidade é uma forma de progresso cultural. Está na mudança do ser humano diante de seus atos a inserção desse paradigma no contexto social.

O desenvolvimento sustentável definido pela primeira vez e, depois, incorporado nos mais diversos textos é aquele que tende a preservar meios naturais às gerações, sejam presentes, sejam futuras. Trata-se de uma forma de garantir, através de seus progressos, um modo de vida, por meio dos recursos naturais, com qualidade para a existência humana.

Agregar o acúmulo de riqueza. Consumir e produzir de forma insaciável. Cada vez mais se tem cada vez mais se quer. Essas são verdades que fazem aflorar o fato de que há certo desespero pelo acúmulo de bens materiais, fazendo com que a crise ambiental ascenda para o primeiro lugar dos acontecimentos mais preocupantes e que mais comprometem a vida humana.

²⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 42.

²⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 49.

Nos estudos de Juarez Freitas encontra-se o conceito de sustentabilidade:

Eis o conceito proposto para o princípio da sustentabilidade: trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar²⁷.

Ainda, Juarez Freitas, anuncia elementos indispensáveis para um conceito operacional de sustentabilidade eficaz:

(1) a natureza de princípio constitucional diretamente aplicável, (2) a eficácia (encontro de resultados justos, não mera aptidão para produzir efeitos (jurídicos), (3) a eficiência (o uso de meios idôneos), (4) o ambiente limpo (descontaminado e saudável), (5) a probidade (inclusão explícita da dimensão ética), (6) a prevenção (dever de evitar danos certos), (7) a precaução (dever de evitar danos altamente prováveis), (8) a solidariedade intergeracional, com o reconhecimento dos direitos das gerações presentes e futuras, (9) o bem-estar (acima das necessidades materiais). Nenhum desses elementos pode faltar ao conceito, sob pena de reducionismo indesejável²⁸.

Quanto à sustentabilidade, Juarez Freitas, ao afirmar que a sustentabilidade molda o desenvolvimento, declara que ela “é multidimensional, porque o bem-estar é multidimensional”, sendo ambiental, social, econômica, ética e jurídico-política.

No que diz respeito à dimensão social, pensa-se na formalização dos direitos fundamentais sociais, na igualdade de condições sociais. Na realidade socioeconômica, a inquietação em desfavor das desigualdades é crescente.

²⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. P. 41.

²⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

Aqueles que nada percebem com as devastações ambientais encontram-se em cenários vitais diversos. A busca pela justiça social é uma premissa fundamental do princípio da sustentabilidade²⁹, pois são nas camadas sociais carentes que se sentem os efeitos da crise ambiental. O problema dos direitos sociais é uma realidade concreta verificada nas escolas, nas empresas pelos trabalhadores, nas áreas de saúde, tornando-se uma situação insustentável. O que se pretende é a busca pela melhoria na qualidade de vida por meio da inclusão social voltada ao aceite do paradigma da sustentabilidade.

Com relação à dimensão econômica, tem-se que ela está relacionada ao consumo e à produção, os quais necessitam ser reestruturados. A forma de acumular riquezas não deve estar condicionada à agressão de recursos naturais. “A natureza não pode ser vista como simples capital³⁰”. A responsabilidade comum dos Estados e cidadãos para a defesa ambiental tem que reaver meios eficazes e eficientes para o crescimento econômico não calcado no meio natural.

A dimensão jurídico-político condiciona a sustentabilidade à tutela jurídica ao direito ao futuro, que visa a garantir o bem-estar de titulares existentes e os ainda não existentes, de proteger a qualidade de vida para as presentes e para as futuras gerações. Nos anseios normativos, depara-se a sustentabilidade que emerge de normas que se projetam para a defesa ambiental. No que tange aos aspectos políticos da sustentabilidade, esta se relaciona com as políticas públicas, sendo a forma pela qual o Poder Público comunica-se com o meio social. Essas políticas públicas devem atender ao aspecto da solidariedade ao serem externadas ao mundo social, não havendo desigualdades em suas efetivações. Saulo de Oliveira Pinto Coelho e André Fabiano Guimarães de Araújo explicam que há outros aspectos do princípio da sustentabilidade no

²⁹ AUMOND, Juarêz. As perspectivas do desenvolvimento sustentável. *IV BENEVIDES, Mario e VALDEZ, Sílvia (org.). Nós e a sustentabilidade*. Florianópolis: Relata, 2012, p. 175.

³⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. P. 54.

plano político, afirmando que as políticas públicas devem ser tratadas de forma sinérgica umas com as outras; que as políticas públicas sejam autônomas em sua prática, não precisando de custeio assistencialista; que as políticas públicas promovam solidariedade social, com direção à implementação da dignidade da pessoa humana³¹.

A dimensão ética está no interior de cada ser humano, de cada atitude humana. A solidariedade, a coletividade no pensar, no agir deve transcender o direito ao mínimo existencial, formalizando a base jurídica fundamental a dignidade da pessoa humana. A frase “pensar localmente e agir globalmente”, não está só para aplicação de regras e princípios transnacionais, mas, sim, nas atitudes de cada ser humano para com o meio ambiente, sendo esta um direito humano fundamental e difuso.

Na forma de agir eticamente e de forma sustentável é aquela “que consiste em agir de modo tal que possa ser universalizada a produção do bem-estar duradouro, no íntimo e na interação com a natureza³²”.

Por fim, a dimensão ambiental é aquela constitucionalizada no artigo 225 da Constituição Federal, o qual declara o direito fundamental a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as sociedades atuais e futuras. O direito a um meio ambiente limpo, saudável, produtor de recursos naturais indispensáveis para a vida humana³³. Os desastres, as poluições de rios, mares, solo e atmosfera já resultaram em grandes desconfortos sociais, não havendo outra saída a não ser a inserção do princípio da sustentabilidade como

³¹COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. **A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 39:261-291, de 2011. Disponível em: <http://www.revista.fadir.ufu.br/viewissue.php?id=7>. Acessado em agosto de 2012, p. 272.

³² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 61.

³³ AUMOND, Juaréz. As perspectivas do desenvolvimento sustentável. *IN* BENEVIDES, Mario e VALDEZ, Silvia (org.). **Nós e a sustentabilidade**. Florianópolis: Relata, 2012, p. 173.

condutor de resultados positivos quanto a esse aspecto socioambiental.

Os estudos de Juarez Freitas traduzem, de forma ímpar, a dimensão ambiental da sustentabilidade:

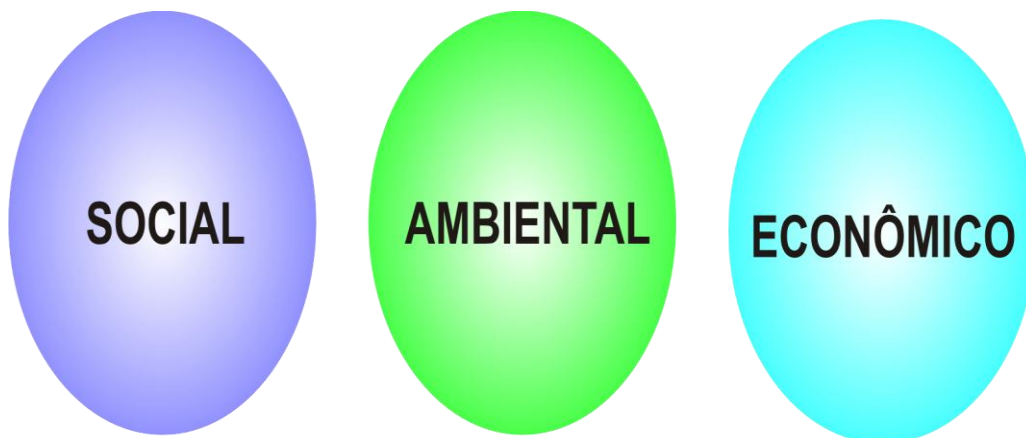
Não pode haver qualidade de vida e longevidade digna em ambiente degradado e, que é mais importante, no limite, (b) não pode sequer haver vida humana sem o zeloso resguardo da sustentabilidade ambiental, em tempo útil, donde segue que (c) ou se protege a qualidade ambiental ou, simplesmente, não haverá futuro para nossa espécie³⁴.

São dimensões que, ao se ligarem, modulam a sustentabilidade, não podendo ser rompidas. Esse fenômeno da sustentabilidade é uma forma diferenciada de viver. A existência humana está atrelada à formalização dessas dimensões que corporificam o ato de ser sustentável. O princípio da sustentabilidade correspondente às mudanças humanas tende a universalizar os direitos essenciais, para que a vida terrena tenha continuidade com qualidade e bem-estar.

Nas aulas ministradas pelo Professor Gabriel Real Ferrer na Universidade de Alicante/Espanha, foi dito que, na sua compreensão, a sustentabilidade deparava-se em três dimensões, a social, a econômica e a ambiental. Essas dimensões relatam o fundamento do paradigma sustentável, pois está na base da sociedade, da economia e da ecologia uma reformulação de políticas de governanças para se alcançarem um estado de sustentabilidade.

Assim dispõe a sua estrutura:

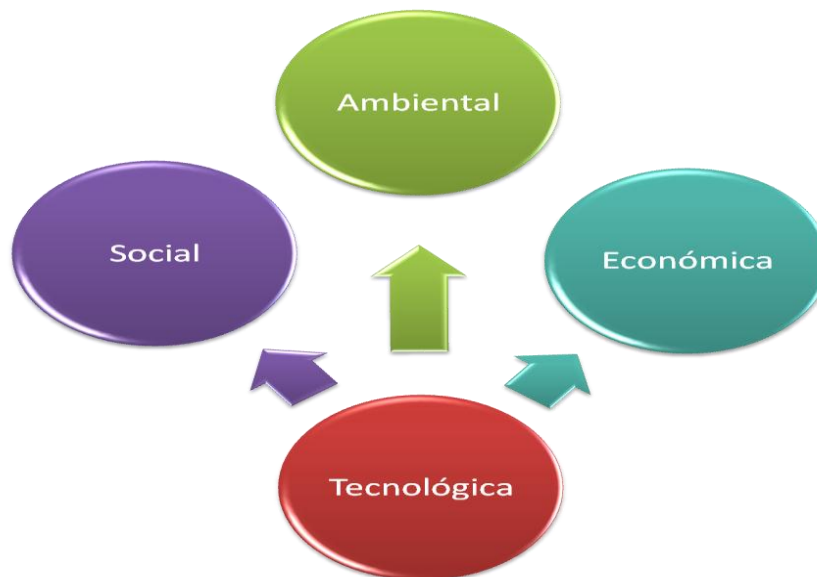
³⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 65.



A própria definição desse paradigma traduz a importância da união dessas áreas para se alcançar o objetivo do desenvolvimento sustentado que é a própria esfera fenomenológica da sustentabilidade. Perpetuar-se no tempo com a disponibilidade dos recursos naturais proporcionando a base ecológica qualidade de vida e bem-estar social. Por ocasião da aula ministrada pelo Professor Gabriel Real Ferrer, mencionou-se que, além das dimensões sociais, econômicas e ambientais, tem-se a dimensão tecnológica, a qual determina a forma de sociedade com suas evoluções, conhecimentos e técnicas.

Assim dispôs em sala de aula com a ilustração gráfica³⁵:

³⁵ FERRER, Gabriel Real. **Políticas de Sostenibilidad en la Unión Europea**. Aula ministrada no Curso na Universidade de Alicante, na Espanha. Disponível para os alunos slides da sua exposição no dia 27 de maio de 2013.



Para Gabriel Real Ferrer, além das dimensões sociais, econômicas e ambientais, insere-se nessa definição de sustentabilidade a dimensão tecnológica. Para Gabriel Real Ferrer, não há possibilidade de haver uma sustentabilidade parcial de determinada região, Estado ou País, mas sim, na expectativa de haver uma diminuição da agressão aos meios naturais, com a consequente diminuição de consumo e produção global será, cada vez mais, possível chegar-se em torno do que é ser um estado sustentável³⁶.

Com o controle da distribuição de riquezas e com a diminuição da produção e do consumo, haverá meios de resguardar, ao ser humano, em um meio ambiente natural ou artificial, uma qualidade de vida digna, condizente com os direitos humanos fundamentais do ser humano.

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer declaram que:

³⁶ FERRER, Gabriel Real. **Políticas de Sostenibilidad en la Unión Europea**. Aula ministrada no Curso na Universidade de Alicante, na Espanha. Disponível para os alunos slides da sua exposição no dia 27 de maio de 2013.

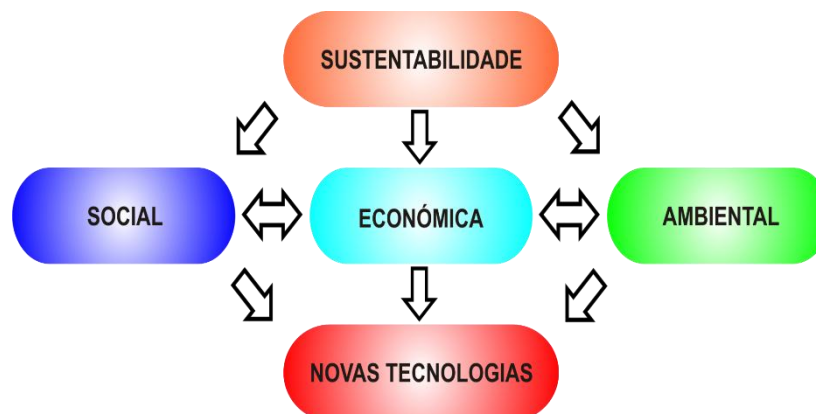
[...] tanto sob a perspectiva individual quanto coletiva, a própria noção de sustentabilidade deve ser tomada a partir dos eixos econômicos, social e ambiental. Tais eixos, contudo, devem ser concebidos e aplicados de forma isonômica e equilibrada, refutando-se, consoante já frisado, toda e qualquer hierarquização prévia, notadamente pelo fato de que é no conjunto que tais dimensões se prestam à promoção de uma existência digna³⁷.

A sociedade atual, com sua primazia capitalista – consumo exacerbado –, organiza-se em relação às inovações tecnológicas, moldando-se conforme se insere nas inovações. Não se tem a intenção de promover a tecnologia para aumentar os meios de renda, de acúmulo de capitais e de poder dos estados, mas, sim, como meio de adentrar ao contexto social como meio concretizador do fenômeno da sustentabilidade.

Neste trabalho, tem-se a intenção de demonstrar os aspectos inovadores da ciência e das novas tecnologias, no sentido de propiciarem um mundo ecológico com condições de vida, com justiça sociais, com manutenção da saúde humana, como meios de saneamento eficazes para a vida humana, contrariando a forma atual de pensar do ser humano, qual seja, utilizar-se das inovações tecnológicas como meio de promover, ainda mais, um acúmulo de poder que se concentrará nas mãos de poucos.

Dessa forma, a ilustração gráfica quanto às dimensões da sustentabilidade conquanto às inovações tecnológicas, assim se configura:

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico): algumas aproximações. SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25.



Na ânsia pelo desenvolvimento econômico, as nações organizam-se em razão de uma cooperação comum. Uma forma de crescimento que vem buscando novas alternativas, como o desenvolvimento sustentável, com o intuito de conciliar o progresso integral, a preservação do meio ambiente e a melhoria na qualidade de vida.

Gabriel Real Ferrer aduz sobre as novas tecnologias:

Ponhamos a ciência e a técnica ao serviço do objetivo comum. Não só os novos conhecimentos devem nos ajudar a corrigir erros passados, como por exemplo, mediante a captação de CO₂, ou a contribuir soluções eficazes a problemas como os que propõem uma civilização energético-dependente, senão que indefectivelmente a tecnologia disponível determina os modelos sociais em os que nos desenvolvemos, tal como insistentemente demonstra a história³⁸. (tradução livre)

Não há dúvidas de que a tecnologia é um meio indutor que transmudará a sociedade em geral, pois está depara-se com os avanços e, por meio deles, conduz suas expectativas de vida com condições ambientais dignas para a

³⁸ FERRER, Gabriel Ferrer. **Políticas de Sostenibilidad en la Unión Europea**. Aula ministrada no Curso na Universidade de Alicante, na Espanha. Disponível para os alunos slides da sua exposição no dia 27 de maio de 2013. Pongamos la ciencia y la técnica al servicio del objetivo común. No sólo los nuevos conocimientos deben ayudarnos a corregir errores pasados, como por ejemplo mediante la captación de CO₂, o a aportar soluciones eficaces a problemas como los que plantea una civilización energético-dependiente, sino que indefectiblemente la tecnología disponible determina los modelos sociales en los que nos desarrollamos, tal como insistentemente demuestra la historia.

presente e para a futura geração. Uma vida digna, de bem-estar, não está configurada no poder de maior aquisição de bens e consumo, mas na qualidade de vida quanto à saúde, à alimentação, ao saneamento básico, às condições de pureza do ar, da terra e da água, nas condições e dos meios para a produção de bens que garantam a dignidade do ser humano. Não basta ter-se riqueza, acúmulo de capitais, se não houver condições de existências de vida.

Uma pergunta que se pode fazer é: qual das tecnologias que poderá mudar a sociedade, ou a forma de pensar social? Uma ciência, uma inovação que venha a politizar os efeitos tecnológicos, tornar disponíveis para todos os seres humanos os efeitos dessas inovações científicas, sem a intenção de haver aumento de poder nas mãos de poucos, dos quais seriam os beneficiados às novas ciências, mas, sim, direcionar os avanços ao contexto social em geral, propiciando uma expectativa de vida saudável.

Na mesma ocasião da aula ministrada, o Professor Gabriel Real Ferrer dispôs quais seriam as condições da sustentabilidade, o que foi feito na seguinte ordem: a primeira, a cidadania global; a segunda, assumir um pacto com a Terra, pois o que está em perigo não é tão somente a natureza, mas, sim, a espécie humana; a terceira, a capacidade de alimentar e oferecer uma vida digna; a quarta recompor a estrutura ambiental; a quinta, novos modelos de governança; e, por último, a ciência e a tecnologia a serviço da sociedade, pois o homem, ao dominar a natureza, tem o domínio da ciência, sendo que nesta está à resposta para os problemas ambientais globais, como, por exemplo, a inovação de um novo modelo energético³⁹.

Por meio dos estudos, aponta-se, neste trabalho, que as inovações tecnológicas estão a serviço do paradigma da sustentabilidade como resposta à recomposição ecológica, à preservação da base ecológica. Da mesma forma, é

³⁹ FERRER, Gabriel Ferrer. **Políticas de Sostenibilidad en la Unión Europea**. Aula ministrada no Curso na Universidade de Alicante, na Espanha. Disponível para os alunos slides da sua exposição no dia 27 de maio de 2013.

um meio de possibilitar um avanço humano global quanto à qualidade existencial de vida frente às catástrofes ambientais que, cada vez mais, comprometem a vida terrena.

Na ciência e na tecnologia encontram-se as respostas para reorganizar a situação global quanto à crise ambiental, saindo da ideia de uma dimensão da sustentabilidade e, sim, como uma resposta aos problemas ambientais atuais, de forma global, para a inserção concreta do paradigma da sustentabilidade.

José Eli da Veiga declara que “a sustentabilidade ambiental de qualquer estilo de crescimento econômico que possa ser imaginado depende de descobertas científicas, novas tecnologias e consequentes inovações; e provavelmente venha delas depender cada vez mais⁴⁰”.

A sustentabilidade é um adjetivo ao ato de desenvolvimento, referindo-se ao fato de que o progresso econômico possa ser compatível com a conservação dos ecossistemas, equilibrando e harmonizando a forma de progresso com a base ecológica sadia.

Na esfera doutrinária do desenvolvimento sustentável, exigem-se mudanças nos valores que orientam os comportamentos sociais, agregando o conhecimento e a inovação de tecnologia para que haja a solução da crise ambiental⁴¹. A natureza morta não serve ao ser humano; a ideia de utilização dos recursos naturais deve estar subordinada aos princípios ecológicos e ao primado de uma vida digna aos seres humanos, procurando evitar que o egoísmo de certas minorias sobreponha-se ao interesse comum de sobrevivência da coletividade global e do Planeta Terra⁴².

⁴⁰ VEIGA, José Eli da. **Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor**. São Paulo: Editora SENAC, 2012, p. 67/68.

⁴¹ LEFF, Henrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 222.

⁴² MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 57.

É diante dessa percepção que se pretende criar estudos e ensaios com a finalidade de esclarecer a forma racional de desenvolvimento da pessoa e o progresso humano universal. O meio ambiente passou a ser definido como um direito humano fundamental, pois não há qualidade de vida se não houver a existência ou a possibilidade de existir um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, que se traduz no modo fundamental da dignidade humana⁴³. Um meio ambiente com qualidade integra o conteúdo normativo da dignidade humana, fato este essencial, pois integra o conceito de manutenção e de existência da vida com qualidade⁴⁴.

Tendo em vista os problemas ecológicos e o enquadramento do desenvolvimento sustentável, há inquietudes a serem pacificadas. Essa degradação ambiental é decorrência, em grande parte, de desigualdades sociais, as quais devem ser solucionadas de forma a buscar, socialmente, as condições mínimas de existência digna.

Nesse quadro, há uma estrada para as novas tecnologias, para as inovações regularem a pacificação desse problema ambiental. O crescimento econômico e social acelera a degradação ambiental, pelo fato de que crescimento não está para o desenvolvimento, sendo que aquele se utiliza dos meios naturais para sua concretude. Nessa perspectiva do uso intolerável dos recursos, diante do crescimento acelerado, nasce à preocupação em protegê-los e preservá-los para que a vida terrena tenha continuidade própria.

Os danos ao meio ambiente, bem como a escassez dos recursos naturais fazem surgir alternativas para o estudo de novas fontes de geração de energia e para o melhor aproveitamento dos recursos ecológicos.

O estudo de novas tecnologias e do desenvolvimento de inovações serão

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.12.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.13.

ferramentas fundamentais para o fortalecimento do desenvolvimento sustentável, o qual tem por finalidade primordial a preservação dos recursos naturais, promovendo o bem-estar do ser humano da geração presente e das futuras. Essa fenomenologia está baseada na preservação dos recursos naturais planetários e no uso adequado da biomassa⁴⁵. O paradoxo entre meio ambiente e desenvolvimento econômico tem que estreitar suas raízes para o fim comum da humanidade.

Nessa visão interdisciplinar entre ciência e tecnologia, aspectos jurídicos e econômicos devem ocorrer um entrelaçamento de áreas, todas direcionadas à função da justiça social, prevalecendo à igualdade social refletida como um meio de proteção, ou de amenizar a degradação ecológica. “É preciso que a ciência e a tecnologia estejam a serviço do meio ambiente e da Sustentabilidade, para que seja garantido o direito ao meio ambiente ecológico equilibrado⁴⁶”. Essa ideia de energia limpa, que não degrada nem consome os meios naturais poderá amenizar a crise ambiental.

O homem sempre se utilizou da biomassa para seu desenvolvimento, acreditando que seus recursos eram infinitos. Porém, a degradação exaustiva é a realidade da sociedade contemporânea. Quando se pensa em se desenvolver de forma sustentável, não se quer criar uma ideia de retrocesso, mas transformar todo conhecimento ecológico para a finalidade de cancelar, anular a dívida social acumulada ao longo do tempo, com a consequente redução da dívida ecológica⁴⁷.

Ainda aduz: “temos que utilizar ao máximo as ciências de ponta, com ênfase especial em biologia e biotécnicas, para explorar o paradigma do “B ao cubo”:

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. P. 178.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.180/181.

⁴⁷ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 30.

bio-bio-bio. O primeiro *b* representa a biodiversidade, o segundo a biomassa e o terceiro as biotécnicas⁴⁸. O direito ao progresso econômico, científico e tecnológico está diretamente vinculado ao direito ao desenvolvimento. Seu próprio progresso é reconhecido como elemento fundamental para um processo econômico, social, cultural e político abrangente que, tem por objetivo central a promoção da qualidade de vida, do bem-estar de toda a coletividade⁴⁹.

Na ênfase da interdisciplinaridade das ações sociais e da ciência repousa a concretização do desenvolvimento com a preservação ambiental. Os estudos científicos das áreas naturais e sociais devem trabalhar juntos, com a finalidade linear de alcançar caminhos sábios para o uso e o aproveitamento dos recursos naturais⁵⁰. A moderação desses recursos visa a não destruição da diversidade, desde que a consciência humana quanto às atividades econômicas não esteja calcada no irracionalismo de que crescimento e meio ambiente estão solidamente separados.

No contexto social, para a busca do desenvolvimento sustentável, a ciência tecnológica acaba por respaldar uma importante e valiosa função, a de desenvolver equipamentos propulsores da atividade econômica que causem uma menor degradação do meio ambiente e que seja menos maléfica à saúde humana. Como se sabe, a atividade humana está diretamente relacionada ao meio natural; são fatos inseparáveis⁵¹.

⁴⁸ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. P.30/31.

⁴⁹ DIAFÉRIA, Adriana. Desenvolvimento sustentável e o direito ao progresso científico, tecnológico e econômico: as oportunidades e as possibilidades de tutela. **Meio ambiente, direito e biotecnologia: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado**. Maria Auxiliadora Minahim, Tiago Batista Freitas, Thiago Pires Oliveira (coords.) Curitiba: Juruá, 2010, p. 447.

⁵⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

⁵¹ EFING, Antonio Carlos. **Direito e questões tecnológicas: aplicados no desenvolvimento social**. Antônio Carlos Efig e Cinthia Obladen de Almendra Freitas (Orgs.). Curitiba: Juruá, 2012, p. 192.

Deve-se ter foco na busca pelas energias limpas, renováveis, que podem ser produzidas com base em resíduos agrícolas (biomassa), no aproveitamento dos ventos (eólica), na energia solar. Todas se destacam como formas de produção de energia e de produção de fontes necessárias, porém sustentáveis, para a sociedade pós-moderna, e que, logo, buscam um desenvolvimento tecnológico sustentável⁵².

Conjugar a ciência com a técnica, na busca de solucionar, ou buscar medidas eficientes e adequadas para a crise ecológica, deve plantar na consciência social a busca por condições melhores de vida. A situação atual em que vive a maioria da população é a pobreza, a miséria e a fome, o que tornam uma nação insustentável. A luta por condições dignas de recursos naturais que proporcionem uma vida digna não deve ser a mesma da geração presente, porque o capitalismo descontrolado e as precárias condições de vida poderão levar a sociedade atual a uma séria crise, por haver a limitação de muitos bens primordiais para a vida⁵³.

Nessa perspectiva, autores como Paulo Márcio Cruz e outros afirmam que está no conhecimento coletivo e solidário a melhora das condições de vida de toda espécie com vida e não somente direcionada ao ser humano, servindo a sustentabilidade como base para toda e qualquer política pública e também para as relações privadas⁵⁴.

Essa percepção encontra nas novas tecnologias um caminho aberto para efetivar os preceitos da sustentabilidade. A descoberta por novas ciências tecnocientíficas instaura-se na agenda de discussão mundial, voltada para a

⁵² EFING, Antonio Carlos. **Direito e questões tecnológicas:** aplicados no desenvolvimento social. P. 192.

⁵³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma del derecho en el siglo XXI.** Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v10n20/v10n20a10.pdf>. Acessado em maio de 2013, p.168.

⁵⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma del derecho en el siglo XXI.** P.168.

preservação da vida. “Não há como negar que a ciência nos levou a um novo cenário no quais sonhos e, também pesadelos podem ser realidade⁵⁵”.

Na perspectiva de renovar, de preservar, de recriar recursos naturais escassos, ínfimos, diante do contexto social global atual, permite a evolução por meio de novos conhecimentos, de novas ciências, com o fim de conservar a biodiversidade, fato que é fundamento do progresso sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Justifica-se o estudo, por meio dos grandes acontecimentos sociais – guerras, revoluções, desenvolvimento, modernização, industrialização, globalização – de uma forma que a normatização de concepções jurídicas que perfazem um conjunto de direitos aos quais se atribui a qualificação de fundamentais, inserem-se como meios eficazes aos problemas vivenciados pela sociedade mundial. A inserção desses direitos na categoria de fundamentais promove uma reorganização jurídica interna de cada Estado, tendo em mente que este ente é um órgão fonte de todo Direito e formalizador dos anseios sociais.

O fator da inserção do paradigma da sustentabilidade concentrar-se numa relação entre o homem/natureza caracteriza-se por ser um princípio norteador da garantia de vida digna no planeta, com condições humanas e ambientais que dignifiquem a existência humana. Diante da realidade ambiental, da qual se encontra as tragédias climáticas, os desmatamentos florestais, a poluição da água, do solo e do ar, entre tantas outras catástrofes ambientais, a cada dia colocam em risco a sobrevivência do ser humano e demais seres vivos.

O não pensar no hoje, para garantir uma sobrevivência digna no futuro,

⁵⁵ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Biotecnologia e produção do Direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: método, 2008, p. 177.

ênfatiza uma irracionalidade social, uma forma de operar irracional, insustentável. Quanto há um pensar individual, no crescimento de apenas um grupo social, o qual se utiliza do meio ambiente, ou dos recursos ambientais de forma a considerar os mesmos infindáveis, ilimitados, cresce uma forma agir contrária aos anseios sociais globais, ou seja, o ser humano, em qualquer de seus atos deve pensar que poderá refletir seus malefícios a outros seres quando não realizados de forma solidaria; deve-se pensar que há outras gerações advindas ao mundo terreno e, que, não havendo condições dignas de um meio ambiente sadio e equilibrado poderá causar um fim da subsistência terrena.

O ser humano tenderá medir suas atitudes quanto às condições ambientais, pois, se a cada ato humano atingir o meio ambiente de forma a gerar sua degradação, não irá condizer com os anseios sociais de uma vida com equilíbrio natural, com recursos naturais sadios. Tem-se que pensar no futuro diante da realidade caótica que a sociedade encontra-se. Tem-se que pensar de forma coletiva, em um progresso ambiental global comum, pois o meio ambiente é um espaço vital de todo ser humano.

A sustentabilidade, como um fenômeno para garantir a continuidade da vida terrena, ou um desenvolvimento sustentável com o pensamento nas ações presentes e futuras, sem prejuízo de vida quanto aos recursos naturais, é uma forma de resguardar, de preservar um direito fundamental, o bem natural como fonte de subsistência. A comunidade atual não deve apenas pensar em sustentar recursos disponíveis, mas, de forma satisfatória, propiciar condições melhores às gerações futuras. O agir momentâneo com reflexos futuros.

A sociedade atual vive em plena crise ambiental. O consumo ilimitado, o individualismo exacerbado, o bem-estar social associado ao acúmulo de riquezas, enfim, um sistema econômico que se desenvolve sem respeitar os recursos naturais disponíveis, acarretando-se, assim, a chamada crise ambiental.

O desenvolvimento sustentável tende a fortalecer o pensamento social, pois tem suas bases no progresso, na prosperidade com qualidade, com meios que proporcionem o primado fundamental de todos os direitos, qual seja, a dignidade da pessoa humana. De nada adianta ter-se vida caso esta não seja com qualidade, com proporção humana razoável aos anseios sociais e também ambientais.

A sustentabilidade como forma a ser inserida no desenvolvimento, seja nas áreas sociais, econômica e ambientais, tem uma única dimensão, ou direção a ser guiada, qual seja, proteger o meio ambiente como um direito fundamental às presentes e futuras gerações dignificando a vida humana e garantindo a continuidade da vida terrena com condições existências dignas. A base dimensional da sustentabilidade tende a ser estruturada por meio do social, da economia e do ambiental, não sendo possível a inserção dos efeitos tecnológicos como base da estrutura primária, mas, sim, como respostas aos seus efeitos no contexto social.

Nessa ideologia, está no conhecimento da ciência a esperança de utilizar-se dos recursos naturais dispostos pelo capital natural, sem sua degradação ou extinção. O sistema da biodiversidade vai ao encontro dos parâmetros da biotecnologia para haver uma forma harmônica de desenvolvimento social e preservação ecológica.

No estudo centrado na ciência jurídica, no meio ambiente e no ser humano, tem-se a apreensão de estender os poderes de conhecimento oferecidos pela moderna biologia. É nessa seara que nasce a inquietação de questionar quais são as responsabilidades e os limites que se deve impor para resguardar o respeito aos direitos humanos, o respeito e a preservação do meio ambiente e a proteção dos demais seres vivos.

Hodiernamente a sociedade global vive em uma era de globalização, na velocidade máxima de desenvolvimento, fase em que transparece que os

problemas enfrentados pelo homem, relacionados à sua qualidade de vida e, principalmente, à continuidade da vida terrena passaram da esfera individual e tornaram-se supraindividuais. Logo, hoje, posicionam-se numa órbita de mundialização, pois a crise ambiental coloca em risco o ser humano de uma forma universal, não havendo barreiras territoriais para este dano tornar-se uma inquietação global.

Esse equilíbrio entre a ciência, a vida e o meio ambiente devem conduzir a uma forma sustentável de progresso. Um meio ambiente ecologicamente equilibrado significa preservar a base biológica natural, estando à sociedade à mercê dos interesses de novas ciências, com a preservação e a utilização racional dos recursos naturais. E, para que haja a efetiva preservação, o Poder Público deverá ser atuante quanto à fiscalização das entidades compromissadas com o desenvolvimento do conhecimento científico.

A ciência e a tecnologia são duas ferramentas que, conjuntamente, formam um elo infalível, um meio eficaz para as expectativas de superação da crise ambiental. As ações humanas estão, cada vez mais, relacionadas ao meio natural devendo a ciência jurídica, por meio de suas bases principiológicas, precaver danos que possam comprometer a continuidade da vida humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUMOND, Juarêz. As perspectivas do desenvolvimento sustentável. *IN* BENEVIDES, Mario e VALDEZ, Silvia (org.). **Nós e a sustentabilidade**. Florianópolis: Relata, 2012.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Biotecnologia e produção do Direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: método, 2008.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. **A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social:** para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 39:261-291, de 2011. Disponível em: <http://www.revista.fadir.ufu.br/viewissue.php?id=7>. Acessado em agosto de 2012.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania á transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI.** Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma del derecho en el siglo XXI.** Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v10n20/v10n20a10.pdf>. Acessado em maio de 2013.

DIAFÉRIA, Adriana. Desenvolvimento sustentável e o direito ao progresso científico, tecnológico e econômico: as oportunidades e as possibilidades de tutela. **Meio ambiente, direito e biotecnologia:** estudos em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado. Maria Auxiliadora Minahim, Tiago Batista Freitas, Thiago Pires Oliveira (coords.) Curitiba: Juruá, 2010.

EFING, Antonio Carlos. **Direito e questões tecnológicas:** aplicados no desenvolvimento social. Curitiba: Juruá, 2012.

FERRER, Gabriel Ferrer. **Políticas de Sostenibilidad en la Unión Europea.** Aula ministrada no Curso na Universidade de Alicante, na Espanha. Disponível para os alunos slides da sua exposição no dia 27 de maio de 2013.

FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental.** Revista Aranzadi de Derecho Ambiental (Pamplona, España), nº 1, 2002.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Petrópolis: Vozes, 2012.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico): algumas aproximações. SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHONARDIE, Elenise Felzke. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Revista do Direito UNISC, Santa Cruz do Sul. N. 36; p. 17/28; jul-dez,2011. Disponível em:

<<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/2189/1733>>.

Acessado em 20 de julho de 2012.

VEIGA, José Eli da. **Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor**. São

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

3º Seminário Internacional de Governança e Sustentabilidade
Universidade de Alicante – Espanha
Maio 2013

Paulo: Editora SENAC, 2012.

A PROTEÇÃO LEGAL DOS DIREITOS INFANTO-JUVENIS NAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E NA CRFB/1988

Newton Cesar Pilau¹

Patricia Elias Vieira²

INTRODUÇÃO

Com o avanço dos direitos humanos na história contemporânea, a sociedade internacional passou a necessitar de órgãos que contemplem novas demandas e possibilidades, destacando que o tema criança e adolescente merece reflexão e estudo no que concerne a possibilidade de efetividade dos direitos humanos. A Organização das Nações Unidas contempla em sua exegese, características normativas que a assentam como ferramenta indispensável ao operador do direito para a construção de normas internacionais que contemplem as cartas de direitos infanto-juvenis.

No contexto histórico, necessário se faz justificar o presente com os textos constitucionais brasileiros do passado, fazendo uma retrospectiva, indentificando os avanços concernentes aos direitos da criança e do adolescente.

Necessário também se faz compreender a criança e adolescente como sujeito de direitos em sua integralidade e com caráter universal, possibilitando assim cobrar da família, sociedade e Estado as prerrogativas decorrentes da doutrina da proteção integral que por si só, deve nortear a todos para a busca de

¹ Doutorando em Direito (UNIVALI). Mestre em Direito (UNISC), Especialista em Direito Político. Professor do Curso de Direito da Univali. Email: newton@univali.br

² Doutoranda em Direito (UNIVALI). Mestre em Direito (UNIVALI). Email: patelias@terra.com.br

efetividade e tutela por seus legítimos e legais direitos advindos, quer do cenário internacional, quer da CRFB/1988.

1. A ONU NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Desde a época da declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, editada em 1789, advinda da revolução francesa, iniciou-se o processo de consolidação aos direitos humanos e a criação de órgãos defensivos com intuito de assegurar direitos originariamente advindos da proteção ao direito do homem, direitos inerentes a todo ser humano, como o direito à vida, liberdade, dignidade.

Assinala Tavares³ que a internacionalização dos direitos do Homem teve início na segunda metade do século XIX, tendo-se manifestado no campo do Direito Humanitário, na luta contra a escravidão e na regulação dos direitos do trabalhador assalariado.

Internacionalmente começaram a ser fundadas organizações de proteção aos direitos humanos, a Convenção de Genebra de 1864, foi o primeiro passo para que no ano de 1880, fosse fundada a Comissão Internacional da Cruz Vermelha⁴.

Após as duas guerras mundiais aflorou-se o espírito liberto de paz entre as nações, com objetivo de realizar a integração das nações na propagação da paz e pela coibição de inúmeros abusos, e horrores que a guerra proporcionará a humanidade, no intento de salvaguardar os direitos humanitários organizou-se primeiramente a SDN, Sociedade das Nações e depois o surgimento da ONU.

³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 370.

⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 370.

A criação das Organizações das Nações Unidas foi um dos organismos internacionais fortalecedor na efetivação dos direitos humanos entre as nações, internacionalmente conhecida, marco na difusão dos direitos humanos, a Carta da ONU, entrou em vigor em 24.10.1945, propagando e ampliando a aplicação e o respeito aos direitos oriundos dos Direitos do Homem.

Com os objetivos claramente lançados em sua carta constitutiva, a Organização das Nações Unidas tem o compromisso de manter a paz, defender os direitos humanos e as liberdades fundamentais, e promover o desenvolvimento dos Estados.

Seus 191 componentes são divididos entre membros originários que são os 51 Estados fundadores e membros admitidos, aqueles que ingressaram posteriormente à sua constituição⁵.

Em sua organização estrutural a ONU dividiu-se em diversos órgãos, entre eles os principais são: a Assembléia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela e o Secretariado, em conformidade com o art.7º da Carta da ONU⁶.

Com advento de inúmeras reuniões entre países, a ONU trouxe a discussão de efetivação aos direitos universais, tratando de forma específica cada um dos direitos basilares do ser humano, evoluiu na positivação dos direitos humanos de forma a preparar mecanismos concretos de averiguação e cumprimento perante as nações.

Nesse contexto, após estudos elaborou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU datada de 10 de dezembro de 1948, considerado primeiro texto jurídico-internacional que apresenta um rol completo de direitos

⁵ PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131.

⁶ TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito Internacional: Público, Privado e dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42.

humanos⁷.

O conteúdo normativo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, contempla enorme influência da concepção anglo-americana e francesa, a exemplo destaque aos arts. 1º ao 21, vinculado aos direitos individuais mas também acentua as garantias aos direitos sociais e culturais⁸.

Segundo Bonavides⁹:

A Declaração dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.

Contudo, salienta Tavares¹⁰:

A Declaração, como Resolução da Assembléia Geral, não possui força jurídica para obrigar, mas contaria com força moral. Deveria ser, contudo, apenas a primeira fase do desenvolvimento de uma verdadeira proteção internacional dos direitos humanos.

Assim:

A segunda fase consistiria na elaboração de um instrumento jurídico internacional que fosse efetivamente vinculante, que desenvolvesse a Declaração.

Numa terceira fase implementar-se-iam (fase de execução) os direitos por meio de mecanismos específicos. Esses mecanismos de implementação poderiam ir desde comissões específicas até a ampliação das competências do Tribunal Internacional de Justiça, passando pela criação

⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p, 373.

⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 373 e 374.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 1997, p.531.

¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 374.

de um tribunal internacional de direitos humanos específico¹¹.

Por outro lado, Bonavides¹² afirma que:

A Declaração será porém um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os Países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas naquele documento de proteção dos direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.

Não obstante, não resta dúvidas a enorme contribuição da ONU em especial os preceitos editados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, esses irradiam preceitos fundamentais para os demais diplomas jurídicos internacionais, como o direito de liberdade, saúde, a dignidade da pessoa, a educação, informação entre outros.

Além disso, cumpre referenciar que a Organização das Nações Unidas, estruturou-se de mecanismos procedimentais perante os Estados, na proteção aos direitos humanos, destaca-se os mecanismos convencional não-contencioso, mecanismos contenciosos quase-judiciais, mecanismos convencionais judiciais e mecanismos extra-convencionais, que visam proceder na coibição a violação dos Direitos Humanos¹³.

Ramos¹⁴ ensina:

A responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos através de mecanismos não

¹¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p.374.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p.531.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos Sistemas de Apuração de Violação de Direitos Humanos e Implementação das Decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.120.

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos Sistemas de Apuração de Violação de Direitos Humanos e Implementação das Decisões no Brasil**, p. 121.

contencioso é forma mais antiga dos mecanismos no ser da ONU, e por isso é que mais assemelha aos bons ofícios e a conciliação, pois há o apelo à cooperação espontânea (não coercitiva) entre os Estados.

O principal mecanismo não contencioso é o sistema de *relatórios periódicos*, pelo qual os Estados obrigam-se a enviar informes, nos quais devem constar as ações que realizavam para obtenção do respeito e garantia dos direitos humanos.

Segue-se, os mecanismos convencionais quase-judiciais:

Os mecanismos quase-judiciais são verdadeiramente mecanismos de responsabilidade internacional do Estado instituídos por convenções internacionais, que agem *ex post facto*, com a constatação de violação de direitos humanos protegidos e que acarretam a condenação do Estado na reparação dos danos produzidos¹⁵.

Os mecanismos convencionais judiciais, nesse contexto internacional é exercido por um órgão judicial da ONU, a Corte Internacional de Justiça, reconhecida a sua competência para os litígios que as partes lhe submetem, em especial a matéria constante da Carta das Nações Unidas e nos tratados e convenções internacionais vigentes, e entre outros mecanismos elenca-se também os extra convencionais de responsabilidade¹⁶.

A ONU não somente se coloca como fonte de positivação no reconhecimento dos direitos humanos, mas também vem lançando vários projetos, no incansável histórico de cartas, convenções e pactos que cooperam para o desenvolvimento das nações, atualmente a exemplo, cita-se o Pacto Global:

A iniciativa inédita, que reúne 42 corporações e bancos multinacionais, algumas federações trabalhistas e diversos

¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**: Análise dos Sistemas de Apuração de Violação de Direitos Humanos e Implementação das Decisões no Brasil, p.130.

¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**: Análise dos Sistemas de Apuração de Violação de Direitos Humanos e Implementação das Decisões no Brasil, p.137.

grupos da sociedade civil, têm o objetivo de lançar um movimento conjunto de valores universais. Dar suporte e garantir respeito à proteção dos direitos humanos, eliminarem todas as formas de trabalho forçado e de discriminação no momento da contratação de empregados, abolir o trabalho infantil, encorajar o desenvolvimento e difusão de tecnologias voltadas para a proteção do meio ambiente são alguns dos valores universais propostos¹⁷.

Atuando como forte mecanismo de proteção aos direitos humanos, a ONU, propaga entre as nações a efetivação dos direitos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, inovando-se desde sua criação com Convenções Internacionais, que sugerem um prospecto de atuação dos direitos humanos em cada Estado que a compõe, a exemplo do Brasil com a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança em 1989, que serviu de alicerce para criação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. OS DIREITOS INFANTO-JUVENIS E SUAS CARTAS DE DIREITOS ADVINDAS DA ONU

A propósito os direitos infanto-juvenis, passaram por período de maturação na idéia de consagrar proteção específica, seguida da Declaração de Genebra de 1924, a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, chegando a Declaração dos Direitos Universais da Criança, em 1959, entre outras tantas, na tentativa de assegurar direitos básicos, e ordenar organismos internacionais na defesa da população infanto-juvenil¹⁸.

Mas foi com o advento da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em novembro de 1989, aprovado por unanimidade em Assembleia das Nações Unidas, que o documento jurídico internacional, veio solidificar direitos e

¹⁷ REIS, Henrique Marcello dos. **Resumo Jurídico de Direito Internacional**, volume 20, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.39.

¹⁸ PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional Público**, p.25.

ampliar sua proteção e aplicação aos direitos infanto-juvenis nos Estados que a ratificaram.

Fruto do trabalho de dez anos, entre diversos países, buscando promover os direitos humanos comuns a todas as crianças, estabelece normas legais internacionalmente aplicáveis, considerando o ambiente sócio-cultural dos diferentes povos existentes.

A Convenção Internacional surge em meio ao descumprimento de diversas situações que viola os direitos reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, abusos somados a situações desumanas, como o crescente emprego da mão-de-obra de crianças, indiscriminadamente sem que houvesse alguma proteção, a mortalidade infantil constatada pela carência nutricional na maioria das vezes, as crianças abandonadas que marginalizadas, vivem do roubo e da prostituição, os maus-tratos as crianças, a exploração sexual do infanto-juvenil, e ainda sua utilização na produção e no tráfico de entorpecentes, entre outros demais aspectos que tornaram-se de prioridade sua abordagem na Convenção de 1989¹⁹.

O documento jurídico internacional serviu de base para outros países, na criação de leis próprias na proteção aos direitos de uma vida digna as crianças e adolescentes.

A respeito da importância deste documento internacional, destaca²⁰ se que,

Ao contrário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, que sugere princípios de natureza moral, sem nenhuma obrigação, representando basicamente sugestões de que os Estados poderiam se servir ou não, a Convenção tem natureza coercitiva e exige de cada Estado Parte que a subscreve e ratifica um determinado

¹⁹ BURGOA, José A Paja. **La Convención de los Derechos Del Niño**. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p.59 e 60.

²⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999, p 97 e 98.

posicionamento. Como um conjunto de deveres e obrigações aos que ela formalmente aderiram, a Convenção tem força de lei internacional e, assim, cada Estado não poderá violar seus preceitos, como também deverá tomar as medidas positivas para promovê-los. Há que se colocar, ainda, que tal documento possui mecanismos que possibilitam a verificação no que tange ao cumprimento de suas disposições e obrigações, sobre cada Estado que a subscreve e a ratifica.

Para a aplicação e efetividade a Convenção Internacional de 1989, dependeria da manifestação favorável dos Estados internacionais, de ordem contrária, todos os direitos mensurados nesta não surtiriam efeitos de forma ampla e abrangente a população infante-juvenil, mas surpreendentemente um número significativo ratificaram, obrigando-se ao seu cumprimento²¹.

Pereira²², com propriedade enfatiza:

A convenção consagra a “Doutrina da Proteção Integral”, ou seja, que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado.

Em resumo, ilustra ainda sobre a Convenção:

Recomenda que a infância deverá ser considerada prioridade imediata e absoluta, necessitando de consideração especial, devendo sua proteção sobrepor-se às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os seus direitos fundamentais.

Reafirma, também, conforme o princípio do interesse maior da criança, que é dever dos pais e responsáveis garantir às crianças proteção e cuidados especiais e na

²¹ BURGOA, José A Paja. **La Convención de los Derechos Del Niño**. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p.61.

²² PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma Proposta Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 25 e 26.

falta destes é obrigação do Estado assegurar que instituições e serviços de atendimento o façam.

Reconhece a família como grupo social primário e ambiente natural para crescimento e bem-estar de seus membros, especificamente das crianças, ressaltando o direito de receber a proteção e a assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade²³.

Neste contexto, em referência a Convenção, extraísse deste documento internacional, em linhas gerais a preocupação em fazer com que os países que ratificassem, criassem mecanismos internos e eficazes na proteção a criança contra toda e qualquer forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou crenças de seus pais, representantes legais e familiares²⁴, assim como assegurar o direito ao nome, à identidade, à nacionalidade²⁵, assegurar o direito a convivência com seus pais, ao menos que torne incompatível com os interesses da criança²⁶, os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a criança, levando em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança²⁷, e a adoção de todas medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela²⁸, garantias a uma vida digna bem como a inclusão na comunidade da criança portadora de deficiência física e

²³ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma Proposta Interdisciplinar, p.26

²⁴ Conforme Artigo 2º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, item 2.

²⁵ Artigo 8º da Convenção Internacional dos Direitos.

²⁶ Artigo 9º da Convenção Internacional dos Direitos.

²⁷ Artigo 12 da Convenção Internacional dos Direitos.

²⁸ Artigo 19 da Convenção Internacional dos Direitos.

mental²⁹, enfim os 54 artigos da Convenção vieram prestar maior eficácia aos Direitos da Criança já consagrados outrora por outros diplomas legais.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, vislumbra uma harmoniosa apresentação de documento jurídico internacional que serve de suporte primordial dos direitos das crianças e adolescentes, em uma ordem geral é marco nas relações defensivas de proteção, entretanto, a batalha na efetivação do conteúdo exprimido na Convenção é constante e incansável, pois não basta que haja um esplêndido e complexo texto jurídico a respeito de garantias fundamentais aos direitos da população infanto-juvenil, sem a conscientização humanística da sociedade em concentrar esforços no preparo digno com saúde, educação, cultura aos futuros cidadãos, pois conforme o tratamento despendido a esse população de crianças e adolescentes, se refletirá o desenvolvimento da nação.

3. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS INFANTO-JUVENIS POSITIVADAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

As constituições brasileiras de 1824 e de 1891, não vislumbram preocupação a proteção da criança e adolescente, lembrando-se que a problemática quanto a questão até então era apenas tratada com alguns poucos diplomas legais cuidando do abandono e a criminalidade na população infanto-juvenil³⁰.

Vale observar que:

O Estado brasileiro, de forma ainda bastante embrionária, começou a se preocupar com a criança, após sua independência política quando, na Constituição de 1823, José Bonifácio apresentou um projeto que visava o menor

²⁹ artigo 23 da Convenção Internacional dos Direitos.

³⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999, p. 42.

escravo. A linguagem desse projeto revelava mais uma preocupação com a manutenção da mão-de-obra, do que uma real consideração com os direitos humanos da criança escrava: “A escrava, durante a prenhez e passado o terceiro mês, não será ocupada em casa, depois do parto terá um mês de convalescência e, passado este, durante o ano, não trabalhará longe da cria”.No entanto, todo esse trabalho foi abruptamente desconsiderado por D.Pedro I ao outorgar a nossa primeira Carta Política de 1824³¹.

O crescimento da população e a emigração, trouxe inúmeros aspectos preocupantes quanto ao grande número de órfãos e o crescimento da criminalidade na população infanto-juvenil, e também com a Revolução Industrial do século XIX, surge a mão-de-obra infantil nas fábricas, sem que houvesse proteção aos riscos advindos de atividades laborais incompatíveis com o desenvolvimento físico e mental da criança e do adolescente³².

Com intenção de estabelecer normas que fosse capaz de amparar e proteger a população infanto-juvenil, alguns projetos de lei foram elaborados e apresentados, sendo que no ano de 1927 foi aprovado o Código de Menores, chamado de Código Mello Mattos, nome do autor do código e que foi o primeiro Juiz de menores do Rio de Janeiro, do Brasil e da América Latina.

Esse diploma legal destinava-se, especificamente, às crianças de 0 a 18 anos, em estado de abandono, quando não possuíssem moradia certa, tivessem pais falecidos, fossem ignorados ou desaparecidos, tivessem sido declarados incapazes, estivessem presos há mais de dois anos, fossem qualificados como vagabundos, mendigos, de maus costumes, exercessem trabalhos proibidos, fossem prostitutas ou economicamente incapazes de suprir as necessidades de sua prole³³.

Contudo, somente a partir dos anos 30, a temática proteção a população

³¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**, 1999, p. 11.

³² VERONESE, Josiane Rose Petry. **Violência doméstica**; Quando a vitima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar. Florianópolis:OAB /SC Editora, 2006, p. 41 e 42.

³³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Violência doméstica**; Quando a vitima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar, p.45.

infanto-juvenil, começa a dar ênfase as discussões e propagação de tutela de direitos.

A primeira constituição brasileira, que de forma direta introduziu aspectos relacionados a proteção da criança e adolescente foi a de 1934, que estabeleceu a proibição de trabalhos a menores de 14 anos, do trabalho noturno a menores de 16 anos e em indústrias insalubres e menores de 18 anos, artigo 121, §1º. Na mesma carta previa ainda, em seu art.121, §3º, sobre serviços de amparos à maternidade e à infância e sobre os referentes ao lar e ao trabalho feminino³⁴.

Já a Constituição de 1937, tratou de dimensionar as garantias jurídicas da infância e do adolescente incorporando na norma, os aspectos sociais relacionados a questão, conferindo ao Estado a tutela de assegurar garantias legais as condições físicas e morais de vida, conforme artigo 127³⁵.

Veja-se, assim, alguns direitos destacados na Constituição de 1937, acerca dos direitos da criança e adolescente:

O abandono à criança importava em falta grave dos pais; neste caso, caberia ao Estado provê-las. Os pais miseráveis teriam o direito de pedir um auxílio ao Estado para subsistência e educação dos filhos – art.127.

Designava como dever da Nação, Estados e Municípios, a criação de instituições de ensino público para os que não tivessem condições de estudar nas escolas particulares – art.129.

Às indústrias e aos sindicatos econômicos caberia a criação de escolas de aprendizes para os filhos de seus

³⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Violência doméstica**; Quando a vitima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar, p.45.

³⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Violência doméstica**; Quando a vitima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar, p.49.

operários e associados; quanto ao Estado, caberia a tarefa de auxiliá-las e fiscalizá-las – art.129.³⁶

A constituição brasileira de 1946, não trouxe alterações, seguindo os preceitos da Constituição anterior, com a obrigatoriedade a assistência à maternidade, infância e adolescência.

Na evolução nas constituições brasileiros, destaca-se a Carta Constitucional de 1967, com a sua Emenda Constitucional nº1, de 1969, que tratou de delimitar a idade mínima de 12 anos a inicialização de trabalho a população infanto-juvenil, e ainda institucionalizou o ensino obrigatório e gratuito em estabelecimentos oficiais para as crianças de 7 a 14 anos de idade³⁷.

[...] além de prescrever sobre a assistência à maternidade e à infância – art.167, § 4º; sobre a obrigatoriedade das empresas comerciais, industriais e agrícolas manterem ensino primário gratuito aos empregados e seus filhos – art.170 e sobre o fornecimento, por parte das empresas industriais e comerciais da aprendizagem, em cooperação, aos trabalhadores menores – art.170, parágrafo único; determinou ainda duas grandes mudanças, uma negativa e outra positiva, quais sejam, a proibição ao trabalho de 14 para 12 anos –art.158, X, e instituiu o ensino obrigatório e gratuito nos estabelecimentos oficiais para crianças de 7 a 14 anos de idade.³⁸

Com a Emenda Constitucional nº1, de 1969, ainda tratou de acrescentar quanto ao acesso à educação das crianças excepcionais, devendo ser regulamentada em lei especial³⁹.

Até então, as Constituições brasileiras, conseguiram introduzir quanto aos direitos da população infanto-juvenil, a garantia ao ensino gratuito nos estabelecimentos oficiais as crianças de 7 a 14 anos, e cuidou quanto a

³⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**, p.42 e 43.

³⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**, p.43

³⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**, p. 43.

³⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**, p.43 e 44.

proteção ao trabalho infantil, estabelecendo limites na idade, e nas condições em que se incluía tal trabalho, fixando a idade de 14 anos ao trabalho infantil nas Constituições de 1934 e 1937, apenas modificada na pela Carta Constitucional de 1967, que passou a fixar 12 anos para trabalho infantil.

Marco na consagração dos direitos sociais, a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe a abordagem em seu art.6º, os denominados direitos à educação, saúde, ao trabalho, à segurança, à previdência social, à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Com relação específica a população infanto-juvenil, no art.7º, inciso XXXIII, vem elucidar matéria quanto ao ingresso no mercado de trabalho, e assim prescrevendo a proibição do trabalho ao menor de 18 anos de idade o trabalho noturno, perigoso e insalubre, e nesta estabelecendo a proibição de trabalho ao menor de 14 anos de idade, com a ressalva do trabalho de aprendiz.

Com a Emenda nº20 de 1998, ocorreu a alteração na idade mínima para iniciação ao trabalho, passando de 14 anos para 16 anos de idade, entretanto a exceção para condição de aprendiz.

A respeito dos direitos políticos, o art.14, II, alínea “c”, facultou aos maiores de 16 e menores de 18 anos de idade, o direito ao voto.

Inspirado na discussão em âmbito mundial em que buscava a consolidação nas garantias a criança e adolescente, época em que os direitos infanto-juvenis tomados pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, enfatizou a garantia a direitos inerentes a pessoa humana, tratando entretanto de dar amparo efetivo as direitos da criança, visualizando seus aspectos sociais, culturais, assim o legislador na Carta Magna de 1988, tratou de dar destaque ao direito da criança, no capítulo VII, artigo 227⁴⁰.

⁴⁰ *caput* do Art.227 da Constituição da República Federativa do Brasil 1988, foi inspirado no esboço da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Ao estabelecer o regime de prioridade absoluta a ser cumprido pela família, pela sociedade e pelo Estado, o ditame constitucional de 5 de outubro de 1988 elevou a condição da criança de mero objeto subordinado à vontade dos adultos à condição de cidadã, assim como também elevou a condição da criança de objeto das decisões judiciais a *sujeitos de direitos*.⁴¹

Preceitua, também o art.228, da Constituição Federal como inimputáveis os menores de 18 anos, que estarão sujeitos às normas da legislação especial.

E na seqüência, o art.229, vislumbra que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Além dos dispositivos em destaque, a Constituição Federal ainda permeia outros direitos relativos à infância, corrobora o art.5º, L, que assegura condições a mulher presidiária de permanecer com seu filho durante período de amamentação, buscando a proteção inerente a criança no aspecto da saúde física e mental, pois o ato de amamentar gera um contato de extremo carinho e proteção da criança com a mãe, fortalecendo a efetividade, no aspecto psicológico e proporcionando benefícios incalculáveis na saúde da criança, devido aos nutrientes advindos do leite⁴².

Porém, toda a proteção a criança e adolescente disposta na Constituição Federal não alcançaria sua efetivação sem uma lei ordinária que viesse a regulamentar os direitos contidos na carta magna, assim no ano de 1990, surgiu o instituído Estatuto da Criança e do Adolescente, viabilizando concretizar direitos, detalhando os preceitos fundamentais outrora mencionados na norma fundamental.

⁴¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**, p. 51.

⁴² VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**, p.47.

4. A CONSTITUIÇÃO DE 1988: DEMOCRACIA E POSITIVAÇÃO DAS GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS COMO POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DEMOCRÁTICA

Durante décadas a legislação constitucional pátria vinha resistindo na efetivação das gerações de direitos humanos, devido aos governos autoritários e ditatoriais alguns direitos até incorporaram-se em textos constitucionais, no entanto eram abafados e violados.

Com a Carta Magna de 1988, as diversas dimensões dos direitos humanos que alçavam prospecções internacionais e outras já permeadas no ordenamento jurídico pátrio alcançaram espaço efetivo na lei maior do Estado Brasileiro.

As gerações de direitos, ou como explana Tavares⁴³, dimensões “é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana: as necessidades do Homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano”.

Na exposição de Bonavides⁴⁴:

A história dos direitos humanos – direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal.

Incluindo-se na primeira geração de direitos humanos, estão os direitos individuais e os políticos, preceitos definidos na CRFB/88, a exemplo do direito a liberdade, direito a voto, a segredo de correspondência diretamente ligado ordem democrática.

⁴³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p.359.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p.528.

Ainda têm-se a liberdade de ordem econômica, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de atividade econômica, a livre disposição sobre a propriedade entre outros⁴⁵.

Nesse prisma, Bonavides⁴⁶ lembra:

Se hoje esses direitos parecem já pacificados na codificação política, em verdade se moveram em cada País constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder.

Pertencem aos direitos de segunda geração, os direitos sociais, que visa equilibrar bases políticas entre sociedade e o Estado.

Bonavides⁴⁷, ilustra:

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 deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Anota Tavares⁴⁸ tratar-se, com essa nova dimensão, não de se proteger contra o Estado, mas, sobretudo, de elaborar um rol de pretensões exigíveis do

⁴⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p.359.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p.517.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p.518.

⁴⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p.360.

próprio Estado, que passa a ter de atuar para satisfazer tais direitos.

O Estado passa do isolamento e não-intervenção a uma situação diametralmente oposta. O que essa categoria de novos direitos tem em mira é, analisando-se mais detidamente, a realização do próprio princípio da igualdade. De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe das condições materiais necessárias a seu aproveitamento. Nesse sentido, e só nesse sentido, é que se afirma que tal categoria de direitos se presta como meio para propiciar o desfrute e o exercício pleno de todos os direitos e liberdades. Respeitados os direitos sociais, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares⁴⁹.

Entre os direitos sociais que contempla a Constituição Federal, se pode exemplificar, o direito ao trabalho, ao salário mínimo, a educação, saúde, à proteção a maternidade e à infância, etc.

Partindo para a terceira dimensão de direitos, temos os chamados direitos coletivos ou difusos, definidos na Constituição de 1988, como o direito do consumidor, direito ambiental.

Atualmente temos frequentemente falado dos direitos humanos de quarta e até de quinta geração, no primeiro vislumbra-se o direito à democracia, ao pluralismo, à informação, Bonavides⁵⁰ explica:

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p.360.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p.525.

igual como direitos paralelos e coadjuutores da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.

Alguns autores citam os direitos de quinta geração, direitos advindos da frenética evolução científica, os direitos correspondentes aos efeitos da pesquisa biológica, as manipulações genéticas.

A positivação das gerações de direitos humanos nas constituições pondera ao Estado a liberdade política em que avança a sociedade, nesse diapasão Tavares⁵¹, comenta:

A idéia de um catálogo de direitos fundamentais tem laços com a ideologia do Estado de Direito liberal. Neste importava, acima de tudo, garantir a máxima liberdade perante o Estado. Para tanto, exigia-se deste a máxima abstenção no que diz respeito à esfera de atuação dos particulares em geral. Para alcançar esse desfecho, a própria separação dos poderes contribui de maneira excepcional, na medida em que se traduz como princípio de limitação do poder político.

Desta forma, segundo Tavares⁵², é razoável afirmar, portanto, que os direitos humanos apresentam forte aspecto político.

No Brasil, dentre todas as constituições que vigoraram, a Constituição brasileira de 1988 é a que proporciona a inclusão dos direitos humanos em maior grau de abrangência, seu conteúdo reúne direitos fundamentais introduzidos pelos direitos humanos e suas gerações de direitos, que sustentam-se pelo regime democrático a que se vinculam, aliás afirma-se que a positivação dos direitos humanos pelo Estado exerce uma relação diretamente política, funcionando como termômetro para a legitimidade do poder político.

⁵¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p.366.

⁵² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p.366.

5. A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NA CRFB/88

Decorrente de um processo de maturação, os direitos da criança e do adolescente com a promulgação da Carta Magna de 1988 tomou contornos até então não abordados, com significativo avanço no ordenamento jurídico brasileiro, firmando uma postura de proteção integral aos direitos da população infanto-juvenil, a norma jurídica trata de reforçar a responsabilidade da sociedade em propiciar o seu pleno desenvolvimento, visualizando o futuro de cidadãos que devem crescer sobre o manto de proteção, pois anterior a esse período viviam a margem de aspectos isolados, com tratamento desigual.

A doutrina jurídica adotada na contemplação de direitos a criança e adolescente até a década de 80, correspondia a chamada doutrina jurídica do Menor em Situação Irregular, voltada a situação irregular era caracteriza por situações de abandono moral e material da família com o menor, como era conceitualmente chamado parte da população infanto-juvenil da época quando enquadrados no Código de Menores, Lei n. 6. 697/79 (PEREIRA, 1996, p.20).

A doutrina pátria baliza a Constituição Federal de 1988, como o inicio da chamada doutrina de proteção integral, amparada por diplomas esparsos pátrios que restringia os direitos da população infanto-juvenil, crê se que grande parte dos direitos consagrados pela Carta Magna de 1988, tomou parâmetros advindos dos direitos já discutidos internacionalmente, a exemplo da Declaração universal dos Direitos da criança, de 1959 e da Convenção Internacional sobre os direitos da criança , aprovado após anos de estudos pela Assembléia Geral da Nações Unidas, no ano de 1989 e ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 99710, de 22/11/90 (PEREIRA, 1996, p.22-23).

A respeito Veronese⁵³ elucida:

Diz-se integral, em primeiro lugar, porque a atual Carta Magna da nação brasileira, em seu art.227, estabelece e garante os direitos fundamentais pertencentes à infância e à juventude brasileiras, sem qualquer tipo de discriminação, e, em segundo lugar, porque se contrapõe à teoria do direito tutelar do menor, adotado pelo Código de Menores, o qual dispunha uma marcante diferenciação entre o universo das crianças e adolescentes, no sentido de se endereçar, prioritariamente, àqueles que se encontravam em situação irregular e que, portanto, eram objeto de medidas judiciais.

A Constituição de 1988, além de enumerar em seu art.5º, de forma ampla garantias individuais a todos cidadãos sem discriminação, passa introduzir em capítulo específico os direitos fundamentais direcionados a população infanto-juvenil.

O constituinte tratou em especial no artigo 227 da CRFB/88, abranger de forma ampla garantias fundamentais ao desenvolvimento das crianças e adolescentes na sociedade, consagrando a Doutrina da Proteção Integral, artigo este reconhecido na comunidade internacional como a síntese da Convenção da ONU de 1989, veja-se o disposto:

Art.227. É dever da família, da sociedade, e do Estado assegurar à criança, e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Explicita-se, portanto que criança e o adolescente deixam de ser considerados estritamente pelo enfoque de sua incapacidade, para se tornarem sujeitos de direito, com capacidade de exercer seus direitos fundamentais e os deveres

⁵³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses Difusos e Direito da Criança e do Adolescente**, p.92.

que deles decorrem, respeitada a sua situação especial de pessoa em desenvolvimento.

A doutrina da proteção integral que permeia a Constituição Federal de 1988, retomou princípios fundamentais dos direitos humanos, compilando preceitos de diplomas jurídicos pátrios existentes e outros oriundos de normas internacionais.

A norma jurídica brasileira a respeito das garantias fundamentais a população infanto-juvenil, propaga em seu texto constitucional proteção a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação, valorando preceitos humanísticos intrínsecos ao bom desenvolvimento social e psíquico da vida da criança e do adolescente.

Nesse escopo deve afirmar que crianças e adolescentes são sujeitos de direito na universalidade e na integralidade merecendo a atenção prioritária do Estado, da família e da sociedade de forma veemente.

Assim conceitualmente a doutrina da proteção integral, abrange proteger determinada parte da população compreendida por crianças e adolescentes, priorizando seu atendimento e acesso aos serviços públicos garantido proteção a sua integridade como pessoa possibilitando seu crescimento e desenvolvimento respeitado suas limitações, possibilitando a formulação e execução de políticas sociais e públicas, e privilegiando a destinação de recursos públicos a proteção dos infanto-juvenis⁵⁴.

A proteção integral que permeia o art. 227 da Carta Magna, ampara a população infanto-juvenil, garantindo direitos fundamentais e principalmente igualdade de tratamento as suas necessidades, independentemente de limitação social, cultural ou capacidade intelectual.

⁵⁴ PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional Público**, p. 29.

Deve-se compreender que:

[...] o bebê e a criança carecem de ser atendidos em suas necessidades básicas de alimentação, segurança, calor e proteção. Sensíveis ao ambiente em que vivem, captam e reagem quase automaticamente ao humor das pessoas que se encontram à sua volta. Pais ansiosos, indecisos, irritados ou decepcionados, a criança desde muito cedo absorve seu estado emocional e, se isto ocorre com frequência, experimentam grande insegurança⁵⁵.

Entendeu o legislador constituinte que a criança e adolescente necessita de tratamento especial, é ser humano que caminha ao desenvolvimento integral e que para tanto precisa de concretas estruturas para desenvolver-se plenamente, porque além de titulares de direitos fundamentais, como a população adulta também merece tratamento privilegiado dado a conjuntura do ser criança/adolescente.

Além do destacado art.227 da CRFB/88, que é a síntese da proteção integral dos direitos infanto-juvenis, ainda podemos fazer referência ao art.228, que expressamente dispõe como inimputáveis os menores de 18 anos, que estão sujeitos a legislação especial; já o art.229, preceitua o dever dos pais em dar assistência, criar e educar filhos menores.

Outro dispositivo constitucional que beneficia à infância, a exemplo, temos o art.5º, L, que assegura condições para que a mulher presidiária permaneça com seu filho durante período de amamentação, também o art.7º, XXXIII, que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18(dezoito) anos e de qualquer trabalho a menores de 16(dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos, entre outros tanto que amparam a criança e adolescente indiretamente.

Nesta esteira seguiu o Estatuto da Criança e adolescente, com o fim de esmiuçar aspectos do texto constitucional, veio trazer clareza e efetividade a

⁵⁵ PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional Público**, p.48.

doutrina da proteção integral.

Em resumo explana Pereira⁵⁶:

A Constituição de 88 e o Estatuto revelam três elementos fundamentais que dão novo direcionamento à proteção da infanto-adolescência.

Como “sujeitos de direitos”, ou seja, titulares de Direitos Fundamentais, crianças e adolescentes deixam de ser tratados como objetos passivos, passando a ser, como os adultos, titulares de Direitos Fundamentais.

Como se verifica, a Constituição Federal de 1988, priorizou garantias basilares ao bem estar social, a integridade física e psíquica das crianças e adolescentes, explicitando Estado e sociedade devem compartilhar juntos a defesa e garantia desses direitos, no entanto a necessidade de efetivar tais direitos especificando e pormenorizando a sua aplicação que surge o Estatuto da Criança e Adolescente, que veio regulamentar os preceitos constitucionais, dando eficácia a norma jurídica constitucional, dando seqüência a doutrina da proteção integral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por derradeiro deve-se afirmar que as organizações internacionais exercem importante papel na defesa dos direitos infanto-juvenis, propiciando identificar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos na seara internacional, fazendo com que a Organização das Nações Unidas seja o referencial na construção democráticas que valora e respeita estes direitos.

Desta forma, os textos normativos da esfera internacional possuem o condão de tornar jurídicas as declarações textuadas, buscando com que os Estados

⁵⁶ PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional Público**, p.28.

compreendam a necessidade de um ordenamento jurídico internacional para a proteção integral da criança e do adolescente. O caminho da norma jurídica reconhecida no cenário internacional por meio de declarações e convenções consolida este papel, tornando ainda, como premissa básica de defesa de direitos a declaração dos direitos da criança de 1989.

No contexto de identificação da criança e do adolescente como sujeito de direito as Constituições brasileiras se revelam importantes, podendo se afirmar que a CRFB/1988 impõe uma gama de direitos infanto-juvenis que devem estar na seara de concretude do Estado Constitucional brasileiro contemporâneo que se impõe. Assim, a partir do momento em que se têm capítulo próprio dedicado a criança e ao adolescente, acrescida dos direitos fundamentais constitucionais pode-se afirmar que a busca de juridicidade e efetivação destes passa a ser a tarefa primordial do Estado.

E nesta seara pode-se visualizar a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente definida de forma clara no texto da CRFB/1988 que nos impõe o pensar voltado não mais a simplesmente reconhece-los como sujeito de direito, mas de exigir do Estado uma atuação digna que somente poderá ser considerada, se efetivos tornar os direitos infanto-juvenis. Não se pode pensar em democracia sem a efetivação dos direitos infanto-juvenis. Não se pode pensar em Estado Constitucional sem os poderes reconhecerem a prioridade no trato da questão, e não se pode pensar em futuro, sem respeito a obrigatoriedade jurídica de respeitadas crianças e adolescente pelo caminho da efetividade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 1997.

BURGOA, José A Paja. **La Convención de los Derechos Del Niño**. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma Proposta Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2006.

REIS, Henrique Marcello dos. **Resumo Jurídico de Direito Internacional**, volume 20, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**: Análise dos Sistemas de Apuração de Violação de Direitos Humanos e Implementação das Decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito Internacional**: Público, Privado e dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses Difusos e Direito da Criança e do Adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Violência doméstica**; Quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar. Florianópolis: OAB /SC Editora, 2006.

AS DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE EM FACE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Morgana Assi¹

Eduardo Erivelton Campos²

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar as dimensões da sustentabilidade em face do princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, haja vista a problemática em relação à preservação do meio ambiente e a vida digna dos cidadãos. Assim mostra-se a real importância da sustentabilidade como forma de ter-se a justiça social amparada pelas dimensões da sustentabilidade. A divisão do trabalho se deu na forma de evolução do tema alicerçado no método indutivo e utilizando como recurso a pesquisa bibliográfica. Assim, constata-se que a Sustentabilidade é de natureza multidimensional objetivando o desenvolvimento com bem estar de todas as gerações, quer no presente, quer no futuro, assim, a atual geração pode e deve ser privilegiada, porém, sem causar prejuízos às futuras gerações. O aumento da produção de bens e serviços para o atendimento das necessidades da sociedade vem ultrapassando os limites imaginados pelo homem, haja vista que o processo econômico liberal e a globalização têm influenciado diretamente o volume da produção dos bens que têm suas matérias primas extraídas da natureza sem que haja uma racional utilização do

¹ Mestranda em Ciência Jurídica – CMCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: morganaassi@gmail.com

² Aluno do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – CMCJ da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI e Professor do Curso de Direito da UNIVALI. E-mail: ducampos08@gmail.com

recursos naturais utilizados nesta produção e o consumo tem-se mostrado acima das reais necessidades da sociedade. Desta forma se faz necessária a preocupação pela forma com que tais recursos estão sendo explorados e que estão afetando ao meio ambiente e a qualidade de vida dos seres vivos.

1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Objetivando a manutenção da dignidade de pessoa humana e a preservação dos seres vivos com qualidade, o meio ambiente necessita ser tutelado pelo Estado e pela sociedade, pois é dever de todos a preservação do mesmo para uma vida digna e sadia.

Jorge Miranda³, prelecionando afirma que: “por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material”.

O Direito Fundamental elencado na Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972 em seu Princípio 1, exorta em seu texto: “Princípio 1. O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”.

José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala assinalam a importância do Princípio 1 apresentado na ordem jurídica internacional, ensinando que:

³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 3.ed., 2000. p.7.

Este princípio significou, do ponto de vista internacional, um reconhecimento do direito do ser humano a um bem jurídico fundamental, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a qualidade de vida. Além disto, firmou um comprometimento de todos a preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as gerações presentes e futuras.⁴

Todos os níveis de proteção social devem ser mantidos, haja vista que interferem diretamente na preservação de um ambiente mais saudável e seguro.

Em conformidade com os preceitos de Patryck de Araújo Ayala⁵:

[...] procura-se sustentar que, se de um lado ao Estado e aos particulares restam vedadas as iniciativas que possam resultar em estados de deslealdade com o compromisso assinalado, de outro lado, tem-se a afirmação... de um dever de proteção ativa que requer da função legislativa, administrativa e judicial, a intervenção positiva no sentido de assegurar que os instrumentos propostos e os procedimentos existentes sejam aqueles que permitam, neste caso, contribuir para a mitigação e a adaptação aos efeitos das mudanças climáticas globais.

Havendo uma normatização de proteção ao meio ambiente tem-se uma expectativa com políticas públicas que protejam dos espaços naturais e que o Estado tenha comprometimento maior de seus deveres de proteção ao Meio Ambiente, através de uma legislação forte, eficiente e eficaz que possa alcançar a todos os níveis sociais.

Em complementação ao explicitado e para a consecução da normatização em relação às políticas públicas ambientais e que se tenha o resultado almejado, devem surgir propostas de iniciativas legais e populares que inibam ou

⁴ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.86.

⁵ AYALA, Patrick de Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na constituição brasileira. *In*: **O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Brasília: Senado federal, 2012. p. 210

proíbam o processo de retrocesso, ou seja, a regressão da legislação já aprovada. As garantias já obtidas devem ser mantidas com a criação de formas de proteção através das normas legais vigentes ou anteriores, de modo que o legislador não possa dispor livremente sobre os direitos fundamentais já estabelecidos em lei.

A Legislação protetora que preserva o ambiente sadio e sustentável, não deve regredir priorizando o interesse individual sobre o interesse coletivo.

Portanto, deve-se exigir que cada vez mais a garantia da sujeição às leis estabelecidas para todos os níveis da sociedade, independente de interesses particulares existentes, pois se trata de uma garantia de revisão e de retorno na concretização de um mínimo, cujo conteúdo está materialmente associado à dignidade humana.

Nas palavras de Tiago Fensterseifer:

É importante cotejar um necessário equilíbrio entre as perspectivas subjetiva e objetiva, a fim de que a “soberania” do indivíduo não seja absoluta e blindada contra a ingerência dos direitos (também) fundamentais dos demais integrantes do corpo social...⁶

Assim como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁷ prevê em seu art. 225:

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 a presente e futuras gerações”.

De forma inexorável cumpre o dever de se manter a garantia através de nosso

⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Meio Ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 176

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em www.planalto.gov.br . Acesso em 03 jun. 2013.

ordenamento jurídico uma preservação ao meio ambiente que possa manter a qualidade de vida prevista constitucionalmente e se necessário for à recorrência ao Ministério Público e Poder Judiciário.

Incluso o direito ambiental como categoria de direito fundamental, a legislação poderá atingir de forma mais clara e contundente a preservação da vida digna em sociedade com um ambiente sadio e equilibrado.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais estão elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que trouxe em seu bojo a dignidade da pessoa humana.

O direito fundamental pode ser garantido pelo preceito constitucional inserto nos direitos da personalidade, conforme ensina JJ. Gomes Canotilho⁸:

A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais estabelece uma posição jurídica de autodeterminação e liberdade do indivíduo para se opor e se defender em face de qualquer violação ao âmbito de proteção de seus direitos fundamentais, tornando-os efetivos através da manifestação autônoma e livre de sua vontade individual.

No entendimento de Tiago Fensterseifer⁹ assim evidencia-se que o direito fundamental se consolida com a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porém, deve ser exercido por todo cidadão, não somente na sociedade, mas, também, no caso de descumprimento de uma obrigação que deve ser prestada pelo Estado.

⁸ CANOTILHO, JJ. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora 2004. p.449.

⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Meio Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito**. p. 175.

Conforme esclarece Norberto Bobbio:

[...] os direitos do homem por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesas de novas liberdades sobre velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas, [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas.¹⁰

Os direitos fundamentais são assim considerados porque não requerem pressupostos para que sejam reconhecidos ou mantidos, são direitos inerentes ao adequado modo de vida do homem, para sua sobrevivência e subsistência digna.

Da mesma forma caracteriza Norberto Bobbio¹¹ que “nenhum direito fundamental é absoluto [...], é uma contradição em termos. Mesmo os direitos fundamentais sendo básicos não são absolutos na medida em que podem ser relativizados”.

No entendimento de Norberto Bobbio, tal contradição pode-se dar porque tais direitos podem gerar conflito entre si e, nesse caso, somente se pode situar qual será mais relevante quando o caso concreto for analisado e o direito fundamento puder então, ser aplicado como prioritário. Além do mais, a ilicitude, como em todo direito, é inadmissível na aplicação de um ou mais direitos fundamentais.

Buscando descrever a forma como os direitos fundamentais possuem requisitos e como tais requisitos são fundamentais para estabelecer se determinado direito se pode ser considerado como fundamental ou não, o autor Cavalcante Filho¹² nos apresenta algumas características essenciais ao direito

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 17. Campus. 1992.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 1992. p. 21.

¹² CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível

fundamental:

- Imprescritibilidade: os direitos fundamentais são imprescritíveis, não se perdem pela falta do uso, não há sua prescrição, tais direitos não podem ser perdidos pela passagem do tempo.

- Inalienabilidade: não podem ser transferidos ou alienados a outrem, são pessoais e possuem uma eficácia objetiva, isto é, são de interesse da própria coletividade.

- Indisponibilidade (irrenunciabilidade): geralmente, os direitos fundamentais são indisponíveis, não se pode fazer com eles, o que bem se quer, pois eles possuem eficácia subjetiva, isto é, importam não apenas ao próprio titular, interessam a toda coletividade.

Mesmo assim, a renúncia a um direito fundamental só é admitida de forma temporária, e se não afetar a dignidade humana pessoal ou de terceiros.

- Indivisibilidade: os direitos fundamentais são um conjunto, não podem ser analisados de maneira separada, isoladamente. Havendo desrespeito a um direito fundamental quer dizer que haverá desrespeito a todos. Abrir exceção em relação a um é fazê-lo em relação a todos.

Um direito é fundamental quando ele está inserto dentro dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e devidamente positivados na norma jurídica de determinado Estado e, o seu titular, pode usufruí-lo desde seu nascimento, pois a garantia da ordem jurídica prevê esta possibilidade.

Assim, os direitos não submetidos às garantias e direitos individuais previstos na Constituição, não são considerados direitos fundamentais. Zenildo Bodnar e

Paulo Márcio Cruz¹³, assim prelecionam:

Nessa escalada evolutiva dos direitos fundamentais, classificados em gerações ou dimensões, merecem especial destaque aos direitos-deveres de solidariedade. A solidariedade, prevista implícita ou explicitamente nas constituições, ganha posição jurídica destacada e constitui o valor central na construção de uma teoria dos deveres fundamentais.

O Direito Fundamental em relação à dignidade da pessoa humana está inserto no inciso III, do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, desta forma, trata-se de um princípio constitucional considerado cláusula pétrea.

3. O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O princípio da solidariedade está cada vez mais enfatizado como premissa para a construção de uma sociedade mais justa, segura, fraterna, tranquila e solidária. Assim como deve ser mútuo o auxílio, a obrigação também deve ser recíproca, pois, somente com a atuação de uma via de mão dupla, onde todos os envolvidos possam obter benefícios, mas, também ajudar para que o outro tenha os mesmos benefícios, é que poderemos caracterizar uma sociedade mais solidária e justa consigo própria.

Novamente nas palavras de Zenildo Bodnar e Paulo Márcio Cruz¹⁴:

O meio ambiente está vinculado de forma muito intensa e direta tanto com a dignidade humana como com a solidariedade. Afinal, a verdadeira justiça social e

¹³ BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 130.

¹⁴ BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. 2012. p. 130.

ambiental somente será alcançada com a concretização simultânea da dignidade humana e da solidariedade.

A procura pelo ser solidário deverá buscar uma forma de agir e pensar com o meio ambiente e sua preservação, pois sem esse critério de conservação, pode-se chegar a um ponto de destruição em que não haverá motivos para ser solidário, pois não haverá mais meios para tal atitude. O bem coletivo e o meio ambiente são os principais objetivos para manter uma sociedade com dignidade e segurança, para a qual se permitam manter direitos fundamentais já adquiridos.

4. AS DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE

A dignidade da pessoa humana como direito fundamental, garante a todos os cidadãos direitos inerentes a respeitabilidade no que tange às dimensões citadas por Juarez Freitas no tocante à **dimensão social** onde não se admite o modelo do desenvolvimento que exclua ou aniquile o cidadão; a **dimensão ética** onde se constata que todos os seres humanos e por que não dizer seres vivos têm uma ligação intersubjetiva e natural donde surge a empatia solidária, não se admitindo contraposição entre o sujeito e o objeto, ou seja, entre o sujeito e a natureza para um equilíbrio dinâmico; a **dimensão ambiental** que procura uma proteção ao meio ambiente para garantir o direito das gerações atuais, sem prejuízo das futuras gerações, ao ambiente limpo, sadio e ecologicamente equilibrado; a **dimensão econômica** que tem a incumbência de produzir bens e serviços necessários à satisfação das necessidades da sociedade, porém, esta produção deve acontecer dentro dos parâmetros da racionalidade quando da exploração dos recursos naturais de forma a não comprometer o meio ambiente com medidas nefastas; a **dimensão jurídico política** que determina ao Estado por seus poderes constituídos garanta, a cada cidadão, através de uma regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro, através da liberdade, igualdade e solidariedade e

a **dimensão tecnológica** que deve promover o desenvolvimento científico e tecnológico local, incentivando as parcerias entre órgãos do governo, empresas do setor produtivo privado, universidades, mercado e sociedade civil organizada, promovendo interrelações e a cooperação técnica científica para se investir no desenvolvimento de recursos humanos locais, bem como possibilitar a produção de bens para o atendimento das necessidades humanas, utilizando-se de forma racional a exploração dos recursos naturais, de forma de técnicas inovadoras em consonância com a preservação e evitar a degradação do meio ambiente.

5. CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE E SUAS DIMENSÕES

A sustentabilidade é um processo que se faz necessário economicamente e principalmente como Direito Fundamental do cidadão, haja vista que o inciso III, do art. 1º da Carta Magna, e com a obediência ao que prescreve o art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que é imprescindível para se comentar sobre sustentabilidade.

Ao discorrer sobre sustentabilidade, Edis Milaré¹⁵ comenta o que Neira Alva ex diretor do CEPAL assim a definiu:

[...] a sustentabilidade pode ser entendida como um conceito ecológico – isto é, como a capacidade que tem um ecossistema de atender às necessidades das populações que nele vivem – ou como um conceito político que limita o crescimento em função da dotação de recursos naturais, da tecnologia aplicada no uso desses recursos e do nível efetivo de bem estar da coletividade.”

Juarez Freitas¹⁶ ao tratar do princípio da sustentabilidade assim o define:

¹⁵ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 5ª ed. reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: RT 2007, p. 68.

¹⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte. Fórum. 2012. p.

Trata-se de um princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente incluso, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem estar.

Sustentabilidade para Gabriel Real Ferrer “é a capacidade de permanecer indefinidamente no tempo, alcançando uma capacidade de se adaptar ao que acontece ao seu entorno buscando os níveis de justiça social e econômica, necessárias à sustentação da vida humana digna”.¹⁷

Assim, obriga-se o Estado, a sociedade e as unidades de produção a criarem mecanismos protetores para que o interesse particular não se sobreponha aos interesses difusos possibilitando a preservação do ambiente com pensamento voltado à atual e futuras gerações.

O ordenamento jurídico brasileiro deve buscar alicerces para estabelecer sua base mantenedora dos direitos fundamentais e agregar o direito ambiental a esses direitos.

Michel Prieur¹⁸ alerta para a preocupação que deve existir no planeta na proteção do meio ambiente, assim como as normas legais que determinam que o Estado deve agir restritivamente quando o assunto é a preservação ao meio necessário à sobrevivência da sociedade:

Não há nenhuma convenção sobre o meio ambiente que não declare sua vontade de proteger e melhorar as

41.

¹⁷ FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho**. Texto ainda não publicado e entregue pelo próprio Prof. Dr. Gabriel Real Ferrer em aula do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em setembro de 2012. p.4.

¹⁸ PRIEUR, Michel. **O princípio da “não regressão” no coração do direito do homem e do meio ambiente**. p. 7.

condições ambientais, o que por consequência torna ilícito todo o comportamento Estatal que busca diminuir o grau de proteção.

Recomenda-se que haja constante observação com efetiva pró-ação para um ordenamento jurídico voltado à proteção do meio ambiente, que utilize efetivamente suas normas e diretrizes para que os direitos difusos sejam garantidos e possam ser aprimorados, em função da constante busca das garantias dos direitos fundamentais.

A busca incessante da proteção do meio ambiente, através da ordem jurídica, deve fornecer meios exigentes para admitir-se o gozo ao meio ambiental saudável e com exploração econômica racional dos recursos naturais extraídos da natureza, insistindo-se no princípio da Não Regressão como forma de salvaguardar o direito fundamental já instituído.

Dentro de um enfoque ambiental, a sustentabilidade é um requisito para que os ecossistemas permaneçam inalterados, possibilitando o uso dos recursos naturais, de maneira racional, somente através do preceito reposição e/ou substituição do mesmo, evitando-se assim a depredação pura, buscando a manutenção do equilíbrio ecológico.

A sociedade tem o dever de consciência e perceber a necessidade de uma adequada relação entre os recursos que a natureza oferece e produção sistêmica, para que, em consequência haja também um ideal equilíbrio entre o que se produz e o consumo necessário, sem desperdícios e o consumo deve ser ordenado para que não haja o desequilíbrio entre a oferta e a procura. Esta é a base do que é considerado sustentável, é um processo contínuo que exige rigor na administração dos recursos e no seu uso para que o objetivo comum seja atingido sem agredir o meio ambiente de forma exagerada e desnecessária.

5.1 Critério de sustentabilidade x dimensão ambiental

Este critério visa verificar a sustentabilidade sob o prisma do ambiente, pois este é um patrimônio da sociedade que necessita de regulação para a sua manutenção de forma a evitar a sua degradação. O interesse difuso deve prevalecer sobre o interesse individual, uma vez que a individualidade leva o homem a ser egoísta, injusto e interesseiro, não se preocupando com a coletividade. Deve-se estar atento ao presente, bem como ao futuro, pois a atual geração como as gerações futuras dependem para a sua sobrevivência de um meio ambiente sadio e sem a interferência nefasta do homem.

Para a proteção do meio ambiente, o Estado deve tutelá-lo com a adoção das normas jurídicas que orientam a proteção estatal para um meio ambiente digno, com igualdade e segurança. É importante que o direito ambiental seja contemplado não apenas como mais um ramo do Direito, mas, seja considerado como um direito fundamental ao homem e dos demais seres.

Não há medidas jurídicas internacionais ou transnacionais que venham a coagir determinado governo a acatar regras ou normas de proteção ambiental, tornando impossível a possibilidade de homogeneizar uma norma ou mesmo um tratado que possa garantir a preservação e a prevenção nos danos que vem sendo caudados ao meio ambiente.

Desta forma, existe a necessidade de cada governo em seu Estado de preocupar-se em legislar contra os causadores de danos ambientais. Havendo esta conscientização/preocupação interna ocorrerá o crescimento da preocupação níveis mundiais, para que outros governos venham a apoiar essa atitude que deve ser proliferada.

Há necessidade urgente de uma legislação mais rígida e coercitiva para que os danos causados ao meio ambiente não cheguem a ser perpetrados ou que de alguma forma, sejam reduzidos ou até mesmo inibidos para manutenção da vida

digna no planeta.

Patryck de Araújo Ayla¹⁹ enfatiza que

uma vez que foi atribuído ao Estado o dever de proteger o meio ambiente, através de suas funções, e assegurar o acesso em igual qualidade aos direitos fundamentais que possam decorrer desta proteção, e uma vez que o exercício dos deveres estatais de proteção e dos deveres fundamentais deve ser contextualizado em um espaço influenciado por uma nova cultura constitucional, o reconhecimento e a afirmação de um dever de solidariedade, (que constitui um dos primados da Republica), constitui o fundamento capaz de justificar a redefinição do alcance de tais deveres.

É de bom alvitre que sejam aprovadas normas legais claras, objetivas e efetivas para a sociedade e unidades de produção como um todo em nível ambiental, possibilitando que se tenha o meio ambiente digno e de qualidade para a vivência dos seres vivos e não somente em relação à pessoa humana, todavia, há a necessidade de outras garantias que são tão ou mais importantes que a preservação do meio ambiente, como direito à educação, segurança, liberdade entre outros direitos fundamentais que podem fornecer, através de um direito vinculado aos direitos do homem, um ambiente equilibrado e justo para a vida humana e dos demais seres vivos.

5.2. Critério de sustentabilidade x dimensão social

O Direito Ambiental passa a ser o Direito de Sustentabilidade a partir do momento que assume o papel de direito difuso, pois a dimensão social da sustentabilidade não admite o modelo de desenvolvimento de exclusão e iníquo. Pois de conformidade com Juarez Freitas²⁰, “de nada serve cogitar da

¹⁹ AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Fundamental ao Ambiente e a Proibição de Regresso nos níveis de Proteção Ambiental na Constituição Brasileira**. 2012. p. 207.

²⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2012. p. 58.

sobrevivência enfastiada de poucos, encarcerados no estilo oligárquico, relapso e indiferente, que nega a conexão de todos os seres vivos, a ligação de tudo, e, desse modo, a natureza imaterial do desenvolvimento.

Afirma Juarez Freitas²¹: “Na dimensão social da sustentabilidade, abrigam-se os direitos fundamentais, que requerem correspondentes programas relacionados à universalização eficiência e eficácia, sob pena de o modelo de governança (pública e privada) ser autofágico e, numa palavra, insustentável”.

Para que a dimensão social seja concretizada, o Estado deve investir na educação, inicialmente construindo escolas que venham ao encontro da dignidade de todos os estudantes, quer no ensino fundamental, quer no ensino médio e profissionalizante, bem como no ensino superior. Os projetos necessitam sair projetos e serem colocados em prática, inclusive deve haver investimento na qualificação dos professores.

Ainda de acordo com os ensinamentos de Juarez Freitas²², a sustentabilidade na sua dimensão social reclama:

a) o *incremento da equidade* intra e intergeracional;

b) *condições propícias ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas*, com educação de qualidade para o convívio; e

c) por último, mas não menos importante, o *engajamento na causa do desenvolvimento que perdura* e faz a sociedade mais apta a sobreviver, a longo prazo, com dignidade e respeito à dignidade dos demais seres vivos.

Importante salientar que a preocupação social não se prende somente aos seres humanos, mas sim, a todos os seres vivos e de forma inclusiva.

²¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2012. p. 59.

²² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2012. p. 60.

5.3. Critério de sustentabilidade x dimensão ética

A ética permite aos seres humanos a deixar como legado para as futuras gerações o dever universal de comportamento retilíneo de forma que este comportamento venha a servir de exemplo para todas as pessoas independentemente do local onde este legado seja deixado.

Juarez Freitas²³ afirma que “a dimensão ética, no sentido de que todos os seres possuem uma ligação intersubjetiva e natural, donde segue a empática solidariedade como dever universalizável de deixar o legado positivo na face da terra, com base na correta compreensão darwiniana de seleção natural, acima das limitações dos formalismos kantianos e rawlsianos”.

Com a dimensão ética, haverá um avanço do bem estar social individual e que culminará com o bem estar social coletivo, pois, assim, haverá um real direito difuso.

A percepção ética está inserida no íntimo de cada indivíduo, e no entendimento de Norberto Bobbio *apud* Juarez Freitas²⁴, “convindo que aqueles que possuem a maior autoconsciência assumam a tarefa de, sem encolher os ombros, resguardar a integridade e nobreza de caráter, de sorte a não permitir dano injusto, por ação ou omissão”.

Na lição de Dale Jamieson²⁵; “Existe de fato o dever ético indeclinável e natural de sustentabilidade ativa, que não instrumentaliza predatoriamente, mas intervém para restaurar o equilíbrio dinâmico”.

Na fala de Dale Jamieson²⁶: Uma atitude eticamente sustentável é apenas

²³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2012. p. 60.

²⁵ JAMIESON, Dale. **Ética & meio ambiente: uma introdução**. Tradução de André Luiz de Alvarenga. São Paulo: SENAC. 2010. p. 7.

²⁶ JAMIESON, Dale. **Ética & meio ambiente: uma introdução..** 2010.p. 7.

aquela que “consiste em agir de modo tal que possa ser universalizada a produção do bem estar duradouro, no íntimo e na interação com a natureza”.

Ensina Juarez Freitas²⁷ “Há nessa perspectiva, o dever ético racional de expandir liberdades e dignidades, assim como permitir que cada ser humano atue como uma espécie de cocriador dos destinos”.

Por todo o exposto em relação à ética, se pode afirmar que se todos os seres humanos agissem dentro de um comportamento ético, não haveria a necessidade de preocupação com a proteção ao meio ambiente que propicia a todos um bem estar.

A dimensão ética da sustentabilidade, de acordo com Juarez Freitas²⁸, reconhece:

- a) a ligação de todos os seres, acima do antropocentrismo estrito;
- b) o impacto retroalimentador das ações e das omissões;
- c) a exigência de universalização concreta, tópico sistemática do bem estar; e
- d) o engajamento numa causa que, sem negar a dignidade humana, proclama a admite a dignidade dos seres vivos em geral.

5.4. Critério de sustentabilidade x dimensão econômica

A dimensão econômica não pode ser vista no curto prazo, pois suas consequências requerem uma observação a longo prazo, pois, os resultados se apresentam num decurso de tempo mais longo.

²⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2012. p. 61.

²⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2012. p. 63.

De acordo com o pensamento de Juarez Freitas²⁹ “a dimensão econômica da sustentabilidade evoca aqui, a pertinente ponderação, o adequado “*trade off*” entre a eficiência e equidade, isto é, o sopesamento fundamentado, em todos os empreendimentos (públicos ou privados), do benefícios e dos custos diretos e indiretos (externabilidades)”.

A economicidade, nas palavras de Tim Jackson *apud* Juarez Freitas³⁰, assim, não pode ser separada da medição de consequências, de longo prazo. Nessa perspectiva, o consumo e a produção precisam ser reestruturados completamente, numa alteração inescapável do estilo de vida.

A natureza, nas preleções de Anthony Giddens e Edward Osborne Wilson *apud* Juarez Freitas³¹, não pode ser vista como simples capital e a regulação estatal se faz impositiva para coibir o desvio comum dos adeptos do fundamentalismo voraz de mercado, que ignoram a complexidade do mundo natural.

Com o advento da sustentabilidade a dimensão econômica tem necessidade de uma reformulação de comportamento haja vista que todos os bens necessários á satisfação das necessidades dos seres vivos, são produzidos com recursos naturais escassos ou tendentes à escassez, assim, existe a premente necessidade de consciência de preservação do meio ambiente no sentido da utilização racional e equilibrada na exploração dos recursos da natureza.

No que nos explicita Juarez Freitas³²: “Por todos os ângulos, a sustentabilidade, gera uma nova economia, com a reformulação de categorias e comportamentos, o surgimento de excepcionais oportunidades, a ultrapassagem do culto excessivo dos bens posicionais, o planejamento de longo prazo, o sistema competente de incentivos, a eficiência norteada pela

²⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2012. p. 65.

³⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2012. p. 66.

³¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2012. p. 66.

³² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2012. p. 66.

eficácia. Portanto, ignorar a relação umbilical entre a economia e sustentabilidade significa deixar de ver o princípio numa de suas dimensões vitais.”

Disciplina ainda Juarez Freitas³³: Em última análise, a visão econômica da sustentabilidade, especialmente iluminada pelos progressos recentes da economia, revela-se decisivo para que:

- a) a sustentabilidade lide adequadamente com os custos e benefícios, diretos e indiretos, assim como o “trade off” entre a eficiência e equidade intra e intergeracional;
- b) economicidade (princípio encapsulado no art. 70 da CF experimente o significado de combate ao desperdício “lato sensu”; e
- c) a regulação do mercado aconteça de sorte a permitir que a eficiência guarde real subordinação à eficácia.

Portanto, a economia não pode se sobrepor a sustentabilidade sob o perigo de comprometer o bem estar da presente e futuras gerações.

5.5. Critério de sustentabilidade x dimensão jurídico política

Nesta seara, importante frisar que a dimensão jurídico política assegura a todos os seres vivos a proteção de ter um ambiente sadio no presente e no futuro, sendo esta dimensão de responsabilidade de todos os cidadãos, pois o direito ao ambiente não se restringe somente ao ser humano. Desta forma, parafraseando Paulo Márcio Cruz³⁴, pode-se afirmar que se pode pensar globalmente, mas, a ação de cidadão deve ser localmente.

³³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2012. p. 67.

³⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade. Democracia, direito e estado no século XXI**. 2012. p. 130.

Deveras importante é a contribuição de Juarez Freitas³⁵ que assim explicita:

A dimensão jurídico política ecoa o sentido de que a sustentabilidade determina, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, a tutela jurídica do direito futuro e, assim, apresenta-se com dever constitucional de proteger a liberdade de cada cidadão (titular de cidadania ambiental ou ecológica), nesse status, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras, sempre que viável diretamente.

Alicerçado pelo pensamento de Winfred Lang *apud* Juarez Freitas³⁶, pode-se afirmar que:

É princípio vigente, que supõe, antes de mais nada, o reconhecimento de novas titularidades e a completa revisão das teorias clássicas dos direitos subjetivos: acolhe-se, mercê do novo paradigma, o direito fundamental de gerações futuras, que sequer nascituros são. Supõe, ainda, um novo limitador estatal que incorpora a proibição de toda e qualquer crueldade contra os seres vivos, e não somente aos seres humanos.

Nesse pensamento afirma-se que se deve ter a proteção de direitos fundamentais a serem observados pelos cidadãos e pelo Estado:

a) *o direito a longevidade digna*, assegurando através de políticas públicas intra e intergeracionais de bem estar físico e mental, focadas na prevenção e na precaução com prioridade á proteção dos mais frágeis e o oferecimento de tratamento e remédios gratuitos para os carentes, assim como disciplina adequada do sistema (público e privado) de saúde (por exemplo, consulta médica em tempo razoável e o enfrentamento organizado das dependências químicas de várias matizes);

³⁵ FREITAS Juarez. **Direito constitucional à democracia**. In: Juarez Freitas e Anderson V. Teixeira (Org.). **Direito à democracia: ensaios transdisciplinares**. São Paulo: Conceito. 2001. p. 19.

³⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2012. p. 72.

b) *o direito à alimentação sem excesso e carências*, isto é, balanceada e saudável, com amplo acesso à informação sobre os efeitos perniciosos, por exemplo, do excesso de gorduras, sal e açúcares (cujo consumo pode ser viciante e gerador de distúrbios mortais como a diabetes);

c) *o direito a ambiente limpo*, com vigoroso incentivo à energias renováveis, e o planejamento estatal voltado para o equilíbrio dinâmico do sistema complexo da vida, sem inercismo inconstitucional;

d) *o direito à educação de qualidade*, desde cedo, com destaque para o incentivo

e) harmonioso das inteligências e da vontade (não basta, é claro a expansão quantitativa de matrículas);

f) *o direito à democracia, preferentemente direta*, com o emprego intensificado de novas tecnologias e das redes sociais;

g) *o direito à informação livre e de conteúdo qualificado*, de maneira a garantir, sem censura, o acesso universal à internet, assim como a superação da opacidade na execução dos orçamentos públicos e a subordinação dos gastos públicos aos ditames da sustentabilidade;

h) *o direito ao acesso judicial e administrativo com desfecho tempestivo* e a melhor definição cooperativa das competências, numa postura realmente dialógica e preferencialmente conciliatória, dadas as limitações do método tradicional de comando e controle;

i) *o direito à segurança*, com emprego de persuasivas estratégias de ressocialização dos ímprobos e dos demais infratores, mas também de ações preventivas e ostensivas;

j) *o direito à renda oriunda do trabalho decente*, com estabilidade monetária incentivo à poupança e responsabilidade fiscal;

k) *o direito à boa administração pública*, com a indeclinável regulação das atividades essenciais e socialmente relevantes, à vista de que o Estado guarda comprovada relação com o bem-estar;

l) *o direito à moradia digna e segura*, com a regularização fundiária em grande escala (dado que boa parte da população vive em áreas clandestinas), remoção das pessoas das áreas de risco, fiscalização periódica que evite o inaceitável desabamento de prédios, cumprimento da multifuncionalidade (social, ambiental e econômica) das propriedades públicas e privadas (CC, art. 1228), crédito sem bolha especulativa disseminação do conceito de casa saudável e o emprego de tecnologias “verdes” para construção e reconstrução.

5.6 Critério de sustentabilidade x dimensão tecnológica

A dimensão tecnológica deve incentivar o desenvolvimento científico e tecnológico do local onde se realiza a produção, utilizando-se de tecnologias e energias limpas e apropriadas para serem utilizadas no processamento dos recursos naturais utilizados no contexto socioeconômico, cultural e ambiental local. As tecnologias apropriadas devem buscar privilegiar a não produção de mercadorias que não possam ser recicladas e reutilizadas no processo produtivo, o controle na geração, a minimização, o reuso e a reciclagem dos resíduos sólidos, de acordo com o contexto, incentivando as parcerias entre órgãos do governo, empresas do setor produtivo privado, universidades, mercado e sociedade civil organizada, promovendo interrelações e a cooperação técnica científica para se investir no desenvolvimento de recursos humanos locais, bem como possibilitar a produção de bens para o atendimento das necessidades humanas, utilizando-se de forma racional a exploração dos recursos naturais, de técnicas inovadoras em consonância com a preservação para evitar a degradação do meio ambiente.

6. AS DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE E O PRINCÍPIO DA

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Com o estudo das dimensões da sustentabilidade comprova-se que estas vão ao encontro do preceito constitucional elencado no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, haja vista que a sustentabilidade é pluridimensional e intergeracional.

A sustentabilidade tem por finalidade a inclusão social para propiciar a todos os seres humanos condições de vida digna em um ambiente socialmente sadio. Não somente com relação ao meio ambiente, mas, todas as dimensões que permitam uma sociedade justa e solidária.

O direito ao ambiente é transindividual, pois além da proteção constitucional é lastreada pelas normas legais e princípios gerais que determinam que o ambiente é obrigação, direito, e dever de todos. A proteção ao ambiente é um direito fundamental para a preservação da humanidade garantindo à atual e futuras gerações, uma vida digna.

O princípio da dignidade da pessoa humana inserto no inciso III, do art. 1º da Constituição Federal é um direito fundamental que tem como núcleo a proteção da dignidade de todas as pessoas, assim, se pode afirmar ser um direito difuso, uma vez que o interesse individual não deve se sobrepor ao direito coletivo.

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado em todas as relações inerentes ao homem, conforme demonstrado pelas dimensões da sustentabilidade.

A sustentabilidade como princípio jurídico, altera a visão global do Direito, pois impõe e incorpora a dignidade da pessoa humana, através do qual, todos devem, obrigatoriamente estar vinculados no sentido de conjugar esforços, para alcançar a desejada condição de manutenção de uma vida salutar para a presente e futuras gerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto no presente artigo, as dimensões da sustentabilidade em face ao princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental constata-se que existe um entrelaçamento entre as mesmas, as quais, devidamente observadas levarão a humanidade a ter na presente e nas futuras gerações um mundo com melhor qualidade de vida.

O princípio da dignidade da pessoa humana inserto na Carta Magna deve observar os princípios e regras constitucionais haja vista ser necessário a aplicação de tais ordenamentos por não haver hierarquia entre os princípios e regras constitucionais.

A dignidade da pessoa humana está intimamente ligada à existência humana que para ser considerada efetivamente digna, deve ser contemplada com todas as dimensões que a sustentabilidade proporciona. Está vinculada ao verdadeiro estado democrático de direito conforme anúncio do inciso III, do art. 1º da Constituição. É um valor de supremacia que inclui todos os direitos do homem a iniciar pelo direito à vida e que estende valor normativo e constitucional de uma existência digna e sadia para que se possa exercer a efetiva cidadania.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AYALA, Patryck de Araújo. **Direito fundamental ao ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na constituição brasileira.** In: O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasília: Senado federal, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **O Mínimo existencial e algumas fundamentações:** John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES,

Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade*. Itajaí: UNIVALI, 2012.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em www.planalto.gov.br . Acesso em 03 mai. 2013.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 16 jul. 2013.

CANOTILHO, JJ.Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade. Democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho**. Texto ainda não publicado e entregue pelo próprio Prof. Dr. Gabriel Real Ferrer em aula do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em setembro de 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte. Fórum. 2012.

_____. **Direito constitucional à democracia**. In: Juarez Freitas e Anderson V. Teixeira (Org.). **Direito à democracia: ensaios transdisciplinares**. São Paulo: Conceito. 2001. p. 19.

JAMIESON, Dale. **Ética & meio ambiente: uma introdução**. Tradução de

André Luiz de Alvarenga. São Paulo: SENAC. 2010.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Teoria e Prática. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Malheiros 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 3.ed., 2000.

MILARÉ. Edis. **Direito do ambiente**. 5ª ed. reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: RT 2007

MORATO LEITE, José Rubens. & AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ONU. **Declaração da conferência das nações unidas sobre o meio ambiente humano – 1972**. www.onu.org.br. Acesso em 03 mai. 2013.

PRIEUR, Michel. **Princípio da proibição de retrocesso ambiental**. In: **Comissão de meio ambiente, defesa do consumidor e fiscalização e controle**. Brasília: Senado Federal, 2012.

AS MITOLOGIAS JURÍDICAS E A NECESSIDADE DE REFUNDAÇÃO CULTURAL DO DIREITO

Rafael Padilha dos Santos¹

Rodrigo Fernandes²

INTRODUÇÃO

Atualmente, vive-se um período de transformação do modelo estatal moderno – que causa, como concebe Eros Grau³, uma dupla desestruturação do direito (enquanto direito formal e material)-, com indicativos de crise do próprio Estado, como afirma Del Vecchio⁴:

Que o Estado moderno esteja em crise, e que esta crise se manifeste mais ou menos, sob diversas formas, em todos os Países, é uma verdade tantas vezes repetida que, a bem dizer, já se converteu em lugar-comum.

A crise do Estado também afeta o direito, que deve direcionar-se para um novo panorama jurídico. A transformação para uma nova realidade – que reclama um novo direito- já se iniciou, ainda que grande parte dos juristas, da doutrina e do ensino das faculdades de direito permaneçam vinculadas ao

¹ O autor é Mestre em Filosofia pela UFSC; tem especialização em processo civil pela UNIVALI; especialização em psicologia social pela Universidade Estatal de São Petersburgo. É Professor do curso de Direito da UNIVALI, advogado no Escritório Spengler e Padilha Advogados Associados e está cursando o doutorado na UNIVALI com dupla titulação com a Università degli Studi di Perugia. E-mail: rpadilhas@yahoo.com.br

² O coautor é pós-graduado em Direito do Estado; pós-graduado em Direito Tributário e pós graduando em Docência no Ensino Superior; atualmente é advogado no Escritório Fernandes & Guedim Advogados Associados e professor do curso de Direito da faculdade Sinergia e para os cursos preparatórios do Morgado Concursos. E-mail: rodrigo@fg.adv.br

³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 83.

⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. **Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 155.

modelo do direito formal/moderno. Por isso, é fundamental aos juristas se desprenderem dos mitos jurídicos constituídos a partir do Iluminismo racionalista a fim de não se fixarem em terreno comum e se abrirem criativamente a respostas de solução ao momento atualmente vivido.

Ao mesmo tempo, é bom lembrar que a transição do Iluminismo, ao invés de superar os mitos do passado, apenas criou mais um mito, o mito da legalidade, ao qual os juristas aderiram, forçando Eros Grau⁵ a afirmar: “o que me leva a crer que a maioria dos que se julgam juristas não compreende o direito...”.

Assim, o objeto deste artigo é compreender as mitologias jurídicas da modernidade que limitam o horizonte de formação do jurista. O objetivo geral é analisar a refundação cultural do direito como modelo de superação das mitologias jurídicas diante do panorama de transição paradigmática do direito e do Estado em que se vive atualmente, a partir da leitura da obra *Mitologias Jurídicas da Modernidade* de Paolo Grossi.

Na fase de investigação, os dados foram recolhidos na base do método dedutivo; no tratamento dos dados adotou-se o método cartesiano; e este artigo, enquanto relato dos resultados, está organizado sob a base lógica indutiva.

1. A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DO ESTADO E O PANORAMA PARA UM NOVO DIREITO

Na Europa, com o constitucionalismo e o liberalismo, o Estado se torna o principal objeto de análise da doutrina publicista, a qual descreve,

⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117.

essencialmente, o modelo liberal de Estado de Direito. Em referido contexto a liberdade está no centro da discussão, convergindo os esforços para sua conceituação e aplicação. Trata-se da liberdade política, concebida com status principiológico dentro do Estado, de modo que os pensadores modernos esforçam-se em elaborar uma técnica da liberdade para contenção de abusos estatais, ideias caudatárias do próprio Estado Constitucional. Isso porque, pela experiência dos desmandos da monarquia absolutista, vivencia-se o perigo do Estado, como criatura que concentra o poder, o direito de punir e o monopólio da violência, voltar-se contra o próprio Criador (a Sociedade).

Nesse panorama, o poder político que o ordenamento estatal não pode abdicar é visto, pelo liberalismo, como um inimigo da liberdade, e os pensadores jusnaturalistas esforçam-se em encontrar uma elaboração teórica capaz de salvar a liberdade. A ideologia liberal, em seu contexto histórico, formaliza-se como decorrência do confronto entre a liberdade individual e o absolutismo monárquico. Há, assim, a conquista dos direitos do homem de primeira geração⁶, inaugurados no final do século XVII, incluindo os direitos e garantias individuais clássicos (direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc), impondo ao Estado prestações negativas (dever de não fazer por parte do Estado).

No século XIX, a ideia predominante na doutrina política era a supremacia da lei como expressão da vontade do povo representada no Parlamento; além disso, a lei vincula inclusive o próprio Estado tendo-se assim a figura do Estado de Direito (Rechtstaat). A unidade política está assim resolvida, ungida pelo positivismo jurídico, pelo monopólio estatal na produção normativa, na personalidade jurídica do Estado e na teoria de tripartição dos poderes. A burguesia defende sua classe com o princípio da representação e limitando o sufrágio.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Porém, o modelo liberal de Estado de Direito entra em crise ao enfrentar a tensão da realidade social, já que a partir do liberalismo fermenta-se uma espécie de paradoxo social: a liberdade burguesa divide espaço com a “falta de liberdade” dos trabalhadores. A ordem econômica da classe proletária permaneceu insolúvel pelo liberalismo, não se mostrando apto a resolver as contradições sociais. Portanto, para que da liberdade não decorra escravidão torna-se essencial uma reforma democrática, já que o triunfo liberal decorrente da Revolução Francesa de 1789 foi o da liberdade e não o da democracia.

Na época, o que ocorre é que o governo da classe burguesa é pressionado pelo governo de todas as classes, já que há o interesse de submeter a economia às decisões políticas, trazendo à pauta postulados de justiça social e econômica. Como expõe Bonavides⁷: “O curso das idéias pede um novo leito.” O resultado é a expansão do sufrágio, com os regimes liberais transformando-se em democracias de massa.

O sufrágio universal não foi um ato espontâneo e altruístico do Estado liberal, mas uma conquista histórica de luta e conflitos entre o trabalhador e o capital⁸, bastando lembrar como exemplos a Primavera dos Povos em 1848 e a Comuna de Paris em 1871.

Assim, se no modelo de Estado oitocentista toda a força política estava no corpo do Estado, único detentor do monopólio da produção jurídica, o fenômeno da democracia de massa quebra essa unidade política. Os dois fenômenos que devem ser administrados pelos teóricos do Estado são, segundo Bercovici⁹: “a participação popular e a ampliação da democracia.” Como explica Bonavides¹⁰:

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Saraiva, 1961.p. 6.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. p. 212.

⁹BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, MartonioMont

Ao arrebatam o sufrágio universal, o quarto estado ingressava de fato na democracia política e o liberalismo, por sua vez, dava mais um passo para o desaparecimento, numa decadência, que deixou de ser apenas doutrinária, para se converter então em decadência efetiva, com a plena ingerência do Estado na ordem econômica.

Surge assim a reflexão sobre uma nova configuração estatal e uma nova resposta para lidar com a unidade política, que rompeu com o consenso liberal de outrora. O próprio Bercovici¹¹ analisa duas respostas a esse fenômeno: a) Carl Schmitt, que indica a perda da unidade suprema de decisão, em que o Estado é ocupado pelo povo e as forças sociais articulam o poder estatal, de modo que o Estado perde o monopólio do político, já que não é mais dele tal decisão última sobre a distinção amigo/inimigo, mas sim da sociedade civil e da economia; e b) Hermann Heller, que indica a possibilidade da unidade política no Estado, mediante o reforço do próprio Estado.

Mas para dar seguimento ao desenho histórico, convém ressaltar o ensinamento de Pasold¹², que estabelece o marco para o Estado Contemporâneo a partir da Constituição Mexicana de 1917, confirmado pela Constituição Alemã de Weimar, mediante três características diferenciadoras em relação ao Estado Moderno, no entendimento de Pasold¹³:

mantém consagrados os Direitos Individuais;

insere como Direitos Fundamentais também os Direitos Sociais e/ou os Direitos Coletivos; e

Alverneet ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller**. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006. p. 328.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. p. 212.

¹¹ BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, MartonioMont Alverneet ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller**.

¹² PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003. p. 34; 57.

¹³ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 57.

para assegurar a efetiva realização desses Direitos estabelece e disciplina a intervenção do Estado nos domínios econômico e social.

Neste ponto, é possível falar de direitos fundamentais de segunda geração¹⁴, que se consolidam depois da Primeira Guerra Mundial, abrangendo os direitos sociais, econômicos e culturais (direitos do trabalhador, ao seguro social, ao amparo à doença e à velhice etc), garantindo o bem-estar e a igualdade, em que o Estado deve realizar prestações positivas (dever de fazer algo de natureza social).

É preciso acrescentar ainda nesse panorama histórico o pensamento de uma organização política mundial capaz de restringir o uso arbitrário da força em âmbito internacional por parte dos Estados. Já desde 1899, ano em que foi realizada a primeira Conferência Internacional para a Paz, em Haia, na Holanda, abre-se o espaço para o tema da paz mundial. Atos concretos neste sentido podem ser exemplificados, depois da Primeira Guerra Mundial, em 1919, pela criação da Liga das Nações, e em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, pela fundação da Organização das Nações Unidas. Esses movimentos levaram a se pensar em uma unidade jurídica e política mundial através de um Estado mundial¹⁵.

Então, intensifica-se depois da Segunda Guerra Mundial a interação do Estado Constitucional Contemporâneo no plano internacional, vinculando-se a obrigações externas através de tratados bilaterais, convenções multilaterais ou do costume. A existência da sociedade internacional, no entanto, não agride a soberania do Estado Constitucional Contemporâneo, enquanto foi este quem, voluntariamente, aderiu à obrigação. Ocorre que, com a progressiva interrelação e interdependência entre Estados, com a consolidação de uma ordem jurídica internacional, com a interação cultural, tudo isso impulsionado

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 25.

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Ed. Moderna, 1980. p. 92-95.

pela globalização interdependente, força a se repensar o modelo estatal, o qual vem sendo gradualmente superado e alterado.

Assim, no mundo atual, pelo movimento da globalização foram abertos novos pressupostos democráticos que impulsionam a uma maior solidariedade universal e um desenvolvimento comum solidário. Há o fenômeno da integração em comunidades supraestatais, além da reflexão da perda do poder normativo do Estado diante da consolidação da ordem jurídica internacional e novas fontes do direito. Deste modo, avançando nos entendimentos, é possível destacar a proposta do sociólogo alemão Ulrich Beck¹⁶ de se pensar em relações transnacionais de solidariedade e cooperação, e não mais em relações internacionais de conflito, exigindo-se, diante da globalização e da crise do Estado Constitucional, pensar em um Estado Transnacional. Nessa linha, o olhar deve ir para outra direção, como ensina Cruz¹⁷: “Olha-se na direção do Poder compartilhado, globalizado, com um capitalismo sociatista democrático, de espaços transnacionais de governança.”

Tantas transformações sociais consentem abstrair novas gerações do direito. Neste sentido, segue-se com a divisão dos direitos fundamentais aceita por Bulos¹⁸, que inclui na terceira geração os direitos de solidariedade ou fraternidade (direitos difusos como ao meio ambiente equilibrado, vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, avanço tecnológico etc), na quarta geração o direito dos povos (direitos relativos à informática, softwares, biociências, eutanásia, transgênicos, clonagem etc), na quinta geração o direito à paz; e na sexta geração o direito à democracia, à informação e ao pluralismo político.

¹⁶ BECK, Ulrich. **Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós, 2004. p. 153.

¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade:** democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2011. p. 117.

¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 515-518.

Assim, em um panorama de transformações em que o direito deve estar em processo de perene atualização, em que próprio modelo de Estado Contemporâneo está em crise, o que requer uma transição paradigmática, é preciso a abertura de consciência dos juristas para se tornarem aptos a participarem como protagonistas dessas transformações. Para tanto, é essencial refletir acerca das mitologias jurídicas que entravam os processos de mudança do próprio direito e do Estado, ainda tão arraigadas na cultura jurídica, para que se possa limpar o terreno para a germinação do novo.

2. A TRANSIÇÃO PARA UM NOVO DIREITO E OS MITOS JURÍDICOS

Eros Grau¹⁹ denuncia que o direito, na qualidade de direito formal e direito moderno, desde a metade do século XX passa por uma desestruturação – no caso, uma dupla desestruturação, já que atinge o direito formal e o moderno.

O formalismo jurídico, segundo Grau²⁰, está em processo de desestruturação já que a legitimidade procedimental de produção do direito é insuficiente, havendo o reclamo social por um critério substancial para a legitimação do direito. Corroboram essas assertivas os reclamos contemporâneos em relação aos direitos humanos.

A desestruturação do direito moderno, conforme Grau²¹, atinge sua universalidade e publicidade por força do reconhecido pluralismo jurídico que domina a dinâmica social. Primeiro, a universalidade é atingida pela autorregulação constatada nos setores econômicos em uma espécie de nova Lex Mercatoria, bem como pelas novas atualidades do setor de comunicações. Segundo, a publicidade também é atingida por força da refutação da afirmação de que a ignorância da lei não escusa, colocando-se em questão o disposto no

¹⁹ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 104.

²⁰ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 104.

²¹ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 105.

art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²²:
“Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”
Isso porque o Poder Legislativo e o Executivo produzem uma quantidade de leis tão exorbitante que, se já dificultam o próprio trabalho do jurista, o que se dirá de quem não exerce esse ofício, o cidadão destinatário da norma. A produção de leis é uma prestação de serviço público que deve ser realizada com qualidade, de modo que o cidadão deve ser beneficiário e não vítima da lei. O resultado é o seguinte, como expõe Grau²³:

O tempo que vivemos denuncia uma tendência bem marcada à desestruturação do direito. O direito, em suas duas faces – enquanto direito formal e enquanto direito moderno -, se desmancha no ar.

O Estado assim deteriorado é quem reproduz o direito moderno e aplica o direito formal, sendo a causa dessa dupla desestruturação²⁴. Os sintomas da crise revelam o perecimento da soberania do Estado, a fragilização do Estado gerada pelo neoliberalismo, o recrudescimento da corrupção, a anomia social etc.

A própria Sociedade está em transformação, como faz prova a nova revolução industrial que inclui a revolução da informática, da microeletrônica e das comunicações e, conseqüentemente, o direito não pode ficar inerte diante dessas novas realidades²⁵. A propósito, esclarece Grau²⁶:

Uma nova realidade reclama um novo direito. Mais que isso: o direito de nosso tempo já é outro, apesar da doutrina jurídica, apesar dos juristas, apesar do ensino

²² BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 25 nov. 2012.

²³ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 106. Itálico no original.

²⁴ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 107.

²⁵ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 111.

²⁶ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 111.

ministrado nas faculdades de direito. Recorrendo aos versos da canção, o futuro já começou.

O direito não pode ser entendido divorciado da realidade social e, conseqüentemente, permanecer agarrado a mitos. Sobre os mitos, Grau²⁷ elucida:

O mito, em verdade, não passa de uma invenção, consciente ou inconsciente, do homem ou de um grupo de homens, cuja finalidade é a de instauração de uma (nova) ordem. O vocábulo 'mito' significa, etimologicamente, "palavra"; palavra cuja finalidade é a instauração de uma nova ordem.

O direito, com o Iluminismo racionalista, não venceu os mitos das Idades Antiga e Média, apenas os substituiu por novos mitos, porém, agora mitos conscientes e racionais. São mitos que são apresentados à Sociedade que os consome, que os acredita em fé, apresentando-se na forma de ideias dominantes inventadas pelas classes dominantes²⁸.

Assim, impõe-se a desmistificação da cultura jurídica e, para tanto, impõe-se a sua conscientização, a identificação do mito como mito para que seja possível ultrapassar o passo da fé e entrar no mundo da ciência, a única hábil em apresentar uma via de saída verdadeiramente racional.

3. A PROBLEMÁTICA DA MITOLOGIA JURÍDICA

Um dos mitos jurídicos da modernidade consiste na legalidade e também da convicção de que a lei positiva seria a própria justiça. O direito moderno implanta um vício de consciência no jurista quando subtrai a dimensão sapiencial do direito, construindo assim um direito sob uma fonte excessivamente legal, em que a lei é forte por ser emanada do órgão

²⁷ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 175. Itálico no original.

²⁸ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 175-176.

competente, detentor do poder político, ou seja, a força da lei provém do formalismo legal, ficando à margem a questão sapiencial do seu conteúdo, do qual deveria efetivamente advir sua força.

O problema de se perder a dimensão sapiencial do direito é assim exposto por Grossi²⁹:

A perda da dimensão sapiencial não significa somente subtração do direito a uma classe de indivíduos competentes, os juristas, sejam esses mestres teorizadores ou juízes aplicadores, mas também a perda do seu caráter ôntico, do direito como fisiologia da sociedade, a ser descoberto, lido na realidade cósmica e social e traduzido em regras.

A lei, com a garantia do poder político, exerce autoridade por si mesma, ou seja, é rígida e autoritária, não se discute seu conteúdo, apenas o seu cumprimento e obediência. Essa visão é corroborada pelo vínculo existente entre o direito moderno e o poder político enquanto ordem imperativa emanada do comandante ao seu comandado, o que foi reforçado pela influência kelseniana³⁰. A principal fonte do direito, nesse caso, é a lei.

O direito apresenta-se à Sociedade apenas como lei, e o cidadão interpreta a lei como um comando autoritário a ser obedecido de cima para baixo – e ele está embaixo. Não é que a lei se apresente como expressão de uma consciência coletiva e coligada à realidade social.

Larenz³¹ lembra que um aspecto é a obediência a uma decisão; outro, bem diferente, é a legitimidade dessa decisão. Não é porque as pessoas obedecem a uma decisão que esta deve ser tida por legítima, pois pode revelar em sua

²⁹GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Título original :Mitologiegiuridichedellamodernità.p. 14.

³⁰GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**.p. 13-14.

³¹ LARENZ, Karl. **Derecho civil** - pare general. Trad. Espanhola de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 82.

base um descontentamento e um prejuízo social. Porém, a obediência pela obediência é um dos pressupostos em que se sustenta o mito da legalidade.

Inclusive, como expressa Grossi³², quando o jurista aprende sobre a lei, é-lhe ensinado que tem por característica: a) a abstração, ou seja, está longe do particular, sendo feita nos “palácios do poder”; b) a rigidez, então, sua intransigência não permite considerar exigência diferente do prescrito; c) a autoritariedade, ou seja, é um imperativo e, por isso, indiscutível.

O modelo de Estado Moderno oferece garantias formais: a lei dimana de órgãos competentes e legítimos com a observância de processos ou procedimentos estabelecidos em lei para sua produção. Segundo esse modelo, como expõe Grossi³³:

Obviamente, a justiça permanece como objetivo do ordenamento jurídico, mas é um objetivo exterior; os cidadãos podem somente ter a esperança de que os produtores de leis – que são, pois, os detentores do poder político- ajustem-se a essa, mas devem de qualquer modo prestar obediência também à lei injusta.

A sedimentação de tal mito na cultura jurídica, segundo Grossi³⁴, ocorreu da passagem da concepção medieval para a instrumentalização do direito realizada pelo período moderno.

No mundo medieval ainda não existia a noção consolidada de um Estado de Direito (Rechtsstaat) como na atualidade, porém, já haviam contribuições elementares para a cognição do direito. Grossi³⁵ fala de um direito embasado na realidade ôntica medieval, com a ideia de razoabilidade das leis, da lex de Tomás de Aquino em superioridade à ley da realeza moderna, e que tais

³²GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 24.

³³GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 24.

³⁴GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**.

³⁵GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**.

fatores podem auxiliar o jurista a vencer a mística da lei e rever o uso da própria racionalidade jurídica para aperfeiçoar a capacidade de leitura e de medida do real.

A história do direito medieval ensina um direito que não está subordinado e dependente a um poder político global e centralizado, ou seja, não existe um projeto jurídico uniforme e totalizante, deixando margem a que o fenômeno social possa irromper de si mesmo as forças que constituem e estruturam o fenômeno jurídico. Dessa constatação advém três consequências, identificadas por Grossi³⁶, conforme se passa a explicar:

a) A primeira consequência é a autonomia social. Do fermento social decorre a ideia do direito, já que o plano social está livre para influir e elaborar o meio político, econômico ou profissional, a exemplo das corporações medievais. Ou seja, as formações sociais delineiam o âmbito comunitário das vivências coletivas. A ordem lógica, portanto, é a seguinte: primeiro advém o direito, depois o poder político.

b) A segunda consequência é que o direito possui uma relativa autonomia em relação à administração política, havendo uma fusão entre o social e o jurídico. Antecedendo ao poder político, o direito não está marcado ou untado pelos interesses deste último, mas se desenha pela síntese da própria Sociedade. O espaço de concorrência das intervenções autoritárias dos Príncipes não é tão grande, justamente por força da autonomia social anteriormente mencionada. Na base jurídica medieval está o florescimento dos costumes e um ordenamento realizado por teorizadores, juízes, tabeliães ou simples mercadores e intérpretes das exigências imediatas.

c) A terceira consequência é que se constitui, na Idade Média, um direito de raiz. Assim, o direito não adviria de um poder soberano autoritário, na vontade do Estado, mas na onticidade, ou seja, na objetividade do ser. A prescrição do

³⁶GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 31-33.

direito é capturada pela razão humana e necessita de sábios para, com prudência, interpretá-lo. Tais sábios seriam juristas (mestres, juízes, tabeliães), baseados em textos romanos e canônicos.

Então, desses três aspectos a grande contribuição para o resgate da dimensão sapiencial do direito advém da definição de *lex* proposta por Tomás de Aquino, em que o conteúdo normativo é mais importante que a autoridade competente emanadora da norma. Assim expressa São Tomás de Aquino³⁷ ao definir a lei: “[...] ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade.” (*rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*)

Essa ordem de ideias consente alcançar uma conclusão ontológica: sem a aplicação da racionalidade não existe possibilidade de um ordenamento; somente pelo uso da razão é possível apreender a ordem objetiva preexistente que comporá o ordenamento, ordem objetiva já que projetada anteriormente pela divindade - ou seja, pelo uso da razão é possível entrar na ontologia da criação; por fim, dentro dessa *ordinatio* é que estará inserido o conteúdo da *lex*. Então, a proposta jurídica medieval passa pela sequência: ontologia da criação, razão, ordenamento e lei. Eis que se alcança a “razoabilidade da lei”.

A relação entre poder político e ordem jurídica, porém, será alterada pela configuração moderna, em que o poder político engole a ordem jurídica e regurgita de si a realidade social imanente. Em outras palavras, o poder político invade e se apropria do fenômeno jurídico, combate e enfraquece o pluralismo social e jurídico, e alteia a bandeira do monismo jurídico.

Enquanto o período medieval buscou proteger o indivíduo dentro do tecido social, o período moderno busca libertar o indivíduo desse mesmo tecido social, constituindo a característica do individualismo. E o próprio Príncipe,

³⁷ AQUINO, São Tomás. **Suma teológica**. Tradução de Aimom-Marie Roguet et al. São Paulo: Loyola, 2005. p. 527-528. Questão 90, art. 4º.

centralizando em si o poder, é um solitário a emanar a vontade, encontrando em si mesmo “justificações, motivos, finalidades.”³⁸ Assim, enquanto o monarca era antes, em grande parte, indiferente aos espaços em que se desenvolvia o fenômeno jurídico, passa agora a ocupar-se com ele diretamente e absolutamente. Trata-se de uma história cujos grandes traços são lidos na monarquia francesa dos séculos XI ao XVIII.

A definição de *lex* de Tomás de Aquino se perde em favor da *loy* da monarquia francesa. Pode-se apreender as seguintes distinções: a razão cede espaço à vontade autoritária do soberano; a lei toma por características a abstração e rigidez; enquanto a *lex* encontrava significado e legitimidade social pelas suas finalidades claras – razoabilidade e bem comum-, a *loy* é uma realidade que se impõe por si, não pela finalidade ou conteúdo³⁹.

Enquanto a lei liga-se à vontade, o direito liga-se à vivência da experiência social pela comunidade, ligando-se à substância da vida social. Porém, a evolução histórica da consciência jurídica, movida pelo misticismo legal, fez absorver na lei todo o direito, estagnando o direito na dimensão legal, separando-o da dinâmica da Sociedade.

E todo esse processo, iniciado pela monarquia francesa, evoluirá à codificação napoleônica até impregnar-se na mentalidade jurídica contemporânea.

Assim, o essencial passa a ser “obedecer” e “legalidade”. A máquina se faz soberana sobre o ser humano, já que a lei se autolegitima ao invés de ser legitimada pelos homens. Eis que surge: “a mística da lei, essa pesada hipoteca da civilização jurídica moderna;”⁴⁰. Não importa se o soberano é ou não sábio, se a lei é ou não injusta, se há relação entre direito e fatos

³⁸GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 39.

³⁹GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 43.

⁴⁰GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 44.

econômico-sociais, se há uma racionalidade de fundo à serviço do bem da Sociedade, o importante é que, tautologicamente, a lei seja lei.

Resultado: monismo jurídico margeado pela politização (monopólio do fenômeno jurídico pelo poder político) e formalização da dimensão jurídica (formalismo jurídico positivista).

A democracia não solucionou a mística da lei, apenas quis pretender a vontade legislativa em coincidência à vontade geral, mas a vontade da maioria não significa e nem garante a entrada da juridicidade na realidade humana, percepção esta tanto de Rousseau⁴¹, em sua obra Contrato Social, como de Tocqueville⁴² na obra A democracia na América, este, ao falar da “tirania da maioria”.

Atualmente, o ideal democrático constitui um teorema bastante lógico, uma lógica cênica e modelar: a ordem sociopolítica deve exprimir a vontade geral da nação, em oposição à antiga ordem classista; a representação política é quem representará a vontade geral; a vontade geral é expressa no Parlamento, sendo que a voz do Parlamento (a lei) é a vontade geral; o princípio da legalidade é regra fundamental da democracia. Eis a construção de um mito que esconde, nas palavras de Grossi⁴³:

[...] o Estado monoclássista, o espesso extrato de filtros entre sociedade e poder, o elitismo exclusivo das formas de representação, a grosseira defesa de riscos interesses que todo o puríssimo teorema vinha a tutelar e a consolidar.

O diagnóstico é que a lei é quem exprime a vontade geral, nada além da lei, havendo por detrás desse mito efetivos interesses particulares dos detentores

⁴¹ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Tradução de Antônio de Paula Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴²TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Francisco Weffort. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1985.

⁴³GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 62.

do poder, que manipulam essa mística para subordinar a juridicidade a seus interesses.

4. O DIREITO COMO DIMENSÃO DA SOCIEDADE: A REFUNDAÇÃO CULTURAL DO DIREITO

Enquanto na Idade Média o direito foi uma dimensão da Sociedade, agora, na Idade Moderna, passa a ser uma dimensão do poder. Assim, o direito torna-se um estranho à Sociedade e ao próprio homem, o qual permanece temeroso da autoridade sancionadora, seja do juiz que do funcionário de polícia. O direito recebe uma dimensão de potestade, especialmente punitiva: pensa no patológico e se esquece da real fisiologia do jurídico, que deve ser reflexo da fisiologia da Sociedade⁴⁴.

Ocorre que o direito é mais do que o instrumento coercitivo ou as interpretações doutrinárias, pois está imbricado ao ser da Sociedade, é condição para a saúde e vida da Sociedade. Lembrando von Ihering⁴⁵: “A paz é o fim do direito [...]”.

Grossi⁴⁶ redimensiona a consciência jurídica em solução à mitologia jurídica: “O direito, pela sua tensão a encarnar-se, antes de ser poder, norma, sistema de categorias formais, é experiência, ou seja, uma dimensão da vida social.” Portanto, a juridicidade está para além do Estado e do poder. O direito está ligado à sociabilidade humana e, portanto, o direito é algo complexo, assim como a Sociedade é complexa. O direito não está associado em primeiro lugar à lei nem ao Estado, mas ao ser da Sociedade.

⁴⁴GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 65.

⁴⁵Von IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987. p. 1.

⁴⁶GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 66.

Eis uma das mitologias jurídicas a ser resolvida na contemporaneidade: é errônea uma síntese que liga o direito apenas no Estado e para o Estado. Esse mito reflete a atual separação entre Estado e Sociedade. E deve ser resolvido porque o diagnóstico do tempo é que o normativismo apossou-se com exclusividade do direito. A consequência é que quem conta é quem manda, quem faz a lei, e quem obedece conta muito pouco. O direito, unido à normatividade, está intimamente ligado ao poder, portanto, torna-se um direito potestativo, separando-se assim a produção da aplicação do direito.

Nessa ordem de ideias, torna-se preciso primeiro uma refundação cultural do direito. Começa-se essa refundação entendendo-se o direito não mais como norma ou sanções, mas como ordenamento. Como esclarece Grossi⁴⁷: “O ordenamento é o ato de ordenar, de colocar ordem”. A ordem pressupõe uma realidade a ser ordenada, portanto, ligando-se o direito ao ordenamento temo inserido em uma realidade subjacente a ser ordenada, estabelecendo-se uma mediação entre autoridade e Sociedade. Que realidade seria essa? Certamente, não é uma realidade normativa, mas social. Ver o direito como realidade normativa é redutivo, é colocá-lo sob modelos irreais e abdicar da dimensão coletiva da Sociedade. Assim, o direito deixa de ser dimensão do poder e do Estado e passa a ser “da sociedade na sua globalidade.”⁴⁸

Portanto, a Idade Moderna criou mitologias jurídicas: “visão potestativa do direito, sua estatalidade, sua legalidade”⁴⁹. Ou seja, estamos apenas no momento de produção da norma, um momento autoritário do titular do poder. Colocar a realidade complexa e plural em harmonia, respeitando as diversidades, eis a ordem relacionada ao direito, sendo essa uma ideia jurídica que se abstrai do próprio medievo, como dá prova o pensamento de São Tomás de Aquino sobre *lex*.

⁴⁷GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 73.

⁴⁸GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 78.

⁴⁹GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 79.

Para retirar o direito da dimensão potestativa e autoritária, a solução proposta por Grossi⁵⁰ é considerar que a norma não possui apenas um único momento, o de produção, mas que há também o momento de aplicação da norma, onde esta deve se haver com a realidade prática. Neste caso, trata-se de ressaltar a importância da interpretação da norma, como afirmou Grossi⁵¹:

Certamente, para se chegar a ele, os juristas precisam de outras lentes; lentes que não diminuam a interpretação a uma dimensão meramente cognitiva, mas que a concebam como vida da norma no tempo e no espaço, carnalidade da norma enquanto exercício, práxis, uso; lentes que também estejam dispostas a acolher na paisagem jurídica a comunidade dos utentes em um papel que na seja meramente passivo, que estejam dispostas a admitir não somente um protagonista monocrático (o detentor do poder), mas sim uma ampla pluralidade de sujeitos. Talvez, tenha mesmo chegado o momento de começar a construir o direito também mediante aqueles sujeitos que a tradição chamou, com implícito desprezo, de os destinatários do comando.

Em síntese: o direito não é um pedaço de papel, nem a tinta do papel, em que estaria encarnada uma mensagem designada “lei”. Primeiro, o direito é mais aplicação do que norma; segundo, o direito é ordenamento. A autoridade do direito não é retirada de um poder político estatal, mas do conteúdo proposto, da racionalização do real.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A superação de mitos consente visualizar, sem miopia, uma teoria do Estado e do Direito voltada “à” e “a partir da” realidade social. Trata-se de retirar o

⁵⁰GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 90.

⁵¹GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 90-91.

Estado e o direito do invólucro do texto positivo e do autoritarismo que o isola para banhá-lo de realidade social, pois o fenômeno jurídico deve ser lido dentro da Sociedade, do contrário, estar-se-á alheio à essência deste fenômeno.

Um Estado alienado da realidade gera os sentimentos expostos por Chevallier⁵² ao comentar o Livro III da obra O Espírito das Leis de Montesquieu:

[...] quando o Estado não é mais amado por si mesmo mas pelas vantagens que dele se podem extrair; quando o tesouro público se converte em patrimônio de particulares, em vez de os bens destes concorrerem para construir o tesouro público; quando se quer ser livre contra as leis, em vez de se ser livre com elas, e cada cidadão é 'como um escravo que fugiu da casa do seu amo', então o Estado está perdido, a república torna-se espólio e sua força nada mais é do que o poder de alguns e 'a licença de todos'.

A práxis está em contínuo movimento e exige instrumentos jurídicos novos para responder às suas exigências. Por isso, trata-se de perfurar a couraça das fantasias míticas e refundar a cultura jurídica não sobre mitos, mas sobre uma ordenação racional em conformidade à realidade.

Além disso, o Estado deve curvar-se ao pluralismo jurídico, em que as pessoas participam ativamente da organização jurídica. Trata-se, substancialmente, de repensar o sistema formal das leis e o papel da lei, de constituir um modelo estatal diferente do Estado monopolizador e buscar, com a lição da história, uma juridicidade compatível a servir de resposta aos apelos da contemporaneidade.

A transformação do Direito exige que o jurista possa enxergar para além do direito positivo, percebendo que a transformação ultrapassa o próprio direito

⁵² CHEVALLIER, Jean-Jacques. **História do pensamento político**: o declínio do Estado-Nação monárquico. Tradução de Álvaro Cabral. Tomo II. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. p. 76.

posto e radica na riqueza do pluralismo jurídico, o qual é sustentado e promovido pelas forças da própria Sociedade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AQUINO, São Tomás. **Suma teológica**. Tradução de Aimom-Marie Roguet et al. São Paulo: Loyola, 2005.

BECK, Ulrich. **Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Traducción de Bernardo Moreno e Ma. Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, Martonio Mont ` Alverneet ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política:** estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Saraiva, 1961.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 25 nov. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **História do pensamento político:** o declínio do Estado-Nação monárquico. Tradução de Álvaro Cabral. Tomo II. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade:** democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2011. p. 117.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Ed. Moderna, 1980.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Teoria do Estado**. Tradução de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Título original : Mitologiegiuridichedellamodernità.

LARENZ, Karl. **Derecho civil** - parte general. Tradução Espanhola de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Tradução de Antônio de Paula Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Francisco Weffort. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1985.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.

**TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM MANUEL ATIENZA E ACESSO
À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DO *JUS POSTULANDI* NOS JUIZADOS
ESPECIAIS CÍVEIS**

Queila Jaqueline Nunes Martins¹

Ester Dorcas Ferreira dos Anjos²

INTRODUÇÃO

A proposta do estudo é levar o leitor à reflexão sobre o *Jus Postulandi* previsto no art. 9º, da Lei nº 9.099./95 e em que medida o cidadão que faz uso deste *Jus Postulandi* consegue garantir o Acesso e a Efetividade da Justiça almejada, diante da complexidade da Linguagem Jurídica que se impõe em uma Argumentação Jurídica.

A sociedade sempre tentou, de alguma forma, encontrar soluções para resolver os problemas e litígios que aportavam no âmbito da convivência humana. Desde os primórdios da humanidade se fala nos Anciãos, nos Juízes de Paz, pessoas Conciliadoras, que se alguma forma intervinham nos conflitos da comunidade para tentarem em conjunto resolverem os litígios que surgiam na convivência social.

Os Juizados Especiais Cíveis, antes denominados Juizados de Pequenas Causas, foram fruto e reflexo deste movimento histórico, objetivando se consistirem em

¹ Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Curso de Relações Internacionais da UNIVALI. Professora dos Cursos de Direito e Relações Internacionais da UNIVALI. Juíza Leiga no Juizado Especial Cível da Comarca de Balneário Camboriú/SC. Email: queilamartins@univali.br

² Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora dos Cursos de Direito e Relações Internacionais da UNIVALI. Email: digitecbc@gmail.com

um Juízo célere, simples, eficaz, descomplicado, mais oral do que escrito, para atender as demandas de menor complexidade a eles submetidas. Em homenagem a toda esta reivindicação social, a Lei previu, ainda, a possibilidade de o cidadão brasileiro defender-se sem assistência profissional de um advogado, naquelas causas que não ultrapassem o valor de até vinte salários mínimos.

Em que pese toda esta intenção de Acesso à Justiça, facilitação do Direito de Defesa etc., este estudo busca verificar se este cidadão tem reais condições de exercer o contraditório e a ampla defesa num contexto *jurídico*.

Isto porque o contexto *jurídico* lida, sobretudo, com a linguagem jurídica, com a argumentação jurídica, o que demanda o conhecimento pleno dos direitos e deveres, o que, de veras, é de desconhecimento da maioria da população brasileira.

Portanto, afirmar que um sujeito tem Acesso à Justiça só porque não necessita de assistência de um advogado não significa afirmar que ele tem a garantia do exercício pleno do Direito e de que possa realizar uma boa argumentação jurídica, minimamente em pé de igualdade com o litigante adverso, ao ponto de alcançar o resultado almejado na demanda, e que lhe seja um resultado justo. A linguagem jurídica é técnica e específica. E se distancia – e muito – da linguagem comum do povo. Este é um óbice, portanto, ao exercício do *Jus Postulandi* do art. 9º, da Lei nº 9.099/95.

Assim, a pesquisa avaliará a hipótese de que o *Jus Postulandi* previsto no art. 9º, da Lei nº 9.099/95 não garante, em todos os casos, o efetivo Acesso à Justiça, pois acessar a justiça não é somente adentrar os “portões do Judiciário”, mas é, acima de tudo, ter condições plenas de exercício do Direito, e o exercício do Direito demanda o conhecimento da linguagem jurídica para que se possa argumentar juridicamente, garantindo-se, assim, os Direitos Fundamentais do cidadão, previstos constitucionalmente.

1. ACESSO À JUSTIÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

O artigo 9º, da Lei nº 9.099/95, a Lei que instituiu os Juizados Especiais, previu a possibilidade de, nas causas cíveis de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerem pessoalmente em Juízo para propugnarem seus pedidos, sem assistência de advogados; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

Diz o referido texto legal:

Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.

§ 2º O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar.

Assim, definiu-se que o *Jus Postulandi* nos Juizados Especiais Cíveis, neste caso específico, pode pertencer exclusivamente ao cidadão, não sendo necessária a assistência técnica obrigatória de Advogado/Profissional.

Tal desiderato traduz a finalidade precípua do Legislador de 1995 de garantir o Acesso à Justiça sem embaraços ao cidadão, possibilitando que, sem a necessidade de pagamento de custas processuais ou honorários advocatícios, pudesse o jurisdicionado postular de forma simplificada e gratuita o seu pleito perante o Poder Judiciário, com a intenção latente de consolidar uma maior celeridade, oralidade e simplicidade às causas que não suplantassem o

patamar de vinte salários mínimos, reconhecidas estas, então, como causas de menor complexidade³.

Tal letra da Lei nº 9.099./95 (art. 9º) resultou de um movimento social vigente no Brasil em 1995 e em alguns anos que lhe antecederam, denominado Movimento de Acesso à Justiça, decorrente da Constituinte Originária de 1988 e dos reflexos dos Movimentos Sociais de Democratização do País e Cidadania, que apregoavam o fundamental princípio do Acesso à Justiça como meta a ser alcançada no Estado Democrático de Direito e no Direito Processual Brasileiro como um todo.

Especificamente neste contexto da criação da Lei 9.099/95, coloca-se uma questão: o que seria este apregoado Movimento de Acesso à Justiça e quais os seus reflexos em relação à criação da Lei 9.099/95?

Acesso à Justiça é reconhecido como um Direito Fundamental a ser observado para que todos os demais Direitos sejam garantidos em suas efetividades.

³ Adotamos o entendimento de que Causas de Menor Complexidade são direcionadas por dois critérios distintos, quais sejam, quantitativo (no qual se pode incluir o valor da causa – até 40 salários mínimos) e um qualitativo, que define as causas cíveis de menor complexidade. *A regra de exigência não é no sentido de cumulação de ambos, mas a presença de apenas um desses requisitos, e será a análise do caso concreto que irá possibilitar a fundamentação adequada em um dos requisitos apontados. A criação dos JEC's logra, primordialmente, ampliar de forma a proporcionar à população abastada um efetivo Acesso à Justiça, compreendido para além de mero acesso a um órgão jurisdicional, mas o acesso a uma ordem jurídica que se põe justa. Dessa maneira, e como forma de regulamentar as causas aforadas pela competência do JEC, o artigo 3º, do aludido diploma legal, enumera as hipóteses de cabimento para ingresso de ação pelo procedimento sumaríssimo, sendo o valor da causa uma das possibilidades de um total de quatro incisos. A práxis, entretanto, demonstra que o valor da causa, na maioria das vezes, tem sido utilizado como critério único para definição da competência, inclusive cumulativamente às demais hipóteses trazidas pelos incisos I a IV, do artigo 3º, da Lei nº 9.099/05. Faz-se necessário, primordialmente, pautar a análise pelo critério da menor complexidade, tal qual estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e reproduzido pela Lei nº 9.099/95, como forma de proporcionar o almejado Acesso à Justiça.*

GROSSI, Naira Souza, CORONA, Roberto Brocaneli. Valor da causa versus menor complexidade: embate pelo acesso à justiça nos juizados especiais cíveis. Disponível em <http://manovramonti.diritto.it/docs/31879-valor-da-causa-versus-menor-complexidade-embate-pelo-acesso-justi-a-nos-juizados-especiais-c-veis>. Acesso em 05.07.2013.

Expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, XXXV, o direito de Acesso à Justiça para todos se constitui em um dos pilares da cidadania plena. Para além da garantia constitucional, de apreciação pelo Poder Judiciário de toda lesão ou ameaça a direito, caminha hoje o entendimento do que vem a ser o efetivo Acesso à Justiça, ampliada a questão para acesso ao Direito.

O amadurecimento do Estado Democrático de Direito leva ao entendimento de que o Direito de Acesso à Justiça, de ter o pedido apreciado pelo Judiciário, tal como formalmente garantido no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de não ter se efetivado em seu sentido estrito, também não contempla a amplitude do termo acesso.

Esse entendimento amplo de que se fala é o acesso como compreensão do sistema para com ele interagir de forma cidadã; é, ainda, o acesso a uma ordem jurídica justa, em que os conflitos sejam tratados e resolvidos de forma isonômica. Esse acesso jamais se concretizará isoladamente, sem que outros direitos se efetivem e lhe sirvam de alicerce.

Para Ingo Sarlet⁴, o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles Direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de um determinado Estado.

Na obra Juizados Especiais Federais em Debate, organizada pelo Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em convênio com o Conselho Nacional de Justiça, Daniel Mayerle e Lillian Pflieger⁵ discutem que, diante da atual ditadura de mercado ou neoliberalismo,

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p.35.

⁵ MAYERLE, Daniel; PFLEGER, Lillian. A indisponibilidade do interesse público no Juizado Especial Federal: como promover o efetivo acesso à Justiça? p. 7-32. *In*, **Juizados Especiais Federais em Debate (recurso eletrônico)**. Organizadores: Zenildo Bodnar, Márcio Ricardo Staffen, José Antônio Savaris e Maria Raquel Duarte. UNIVALI e Conselho Nacional de Justiça, 2012. Livro eletrônico. Modo de acesso: www.univali.br/ppcj/ebook.

observa-se que o cidadão apenas consegue exercer o poder inerente a sua condição humana de fruir de direitos que lhe são assegurados constitucionalmente, se puder comprá-los, consoante pontua Fernando de Castro Fontainha⁶.

Tal fator aliado a um modelo de estado mínimo, que não é capaz de garantir o bem-estar e a dignidade das pessoas, considerando-se que no Brasil o Welfare State nunca passou de mera especulação demagógica, cada vez mais tem aumentado a busca pela correção das distorções sociais no Poder Judiciário.

Nesse contexto, o tema do Acesso à Justiça se desenvolve amplamente sob diversos enfoques, como por exemplo, o enfoque material, em que o acesso à justiça significa o alcance por parte de alguém à verdadeira solução de um conflito social intersubjetivo, com equilíbrio e igualdade; e o enfoque formal, que trata da possibilidade efetiva de uma pessoa conseguir reivindicar um Direito violado perante o Estado, através da estrutura competente⁷.

Para o Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Pedro Manoel de Abreu⁸, compreende-se que, de fato, o Acesso à Justiça vai além de mero aspecto processual, mas envolve o direito material legítimo; uma administração estatal imbuída da solução dos problemas sociais e da plena realização do direito; instrumentos processuais que possibilitem a efetividade do direito material, além de um Judiciário em sintonia com a sociedade na qual se insere e adequadamente estruturado para atender as demandas que lhe são apresentadas.

⁶ FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à justiça**: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 6.

⁷ SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Acesso à justiça e autonomia financeira do Poder Judiciário**: a quarta onda? Em busca da efetividade dos Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2006. p. 54.

⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 41.

Concernente ao tema, necessário mencionar a afirmação de Mauro Cappelletti e de Bryant Garth⁹:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos Direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de Direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.

Verifica-se, de acordo com os referidos autores¹⁰, que “O acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos Direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os Direitos de todos”.

Desta forma, depreende-se que o efetivo Acesso à Justiça não deve ser considerado como a mera faculdade de recorrer ao Poder Judiciário, mas também como a possibilidade de acesso concreto aos direitos, que é o objetivo primordial das pessoas.

Pertinente ao tema, a clara afirmação de Clèmerson Merlin Clève, mencionado por Pedro Manoel Abreu¹¹, de que não basta haver Judiciário, pois é necessário haver Judiciário que decida, assim como não basta haver decisão judicial, porquanto é necessário haver decisão judicial justa e não basta haver decisão judicial justa, se o povo não tiver acesso à decisão judicial justa.

A temática do acesso à Justiça está ligada à noção de Justiça Social¹², também designada Justiça geral ou legal, que é aquela em que as partes da Sociedade, isto é, governantes e governados, indivíduos e grupos sociais, dão à

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 11.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 11.

¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin, 1993, p. 41 apud ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 38-39.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 41. v 3.

comunidade o bem que lhe é devido, observando uma igualdade proporcional, e, conforme sustenta Marinoni, é o “tema-ponte a interligar o processo civil com a justiça social”¹³, objetivo maior do Estado contemporâneo.

O conceito de Acesso à Justiça é amplo, dada a importância do tema no Direito atual. Para Cappelletti e Garth¹⁴, a expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar dois principais aspectos do sistema jurídico, que “o sistema deve ser igualmente acessível a todos”, e “produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

Para Araújo¹⁵,

Essa problemática do acesso a Justiça não pode apenas ser estudada nos limites do acesso aos órgãos do Poder Judiciário, tendo como raciocínio a questão de que não se trata apenas de dar oportunidade para que um indivíduo lamente sua pretensão em juízo, mas sim, viabilizar um acesso à ordem jurídica justa, real e efetiva.

Seguindo esta linha, sustenta Cichocki Neto¹⁶ que no conceito de Acesso à Justiça prossegue “toda a atividade jurídica, desde a criação de normas jurídicas, sua interposição, integração e aplicação, com Justiça”.

O Acesso à Justiça abrange toda a ordem jurídica, sendo direito do jurisdicionado a obtenção de uma decisão que venha a ser fundamentada em uma ordem jurídica justa.

Para Cappelletti e Garth¹⁷, o efetivo acesso à Justiça levou a três posições

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.192.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso a justiça**. p.8.

¹⁵ ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça e efetividade do processo**: a ação monitória é um meio de superação dos obstáculos? Curitiba: Juruá, 2002. p. 17.

¹⁶ CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 63.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 81.

básicas, o que denominou “ondas”: a) assistência judiciária para os pobres; b) a representação dos interesses difusos; c) do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso.

Na terceira “onda” do movimento, Cappelletti e Garth¹⁸, chamam de “enfoque de acesso à Justiça”, que “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”.

Mas advertem, no entanto, em função de “tantas de nossas modernas leis e a necessidade de advogados e juízes de aplicá-las, parece claro que a ideia de tornar os tribunais muito simples e baratos não é realística”.¹⁹

Essa nova onda do movimento de Acesso à Justiça está marcada pela eleição da criação de métodos alternativos para decidir causas judiciais; a criação de fórmulas gerais para desviar as causas dos tribunais, utilizando-se, no primeiro caso, de procedimentos mais simples, e, no segundo, do juízo arbitral, da conciliação e de incentivos econômicos para a solução de litígios fora dos tribunais.

A atividade mais importante da reforma é a eleição das pequenas causas ou de interesse de consumidores, já que é preciso reconhecer que o sistema judiciário frequentemente é “pouco adequado a fazer valer os direitos das pessoas comuns ao nível individual”, pois, “colocam severas limitações na acessibilidade de nossos tribunais a pequenas causas intentadas por pessoas comuns”.²⁰

No Brasil, os Juizados de Pequenas Causas surgiram em 1982, a partir da experiência pioneira dos Juizados Informais de Conciliação instalados na

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 81.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 81.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 91.

comarca de Rio Grande, no Estado do Rio Grande do Sul, por iniciativa do Juiz Antônio Guilherme Tanger Jardim.²¹

Foram os pioneiros a instaurar os “Conselhos de Conciliação e Arbitramento” no Brasil, esses conselhos eram compostos por pessoas idôneas da comunidade, preferencialmente escolhidos entre advogados, juízes e promotores aposentados, juízes de paz e professores, e tinham como objetivo dar solução extraprocessual as pequenas causas que tinham envolvimento com direitos disponíveis.²²

Com a satisfatória experiência, outros estados começaram a aderir ao movimento e criam seus conselhos de conciliação, ante a necessidade de regulamentação destes conselhos, é aprovada e sancionada a Lei de nº 7.244 de 07 de novembro de 1984, que instituiu o Juizado de Pequenas Causas, com competência para as demandas que não excedessem 20 vezes o valor do salário mínimo.²³

A referida lei restou revogada com o advento da Lei de nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, que passou a vigorar em 27 de novembro do referido ano, intitulada como a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, ao qual majorou a competência para até 40 salários mínimos e definiu normas referentes às execuções, títulos extrajudiciais, e, introduziu o Juizado Criminal. Para Figueira Junior,²⁴ foi a confirmação da consolidação das ideias dos Juizados.

Silvana Campos Moraes²⁵, afirma que

²¹ MORAES, Silvana Campos. **Juizado especial cível**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 59.

²² MORAES, Silvana Campos. **Juizado especial cível**. p. 59.

²³ MORAES, Silvana Campos. **Juizado especial cível**. p. 59.

²⁴ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; RIBEIRO, Maurício Antônio. **Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 29.

²⁵ MORAES, Silvana Campos. **Juizado especial cível**. p. 59.

Os Juizados de Pequenas Causas significaram a desconcentração das atividades dos juízes, tribunais e cartórios, aproximando-se da população carente, que em defesa de seus interesses também merecem a tutela jurisdicional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 98, inciso I, tornou obrigatória, pelos Estados, a criação dos Juizados Especiais e ampliou o conceito de pequenas causas, até então adstrito a um critério meramente valorativo, de conteúdo econômico, passando a incorporar, as chamadas causas cíveis de menor complexidade.

No vácuo da falta de regramento federal definindo as causas cíveis de menor complexidade, alguns Estados brasileiros, dentre eles, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul, editaram normas gerais sobre o sistema de juizados, amparados pelo artigo 24, §3º, da Carta Magna, no âmbito da competência concorrente dos Estados para legislar sobre a criação, funcionamento e processo dos Juizados Especiais de Pequenas Causas.

Para Reinaldo Filho²⁶, o Juizado Especial Cível é, na verdade, o sucedâneo do Juizado Especial de Pequenas Causas, só que remodelado e com competência ampliada e dividida nos critérios do valor da causa e o atinente a matéria jurídica em discussão.

Após os resultados advindos dos Juizados de Pequenas Causas, desde a Lei de n.º 7.244, e em razão dos critérios da Oralidade, Simplicidade, Economia Processual, Informalidade e Celeridade, os Constituintes procuraram solução para o processamento e julgamento das infrações de pequena monta.

Assim, o Legislador, amparado na previsão constitucional do art. 98, inciso I, estabeleceu a Lei Federal de n.º 9.099 de 26.09.1995, na qual instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, revogando a Lei de n.º 7.244/84.

²⁶ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Juizados especiais cíveis**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 03.

Figueira Júnior²⁷ expõe, ainda, que o Estado de Santa Catarina foi um dos precursores a instituir os Juizados. Primeiramente editou-se a Lei de n.º 8.151/90, que estabeleceu os Juizados Estaduais de Causas Cíveis e as turmas de Recurso, que posteriormente foi alterada pela Lei Complementar 77, e a Lei 1.141, de 25 de março de 1993, que dividia a competência por matéria nos Juizados Especiais Cíveis e implantou as Turmas de Recursos. Com a resolução 006/95, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, Santa Catarina manteve o funcionamento dos Juizados de Pequenas Causas, criado pela Lei 8.271/91, pois os procedimentos adotados eram compatíveis com os da Lei 9.099/95.

Os Juizados Especiais Cíveis se estabilizaram como órgão do Poder Judiciário estadual, instituído e criado por Lei Federal, com previsão nas legislações estaduais e nos Atos Executivos de cada Juizado anteriormente estabelecido. A Lei 9.099/95 surgiu, portanto, como a forma de restabelecer a confiança do cidadão brasileiro no Judiciário. Veio com o intuito de simplificar os procedimentos e alcançar a Celeridade tão almejada.

Todavia, não basta permitir ao cidadão que possa “adentrar as portas do Poder Judiciário”. É preciso dar condições efetivas para que este cidadão possa, em condições ideais, conduzir o seu pleito e alcançar a mais lúdima e perfeita Justiça, consistente esta no resultado prático da demanda que operacionalize e efetive o Direito do cidadão postulado em Juízo.

Pois bem! Uma vez alcançado o “acesso”, aqui entendido como possibilidade de “entregar o pleito em Juízo” e obter o seu processamento e efetiva resposta jurisdicional, pergunta-se: teria o cidadão condições de postular em Juízo, sem assistência técnica de advogado, o seu pedido, ante a necessária linguagem jurídica técnica e necessária argumentação jurídica técnica que se aplicam em Juízo? Esta é a questão que nos propomos a discutir na presente pesquisa.

²⁷ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; RIBEIRO, Maurício Antônio. **Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.40.

2. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E LINGUAGEM JURÍDICA

Manuel Atienza²⁸, em sua obra *Curso de Argumentación Jurídica*, apresenta a complexidade do Direito e sobre esta Ciência assim se manifesta:

El Derecho es, obviamente, un fenómeno muy complejo y que puede contemplarse desde muy diversas perspectivas. Tres de esos enfoques han tenido, y siguen teniendo, una especial relevancia teórica.

Al primero se lo puede llamar estructural y tiende a indetificarse con el normativismo jurídico, pues parte de la idea de que el Derecho se compone esencialmente de normas. Usando una metáfora arquitectónica, podría decirse que se trata de mostrar, de describir, las partes de las que se compone el edificio jurídico y cómo se ensamblan entre sí.

Otro posible enfoque consiste en estudiar el Derecho desde un punto de vista funcional: para qué sirve cada una de las partes del edificio, y qué función cumple todo él en el contexto en el que está inserto (el conjunto de la sociedad). Se corresponde aproximadamente con las posturas realistas, sociológicas, que tienden a identificar el Derecho con la conducta (de los jueces y, en general, de los operadores jurídicos), puesto que lo que importa para contestar a las anteriores cuestiones no es el Derecho formalmente válido (el Derecho de los libros), sino el Derecho en acción, el Derecho verdaderamente eficaz.

En fin, desde una tercera perspectiva, es posible fijarse en la idealidad del Derecho. No en el edificio ya construido, con todos sus defectos, sino en lo que tendría que ser un edificio modélico (el Derecho justo). Las mejores versiones del Derecho natural (las que no han consistido en una mistificación del Derecho positivo) pueden verse de esta manera: como una propuesta de lo que habría que entender por Derecho racional.

²⁸ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 19.

Para Atienza²⁹, a complexidade do Direito advém essencialmente do fato de que o Direito é essencialmente argumentação. Não é só argumentação, não se resume a unicamente argumentação, mas, destacar este aspecto é de extrema importância para se entender os fenômenos jurídicos nas sociedades democráticas e para que todos os que operam com o Direito possam ter um sentido em sua atividade.

De modo que a Teoria da Argumentação Jurídica de Atienza³⁰ denota a complexidade do Direito enquanto ciência argumentativa e que, para operar o Direito e garantir de alguma forma a sua mais ampla efetividade, é necessário que o Operador Jurídico compreenda que a argumentação jurídica é diferente de todas as demais argumentações, pois é, como o próprio termo o afirma, jurídica³¹.

²⁹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 19.

³⁰ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 19.

³¹ Segundo Atienza sobre o pós-positivismo: Um fenômeno bastante curioso, quando alguém vê com uma perspectiva atual a contraposição clássica entre positivismo e jusnaturalismo, é a tendência a não se falar nem de positivismo nem de jusnaturalismo, ou seja, hoje ninguém é um positivista em sentido estrito, ao estilo de Kelsen. Há uma necessidade de agregar qualitativos à expressão "positivismo". Temos, por isso, positivistas inclusivos e excludentes, positivistas axiológicos, positivistas críticos, neopositivistas ou pós-positivistas. E, do lado do direito natural, há uma certa tendência a evitar o nome, pois me parece que os autores que de alguma forma estão nesta tradição sendo conscientes dos inconvenientes que acarreta usar o termo "Direito Natural" procuram evitá-lo usando outros termos como o de "Hermenêutica jurídica".

Creio que estas mudanças terminológicas são o sintoma de uma mudança verdadeiramente de fundo. Em minha opinião, assim como o tempo histórico do Direito Natural se concluiu há muito tempo com o fenômeno da positividade do Direito, o positivismo jurídico (mais recentemente) concluiu também o seu ciclo, com consequência das constitucionalização de nossos direitos.

Nesse sentido, pós-positivismo me parece uma denominação preferível às outras, porque surge a ideia de um processo e de uma fase do mesmo posterior à da positivismo. Porém, de todas as formas, não me parece que seja de todo adequada para referir-se à concepção do Direito na qual se poderia situar autores Dworkin, Alexy ou Nino e na qual eu também me situo.

Para referir-se a isto nos últimos tempos se está usando a expressão "constitucionalismo" ou "paradigma constitucionalista". Não se trata, naturalmente, de reduzir a teoria do Direito à teoria do Direito Constitucional, mas sim de considerar que estamos vivendo dentro de um paradigma de Direito que se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição, sobretudo porque a validade das normas, em especial das normas legisladas, depende se sua adequação à Constituição, e não unicamente a critérios formais e procedimentais, se não também a critérios materiais. Junto a isto, tem também grande importância a existência dos tribunais constitucionais (chamados assim ou de outra maneira) que fazem um papel de controle de

Segundo Manuel Atienza³², "a qualidade que melhor define o que se entende por um "bom jurista" talvez seja a sua capacidade de produzir argumentos e manejá-los com habilidade". Porém, destaca o autor, "Pouquíssimos juristas leram uma única vez um livro sobre a matéria e seguramente ignoram por completo a existência de algo próximo a uma "teoria da argumentação jurídica".

Como esclarece Atienza³³, na prática jurídica, os argumentos são as razões de Direito, pois nenhum Juiz profere qualquer decisão sem fundamento ou motivação, ou seja, sem informar o seu convencimento.

Nesta trilha de raciocínio, Atienza³⁴ apresenta sua Teoria, ensinando o que é argumentar, as concepções formal, material e pragmática, apresenta um método de análise das argumentações e os contextos da argumentação jurídica.

Para Atienza³⁵, há três campos de atuação da Ciência Jurídica: a produção das normas jurídicas, a aplicação das normas jurídicas e a dogmática jurídica. Na opinião de Atienza, interessa às teorias argumentativas dominantes o estudo relativo ao campo de atuação, ou seja, a aplicação (ou melhor, interpretação) do Direito que, de forma mais específica, é levado a efeito pelos Juízes.

constitucionalidade das leis.

Prefiro esta última expressão, não porque a de "positivismo jurídico" me pareça confusa (o é, mas se poderia procurar esclarecê-la), senão porque me parece que para ir mais além do positivismo jurídico se necessita tomar em consideração também outras tradições não-positivistas ou antipositivistas e isto não fica refletido com o rótulo de "pós-positivismo". (CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane org. **Direito e argumentação no pensamento de Manoel Atienza**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 47.)

³² ATIENZA, Manuel. **Razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

³³ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 19.

³⁴ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 19.

³⁵ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 20.

Em artigo científico publicado na Revista da FURB, a Mestranda do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Tatiani Heckert Braatz³⁶, confirma que

Após sua análise a respeito das várias concepções e teorias explicativas relacionadas à argumentação jurídica, inclusive aquelas formuladas por outras ciências, tais quais a Lógica, a Psicologia e a Lingüística, Manuel Atienza conclui pela existência de quatro traços semelhantes entre elas que, de maneira sucinta, podem ser assim identificados:

a) argumentar é sempre uma ação relativa à linguagem, quer seja oral, quer seja escrita, na qual se verifica sempre que seu sentido é justificar (ou refutar) uma tese, dando razões para isso. É esse dar razões que diferencia a argumentação das demais formas de resolução de problemas;

a) uma argumentação supõe sempre um problema, para o qual há que se encontrar uma solução, suscitando-se assim a necessidade de argumentar;

b) há duas formas clássicas de se ver a argumentação, ou seja: como um processo (uma atividade de argumentar) e como um produto, um resultado (os argumentos). No primeiro caso (o processo) é o que ocorre entre o termo inicial (problema) e o termo final (a solução); no segundo, a argumentação vem a ser o conjunto de enunciados, em que se distinguem três elementos: as premissas (de onde se parte); a conclusão (onde se chega) e as inferências (relações entre premissas e conclusões);

c) a argumentação é sempre uma atividade racional, porque sempre haverá critérios para valorar uma argumentação (isto é, se o argumento é bom ou ruim).

Essa análise leva a conclusão de que a ambiguidade entre considerar a argumentação atividade ou produto é que dá suporte para o desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica, na qual um dos pólos parece ser

³⁶ BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? A argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. **Revista Jurídica** - CCJ/FURB ISSN 1982 -4858 v. 11, nº 21, p. 133 - 147, jan./jun. 2007. p. 133.

fixo e o outro mutante, de acordo com as ideias que cada um dos *jus* filósofos expressa em suas teorias.

Concluída esta síntese, releva destacar que Atienza, a partir de sua análise e, especificamente, através dessa sua classificação, observa que não há duas, mas, sim três formas de ver a argumentação jurídica, as quais ele classifica em formal, material e pragmática.

Esta última suporta ainda a subdivisão entre dialética e retórica. Entende, além disso, que a chave para a distinção dessas três concepções está na vinculação existente entre a argumentação e a noção de problemas com a diversidade de situações com as quais pode deparar-se o operador jurídico.

Da análise da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza³⁷, verifica-se que a argumentação jurídica parte essencialmente da linguagem jurídica. Argumenta David Mellinkoff³⁸ que “a Justiça é uma profissão de palavras e as palavras da lei são, de fato, a própria lei”.

Alexy³⁹ apresenta a existência de tipos bem diferentes de argumentação jurídica e que essas diferenças podem ainda sofrer múltiplas subdivisões, cujos resultados são os mais variados. Cita o autor, como exemplo, as discussões que podem ser travadas num Tribunal que, de um lado, há um limite institucional e, de outro, as discussões entre dois advogados cujo limite é o tema jurídico aventado. Conclui, por fim, que a diversidade das diferenças é verificada também nas semelhanças, cujo traço mais evidente é o argumento jurídico. O ponto central então a ser analisado, segundo Alexy, é o que de modo efetivo distingue a argumentação jurídica da argumentação prática geral.

³⁷ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 19.

³⁸ MELLINKOFF, David. **The language of the law**. Boston: Little Brown, 1963. p. 61.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 211-212.

Em interessante obra, *Linguagem e Direito*, resultado de estudos promovidos na Universidade Federal de Pernambuco, Virgínia Colares⁴⁰ afirma que no Direito, a linguagem estabelece relações entre pessoas e grupos sociais, faz emergir e desaparecer entidades, concede e usurpa a liberdade, absolve e condena réus. Um compromisso, antes inexistente, pelo uso da linguagem, origina-se no Direito; um novo órgão estatal surge pela utilização da palavra certa, pela pessoa certa; um procedimento legal é instituído no novo código processual em gestação, poderes são conferidos etc.

Enfim, algo diferente acontece no panorama delineado pelo Direito, porque foi realizado um ato jurídico através de um ato de fala, isto é, realiza-se um ato performativo de fala, uma ação que determina mudanças no mundo legalmente estruturado. A Sociolinguística variacionista estuda o “juridiquês” e as conseqüências de seu uso no que tange ao Acesso à Justiça.

Asseguram Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴¹ que o acesso ao conhecimento do Direito constitui uma das modalidades de acesso à Justiça.

Miguel Reale⁴², em antiga e prudente preocupação com a introdução dos iniciantes na linguagem do Direito, estabelece recomendações propedêuticas ao estudo do Direito, pois, “às vezes, expressões correntes, de uso comum do povo, adquirem, no mundo jurídico, um sentido técnico especial.”

Diz Virgínia Colares⁴³ que, no mundo de língua anglo-saxônica, a preocupação com a teorização acerca da Linguagem & Direito tomou fôlego com o *plain language movement* dos anos 1970. Nos Estados Unidos, Inglaterra, Suécia, Alemanha e Israel, vários estudos começavam a

⁴⁰ COLARES, Virgínia (org.). **Linguagem e direito**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. p.10.

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 58.

⁴² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 36.

⁴³ COLARES, Virgínia (org.). **Linguagem e direito**. p. 10.

questionar o uso da linguagem em contextos institucionais e o abuso no uso da linguagem pelos detentores do poder, no exercício de suas atividades profissionais. O movimento agregava profissionais de diversas áreas e as abordagens na perspectiva sócio-linguística que enfatizavam a questão da assimetria na interação. Defendia-se o direito do cidadão comum de entender e ser entendido, em contextos institucionais.

Portanto, a realidade institucional do Direito subsiste unicamente através da sua expressão verbal e escrita, pois não haveria Lei sem a Linguagem. E, decorrente da Linguagem, temos a Argumentação Jurídica, forma e expressão da Linguagem Jurídica.

A questão que se coloca, diante do estudo da linguagem e argumentação jurídicas é, em que medida o cidadão comum do povo, o jurisdicionado, que não é técnico e nem conhecedor da linguagem jurídica, teria condições de garantir o efetivo Acesso e alcance da efetiva Justiça, num contexto complexo de argumentação e linguagem jurídica?

3. O *JUS POSTULANDI* NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E O ACESSO À JUSTIÇA

Em março de 2004, uma pesquisa do Ibope, encomendada pela Associação dos Magistrados Brasileiros⁴⁴, demonstrou haver um enorme fosso entre a linguagem jurídica e a língua utilizada pelo cidadão comum, deixando do lado de fora dos Portais do Judiciário uma parcela significativa da população brasileira.

Segundo o Juiz Rodrigo Collaço⁴⁵, ex-presidente da referida Associação, “a

⁴⁴ A Pesquisa completa pode ser lida em http://www.conjur.com.br/2004-out-13/imagem_judiciario_detalhada_pesquisa_ibope.

⁴⁵ Associação dos Magistrados Brasileiros. **O judiciário ao alcance de todos:** noções

linguagem jurídica afasta a população do Poder Judiciário” o que leva a considerá-la como um dos obstáculos ao Acesso à Justiça e ao Direito.

Em interessante artigo, Nirlene da Consolação Oliveira⁴⁶, afirma que a linguagem jurídica é produto de construção sócio cultural, imprescindível à efetivação do acesso à Justiça e deveria estar, por princípio constitucional, ao alcance de todos. No entanto, via de regra, é ela a se colocar como uma grande muralha entre o cidadão e o texto jurídico, seja ele escrito ou oral, tornando-se grande responsável pelo desconhecimento do Direito e, por consequência, óbice ao acesso à Justiça.

O relatório preliminar do Grupo de Trabalho da *Commission on Legal Empowerment of the Poor* (PENUD)⁴⁷ aponta quatro principais obstáculos à efetivação do Acesso à Justiça, dentre eles, a falta de conhecimento sobre os Direitos.

Eleger o desconhecimento sobre os direitos como um dos fatores implicados no processo de exclusão do Acesso à Justiça é tão mais simples que problematizar as razões que levam à ignorância. Sim, razões, porque não há, por certo, apenas um tijolo a erguer o muro da ignorância jurídica.

Assim, sustenta a Professora Nirlene da Consolação Oliveira⁴⁸, que indubitável é que o Direito, para muitos, adormece na letra fria da lei, porque sua compreensão efetiva está muito distante do cidadão médio, embora tenha consequências diretas na vida de todos.

básicas de juridiquês. Brasília: Ediouro Gráfica e Editora, 2005. p. 19.

⁴⁶ OLIVEIRA, Nirlene da Consolação. **Linguagem jurídica e acesso à justiça**. Disponível em: <http://www.kennedy.br/revistadedireito/art/downloadPDF.php?pdf=Artigo46>. Acesso em 31.07.2013.

⁴⁷ COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR. **Hospedado pela Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento** (PNUD). Disponível em <<http://www.undp.org/legalempowerment>> Acesso em 31.07.2013.

⁴⁸ OLIVEIRA, Nirlene da Consolação. **Linguagem jurídica e acesso à justiça**. Disponível em <<http://www.kennedy.br/revistadedireito/art/downloadPDF.php?pdf=Artigo46>> Acesso em 31.07.2013.

Nessa trilha de raciocínio, verifica-se que, em que pese o art. 9º, da Lei 9.099/95 garantir a possibilidade de Acesso ao Judiciário de forma desembaraçada, simples, sem a burocracia da busca de um profissional advogado, o que demandaria custos e demais empecilhos ao cidadão nas causas de menor complexidade, ainda assim, esta possibilidade de acesso simplificado não garante em todas as oportunidades o efetivo Acesso à Justiça.

E uma das hipóteses que trabalhamos na presente pesquisa, é a de que o Acesso à Justiça não fica efetivamente garantido no caso do art. 9º, da Lei 9.099/95, face à complexidade da linguagem jurídica e da argumentação jurídica, os quais estão muitos distantes do conhecimento e prática do cidadão comum do povo, o qual, apesar de ter garantido o acesso (postulação em Juízo), não tem o preparo técnico necessário ao enfrentamento da complexa linguagem do Direito, não tendo condições, por isso, de compreender a complexidade da Argumentação Jurídica em que está inserido no decorrer de um processo.

Mesmo em causas consideradas de menor complexidade, ainda assim, o cidadão litigante está submetido a um sistema extremamente complexo, técnico e que se desenha a partir das Teorias de Argumentação Jurídicas previstas e estudadas por Atienza e demais autores mencionados neste estudo. Se para os Operadores do Direito já é tarefa árdua compreender tais teorias e todo o seu complexo significado, que se dirá do cidadão leigo, que não compreende o Mundo Jurídico em todas as suas dimensões.

Em nossa prática de aproximadamente 13 anos de Juizados Especiais Cíveis, como Juíza Leiga, observamos que, no exercício do *Jus Postulandi* do art. 9º, da Lei 9.099/95, não raras as vezes a parte que faz uso da faculdade do art. 9º se sente apreensiva e tecnicamente desamparada quando é chamada a tomar uma decisão face a um caminho processual a ser seguido, evidentemente por seu absoluto desconhecimento da complexidade material

e processual do Direito como um todo.

Em casos de consumidores que litigam perante os grandes fornecedores - chamados de litigantes habituais (empresas de telefonia, bancos, financeiras, seguradoras etc.), por exemplo, tal dificuldade se estampa de modo mais evidente, uma vez que a Resposta protocolizada pelas empresas em Juízo (Contestação, Pedido Contraposto etc.), por vezes suscita matérias processuais complexas, tais como, preliminares de mérito do art. 301, do Código de Processo Civil, institutos como decadência, prescrição, utilização de terminologias em latim, divergências jurisprudenciais e demais incidentes processuais, e, ainda, discutem-se os Enunciados do FONAJE e questões bastante específicas dos próprios Juizados Especiais e suas Turmas Recursais, questões estas que estão muito aquém da compreensão do leigo, do ponto de vista da Linguagem e Argumentação Jurídicas.

Portanto, não é possível afirma-se com segurança que o Acesso à Justiça previsto no art. 9º, da Lei 9.099/95 é garantia da realização da efetiva Justiça ao Cidadão. Há uma grande distância entre o discurso de Acesso à Justiça e a Realização da Justiça postulada pelo cidadão, na medida em que a Linguagem Jurídica ainda é um obstáculo ao pleno conhecimento do Direito e, em face deste obstáculo, a postulação por meio de uma melhor Argumentação Jurídica fica prejudicada e pode conduzir o cidadão a um resultado desfavorável e Injusto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o acima exposto, a presente pesquisa apresentou uma discussão sobre em que medida o cidadão que faz uso do *Jus Postulandi* do art. 9º, da Lei nº 9.099/95 consegue garantir o Acesso e a Efetividade da

Justiça almejada, diante da complexidade da Linguagem Jurídica que se impõe em uma Argumentação Jurídica.

O Direito de Acesso à Justiça, de ter o pedido apreciado pelo Judiciário, deve compreendido na amplitude do termo *acesso*. O acesso é compreensão do sistema judiciário para com ele interagir de forma cidadã; é, ainda, o acesso a uma ordem jurídica justa, em que os conflitos sejam tratados e resolvidos de forma isonômica. Esse acesso jamais se concretizará isoladamente, sem que outros direitos se efetivem e lhe sirvam de alicerce.

O Acesso à Justiça vai além de mero aspecto processual, mas envolve o direito material legítimo; uma administração estatal imbuída da solução dos problemas sociais e da plena realização do direito; instrumentos processuais que possibilitem a efetividade do direito material, além de um Judiciário em sintonia com a sociedade na qual se insere e adequadamente estruturado para atender as demandas que lhe são apresentadas.

O efetivo Acesso à Justiça não deve ser considerado como a mera faculdade de recorrer ao Poder Judiciário, mas também como a possibilidade de acesso concreto aos direitos, que é o objetivo primordial das pessoas. E para se ter acesso concreto aos direitos, é necessário conhecer a linguagem jurídica, para que se possa argumentar juridicamente.

A Teoria da Argumentação Jurídica de Atienza denota a complexidade do Direito enquanto ciência argumentativa e que, para operar o Direito e garantir de alguma forma a sua mais ampla efetividade (acesso efetivo), é necessário que o Operador Jurídico compreenda que a argumentação jurídica é diferente de todas as demais argumentações, pois é, como o próprio termo o afirma, jurídica.

Para os mais críticos, a linguagem jurídica afasta a população do Poder Judiciário, o que leva a considerá-la como um dos obstáculos ao Acesso à

Justiça e ao Direito. A linguagem jurídica estaria a se colocar como uma grande muralha entre o cidadão e o texto jurídico, seja ele escrito ou oral, tornando-se grande responsável pelo desconhecimento do Direito e, por consequência, óbice ao acesso à Justiça.

Assim, em que pese o art. 9º, da Lei 9.099/95 garantir a possibilidade de Acesso ao Judiciário de forma desembaraçada, simples, sem a burocracia da busca de um profissional advogado, o que demandaria custos e demais empecilhos ao cidadão nas causas de menor complexidade, ainda assim, esta possibilidade de acesso simplificado não garante em todas as oportunidades o efetivo Acesso à Justiça. Isto porque, face à complexidade da linguagem jurídica e da argumentação jurídica, os quais estão muito distantes do conhecimento e prática do cidadão comum do povo, o qual, apesar de ter garantido o acesso (postulação em Juízo), não tem o preparo técnico necessário ao enfrentamento da complexa linguagem do Direito, não tendo condições, por isso, de compreender a complexidade da Argumentação Jurídica em que está inserido no decorrer de um processo.

Mesmo em causas consideradas de menor complexidade, ainda assim, o cidadão litigante está submetido a um sistema extremamente complexo, técnico e que se desenha a partir das Teorias de Argumentação Jurídicas previstas e estudadas por Atienza e demais autores mencionados neste estudo. Se para os Operadores do Direito já é tarefa árdua compreender tais teorias e todo o seu complexo significado, que se dirá do cidadão leigo, que não compreende o Mundo Jurídico em todas as suas dimensões.

Portanto, não é possível afirma-se com segurança que o Acesso à Justiça previsto no art. 9º, da Lei 9.099/95 é garantia da realização da efetiva Justiça ao Cidadão. Há uma grande distância entre o discurso de Acesso à Justiça e a Realização da Justiça postulada pelo cidadão, na medida em que a Linguagem Jurídica ainda é um obstáculo ao pleno conhecimento do Direito e, face a este obstáculo, a postulação por meio de uma melhor Argumentação

Jurídica fica prejudicada e pode conduzir o cidadão a um resultado desfavorável e Injusto.

A Linguagem é o instrumento de mediação entre o Homem e a Realidade. A Linguagem Jurídica é o instrumento de mediação entre o Homem e o Poder Judiciário. É necessário que os Operadores Jurídicos compreendam a importância de estudos permanentes sobre Linguagem e Argumentação Jurídicas, como forma de garantia de Acesso e Efetivação da Justiça na aplicação do Direito ao caso concreto.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça e efetividade do processo**: a ação monitória é um meio de superação dos obstáculos? Curitiba: Juruá, 2002.

AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. **O judiciário ao alcance de todos**: noções básicas de juridiquês. Brasília: Ediouro Gráfica e Editora, 2005.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel. **Razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3ª

ed. São Paulo: Landy, 2003.

BRAATZ, Tatiani Heckert. **É preciso argumentar?** A argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. Revista Jurídica - CCJ/FURB ISSN 1982 -4858 v. 11, nº 21, p. 133 - 147, jan./jun. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça.** Curitiba: Juruá, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, 1993, p. 41 apud ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais:** o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

COLARES, Virgínia (org.). **Linguagem e direito.** Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR. Hospedado pela Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Disponível em <<http://www.undp.org/legalempowerment>>.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane org. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manoel Atienza.** Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v., p.41, v 3.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; RIBEIRO, Maurício Antônio. **Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à Justiça:** da contribuição de

Mauro Cappelletti à realidade brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GROSSI, Naira Souza, CORONA, Roberto Brocaneli. **Valor da causa versus menor complexidade**: embate pelo acesso à justiça nos juizados especiais cíveis. Disponível em <http://manovramonti.diritto.it/docs/31879-valor-da-causa-versus-menor-complexidade-embate-pelo-acesso-justi-a-nos-juizados-especiais-c-veis>. Acesso em 05.07.2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAYERLE, Daniel; PFLEGER, Lillian. A indisponibilidade do interesse público no Juizado Especial Federal: como promover o efetivo acesso à Justiça? p. 7-32. *In, Juizados especiais federais em debate (recurso eletrônico)*. Organizadores: Zenildo Bodnar, Márcio Ricardo Staffen, José Antônio Savaris e Maria Raquel Duarte. UNIVALI e Conselho Nacional de Justiça, 2012. Livro eletrônico. Modo de acesso: www.univali.br/ppcj/ebook.

MELLINKOFF, David. **The language of the law**. Boston: Little Brown, 1963.

MORAES, Silvana Campos. **Juizado especial cível**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

OLIVEIRA, Nirlene da Consolação. **Linguagem jurídica e acesso à justiça**. Publicado eletronicamente em [http://www.kennedy.br/revista/dedireito/art/download PDF.php?pdf=Artigo46](http://www.kennedy.br/revista/dedireito/art/download%20PDF.php?pdf=Artigo46).

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Juizados especiais cíveis**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev.

atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Acesso à justiça e autonomia financeira do Poder Judiciário**: a quarta onda? Em busca da efetividade dos Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2006.

O DIREITO TRANSNACIONAL AMBIENTAL E A PROTEÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO

Patricia Pasqualini Philippi¹

Leonardo Zicarelli²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a análise do Direito Ambiental, não apenas do modo que ele se apresenta, mas também como uma possibilidade do Direito que deverá ser.

Parte-se do pressuposto de que o Direito Ambiental é um direito em construção e que por excelência tem a característica de ser transnacional, difuso e transindividual, um direito que deverá garantir a sobrevivência do planeta, das espécies e conseqüentemente, da própria humanidade.

Trata-se no primeiro capítulo de apresentar a questão ambiental como um Direito novo, planetário, e que requer um novo olhar dos indivíduos e dos Estados-Nações, um olhar de princípio solidário e fraterno, para que todos possam desenvolver-se sem abrir mão da própria existência.

O segundo capítulo dedica-se por sua vez a estudar e conceituar a soberania dos Estados-Nações e como esta soberania, também em construção, perdeu sua característica limitada por fronteiras. O Direito Ambiental quebra o

¹ Advogada Professora de Direito Penal e Introdução ao Direito da UNIDAVI – Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí; Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: philippi@unidavi.edu.br

² Advogado, Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: leonardo@zicarelli.adv.br

paradigma dos limites territoriais para que todos os Estados-Nações adotem uma regra única de proteção ambiental.

No terceiro e último capítulo, analisa-se a necessidade de implementação de uma ordem única ambiental que esteie o desenvolvimento humano ao mesmo tempo em que tutele o meio ambiente. Busca-se neste ponto demonstrar que desenvolvimento e sustentabilidade devem caminhar em sintonia para permanência da vida humana e do planeta.

Na elaboração do artigo foi utilizado o Método Indutivo, tanto na Fase de Investigação quanto na apresentação do relato dos seus resultados e, conjuntamente, foram adotadas as Técnicas do Referente³, da Categoria⁴, do Conceito Operacional⁵ e da Pesquisa Bibliográfica⁶.

Para este fim, visando estabelecer uma ordem didática que permita uma compreensão adequada dos aspectos envolvidos na pesquisa, optou-se por conceituar as diversas categorias na medida em que forem apresentadas, procurando identificar os seus contornos e variáveis.

Delimitado o conteúdo que se tratará e indicada a metodologia a ser utilizada, inicia-se com uma abordagem do direito ambiental, partindo-se logo em seguida para uma abordagem da soberania híbrida que hoje permeia os Estados-Nações, correlacionando-os, chegando ao final à ideia de que a proteção ao direito ambiental é uma condição para proteção ao direito do

³ Conceitua-se Referente como “a explicitação prévia do(s) motivos, do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 54).

⁴ Denomina-se Categoria “a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 25).

⁵ Conceito Operacional é a “definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 37).

⁶ Pesquisa Bibliográfica é expressão que indica a “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 209).

desenvolvimento humano.

1. DIREITO AMBIENTAL E SEU ASPECTO TRANSNACIONAL

O direito ambiental é uma questão transnacional por excelência, pois sem o planeta, evidentemente, não poderemos viver. A perpetuação dos recursos do meio ambiente para as presentes e futuras gerações exige um pensar solidário, responsável e urgente face à exploração abusiva dos recursos naturais.

Segundo Gabriel Real Ferrer, o Direito Ambiental surgiu pela necessidade de autodefesa da sociedade diante dos males que poderiam afetá-la diretamente e que, até então, não vinham sendo percebidos como próprios e ou comuns e, por esse motivo, não despertavam interesses e muito menos reações de ordem jurídica.⁷

A modernidade vem indicando uma nova forma de olhar a questão ambiental, já que o consumo desenfreado dos recursos do meio ambiente, para uso e deleite da Sociedade⁸ moderna e globalizada põe em risco nossa própria existência.

De certa forma o consumo é algo inato ao ser humano e tem como desdobramentos a utilização de quantidades cada vez maior dos recursos naturais, levando à sua escassez e à poluição do meio ambiente. A assustadora consequência desse impacto ambiental pode ser vista e sentida no meio

⁷ FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. *In: Revista Arazandi de Derecho Ambiental*. Pamplona (Espanha), n. 1, v.1, 2002, p. 73-93.

⁸ “[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra E em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 169. (negritos e destaques no original)

ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho.⁹

Junto com a modernidade e a busca pelo desenvolvimento de alguns países caminha o Direito Ambiental, um direito em construção e que exige novas reflexões. Satisfazer as necessidades do presente, sem comprometer a capacidade para que as futuras gerações possam satisfazer suas próprias necessidades é um desses desafios que este direito transnacional busca equacionar.

A sustentabilidade entendida como objetivo da humanidade é a proposta de Gabriel Ferrer para se pensar no Direito Ambiental Transnacional. Contudo, explica o mesmo que tudo o que se fala até então sobre sustentabilidade é o que está inserido nos objetivos do milênio, ou melhor, nas metas (uma das oito) apresentadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) na Declaração do Milênio e com pretensão de serem alcançadas até 2015.¹⁰

Nesta toada, precisa-se compreender que a perspectiva da sustentabilidade há de ser muito mais que uma proposta. Há de ser levada a sério e efetivada, pelo menos nesse momento da história, a qual parece ser a única esperança de se corrigir em tempo o processo de deterioração do planeta.

Daí, a necessidade urgente de se construir um direito de grupo, para todos e para sempre, visando um cenário jurídico transnacional.

A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, segundo Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, concluiu que muitas das atuais tendências do desenvolvimento resultam em número cada vez maior de pessoas pobres e vulneráveis, além de causarem dano ao meio ambiente, sendo necessário um novo tipo de desenvolvimento capaz de manter o

⁹ SÉGUIN, Élida. **O Direito Ambiental**. Nossa Casa Planetária. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 57.

¹⁰ FERRER, Gabriel Real. Aula ministrada em 25 e 26 de setembro de 2012 no Curso de Mestrado da Univali – Itajaí, SC.

progresso humano não apenas em alguns lugares por alguns anos, mas em todo planeta em um futuro longínquo. A fórmula para tanto sugerida é a do desenvolvimento sustentável.¹¹

Para aumentar a emblemática ressalta Guido Fernando Silva Soares que as contradições entre os direitos humanos, em especial o direito ao desenvolvimento, e as normas internacionais de proteção ambiental são inúmeras. Isto se dá porque há profundas controvérsias entre os Estados industrializados, preocupados com uma “limpeza” do mundo, que eles desde há muito tem “sujado”, e os Estados em desenvolvimento, que pretendem ter seu lugar no restrito mundo dos países desenvolvidos e industrializados.¹²

O fato é que o Direito Ambiental tem seu espaço num cenário transnacional, logo, deve garantir a equivalência de direitos a toda humanidade. Antes, porém, é necessário que essa humanidade esteja viva e para isso, os recursos naturais não podem se esgotar.

A palavra transnacional – formada pelo prefixo trans, que tem origem latina e significa além de, através, para trás, em troca de ou ao revés – concebe a ideia de espaço que atravessa o nacional, que perpasso o Estado, que está além da concepção soberana do Estado e, por consequência, carrega consigo, também, a ausência da dicotomia público e privado.¹³

A transnacionalidade emerge assim, evidenciada pela desterritorialização dos relacionamentos políticos-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultravalorizado e que articula o ordenamento jurídico planetário à margem das

¹¹ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Direito Ambiental Internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex Ed., 2002, p. 47.

¹² SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. São Paulo: Manole, 2003, p. 175.

¹³ STELZER, Joana. **O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica**. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 24-25.

soberanias de cada Estado¹⁴.

Neste contexto, explica Gabriel Ferrer Real, que a questão ambiental e a sustentabilidade (garantia de permanência dos recursos naturais) devem passar primeiramente pela ideia de educação. Tudo se inicia e se passa pelo mote da educação.

Além disso, é preciso que os países assumam a existência de princípios não apenas éticos, mas jurídicos para garantia de sobrevivência do planeta. Somente com a ideia de sustentabilidade e por meio de princípios jurídicos como da solidariedade e da fraternidade, dentre tantos outros existentes e tão importantes quanto, é que os países poderão caminhar lado a lado com as questões humanitárias, o desenvolvimento social e político e econômico, sem afrontar o direito ambiental transnacional e transindividual (de todos).¹⁵

A solidariedade, como explica o autor, converte a ação dispersa em ação coletiva, o privado em público. Em sua faceta ética e moral, o sentimento de solidariedade nos impulsiona a compartilhar aventuras e desventuras um com o outro, a podermos ao lado do desfavorecido, perceber problemas e emoções como se fossem próprios. A sociedade futura deve estar sustentada pela solidariedade e pela empatia.¹⁶

O princípio da solidariedade entre gerações postula o dever de observância dos interesses vindouros, haja vista a escassez de recursos naturais. Para tanto, cabe a promoção de princípios como a prevenção, do desenvolvimento sustentável e do aproveitamento dos recursos naturais. Como afirma Gomes Canotilho, os comportamentos ecológico e ambientalmente relevantes da

¹⁴ STELZER, Joana. **O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica**. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. p. 16.

¹⁵ FERRER, Gabriel Real. Aula ministrada em 25 e 26 de setembro de 2012 no Curso de Mestrado da Univali – Itajaí, SC.

¹⁶ FERRER, Real Gabriel. Artigo Científico elaborado pelo autor e entregue em aula do Curso de Mestrado da Univali. Sustentabilidade, transnacionalidade e transformações do Direito. Itajaí, 25 de setembro de 2012.

geração atual condicional e comprometem as condições de vida das gerações futuras.¹⁷

De igual tom, é possível compreender das lições de Gabriel Real Ferrer, que não se pode mais pensar só em grupos organizados politicamente, mas há que se compreender que a humanidade tem uma única casa, que é o mundo que se conhece e se habita.¹⁸

A fraternidade é ainda um conceito aberto, muito embora tenha suas raízes na Revolução Francesa (trilogia: liberdade, igualdade, fraternidade). Por certo que seu desaparecimento logo após a Revolução, não retira sua presença na história política e cultural do mundo ocidental.

Pelo contrário, ela se apresenta como um elemento para fundar um novo paradigma cultural capaz a ajudar a compor e orientar a história de vida do planeta e traz o juízo de reconhecimento do outro em contraposição à lógica do amigo-inimigo.¹⁹

A questão fundamental é que todos independente de raça, cultura, religião, ou desenvolvimento social necessitamos de um ambiente saudável para sobreviver, pois a casa é o nosso planeta.

2. DO DIREITO AMBIENTAL E DA SOBERANIA HÍBRIDA DOS ESTADOS-NAÇÕES

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **O direito ao ambiente como direito subjectivo.** In: *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro.* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Studia Iuridica 81, Colloquia 13. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 47.

¹⁸ FERRER, Real Gabriel. Artigo Científico elaborado pelo autor e entregue em aula do Curso de Mestrado da Univali. Sustentabilidade, transnacionalidade e transformações do Direito. Itajaí, 25 de setembro de 2012.

¹⁹ RESTA, Eligio. **Direito Fraterno.** Tradução: Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 139.

Partindo-se da premissa de que o Direito Ambiental é um direito transacional, ou seja, planetário, uma das emblemáticas a se transpassar é a soberania de casa Estado-país em relação a um ordenamento ambiental mundial.

Como conciliar culturas, interesses políticos, sociais e econômicos distintos (de cada país) com a ideia de urgência, supremacia, transindividualidade e transnacionalidade que envolve o Direito Ambiental.

Ao tratar de atributos inerentes à soberania, Darcy Azambuja esclarece que a soberania do Estado é considerada geralmente sob dois aspectos: o interno e o externo. A soberania interna quer dizer o poder do Estado nas leis e ordens que edita aos seus indivíduos e que predomina, sem contrastes e sem interferência de nenhum outro poder. A soberania externa, por sua vez, significa que, nas relações recíprocas entre os Estados, não há subordinação nem dependência, e sim igualdade.²⁰

Priorizou-se, assim, o pensamento quase intocável segundo o qual um país não obedeceria às normas internacionais a que não tivesse aderido ou se obrigado por meio de pactos internacionais.

A atual fase mundial, contudo, exige um pensar diferente.

Em seu artigo Sustentabilidade, Transnacionalidade e Transformações do Direito, Gabriel Ferrer Real²¹ explica que a soberania dos povos e dos estados tem sido um dos princípios inspiradores do mundo moderno, tendo a comunidade internacional se articulado em torno desse paradigma, fazendo com que neste momento (atual) a hibridação da soberania se faça necessária, haja vista o cenário ambiental mundial que se tem pela frente.

²⁰ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 41 ed. São Paulo: Editora Globo, 2001, p. 50.

²¹ FERRER, Real Gabriel. Artigo Científico elaborado pelo autor e entregue em aula do Curso de Mestrado da Univali. Sustentabilidade, transnacionalidade e transformações do Direito. Itajaí, 25 de setembro de 2012.

Como híbrido entende-se os elementos de distinta natureza. Como explica o citado autor: “a soberania que permanecerá na sociedade global será híbrida, pois será consequência e expressão tanto para clássicas estruturas políticas dos estados modernos como das complexas relações próprias do espaço transnacional.”²²

Sabe-se também que a força dos tratados são limitados, limitados à aceitação de cada país, consoante a sua soberania nacional frente ao direito internacional, até o momento em que se torne regra internacional de aceitação pela maioria ou costume internacional. Daí a necessidade de preceitos gerais e cogentes na comunidade internacional, que integre e possa ser exigido por cada país.

A evolução do direito, bem como o conceito de soberania, frente ao mundo globalizado, serão encarados sob um novo prisma, de acordo com a complexidade das organizações internacionais e respeitando o direito de igualdade entre os povos. A soberania como tantos outros institutos está em plena metamorfose.

Ives Granda Silva Martins afirma que o Estado Moderno está em sua formulação clássica de soberania clássica, falido.²³ Ou seja, há na atual conjuntura necessidade de universalização do Estado em nível de poderes decisórios, aceitando-se a Federal Universal de países e eliminando-se a Federal de cada país, que detém um poder intermediário quase sempre pesado e inútil.

Soberania (modelo surgido no final da Idade Média e que tem ainda como seu principal aspecto a territorialidade/fronteiras) significa um poder que não

²² FERRER, Real Gabriel. Tradução do rodapé apostro no Artigo Científico elaborado pelo autor e entregue em aula do Curso de Mestrado da Univali. Sustentabilidade, transnacionalidade e transformações do Direito. Itajaí, 25 de setembro de 2012.

²³ MARTINS, Ives Granda da Silva. **O Estado do Futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 102-113.

reconhece o outro a ele superior, seja no plano interestatal, seja no plano interno está certamente com os dias contatos. Um “ente novo” – composto de Comunidades de Estados que está a surgir, de caráter federalista, terá como lei suprema não uma Constituição, mas um Tratado, o qual será adotado de acordo com as regras do direito internacional e somente alterável de conformidade com estas.²⁴

Até que ponto um Estado pode agir de forma a prejudicar toda a humanidade? Até que ponto pode um Estado destruir seu patrimônio natural e cultural, ou colocar em risco a sobrevivência e a qualidade de vida de todas as espécies do planeta, com base na sua “soberania – fronteiras”?

As fronteiras são construções artificiais criadas pelos Estados, mais do que nunca, nos dias de hoje, há necessidade de enfrentarmos os desafios decorrentes desse fato e seus reflexos no direito.²⁵

É diante de uma perspectiva sombria, especialmente de ordem ambiental, que a comunidade internacional começa a raciocinar sobre instrumentos jurídicos passíveis de preservar valores reputados como prevalentes no conjunto de toda a humanidade.

O direito ambiental deve constituir objeto de tutela por parte das entidades jurídicas, porquanto, o apreço pela incolumidade da soberania não pode denotar condição para que o meio ambiental seja continuamente depredado, pois não há soberania sem nação, sem ecossistemas, enfim, sem vida.

A causa de proteção do meio ambiente, sua reivindicação e sua transformação na mentalidade do ser humano e nos meios produtivos, certamente é a mais imprescindível questão de ordem transnacional, porquanto o futuro da raça

²⁴ FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

²⁵ BERARDO, Telma. **Soberania, um Novo Conceito?** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n. 40, julho/setembro 2002, p.40.

humana poderá ser sua extinção com a destruição dos elementos, que mantém o equilíbrio da natureza.²⁶

A destruição do meio-ambiente (conhecido este como um novo direito ou direito de terceira geração) não se detém as fronteiras do país que originou a mesma. Por isso, não há como se pensar e se manter o caráter de soberania atual, ligado a fronteiras.

3. DA PROTEÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO

O Direito Ambiental, é um direito de todos, transnacional (planetário), e portanto, público. É um novo ramo do direito, que semelhante ao Direito Internacional Público, deve espelhar um conjunto de normas autônomas, regras e princípios, que disciplinam ou regulam as relações entre os Estados soberanos.²⁷ Definido também como “direito das gentes”²⁸, um unido de regras que preceituam as relações mútuas dos Estados e, subsidiariamente, as demais pessoas internacionais, como determinadas organizações, e dos indivíduos.²⁹

No âmbito do direito ambiental transnacional, como ainda não foi possível a implementação de um norma planetária única e atualizada, também não há uma legislação supranacional, o que se daria por ideal para proteção do meio ambiente.

²⁶ STELZER, Joana. O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. p.190.

²⁷ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11.

²⁸ Direito das gentes é conceituado por Rezek como “**direito das Nações**”, que ordena os direitos e deveres internacionais dos Estados soberanos. REZEK, José Francisco. p. 03.

²⁹ ACCIOLY, Hildebrando e; NASCIMENTO e SILVA, Geraldo Eulalio do. **Manual de Direito Internacional Público**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4.

Dáí resulta mais uma das dificuldades de se estabelecer a proteção ambiental. Primeiro dadas as diversidades culturais, políticas e sociais de cada país. Segundo, seus interesses econômicos e comerciais. Terceiro, não há uma norma cogente mundial a estabelecer o cumprimento de qualquer obrigação ambiental, tampouco pena a seu descumprimento, nem tampouco a obrigação de se firmar um tratado.

Por certo, no máximo o que se estabelece são mecanismos políticos, diplomáticos, ou embargos comerciais, que já não se mostram suficientes.

Ressalta-se que a causa de destruição de nosso entorno natural, a questão da paz e do consumo global de bens, por exemplo, são todos exemplos de questões que trazem consigo de imediata e efetiva defesa e por isso mesmo a construção de espaços transnacionais é uma emergência de nossa era.³⁰

Em verdade, de nada adiantaria, por exemplo, uma nação cuidar e ter uma excelente legislação e consciência social solidária e consciência ecológica no seio de seu povo, se o país vizinho não a tem, já que esta ficaria à mercê da poluição causada por seus vizinhos.

É urgente e indispensável para sobrevivência do planeta contribuir para a criação e a integração de um direito ambiental transnacional e contribuir para a consagração do meio ambiente como um valor coletivo e que condiciona a vida e a saúde.

É preciso compreender que este direito se faz urgente e necessário para sobrevivência das gerações presentes e futuras e que o desenvolvimento humano só se dará se realizado de forma sustentável.

Como esclarece Almeida:

³⁰ STELZER, Joana. O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. p. 181.

Um fato concreto e indiscutível é que as atividades humanas estão utilizando os serviços ambientais num ritmo tal que já não é mais garantida a capacidade dos ecossistemas de atenderem às necessidades das futuras gerações. A demanda por água, alimentos e energia para atender a uma população crescente representa um custo além do suportável para os ecossistemas. Mantida essa tendência, a infraestrutura natural vai se fragilizar ainda mais nas próximas décadas³¹.

A Declaração do Milênio, traçada em setembro de 2000, quando os representantes de 189 países reunidos na sede da ONU em Nova York, aprovaram uma lista de objetivos de desenvolvimento econômico, social, e ambiental, de forma a sanar as desigualdades sociais do planeta e a utilização predatória dos recursos naturais, não parecia na oportunidade, tão difícil de alcançar.

Os objetivos como: erradicar a miséria e a fome, universalizar o ensino básico, promover a igualdade de gênero e a autonomia das mulheres, reduzir a mortalidade infantil, melhorar a saúde materna, combater o HIV/aids, a malária e outras doenças, garantir a sustentabilidade ambiental e estabelecer a parcerias mundial para o desenvolvimento, passados mais de 13 anos, parecem ainda muito distantes.

A última Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, foi realizada no Rio de Janeiro, entre os dias 13 e 22 de junho de 2012, e ficou conhecida como Rio+20. Nela se rediscutiu e se renovou os compromissos políticos com o desenvolvimento sustentável.

O fato é que os chefes de Estado das nações mais ricas parecem não ter percebido que os valores concentrados de renda são insustentáveis para todos e que sem uma política solidária, fraterna e sustentável, todo o planeta corre riscos.

³¹ ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p.15.

A pobreza, a miséria, a fome, a falta de saneamento e estruturas básicas, fatores presentes nos países pobres e que se tenta erradicar nos emergentes, só agravam a crise ambiental. É preciso crescer. Esse crescimento deve ser para todos. E, sobretudo, sustentável.

Como esclarece Silva, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, concluiu e salientou a este respeito que muitas das tendências do desenvolvimento resultam em um número cada vez maior de pessoas pobres e vulneráveis, para além de causarem prejuízos ao meio ambiente. Para a Comissão, é preciso manter o progresso humano não apenas em alguns lugares e por alguns anos, mas em todo o planeta até um futuro longínquo, o que só se daria por meio do desenvolvimento sustentável³².

O fato é “para que o desenvolvimento seja sustentável, não basta que seja ecologicamente sustentável, mas deve visar igualmente às dimensões sociais, econômicas, políticas e culturais do desenvolvimento”³³.

Para Sampaio, o direito ao desenvolvimento corresponde a um princípio, como é o princípio da soberania e procura consolidar no plano internacional, o direito de os Estados usarem seus recursos de acordo com suas próprias políticas nacionais³⁴.

Acontece que os Estados mais ricos e industrializados, para assim se estabelecerem já esgotaram seus recursos e os emergentes, também o querem. E por fim, os pobres, pela falta de estrutura, por outro lado, também aniquilam o ecossistema. Ou seja, todos querem e necessitam manter-se e tornar-se desenvolvidos.

Como argumento de solução para todo este emblema o que se mostra mais

³² SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Direito Ambiental Internacional**. p.47.

³³ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Direito Ambiental Internacional**. p. 50.

³⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. WOLD, Chris. NARDY, Afrânio José Fonseca. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 10.

atuante é o desenvolvimento sustentável, que no entender de Silva, parece mais interessante aos países desenvolvidos do que para os países em desenvolvimento. Isto se dá graças a uma política de degradação ambiental, onde os países desenvolvidos puderam elevar o nível de vida de suas populações ao custo da poluição global que faz com que a adoção agora, por países em desenvolvimento, da mesma política torne o mundo quase inabitável.³⁵

Adverte Soares:

As contradições entre os direitos humanos, em especial o direito ao desenvolvimento, e as normas internacionais de proteção ambiental são inúmeras, como se pode deduzir de todo o capítulo de controvérsias entre Estados industrializados, preocupados com uma 'limpeza' do mundo, que eles, desde há muito, têm 'sujado', e os Estados em desenvolvimento, que pretendem ter seu lugar no restrito mundo dos países desenvolvidos e industrializados.³⁶

O desenvolvimento sustentável, apesar de não ser uma panaceia para todos os males, é o que ameniza os conflitos, porquanto qualquer atividade humana pode demandar ricos de degradação ambiental.

Se o direito ao desenvolvimento é um dos direitos fundamentais da pessoa humana, aplicado sem consciência e critérios, com certeza acarretará a destruição do que resta do meio ambiente.

Esta é mais uma prova de que se faz urgente um novo pensar a respeito do Direito Ambiental. Um pensar que envolva um Direito Ambiental de alcance global, um pensar que abandone uma postura ancorada numa antropologia unilateral e onde todos estejam dispostos a dar a sua colaboração, visando à continuidade do planeta e das espécies, sobretudo, a espécie humana.

³⁵ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Direito Ambiental Internacional**. p.50.

³⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. p. 175.

Todos os Estados e todas as populações têm direito ao desenvolvimento. Sem ele a natureza, também é seriamente afetada. O desenvolvimento, porém, exige sustentabilidade. Exige solidariedade, fraternidade, responsabilidade. O desenvolvimento sustentável é hoje a mais importante alternativa para sobrevivência da vida na terra. E a terra é a casa de todos e não de alguns.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é possível identificar no desenvolvimento deste trabalho, a questões relacionadas ao Direito Ambiental, um direito ainda em construção, estão longe de ser encerradas.

Diante das catástrofes ambientais naturais, do consumo descontrolado de recursos naturais e dos danos provocados pelas atividades humanas, cresce cada vez mais a preocupação com o futuro do planeta e com a sobrevivência das espécies.

Por outro lado, deve garantir-se o direito ao desenvolvimento humano, especialmente nos países emergentes, que, contudo, não poderá se delinear num confronto cruel entre direitos humanos e o direito ambiental. Para isso, não há como fugir da regra máxima da sustentabilidade. O desenvolvimento humano só será possível ser alcançado sem desastre e prejuízo ambiental, se pensado como sustentável.

De plano, constatou-se assim a urgência de implementação de um Direito Ambiental planetário (transnacional), difuso e único, que ancore o desenvolvimento sustentável. Um Direito que satisfaça aos anseios sociais e o desenvolvimento humano ao mesmo tempo em que garanta a sustentabilidade e manutenção das gerações presentes e futuras. Afinal, a vida do planeta está em risco.

Para além disso, é necessário pensar num Direito Ambiental que perpassa a vida educacional e cultural, tenha sintonia com os princípios da solidariedade e fraternidade, que seja preventivo, cogente, e sobretudo, que seja sustentável, aceito e respeitados por todos.

Isto porque, todos no mundo necessitam e dependem do meio ambiente e dos serviços advindos dos ecossistemas para terem condições de uma vida decente, saudável e segura na terra.

Aqueles que ainda não alcançaram este patamar desejam tê-lo e não mediram esforços para este fim, o que demandará mais alimentos, água, energia, enfim, o maior sacrifício da natureza.

O desenvolvimento sustentável, portanto, é a força-motriz para que não haja o esgotamento dos recursos naturais em prol do desenvolvimento humano, que neste caso, só se dará utópica e temporariamente, pois os efeitos da degradação chegarão, logo, impedindo mais cedo ou mais tarde a permanência da vida humana no planeta.

Por fim é de concluir que, embora o tema não se esgote e mereça de muito mais estudo e aprofundamento, por esta breve reflexão já é possível afirmar que o Direito Ambiental é um bem da humanidade, de toda e qualquer Nação, sem importar-se com limites, sejam eles de que ordem for. É o Direito Ambiental um direito de urgência, preventivo, solidário, fraterno, transnacional e difuso, que aspira uma ordem única, de cumprimento e alcance planetários, sob pena de extinção de todo o ser que habita nosso planeta.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACCIOLY, Hildebrando e; NASCIMENTO e SILVA, Geraldo Eulalio do. **Manual de Direito Internacional Público**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 41. ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

BERARDO, Telma. Soberania, um Novo Conceito? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 40, julho/setembro, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

CANOTILHO, J.J. Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. *In: A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Studia Iuridica 81, Colloquia 13. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. *In: Revista Arazandi de Derecho Ambiental*. Pamplona (Espanha), n. 1, v.1, 2002.

FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MARTINS, Ives Granda da Silva. **O Estado do Futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática** – 12. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011.

RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. Tradução: Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. WOLD, Chris. NARDY, Afrânio José Fonseca.

Princípios de direito ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÉGUIN, Élida. **O Direito Ambiental.** Nossa Casa Planetária. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Direito Ambiental Internacional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Thex Ed., 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente.** São Paulo: Manole, 2003.

STELZER, Joana. O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica.
In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2011.

CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS - O PODER CRIADOR DOS JUÍZES E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Júlio César Bernardes¹

João Batista Thomé²

INTRODUÇÃO

O legislador brasileiro, em razão da constante modificação das relações sociais, as quais influenciam o pensamento jurídico, tem se utilizado, como técnica legislativa, do emprego dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais.

Exemplo recente da utilização dessa técnica legislativa é o Código Civil vigente, que se norteou por três princípios - socialidade, eticidade e operabilidade -

¹ Mestrando em Ciência Jurídica, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI (Conceito 5 CAPES), com Área de Concentração em Fundamentos do Direito Positivo e linha de pesquisa Direito e Jurisdição. Mestrando no *Máster de Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Univerdade de Alicante, Espanha. Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP (2008), possui graduação em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (2002). Foi Promotor de Justiça no Estado do Paraná (2008/2009), Coordenador de Curso da extensão da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina em Criciúma-SC e docente da Universidade do Sul de Santa Catarina, atuando nas áreas do Direito Público e Privado. Atualmente é Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

² Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI (Conceito 5 CAPES); Especialista em Responsabilidade Social pela UNIVILLE; Graduado em Direito pela Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE; Assistente de Promotoria do Ministério Público de Santa Catarina; Professor de Curso de Pós-Graduação na Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE; Presidente do Comitê de Responsabilidade Social da UNIVILLE; Consultor para o 3º Setor nas áreas de Gestão Institucional, Captação, Capacitação e Gestão de Voluntários, e Captação e Mobilização de Recursos; Articulador Regional Adjunto da Região Sul do Movimento Nacional pela Cidadania e Solidariedade; Coordenador de Mobilização do Movimento Nacional pela Cidadania e Solidariedade - Santa Catarina e Vice-Coordenador do Comitê do Movimento Nós Podemos Joinville

adotando o emprego das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, com a finalidade de tornar mais duradoura a aplicação da norma em virtude das modificações sociais, culturais e econômicas ocorrentes na sociedade brasileira. A socialização das relações privadas amparada pelas cláusulas gerais da função social da propriedade e do contrato corroborou para o aumento da intervenção judicial nos negócios jurídicos regulados pelo direito privado, os quais, por expressa disposição legal (art. 2.035, parágrafo único, do CC), não podem contrariar preceitos de ordem pública, como os elencados acima.

De outro norte, no direito público, observa-se uma aproximação entre a política e o direito, como se verifica na atuação ativista dos juízes ao garantirem, por exemplo, o fornecimento de remédios ou tratamentos médicos não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, ou ainda, em decisões que, de certo modo, invadem as competências funcionais dos poderes legislativo e executivo.

Partindo-se da premissa que as chamadas cláusulas gerais, semelhantes aos conceitos jurídicos indeterminados, são enunciados normativos cujo conteúdo é indeterminado, possibilitando ao intérprete adaptá-la ao caso que lhe é apresentado, em razão do contexto social, econômico, político e cultural de determinada localidade, questiona-se se estariam hoje os juízes exercendo papel de legisladores ao aplicarem esses institutos ou proferirem decisões ativistas.

Admitindo correto o parágrafo acima, considerando que o juiz não foi eleito pelo processo democrático de escolha para legislar (democracia representativa), questiona-se ainda se as decisões judiciais amparadas pelo poder criador das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados e do ativismo jurídico teriam legitimidade democrática.

O juiz contemporâneo não é simples “boca da lei”, ele realiza forte trabalho

intelectivo de interpretação e integração das normas e esse procedimento, que não se esgota na subsunção da lei ao fato, é impregnada de subjetividade, porque o juiz a realiza em conformidade com seus valores éticos, culturais, morais, econômicos entre outros.

A partir dessas hipóteses, pretende-se com este trabalho realizar um estudo sobre o poder criativo do juiz na atuação ativista e na aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, estabelecendo relação com a legitimidade democrática dessas decisões judiciais.

O método utilizado para a elaboração deste trabalho foi o indutivo, mediante pesquisa bibliográfica sobre o tema.

1. O PODER CRIADOR DOS JUÍZES E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Muito se discute, no campo acadêmico, sobre o poder criativo³ ou criador do juiz na aplicação da lei ao caso concreto, em especial, em sua função hodierna de interpretar e integrar o direito positivado. Longe de ser uma função mecânica e autômata, porque na aplicação desse direito positivo, sabido, o juiz, como ser humano que é, suscetível a erros e imperfeições, credita forte carga valorativa nesse exercício, de acordo com os valores éticos, morais, sociais, econômicos, culturais, políticos, enfim, conforme sua capacidade de percepção do mundo.

Esse poder criativo do juiz no julgamento, diriam alguns, está associado à insegurança jurídica, em virtude da ampliação de possibilidades de resultados

³ De acordo com o dicionário Houaiss, criatividade pode ser definida como "a qualidade ou característica de quem [...] é criativo; inventividade; inteligência e talento, natos ou adquiridos, para criar, inventar, inovar" (HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2001). Neste trabalho, utilizaremos o termo "poder criativo" ou "poder criador" para definir a atividade de o juiz interpretar o ordenamento positivo, seus princípios, aplicando-os no julgamento dos fatos que lhes são apresentados.

disponíveis. Especificamente, em determinados casos, como se abordará no presente trabalho, não há lacunas, não há pontos omissos, pois o legislador optou pela técnica legislativa das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados - como ocorre no Código Civil -, em vista a multiplicidade de eventos que ocorrem na evolução da sociedade.

Com efeito, as relações sociais não são estáticas, inertes, estão em constante evolução, e por tal motivo o direito deve acompanhar essa mudança de paradigma.

A modificação das relações sociais e econômicas, das políticas de estado, do processo cultural e ambiental da população ao passar dos tempos, gerou certa indefinição dos comandos normativos, o que fez ampliar o poder do juiz ao aplicar tais normas. Esse exercício de aplicação da lei distancia-se da simples subsunção, na qual o juiz emprega o enunciado normativo, após um processo de escolha e interpretação, adequando o fato à norma vigente a fim de solucionar a lide.

Em outros, há no processo uma conduta proativa do juiz, que interfere na competência funcional dos Poderes Legislativo e Executivo, a fim de aplicar a Constituição a casos não expressamente inseridos em seu texto à mingua de legislação infraconstitucional.

Não longe do embate sobre o ativismo judicial, que é motivo de críticas por parte da comunidade acadêmica, existem questionamentos acerca da legitimidade desse poder criativo do juiz ao aplicar a lei. Sustenta-se não possuir o magistrado legitimidade para desempenhar essa função criadora, porquanto não foi escolhido pelo povo, pelo processo democrático das eleições, para atuar como se legislador fosse⁴.

⁴ Bobbio, ao comentar sobre a democracia moderna, revela preocupação no sistema democrático atual, porque ele é formado por grupos formados por sindicatos, associações, agremiações e grupos de pessoas com interesses comuns, que elegem seu representante a fim de defender

Em tempos atuais, é inevitável a interação entre a política e o direito, como se verifica na atuação ativista dos juízes ao garantirem, por exemplo, vagas em escolas ou creches ou o fornecimento de remédios ou tratamentos médicos não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, ou ainda, em decisões do Supremo Tribunal Federal que trataram da fidelidade partidária; da verticalização das coligações partidárias; da cláusula de barreira e, ainda, da ficha limpa.

Não se pode esquecer também a criação das súmulas vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal, algumas delas com a legitimidade questionada pelos juristas, seja pela matéria ou mesmo pela escassez de precedentes, como a que tratou da restrição ao uso de algemas, sob o argumento de que ela se basearia em um único precedente, pois a Constituição da República exige reiteradas decisões (CF, art. 103-A), de modo que, nesses casos, o Supremo Tribunal Federal, com a edição de súmulas vinculantes cujo teor não tenha reiterados precedentes, estaria exercendo um papel normativo, próprio do Poder Legislativo.

Nos casos apresentados acima, verifica-se que esse poder criativo dos juízes, de certo modo, tem origem na omissão dos demais poderes. Contudo, os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos, não são, ao contrário dos membros do Poder Legislativo e Executivo, representantes eleitos

seus interesses particulares do grupo, afastando-se dos interesses da nação. Segundo Bobbio “[...] Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, na qual não existe mais o povo como unidade ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com a sua relativa autonomia diante do governo central (autonomia que os indivíduos singulares perderam ou só tiveram num modelo ideal de governo democrático sempre desmentido pelos fatos). O modelo ideal da sociedade democrática era aquele de uma sociedade centrípeta. A realidade que temos diante dos olhos é a de uma sociedade centrífuga, que não tem apenas um centro de poder (a vontade geral de Rousseau) mas muitos, merecendo por isto o nome, sobre o qual concordam os estudiosos da política, de sociedade policêntrica ou poliárquica (ou ainda, com uma expressão mais forte mas não de tudo incorreta, policrática). O modelo do estado democrático fundado na soberania popular, idealizado à imagem e semelhança da soberania do príncipe, era o modelo de uma sociedade monística. A sociedade real, sotoposta aos governos democráticos, é pluralista. [...] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2.000, p. 35.

do povo. Com base nesse discurso, apontam alguns que a atuação ativista do Poder Judiciário sobrepõe-se à dos agentes políticos investidos pelo voto popular, o que é denominado pela doutrina de “dificuldade contramajoritária”.

O Estado Liberal sagrou-se positivo, no aspecto jurídico, por romper o paradigma anterior, fortalecendo o princípio da legalidade e, por conseqüência, a segurança jurídica, fazendo governantes e governados respeitarem a lei e a constituição, independentemente de seus títulos e poder aquisitivo. Uma das conquistas da Revolução Francesa foi justamente a obediência a leis produzidas por um legislativo independente, eleito pelo povo.

No Brasil, na elaboração do Código Civil de 2002, ao contrário do Código Civil de 1916, o legislador optou por um sistema aberto de enunciados normativos, tornando, em regra, a codificação móvel, no sentido de possibilitar a aplicação da lei civil por um período mais duradouro. E para alcançar esse objetivo, seguindo as linhas de orientação do novo código (eticidade, operabilidade e sociabilidade), utilizou-se da técnica legislativa das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados - conceitos vagos ou imprecisos -, nos quais há a possibilidade de o juiz adequar os institutos jurídicos à mudança das relações sociais.

No conceito jurídico indeterminado, que difere da cláusula geral, o conteúdo da norma é vago e incerto, deixando ao arbítrio do juiz adequar o conceito do termo de acordo com o contexto histórico, social, moral, ético, cultural e econômico⁵.

Nessa toada, a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados amplia o poder criativo dos juízes, afastando-os do princípio da estrita legalidade, já que o conceito do termo indeterminado será proferido pelo julgador. Entre os

⁵ Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, os conceitos jurídicos indeterminados manifestam vaguidade em seu conteúdo, de forma a não ser possível, a priori, apontar-lhes a extensão denotativa. [FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão e Dominação. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 07].

exemplos mais comuns estão os termos “vícios ocultos”, “bons costumes”, “boa-fé”, “perigo iminente”, “divisão cômoda”, “bem comum”, “probidade” e “pudor”.

Bem por isso, afirma-se que a percepção individual de cada magistrado – percepção do mundo, dos fatos que lhes são apresentados, dos valores morais e éticos - será imprescindível para conceituar tais termos, implicando interpretações não unânimes e muitas vezes totalmente diversas, embora pareça simples exercício jurisdicional.

Nesse aspecto, recordam-se as diversas interpretações que deram os Tribunais de Justiça, os Tribunais Superiores (STJ, TST, STM), o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça sobre o termo “atividade jurídica”, incluído na Constituição da República pela Emenda 45/2004, como pressuposto para a inscrição em concurso público para a carreira da Magistratura⁶.

A função do conceito jurídico indeterminado é conceder ao juiz maior espaço para adequar o termo vago ao caso que lhe é apresentado, conforme as circunstâncias de cada lide, dos aspectos do objeto e da causa de pedir e das peculiaridades de cada parte do processo, o que possibilita aplicar a referida regra a casos não previstos pelo legislador e por espaço de tempo maior que as normas fechadas, já que essa adequação entre o termo vago e o fato é realizada pelo juiz no momento em que este profere a decisão judicial, levando em conta os aspectos sociais, econômicos, culturais, morais e éticos de determinado contexto histórico.

De outro norte, nas chamadas cláusulas gerais, o legislador, de forma propositada, deixa o conteúdo do enunciado normativo indeterminado,

⁶ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

possibilitando ao intérprete, na aplicação da lei ao caso concreto, uma adaptação entre o sistema jurídico fechado e o contexto social, econômico, político e cultural de determinada localidade.

Sobre o tema Judith Martins Costa aponta que:

As cláusulas gerais, mais do que um "caso" da teoria do direito - pois revolucionam a tradicional teoria das fontes (11) - constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de **standards**, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo⁷.

O Código Civil de 2002 destacou-se pela socialização do direito privado, e entre as principais cláusulas gerais adotadas por ele estão a boa-fé objetiva⁸, a função social do contrato⁹ e a função social da propriedade¹⁰.

⁷ MARTINS COSTA, Judith. **O Direito Privado como um "sistema em construção" as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/513/o-direito-privado-como-um-sistema-em-construcao#ixzz2IMq39bWo>. Acesso em 16/01/2013.

⁸ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. [...] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 2035 [...] Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

¹⁰ Art. 1.228, § 1º 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.

Como se observa, a cláusula geral confunde-se com o conceito jurídico indeterminado pela vagueza legislativa de ambas. Contudo, na cláusula geral, o juiz, além de fixar o dispositivo vago, deve aplicar a regra jurídica fornecida pela norma, porque, usualmente, as cláusulas gerais são princípios, regras de direito. Logo, nos conceitos jurídicos indeterminados, o juiz apenas preenche valorativamente o termo vago, aplicando a norma jurídica já explicitada pelo legislador - a consequência jurídica já está previamente determinada pela lei -, enquanto nas cláusulas gerais o juiz preenche valorativamente o termo vago e aplica o princípio estabelecido pela mesma norma - nesse caso, o juiz apresenta a consequência jurídica do fato que lhe é exposto na conformidade da cláusula geral -.

Nesse sentido, Rodrigo Mazzei pontua que:

Os pontos de diferença e convergência entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados permitem que igual expressão vaga possa funcionar de ambas as formas, ou até mesmo como princípio, dependendo nas duas primeiras hipóteses da delimitação fixada e da função que o conceito vago irá ter. Portanto, a mesma expressão abstrata dependendo da funcionalidade de que ela se reveste dentro do sistema jurídico, pode ser tomada como princípio geral do direito (v.g. princípio da boa-fé, não positivado), conceito legal indeterminado (v.g. boa-fé para a aquisição de propriedade pela usucapião extraordinária - cc. 1.238 e 1.260) ou cláusula geral (boa-fé nos contratos - cc. 422)¹¹.

Argumenta-se que aplicação dessas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados pelos juízes é forma de criação do direito.

Nesse ponto, lembre-se que em mensagem enviada ao Congresso Americano em 8 de dezembro de 1908, assim se expressou o presidente dos Estados Unidos, Theodore Roosevelt:

¹¹ MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil. In: ALVIN, Arruda; ALVIN, Thereza. (Orgs). **Comentários ao Código Civil Brasileiro. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 83-84.

Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda a vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes que de superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas.¹²

Na atividade de interpretação judicial há certo grau de criatividade, que não se confunde com arbitrariedade – total liberdade do intérprete –, mas sim discricionariedade, já que o juiz ao criar o direito está sujeito a limites processuais e substanciais, como a constituição, a lei, aos precedentes jurisprudenciais, os princípios e os valores fundamentais¹³. Logo, o princípio da legalidade não é elemento imprescindível do ato de julgar, pois o ordenamento jurídico permite ao julgador utilizar a equidade na forma dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, valendo-se de critérios próprios de justiça. E sobre esse poder criador Cappelletti esclarece que:

Deve ser firmamente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente “direito livre”, no sentido de arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o

¹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 5.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 23/24.

juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta.¹⁴

No mesmo norte, porém de forma mais intensa, estão as condutas pró-ativas de juízes, desembargadores e ministros ao efetivarem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tais como construir uma sociedade justa, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CRFB, art. 3º, I, III e IV), concretizando direitos fundamentais, como saúde, moradia, educação, meio ambiente equilibrado, etc. O Poder Judiciário brasileiro, atualmente, representa papel de destaque no cenário nacional, ao promover transformações sociais há muito esperadas pelo povo.

O ativismo judicial é apontado pela doutrina como a postura proativa do Poder Judiciário que se sobrepõe de forma significativa nas opções políticas dos Poderes Legislativo e Executivo. O surgimento do ativismo judicial ocorreu com decisões da Suprema Corte norte-americana ao implementar o controle judicial da constitucionalidade das leis federais, destacando-se que nas primeiras décadas do século XX o ativismo da Suprema Corte assume posição conservadora¹⁵.

Sobre o conceito de ativismo judicial, que não se confunde com judicialização da política, Barroso destaca que está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no campo de atuação dos outros dois Poderes, cuja conduta ativista se manifesta pela:

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 26.

¹⁵ PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais**. 1 Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 132.

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas¹⁶.

Já a judicialização da política está associada ao julgamento, pelo Poder Judiciário, de determinados assuntos de repercussão política, pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu.

Em tais casos, embora a relevância e repercussão política da matéria aponte que deva ser decidido pelos poderes políticos regularmente eleitos pelo povo - executivo e legislativo - , o Poder Judiciário é provocado a se manifestar (princípio da inércia), como nas ADINs, e o faz nos limites dos pedidos formulados (princípio da congruência), ou seja, não se trata de um exercício deliberado de vontade política.

Nesse sentido, Barroso destaca que:

É importante assinalar que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 02/01/2013.

cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente¹⁷.

Ressaltadas as diferenças conceituais entre ativismo judicial, judicialização da política, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, resta discorrer sobre a legalidade e a legitimidade, do ponto de vista democrático, da utilização, pelo Poder Judiciário, desses institutos.

Isso porque, sustenta-se que o método de solução de conflitos por meio das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, por sua abrangência, afrontaria o princípio da legalidade, havendo, ainda, fortes argumentos de que esse poder criador afronta a separação dos poderes e, por conseqüência, o primado da soberania popular, expressa por seus representantes eleitos.

O problema entre poder e legalidade remonta à antiguidade com a seguinte indagação: “é melhor o governo das leis ou o governo dos homens?”. Platão tratou do tema e para diferenciar o bom governo do mau governo, diz: “onde a lei é súdita dos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade [o Estado]; e onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam das às cidades”¹⁸.

Por sua vez, Aristóteles questiona saber se é “mais conveniente ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores” e como argumento favorável a legalidade enuncia a seguinte máxima: “A lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em toda alma humana”.

Bobbio, ao discorrer sobre o tema, destaca:

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 02/01/2013.

¹⁸ *apud* BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 96.

A supremacia da lei com respeito ao juízo dado caso por caso pelo governante (o *gubernator* platônico, que salva os companheiros nos piores momentos, "não escreve leis escritas mas fornece como lei a sua arte" [Político, 297a]) repousa em sua generalidade e em sua constância, no fato de não estar submetida à mudança das paixões: este contraste entre as paixões dos homens e a frieza das leis conduzirá ao *tópos* não menos clássico da lei identificada com a voz da razão. Um dos eixos da doutrina política medieval é a subordinação do príncipe à lei, segundo o princípio enunciado de forma aforística por Bracton: "*Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*" [De legibus et consuetudinibus Anglice, I, 8. 5]. Na tradição jurídica inglesa o princípio da subordinação do rei à lei conduz à doutrina do *rule of law*, ou governo da lei, fundamento do Estado de direito entendido, na sua acepção mais restrita, como Estado cujos poderes são exercidos no âmbito de leis preestabelecidas. [...] ¹⁹

De outro norte, o elemento negativo da legalidade está exatamente na sua generalidade, porquanto a lei não pode prever todos os casos possíveis e acaba, de tal modo, por exigir a intervenção do governante ou, na omissão deste, do magistrado, a fim de conceder a cada cidadão o que lhe é devido.

Segundo Bobbio, Aristóteles ao utilizar a expressão "sem paixões" quer demonstrar que onde o governante respeita a lei não pode fazer valer as próprias preferências pessoais em detrimento ao coletivo. Nessa lógica, o respeito à lei impede que o governante exerça o próprio poder parcialmente, em defesa de interesses privados. Finaliza afirmando que "Enquanto o primado da lei protege o cidadão do arbítrio do mau governante, o primado do homem o protege da aplicação indiscriminada da norma geral — desde que, entende-se, o governante seja justo" ²⁰.

Partindo-se dessa premissa, pode-se argumentar que a obediência estrita às

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 96.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 167/168.

leis pelos juízes é condição *sine quo non* para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, a fim de evitar decisões judiciais eivadas de arbitrariedade e em defesa de interesses particulares.

E o que contemplaria o termo “democracia”?

Não há consenso, havendo divergências entre os teóricos. Na política atual considera-se algo positivo, porém, como lembrado por Wolff, a democracia foi adotada por alguns regimes pouco democráticos, como, v.g. a República Democrática da Alemanha, da Segunda Guerra Mundial. Todavia, a primeira contradição está no entendimento de que a democracia é um regime no qual prevalece a regra “da maioria” ²¹.

Para instigar o pensamento crítico, sugerimos refletir a seguinte hipótese: Em uma cidade, após audiência pública sobre o plano diretor do município, 51% dos habitantes concordaram com a construção de uma fábrica cujos níveis de ruído emitidos sejam considerados prejudiciais à saúde humana. Amparando-se apenas pelo fundamento numérico, tal medida seria uma decisão democrática, porque respeitada a opinião da maioria, ainda que essa maioria não resida nas proximidades da futura fábrica ou mesmo não seja prejudicada com a referida construção.

Porém, ao decidir de modo contramajoritário no caso acima, utilizando como argumento a cláusula geral da função social da propriedade, o juiz garante efetividade a direitos fundamentais de minorias (direito ao meio ambiente saudável). Nessas circunstâncias, indaga-se: haveria uma decisão judicial antidemocrática?

Criticando o argumento puramente numérico, lembre-se que Tocqueville já comentava sobre a “tirania da maioria” e Jhon Stuart Mill desenvolveu

²¹ WOLFF, Jonathan. **Filosofia Política. Uma Introdução**. Traducción de Joan Verges Gifra. Barcelona: Editorial Ariel, 2001, p. 87.

semelhante raciocínio, argumentando que diante da implementação maciça de regimes democráticos era comum acreditar que se pessoas governassem segundo seus interesses então desapareceria totalmente a opressão política, pois se o povo governava a si mesmo, porque criaria leis opressivas? Contudo, necessário concordar com Wolff ao sustentar que a falácia desse discurso é crer que as pessoas são iguais, que têm os mesmos desejos e ambições, e que cada pessoa se vê afetada do mesmo modo por cada iniciativa política²².

Não obstante tais argumentos, deve-se lembrar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, II e III). Logo, toda promoção de direitos fundamentais exercida pelo Poder Judiciário, independente de legislação infraconstitucional, está amparada pela Constituição, texto esse promulgado com o consenso da maioria eleita pelo povo. Assim, a legitimidade democrática de aplicação desses objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil está apoiada embrionariamente no poder constituinte originário. Logo, não há violação à separação dos poderes e afronta à soberania popular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modificação das relações sociais e econômicas, das políticas de estado, do processo cultural e ambiental da população, ao passar dos tempos, exige a atualização da lei, que, de regra, é atividade cujo processo demanda tempo significativo. Por esse motivo, necessário o exercício interpretativo dos juízes ao aplicar o direito contextualizando a norma positivada com as orientações constitucionais e os precedentes jurisprudenciais.

²² WOLFF, Jonathan. **Filosofia Política. Uma Introdução**. Traducción de Joan Verges Gifra. Barcelona: Editorial Ariel, 2001, p. 87.

Esse exercício de aplicação da lei distancia-se da simples subsunção, na qual o juiz emprega o enunciado normativo, após um processo de escolha e interpretação, adequando o fato à norma vigente a fim de solucionar a lide. Trata-se de um poder criativo do juiz que visa efetivar os fundamentos e objetivos estabelecidos na Constituição da República.

Para aproximar a lei à realidade social do momento de sua afetiva aplicação, o Código Civil vigente adotou como técnica legislativa as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, tornando mais duradoura a aplicação da norma. Destacando-se pela socialização do direito privado, o Código Civil Brasileiro trouxe entre as principais cláusulas gerais a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a função social da propriedade.

A função do conceito jurídico indeterminado é conceder ao juiz maior espaço para adequar o termo vago ao caso que lhe é apresentado, conforme as circunstâncias de cada lide, dos aspectos do objeto e da causa de pedir e das peculiaridades de cada parte do processo, o que possibilita aplicar a referida regra a casos não previstos pelo legislador e por espaço de tempo maior que as normas fechadas. De forma semelhante, nas chamadas cláusulas gerais, o legislador, de forma propositada, deixa o conteúdo do enunciado normativo indeterminado, possibilitando ao intérprete, na aplicação da lei ao caso concreto, uma adaptação entre o sistema jurídico fechado e o contexto social, econômico, político e cultural de determinada localidade.

O poder criativo do juiz no direito com apoio nessas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, argumentam alguns, gera insegurança jurídica e invasão de competência funcional de outros poderes, diante da ausência de legitimidade democrática, ferindo o princípio da separação dos poderes. Isso porque, não foi o juiz escolhido pelo processo democrático das eleições para criar leis e executar as atividades funcionais do Poder Executivo.

Todavia, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático

de Direito e tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, II e III). Logo, toda promoção de direitos fundamentais exercida pelo Poder Judiciário – e aqui se aplica a socialização do direito privado forte no princípio da função social -, independente de legislação infraconstitucional, está amparada pela Constituição, texto esse promulgado com o consenso da maioria eleita pelo povo. Assim, a legitimidade democrática de aplicação desses objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil está apoiada embrionariamente no poder constituinte originário. Em suma, não há violação a separação dos poderes e afronta à soberania popular.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** Uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2.000.

_____. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política.** 3 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra,, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação.** São Paulo: Malheiros, 2005.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil. *In:* ALVIN, Arruda; ALVIM, Thereza. (Orgs). **Comentários ao Código Civil Brasileiro.** Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_S_elecao.pdf>. Acesso em: 02/01/2013.

MARTINS COSTA, Judith. **O Direito Privado como um "sistema em construção" as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513/o-direito-privado-como-um-sistema-em-construcao#ixzz2IMq39bWo>>. Acesso em 16/01/2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras da Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados. *In: Temas de Direito Processual* - 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais.** 1 Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In: A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional.* 2 ed. RJ-SP: Editora Renovar, 2003.

WOLFF, Jonathan. **Filosofía Política.** Una Introducción. Traducción de Joan Verges Gifra. Barcelona: Editorial Ariel, 2001.

TUTELA JUDICIAL DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Fernanda Sell de Souto Goulart¹

Jaqueline Moretti Quintero²

INTRODUÇÃO

O direito de acesso à informação pública constitui-se em um dos fundamentos da democracia, pois permite aos indivíduos participarem de modo efetivo das tomadas de decisões que os afetam.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXIII, prevê que:

todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.³

Atualmente, quase uma centena de países pelo mundo disciplinam em suas legislações acerca do acesso à informação. Além desses, órgãos internacionais também preveem a obrigatoriedade da informação pública, o que faz do direito à informação um direito universal.

No Brasil, o acesso à informação foi regulamentado pela Lei Federal 12.527, sancionada em 18 de novembro de 2011 pela Presidenta da República.

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI e Professora do Curso de Direito da UNIVALI

² Aluna do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – CMCJ da UNIVALI; Linha de Pesquisa: Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. E-mail: jaquemoretti@hotmail.com

³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Seguramente, trata-se de um marco para a transparência pública no Brasil pois estabelece o princípio de que o acesso é a regra e o sigilo a exceção, cabendo à Administração Pública atender aos pleitos dos cidadãos.

1. DEMOCRACIA

Diversas são as concepções de democracia ao longo dos séculos, desde sua primeira aceção na Grécia antiga.

Conforme assinala Samantha Chantal Drowolski, é na Atenas do século V a.C. que a ideia do governo do Estado pelo conjunto dos cidadãos não apenas se manifesta de modo consistente, como se torna objeto de análise e de reflexão em confronto com outros sistemas de organização da polis. Remonta deste período histórico a origem do termo democracia do grego, *demokratía*, resultado da união de *demos* (povo) e *krátos* (poder)⁴.

Para Pinto Ferreira⁵, “a democracia é o regime político baseado na vontade popular, expressa nas urnas, com uma técnica de liberdade e igualdade, variável segundo a história, assegurando o respeito às minorias”.

Clóvis de Souto Goulart afirma:

É claro que toda a concepção de democracia não poderá prescindir da ideia de povo no governo. Porém, para nós, a democracia é muito mais a realização de uma filosofia de vida do que uma forma estereotipada de governo. A participação do povo no governo, na condição de titular do poder político, representa uma consequência necessária,

⁴ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **O pêndulo da democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos, uma via pluralista para a construção social do sentido da constituição**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, 2004. p.13.

⁵ FERREIRA, Pinto. **Manual de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 207.

uma circunstância indissolúvelmente ligada à consecução dos ideais de liberdade e igualdade⁶.

A palavra democracia pode ser traduzida como um meio para a realização dos valores essenciais da convivência humana, através da participação dos cidadãos diretamente na gerência dos atos estatais. Repousa ela, assim, sobre dois princípios fundamentais: o princípio da soberania e o princípio da participação popular, que conjugados tendem a realização dos valores da igualdade e da liberdade⁷.

2. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Diversas naturezas possuem os instrumentos entregues ao povo para se tornar membro efetivo e participante da sociedade em que vive. Políticos, sociais ou jurisdicionais, todos eles se destinam à mesma finalidade de submeter o administrador ao controle e à aprovação do administrado. Como bem observa Eduardo K. Carrion:

Quando se fala em controle social da administração pública, procura-se sugerir a idéia de um controle ao mesmo tempo político e social, a exemplo dos últimos referidos. Não apenas um controle de legalidade, mas principalmente um controle de mérito, de eficácia, de conveniência e de oportunidade do ato administrativo.⁸

Especialmente a partir do início do século XX, quando a prática da democracia semidireta propagou-se na Europa, a maioria dos autores contestava a eficácia desse tipo de intervenção, baseando-se no fato de que, nos países onde era

⁶ GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo: regime natural de governo democrático**. Florianópolis: Fundação Nereu Ramos, 1979. p. 59.

⁷ DIAS, Luiz Claudio Portinho. **A democracia participativa brasileira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/61>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

⁸ CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Apontamentos de Direito Constitucional**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 83/84.

aplicada, importantes inovações políticas tinham sido rejeitadas pelo povo.

Dessa forma constitui-se um óbice real ao desenvolvimento político. A desinformação dos cidadãos, aliada à complexidade técnica das questões, seria um fator a mais para dificultar a prática da intervenção do povo nas decisões políticas.

Entretanto, vários autores que se ocupam da questão têm procurado mostrar que os mecanismos de participação direta ampliam a possibilidade de discussão de temas de interesse público, fornecendo a educação política dos cidadãos:

In sum, the initiative and referendum can increase popular participation in and responsibility for government, provide a permanent instrument of civic education and give popular talk the reality and discipline of power that it needs to be effective.⁹

Ao ponderar-se os prós e os contras da democracia, deve-se reconhecer devidamente que o fascínio pela governança participativa apareceu e reapareceu, com certa consistência, em diferentes partes do mundo. Não foi certamente uma força irresistível, mas em muitas partes do mundo desafiou, de maneira persistente, a crença irrefletida no autoritarismo como objeto inamovível.¹⁰

Desta feita, deve ficar claro o papel central da argumentação pública para a compreensão da justiça. Esse reconhecimento leva a uma ligação entre a ideia de justiça e a prática da democracia, uma vez que na filosofia política contemporânea a ideia de que a democracia é mais bem-vista como “governo por meio do debate” ganhou ampla aceitação.¹¹

⁹ BARBER, Benjamin R. **Strong Democracy**. Califórnia: Califórnia University Press, 1984, p. 284.

¹⁰ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das letras, 2011. p. 357.

¹¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das letras, 2011. P. 358.

Há, naturalmente, a visão mais antiga e mais formal da democracia que a caracteriza principalmente com relação às eleições e à votação secreta, em vez da perspectiva mais ampla do governo por meio do debate. Contudo, na filosofia política contemporânea, a compreensão da democracia ampliou-se enormemente, de modo que já não seja vista apenas com relação às demandas por exercício universal do voto secreto, mas, de maneira muito mais aberta, com relação àquilo que John Rawls chama de exercício da razão pública.¹²

Em contextos democráticos os mecanismos de participação direta abrem ampla possibilidade de intervenção do povo nas decisões políticas. Este é o resultado da prática da democracia semidireta em vários países. Benevides lembra que qualquer instituição de índole democrática pode ter sua função desviada: os partidos políticos, os parlamentos, o voto, podem encobrir a existência de um regime autoritário. Diz a autora:

O que importa é observar e discutir a aplicação de tais mecanismos em regimes democráticos, onde supõe-se a liberdade de expressão, de informação, de discussão e, portanto, de escolha real. A manipulação e o controle total nas ditaduras tornam inviável considerar seus referendos como institutos democráticos.

A consolidação dos institutos de participação direta em vários países, especialmente nos Estados Unidos e na Suíça, confirma as possibilidades da democracia semidireta. Hoje são poucos os países relativamente estáveis do ponto de vista político que não utilizam alguma das formas de participação direta. A questão é distribuir o controle e a competência para convocação das consultas populares, permitindo, principalmente, a possibilidade de realização de consultas através da iniciativa dos cidadãos.

Não basta, portanto, adotar os mecanismos de participação direta. É preciso, através de regras claras, não permitir sua utilização indevida, ou o bloqueio

¹² SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das letras, 2011. p. 358.

pelos poderes constituídos.

3. ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA COMO DIREITO UNIVERSAL

Princípio, costumeiramente, presente em Estados democráticos de direito é o princípio da publicidade. Tal preceito afirma que a informação sob a guarda do Estado é sempre pública, devendo haver restrição apenas em casos específicos. Assim sendo, toda a informação produzida, guardada, organizada e gerenciada pelo Estado em nome da sociedade é um bem público. O acesso a estes dados constitui-se em um dos fundamentos da consolidação da democracia, pois possibilita a participação de modo efetivo dos cidadãos na tomada de decisões que os afeta.

Em todo o mundo, cada vez mais o acesso à informação pública têm sido reconhecido como um direito. Cerca de 90 países possuem leis que o regulamentam.

A primeira nação no mundo a desenvolver um marco legal sobre acesso foi a Suécia, em 1766. Já os Estados Unidos aprovaram sua Lei de Liberdade de Informação, a FOIA (Freedom of Information Act), em 1966, que têm recebido diferentes emendas buscando adequação à passagem do tempo. Na América Latina, a Colômbia foi pioneira ao estabelecer, em 1888, um Código que franqueou o acesso a documentos de Governo. Já a legislação do México, de 2002, é considerada uma referência, tendo previsto a instauração de sistemas rápidos de acesso, a serem supervisionados por órgão independente. Chile, Uruguai, entre outros, também aprovaram leis de acesso à informação.¹³

O acesso à informação como direito fundamental também é reconhecido por

¹³ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Acesso à Informação Pública: Uma introdução à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/cartilhaacessoainformacao.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2013.

vários organismos da comunidade internacional.

Em 1946, com a Resolução 59, a Organização das Nações Unidas, por exemplo, reconheceu a “liberdade de informação” como um direito, assim dispendo: “*A liberdade de informação constitui um direito humano fundamental e a pedra de toque de todas as liberdades que se dedica a ONU*”¹⁴.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 19 dispõe: “*Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir formações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras*”.

Na Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, nos artigos 10 e 13, está disposto:

Cada Estado-parte deverá [...] tomar as medidas necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública [...] procedimentos ou regulamentos que permitam aos membros do público em geral obter [...] informações sobre a organização, funcionamento e processos decisórios de sua administração pública [...].

A Declaração Interamericana de princípios de liberdade de expressão, em seu item 4 assim dispõe: “*O acesso à informação mantida pelo Estado constitui um direito fundamental de todo indivíduo. Os Estados têm obrigações de garantir o pleno exercício desse direito*”.

O artigo 19 do Pacto Internacional dos direitos civis e políticos afirma que: “*Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza [...]*”.

A criação de um direito de acesso à informação em posse de órgãos públicos é

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 59.

o motivo fundamental para a adoção de uma lei de direito à informação. Toby Mendel afirma que:

Os princípios encontrados em diferentes leis – muitos dos quais de ocorrência frequente – incluem os seguintes: promoção da transparência, prestação de contas e eficiência no governo; controle da corrupção; fomento à participação pública; aumento da capacidade da população de esquadrihar o exercício do poder público; promoção de uma cultura favorável à democracia e aos direitos humanos e ao estado de direito; aperfeiçoamento da gestão de registros públicos; e o desenvolvimento do esclarecimento público e da cidadania bem informada.¹⁵

Assim posto, pode-se verificar a importância do acesso à informação pública em diversos países e organismos internacionais como garantia da democracia participativa.

4. O ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

A transparência não é assunto novo no Brasil. Várias leis e políticas já contemplaram, de modo variado, esta questão.

Na história, embora durante o regime militar brasileiro tenha sido cerceado de forma muito contundente o direito de acesso à informação pública, a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço na ordem democrática brasileira.

Conforme já visto, o artigo 5º, inciso XXXIII na Constituição Federal de 1988 assegurou o direito de serem prestadas informações de natureza particular em poder do Estado, bem como o acesso à informação pública.¹⁶

¹⁵ MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2 ed. Brasília: Unesco, 2009.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF:

Ainda, o artigo 37 da Constituição Federal dispõe que a Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá ao princípio da publicidade¹⁷. Gilmar Ferreira Mendes afirma que:

No plano jurídico-foral o princípio da publicidade aponta para a necessidade de que todos os atos administrativos estejam expostos ao público, que se pratiquem à luz do dia. Prepostos da sociedade, que os mantem e legitima no exercício das suas funções, devem os agentes públicos estar permanentemente abertos à inspeção social, o que só se materializa com a publicação/publicidade dos atos.¹⁸

A Carta Magna ainda prevê em seu artigo 216, parágrafo 2º, que “*cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem*”.¹⁹

Entretanto, a Constituição Federal de 1988, tão somente instituiu o direito de acesso a informações públicas, deixando a necessidade de regulamentação deste direito.

A Lei 8.159/91 estabeleceu as diretrizes da política nacional de arquivos públicos e privados. Assegurou a todos o direito de acesso pleno a quaisquer documentos públicos, mas não disse como se daria tal acesso. Muito menos estabeleceu prazos para que os agentes do Estado forneçam informações quando solicitados.²⁰

Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 836.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

²⁰ BRASIL. Congresso Nacional. **LEI No 8.159, DE 8 DE JANEIRO DE 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8159.htm. Acesso em 29 de agosto de 2013.

A rigor, a lei de arquivos serviu sobretudo para fazer uma ressalva a respeito do acesso a documentos públicos. Ficou estabelecido que o direito de acesso será pleno com exceção de papéis de caráter sigiloso, "cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado" ou exponha indevidamente a intimidade, a vida privada ou a imagem das pessoas. Na prática, portanto, essa lei apenas pavimentou o caminho para uma seqüência de decretos presidenciais estipularem as regras de sigilo de documentos públicos.²¹

A Lei 9.051 de 18 de maio de 1995 trata da expedição de certidões para a defesa de direitos ou esclarecimentos de situações, determinando que o prazo para a expedição desses documentos é de, no máximo, 15 dias nos órgãos da administração centralizada ou autárquica, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.²²

Já o Decreto Presidencial 2.134 de 24 de janeiro de 1997 criava as "Comissões Permanentes de Acesso" mas já foi revogado pelo Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002 que regulamentou o art. 23 da Lei nº8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a categoria dos documentos públicos sigilosos e o acesso a eles, e dá outras providências.

A Lei Ordinária 9.507 regula o direito de acesso a informação constante de registro ou banco de dados de caráter público e o procedimento do habeas data.²³

O Decreto Presidencial 2.910 de 29 de dezembro de 1998 estabelecia normas para a salvaguarda de documentos, materiais, áreas, comunicações e sistemas de informação de natureza sigilosa, e dava outras providências. Porém este

²¹ <http://www.informacaopublica.org.br/node/1083/>. Acesso em 29 ago 2013.

²² BRASIL. Congresso Nacional. **LEI No 9.051, DE 18 DE MAIO DE 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9051.htm. Acesso em 29 de agosto de 2013.

²³ BRASIL. Congresso Nacional. **LEI No 9.507, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm. Acesso em 29 de agosto de 2013.

decreto já foi revogado pelo Decreto nº 4.553 de 27 de dezembro de 2002.

O Decreto Presidencial 2.942 já revogado, sobre arquivos públicos de caráter privado. Regulamentava a Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados.

O Decreto Presidencial 4.073 de 03 de janeiro de 2002 sobre o CONARQ (Conselho Nacional de Arquivos) e o SINAR (Sistema Nacional de Arquivos). Determina a criação de Comissões Permanentes de Avaliação de Documentos em cada órgão e entidade da Administração Pública Federal. Regulamenta os arts. 7, 11 e 16 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências.²⁴

O Decreto Presidencial 4.553 de 27 de dezembro de 2002 revoga o Decreto 2.134, de 24 de janeiro de 1997, e cria o conceito de sigilo eterno, pois permite a renovação indefinida do prazo máximo de 50 anos para a não-divulgação de determinados documentos. Dispõe sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal, e dá outras providências. Tal Decreto foi revogado pelo decreto 7.845 de 2012, que Regulamenta procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo, e dispõe sobre o Núcleo de Segurança e Credenciamento.²⁵

Ou seja, apesar de vasta legislação, no Brasil não havia garantia de acesso efetivo à informação pública. Assim, mesmo diante de legislação, o cidadão necessitava recorrer ao Judiciário para obter tal informação.

²⁴ BRASIL. Congresso Nacional. **DECRETO Nº 4.073, DE 3 DE JANEIRO DE 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4073.htm. Acesso em 29 de agosto de 2013.

²⁵ BRASIL. Congresso Nacional. **DECRETO Nº 7.845, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7845.htm#art60. Acesso em 29 de agosto de 2013.

5. A LEI Nº 12.527/2011

A lei 12.527 efetivou o direito previsto na Constituição de que todos têm a prerrogativa de receber dos órgãos públicos além de informações do seu interesse pessoal, também aquelas de interesse coletivo. Assim dispo em seu artigo 3º:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o **direito fundamental de acesso** à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública.(grifo nosso)²⁶

Para garantir o acesso, a Lei, além de estipular procedimentos, normas e prazos, prevê a criação, em todos os órgãos e entidades do Poder Público, de um Serviço de Informações ao Cidadão (art. 9º, I). São incumbências desta unidade:

- a) Protocolizar documentos e requerimentos de acesso à informação.

²⁶ BRASIL. Congresso Nacional. **LEI 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 29 de agosto de 2013.

- b) Orientar sobre os procedimentos de acesso, indicando data, local e modo em que será feita a consulta.
- c) Informar sobre a tramitação de documentos.

São estabelecidos prazos para que sejam repassadas as informações ao solicitante. A resposta deve ser dada imediatamente, se estiver disponível, ou em até 20 dias, prorrogáveis por mais 10 dias. No caso de negativa de acesso a informações, o cidadão pode interpor recurso à autoridade hierarquicamente superior àquela que emitiu a decisão. Persistindo a negativa, o cidadão poderá recorrer ao Ministro de Estado da área ou, em caso de descumprimento de procedimentos e prazos da Lei 12.527, à Controladoria Geral da União. Em última instância, caberá recurso à Comissão Mista de Reavaliação de Informações.²⁷

A Lei 12.527 estabelece ainda que órgãos e entidades públicas devem divulgar informações de interesse coletivo, salvo aquelas cuja confidencialidade esteja prevista no texto legal. Isto deverá ser feito através de todos os meios disponíveis e obrigatoriamente em sítios da internet. Entre as informações a serem disponibilizadas estão os endereços e telefones das unidades e horários de atendimento ao público, dados gerais para acompanhamento de programas, ações, projetos e obras e respostas e perguntas mais frequentes da sociedade.²⁸

²⁷ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Acesso à Informação Pública: Uma introdução à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/cartilhaacessoainformacao.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2013.

²⁸ Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:

I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;

II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;

III - registros das despesas;

Contudo, a lei prevê exceções à regra de acesso para dados pessoais e informações classificadas por autoridades como sigilosas. Traz novas regras referentes à classificação da informação, que poderão ser classificadas como:

- a) Ultrassecretas: prazo de segredo de 25 anos, renováveis uma única vez;
- b) Secretas: prazo de segredo de 15 anos; e
- c) Reservadas: prazo de segredo de 5 anos.²⁹

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e

VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

§ 2o Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

§ 3o Os sítios de que trata o § 2o deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;

II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;

III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;

IV - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;

V - garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;

VI - manter atualizadas as informações disponíveis para acesso;

VII - indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e

VIII - adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência, nos termos do art. 17 da Lei no 10.098, de 19 de dezembro de 2000, e do art. 9o da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008.

§ 4o Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2o, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

²⁹ Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada

Note-se que não poderão ser objeto de restrição de acesso informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas.³⁰

6. ACESSO À INFORMAÇÃO E O STF

A questão da publicidade de informações do Estado chegou ao Supremo Tribunal Federal. Muitos servidores discutem a constitucionalidade da divulgação de seus rendimentos, já que a Administração tem obrigação de divulgar dados de suas despesas (Art. 8º, da Lei 12.527/11).

Muitos são os argumentos utilizados pelos servidores. Entre eles estaria o de que a divulgação do rendimentos afrontaria princípios constitucionais da privacidade e da dignidade da pessoa humana. Além disso, as informações salariais poderiam criar um clima de insegurança não só para o servidor como para sua família.

Contudo, confira-se a ementa da SS 3.902-AgR/SP, de relatoria do Ministro Ayres de Brito:

Ementa: SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE
IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO
OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES

como ultrassecreta, secreta ou reservada.

§ 1º Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no caput, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes:

I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;

II - secreta: 15 (quinze) anos; e

III - reservada: 5 (cinco) anos.

³⁰ Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.

PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. **Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.** 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. **A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado.** O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse

modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos. Grifo nosso.

Como denota-se do julgado acima, para o Supremo Tribunal Federal não há que se falar em colisão de princípios constitucionais, embora aparentemente possa parecer.

De um lado faz-se presente o princípio da publicidade administrativa, que significa o dever estatal de divulgação dos atos públicos. De outra banda, fala-se, basicamente no direito que assistiria aos servidores de não ver divulgada sua remuneração bruta. Isso por implicar violação à sua intimidade e vida privada, além do perigo que representaria para sua segurança pessoal e familiar. Ainda mais, por tais informações serem disponibilizadas em rede mundial de computadores (internet).

Contudo, para o STF não cabe sequer falar em intimidade ou vida privada, pois os dados objetos da divulgação dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos. Além disso, a segurança pessoal ou familiar dos servidores não estaria abalada, visto a proibição de divulgação de endereço pessoal, número de CPF e CI dos servidores. No mais, a Suprema Corte entende que este é o preço por exercer uma função pública, cujos rendimentos já são pré-determinados em edital de concurso para exercício da função.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação da Lei 12.527/2011 o Brasil deu um grande passo no reconhecimento do acesso a informações públicas como condição para democracia e respeito aos direitos fundamentais.

Apesar do avanço, necessário se faz o estímulo ao cidadão no exercício do direito de acesso, pois somente através do conhecimento é que o indivíduo poderá questionar e participar ativamente na construção democrática do país.

Quanto às discussões acerca da colisão entre a publicidade de informações e a intimidade dos servidores, tem entendido a Suprema Corte brasileira de que prevalece a publicidade como regra básica do Estado Republicano de Direito. É dever de a Administração Pública manter seus dados totalmente transparentes, com exceção dos casos de sigilo já citados. Pois a negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria inadmissível situação de grave lesão à ordem pública.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARBER, Benjamin R. **Strong Democracy**. Califórnia: Califórnia University Press, 1984, p. 284.

BRASIL. Congresso Nacional. **LEI No 8.159, DE 8 DE JANEIRO DE 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8159.htm. Acesso em 29 de agosto de 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. **LEI No 9.051, DE 18 DE MAIO DE 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9051.htm. Acesso em 29 de agosto de 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. **LEI No 9.507, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm. Acesso em 29 de agosto de 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. **DECRETO Nº 4.073, DE 3 DE JANEIRO DE 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4073.htm. Acesso em 29

de agosto de 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. **DECRETO Nº 7.845, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7845.htm#art60. Acesso em 29 de agosto de 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. **LEI 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 29 de agosto de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Apontamentos de Direito Constitucional.** Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 83/84.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Acesso à Informação Pública:** Uma introdução à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/cartilhaacessoainformacao.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2013.

DIAS, Luiz Claudio Portinho. A democracia participativa brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/61>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **O pêndulo da democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos, uma via pluralista para a construção social do sentido da constituição.** Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, 2004. p.13.

FERREIRA, Pinto. **Manual de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 207.

GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo:** regime natural de governo

democrático. Florianópolis: Fundação Nereu Ramos, 1979. p. 59.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado.
2 ed. Brasília: Unesco, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo
Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva,
2008. p. 836.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 59.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das letras, 2011. p.
357.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo
Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva,
2008. p. 836.

<http://www.informacaopublica.org.br/node/1083/>. Acesso em 29 ago 2013.

POR UMA REVISÃO DO PRINCÍPIO DA VANTAJOSIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Thiago Pereira de Freitas¹

1. PARA UMA REVISÃO DO PRINCÍPIO DA VANTAJOSIDADE

O art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93 (a Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas no Brasil) preceitua que a licitação se presta para garantir a observância do princípio constitucional da igualdade e visa, também, a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública além de promover o desenvolvimento nacional sustentável². Ato contínuo enuncia diversos princípios que devem ser norteadores no processamento e julgamento do procedimento licitatório, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Diante da opção de obter-se a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, serão apresentadas algumas conceituações de licitação oriundas de juristas renomados, que reconhecem, sem exceções, a proposta mais vantajosa como objetivo do procedimento licitatório.

Para o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello licitação “é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de

¹ Mestre em Derecho Ambiental e de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante e em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Advogado e Auditor Interno do Poder Executivo do Estado de Santa Catarina. Email: thiagopfreitas@gmail.com

² Os termos “desenvolvimento sustentável” foi incluído na Lei nº 8.666 de 1993 pela Lei nº 12.349 de 2010 que converteu em Lei a Medida Provisória nº 495 de 2010.

conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa³”.

Hely Lopes Meirelles leciona que “Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse⁴”.

Odete Medauar aduz que no ordenamento jurídico brasileiro a licitação é o “procedimento administrativo em que a sucessão de fases e atos leva a indicação de quem vai celebrar o contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar [...] por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público⁵”.

Já Diógenes Gasparini conceitua a licitação “como o procedimento administrativo através do qual a pessoa ou ente a isso juridicamente obrigado seleciona [...] a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse⁶”.

Nota-se que as conceituações de licitação de vários dos mais renomados juristas pátrios contemplam a figura da proposta mais vantajosa como estando intrinsecamente relacionada com a licitação pública.

Ainda sobre a vantajosidade, faz-se necessário transcrever trecho elucidativo em que Diógenes Gasparini faz alusão ao tema da melhor proposta:

A procura da melhor proposta para certo negócio é procedimento utilizado por todas as pessoas. Essa busca é, para umas, facultativa, e, para outras obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para, por exemplo,

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 455.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p.254

⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 213.

⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p 376.

as públicas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação, é, quase sempre obrigatórias, já que essas entidades algumas vezes estão dispensadas de licitar em outras tantas a licitação é para eles inexigível ou mesmo vedada⁷).

Marçal Justen Filho, por sua vez, assim conceitua o princípio da vantajosidade:

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro valor vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração⁸.

Ao arremate faz-se mister apresentar a lição de Marçal Justen Filho citada abaixo, que traz a vantajosidade como uma espécie de desdobramento do princípio da República. Na verdade, o que legislador quis fazer quanto incluiu a vantajosidade dentre dos objetivos da licitação foi, por meio do processo licitatório, aliar os fatores qualidade e preço para obter uma boa contratação, tendo em vista que a atuação da Administração Pública tem que se pautar pela busca da satisfação do interesse público, que é, via de regra, supra-individual⁹.

Pode-se dizer que a vantajosidade abrange a economicidade, mas não se limita a ela, pois transcende a órbita meramente econômica para, como se observa acima, abarcar um conceito mais amplo relacionado com a melhor opção para

⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p 375

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p 63

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p 63.

suprir os interesses supra-individuais (econômicos ou não).

Jessé Torres Pereira Júnior tem entendimento semelhante, qual seja:

Selecionar a proposta mais vantajosa é, a um só tempo, o fim de interesse público que se quer alcançar em toda a licitação (sentido amplo) e o resultado que busca em cada licitação (sentido estrito). Licitação que não instigue a competição, para dela surtir a proposta mais vantajosa, descumpra sua finalidade legal e institucional, impondo-se à autoridade competente invalidá-lo por vício de ilegalidade, a par de apurar responsabilidades administrativa e penal por desvio de poder, caracterizado que houver sido ato de improbidade administrativa [...] ¹⁰.

A economicidade, por seu turno, está intimamente conectada com uma relação de bens escassos confrontada com uma demanda sempre crescente. Trazendo isso para a realidade das licitações públicas temos que, dada a limitação fática dos recursos públicos, em face de uma demanda praticamente infinita por serviços públicos os administradores devem buscar sempre a otimização dos resultados econômicos com ênfase no fator na minimização dos custos sem comprometer os padrões de qualidade, mas, ao mesmo tempo, não tem com está última seu maior compromisso ¹¹.

Em suma, os autores mencionados não divergem muito sobre o princípio da vantajosidade estar intimamente relacionado com a aquisição de produtos e serviços de maior qualidade pagando o menor preço possível, desde que a aquisição estiver norteada pelo princípio do interesse público.

Há de se ressaltar que todas estas definições foram elaboradas numa época (não muito longínqua diga-se de passagem) em que o debate acadêmico e

¹⁰PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 60.

¹¹Performance audit manual/ Brazilian Court of Audit. -- Brasília : TCU, Secretariat of Oversight and Evaluation of Government Programs (SEPROG), 2010 Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056700.PDF](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056700.PDFhttp://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056700.PDF)> Acesso em: 07 de maio de 2013.

social a respeito da sustentabilidade não tinha tanta ressonância quanto na atualidade.

Os autores não adentravam muito a fundo na análise do tema referente ao princípio da sustentabilidade. Não raro se limitavam a dizer que ela transcendia a mera economicidade e que a compra mais vantajosa estava ligada à compra de produto de maior qualidade pelo menor preço observado o interesse público.

O problema da doutrina era o de não abordar nenhum tipo de critério mais objetivo para definir o que era a “melhor compra” bem como não mencionavam nenhum critério referente à sustentabilidade (ambiental, social ou econômico).

Pois bem, feita a ressalva de que a doutrina apresentada não teve muito contato com a legislação sustentável é imperioso desenvolver uma linha teórica que transcenda a velha concepção de vantajosidade para incluir critérios relacionados com o princípio da sustentabilidade.

No caso da legislação brasileira referente às contratações públicas sustentáveis, não há menção expressa quanto à utilização do princípio da sustentabilidade, mas, sim, a um dos seus mais importantes desdobramentos, o princípio do desenvolvimento sustentável.

Passa-se então a expor as recentes inovações legislativas no direito brasileiro que abordam o princípio do desenvolvimento sustentável com o objetivo de, ao final deste item, propor uma nova abordagem do conceito do princípio da vantajosidade à luz do princípio da sustentabilidade.

O art. 1º da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que foi o resultado da conversão em lei da Medida Provisória nº 495 de 19 de julho de 2010, introduziu no ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente no art. 3º da Lei nº 8.666/93, o princípio do desenvolvimento sustentável como um das

finalidades da licitação.

Quanto ao desenvolvimento sustentável ser uma finalidade da licitação já tratamos no item 3.2 que trata-se de um erro por parte do legislador, tendo em vista que ela é uma finalidade da contratação pública. Mas é importante salientar que a despeito dessa falha técnica tal legislação aponta o ponto de inflexão da mentalidade do legislador brasileiro no que tange a explicitar de forma concreta e incisiva a sua vontade de trazer o paradigma da sustentabilidade para a realidade da Administração Pública no Brasil.

Havia sim, no passado, é claro, dispositivos da Constituição que denotavam um compromisso, muitas vezes menos incisivo do que deveria ser, com o princípio da sustentabilidade (e seus respectivos desdobramentos como o desenvolvimento sustentável, a proteção às microempresas, a precaução, etc.).

Não bastasse o legislador ter incluído o supramencionado dispositivo à legislação geral que trata das licitações e contratações públicas no Brasil, ele não olvidou de o fazer também em outras legislações que são afetas à temática.

Há alguns anos atrás o Brasil foi escolhido para sediar a Copa das Confederações FIFA em 2013; a Copa do Mundo FIFA de 2014; e as Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016.

Em virtude de uma decisão política e com os objetivos de melhorar a eficiência; ampliar a competitividade; promover a troca de experiências e de tecnologias com o intuito de buscar uma melhor relação custo benefício; incentivar a inovação tecnológica; assegurar tratamento isonômico e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública¹² foi editada a Medida

¹² BOSELLI, Felipe. BOSELLI, Paulo. **Legislação de licitações**. 2ª ed. Florianópolis: Caput, 2012, p. 104.

Provisória nº 527 de 18 de março de 2011 –posteriormente convertida na Lei Federal nº 12.462 de 4 de agosto de 2011— que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do **desenvolvimento nacional sustentável**, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo¹³ (grifo nosso).

Outro diploma legal relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro e que contempla uma aplicação do princípio da sustentabilidade que é importante salientar é a Lei nº 12.305/10, que versa sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Esta Lei cita o termo sustentável em três oportunidades. Na primeira delas estabelece que a gestão integrada de resíduos sólidos deve observar, dentre outros fatores, o princípio do desenvolvimento sustentável; a segunda assevera que o desenvolvimento sustentável é um dos princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos; a última delas estimula a rotulagem e o consumo sustentável¹⁴.

Do exposto, nota-se que nos últimos três anos houve um avanço muito grande na legitimação, por via legislativa, do princípio da sustentabilidade (ou seus desdobramentos) na ordem jurídica nacional.

Mas como seria então um exemplo de contratação pública sustentável, tendo em vista uma releitura do princípio da vantajosidade sob a ótica e a influência do princípio da sustentabilidade?

Em termos práticos pode citar o exemplo da construção de um edifício para

¹³ BOSELLI, Felipe. BOSELLI, Paulo. **Legislação de licitações**. 2. ed. Florianópolis: Caput, 2012, p. 105.

¹⁴BRASIL. **Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm> Acesso em: 07 de maio de 2013.

albergar três entidades estatais. A primeira delas tem como objetivo fomentar as atividades das microempresas e das empresas de pequeno porte. Há também uma agência reguladora que visa a defender a livre concorrência. Por fim a terceira dela é uma Fundação de Proteção ao Meio Ambiente.

Esse prédio foi construído em uma área que estava a sofrer riscos ambientais e sociais muito grandes. Apesar de estar bem conectado com o serviço de transporte público o terreno, que não estava sendo utilizado pela Administração Pública, era um foco de doenças, tendo em vista que a única empresa de remoção de lixo hospitalar da cidade e diversas outras de recolhimento de entulho lançavam clandestinamente no período noturno os seus resíduos no referido terreno. Soma-se a esta questão ambiental o fato de que diversas pessoas estavam remexendo os resíduos em busca de algo que pudessem vender para auferir uma pequena renda, não raro adquirindo doenças graves e que o respectivo tratamento de saúde era muito caro para os cofres públicos.

Pois bem, a solução sustentável para a resolução desse caso hipotético seria fazer o devido recolhimento dos resíduos e enviá-los para um local adequado para recebê-los. No que tange à licitação para a construção do novo edifício, tanto o projeto básico quanto o projeto executivo devem contemplar aspectos que levem em conta tanto os custos diretos como os indiretos, por exemplo, de nada adianta fazer um telhado muito barato, mas que seja feito de um material que não garanta o isolamento térmico, visto que os gastos posteriores com refrigeração e calefação seriam enormes. Também é salutar incluir um sistema de aproveitamento solar e da água da chuva, dentre muitos outros aspectos técnicos.

Depois da construção do prédio aquela área começou a desenvolver uma atividade comercial muito grande em virtude da grande quantidade de pessoas que foram trabalhar naquelas entidades estatais, gerando, assim diversos empregos diretos e indiretos. Foram construídas também no mesmo terreno

algumas praças que são usadas todos os dias pela comunidade para atividades culturais e de lazer.

E para finalizar a agência de proteção à livre concorrência que foi aberta naquele edifício descobriu que a empresa de remoção de lixo hospitalar era a única da cidade, pois praticava *dumping*. É notório que uma parte substancial do custo que uma empresa desse ramo de atividade tem está ligado com as despesas para o devido descarte dos resíduos em local adequado. Como a empresa não tinha esse custo, já que lançava o lixo hospitalar no terreno público, todas as outras empresas do ramo da região foram à falência. Mediante a atividade fiscalizatória da agência reguladora foi detectada a prática de *dumping* e a empresa foi autuada e, posteriormente, multada. Teve ela, então, que sair do mercado, o que acabou por abrir espaço para novas empresas que, com a eficiente atividade regulatória, começaram a trabalhar conforme os requisitos da legislação, ou seja, depositavam os resíduos em locais adequados.

Como se pode notar no exemplo hipotético apresentado acima, uma solução sustentável não pode contemplar apenas uma das dimensões do princípio da sustentabilidade, mas todas as três. Tem que se observar sim a questão ambiental (economia de água e energia, utilização de materiais em que o descarte seja mais ecológico, utilização de produtos não poluentes, etc.), todavia os aspectos referentes à dimensão social (criação de emprego, mobilidade urbana, fomento de atividades culturais, etc.) e também à econômica (proteção da livre concorrência, livre iniciativa, regulação dos mercados, equilíbrio orçamentário etc.) devem ser implementados também. Uma das características mais importantes do princípio da sustentabilidade é a capacidade que ele tem de gerar sinergias entres as três dimensões com o objetivo de tentar chegar a um estado de homeostase. Caso seja implementada uma determinada compra para resolver um problema e esta só levar em conta uma das dimensões do princípio da sustentabilidade não pode

ser considerada sustentável e muito provavelmente vá enfrentar problemas no futuro.

Uma compra sustentável tem que vislumbrar o projeto como um todo e levar em conta tanto seus custos diretos como também os indiretos. A contratação pública sustentável não se preocupa apenas com o presente, mas está, também, com o olhar no futuro. De que adianta comprar por um preço relativamente baixo um produto que tem um custo enorme de descarte? É sustentável comprar de uma empresa que vende seu produto a preços muito baixos, mas que emprega mão-de-obra escrava? Qual é a vantagem de adquirir produtos de uma empresa que até vende o produto ,inicialmente, com preços muito baixos, mas que, por isso, acaba com concorrência na região e, como fornecedora exclusiva começa a cobrar preços muitos altos por não ter nenhum empresa que possa competir com ela?

Ante o exposto é forçoso concordar com o posicionamento do administrativista Juarez Freitas sobre como deve ser considerada a proposta mais vantajosa (o que se pode denominar também de vantajosidade sustentável à luz da revisão que se propõe neste artigo) pela Administração Pública e de como se devem ser avaliados custos diretos e indiretos nas contratações públicas:

Nessa chave, nas licitações e contratações administrativas, força assumir que a proposta mais vantajosa será sempre aquela que, entre outros aspectos a serem contemplados, apresenta-se a mais apta a causar, direta ou indiretamente o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais. Por esse prisma, o sistema de avaliação de custos, sob pena de violação flagrante do princípio constitucional em apreço, terá de ser reformulado e incluir os custos indiretos, no intuito de estimar os dispêndios futuros a serem efetuados em função dos previsíveis impactos sistêmicos das decisões administrativas tomadas e dos riscos assumidos. Ou seja, antes de licitar, não se podem ignorar, candidamente, os

custos ambientais, sociais e econômicos de cada escolha administrativa¹⁵.

Em suma, o que se quis demonstrar com os argumentos acima expostos foi que o princípio da vantajosidade deve ser repensado à luz do princípio da sustentabilidade, ou seja, não há mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro para pensar a vantajosidade ligada única e tão somente ao preço mais baixo. Há que se levar em conta outras situações que possam impactar nas contratações públicas e, também, a que se considerar vantagens, principalmente de ordem social e ambiental.

2. O PRINCÍPIO DA NOVA VANTAJOSIDADE NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Todavia, numa mirada superficial, pode-se opor uma restrição à aplicação da nova vantajosidade (a feita moldes da sustentabilidade) se se considerar uma interpretação literal e atécnica do art. 37, XXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que discorre sobre o princípio da igualdade nas licitações, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que **assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de

¹⁵ FREITAS, Juarez. Princípio da Sustentabilidade: licitações e a redefinição da proposta mais vantajosa. **Revista de Direito da UNISC**, Santa Cruz nº 38, jul-dez 2012, p. 78.

qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações¹⁶.

Pois bem, o dispositivo constitucional acima mencionado expressa o princípio da igualdade para os participantes nas licitações públicas. Há que se apresentar, contudo, algumas fatores que condicionaram a redação do dispositivo à época.

A Constituição Federal de 1988 pode ser classificada como analítica ou dirigente¹⁷, ou seja, ela dispõe de forma bastante detalhada os fins e os programas de governo que devem ser realizados pelo Estado.

Além disso, o Brasil tinha acabado de sair de um regime militar em que os direitos da população, principalmente os fundamentais, foram sobremaneira tolhidos, dessa forma, o poder constituinte originário optou por tentar garantir, por meio da inclusão de diversos dispositivos no texto constitucional, a observância de vários preceitos que tinham como objetivo dar consistência aos direitos fundamentais e também à Administração Pública. No caso desta última foi estabelecida uma grande gama de dispositivos (Capítulo VII que contempla os artigos 37 a 43) com o intuito de regular detalhadamente o funcionamento da Administração.

Outra característica do regime constitucional anterior ao da Constituição Federal de 1988 foi a falta de transparência. Era muito difícil obter informações no serviço público.

E foi sob este panorama, em apertada síntese, que o legislador constitucional estava inserto à época da elaboração da nossa atual Carta Republicana. Influenciado por esses fatos e com o intuito de legitimar ou intensificar sua aplicação (por via legislativa) novos paradigmas na Administração Pública

¹⁶BOSELLI, Felipe. BOSELLI, Paulo. **Legislação de licitações**. 2. ed. Florianópolis: Caput, 2012, p. 14.

¹⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p.8.

(notadamente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e posteriormente o da eficiência) que foi dada a redação do art. 37, XXI .

Em virtude dessa inspiração oriunda na nova Constituição, no ano de 1993 foi editada a Lei Geral de Licitações que em seu ar. 3º caput também prevê a aplicação do princípio da isonomia¹⁸.

Face à situação fática acima apresentada, como o objetivo de situar o leitor quanto à situação histórica e jurídica que o Brasil vivia à época da edição da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.666/93 que trata de licitações e contratos administrativos, passar-se-á a uma exposição teórica acerca do princípio da igualdade para o final do presente item avaliar se a nova vantajosidade, repita-se a vantajosidade sustentável, é compatível ou não com o princípio da igualdade.

Em discurso proferido para os formandos da faculdade de direito de São Paulo Rui Barbosa conceituou assim o princípio da igualdade: “a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam¹⁹”, ou seja, trouxe à doutrina jurídica brasileira uma repaginação do conceito de igualdade em Aristóteles.

Marçal Justen Filho assim se reporta acerca do princípio da igualdade:

Há equívoco em supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração. A Administração necessita contratar terceiros para realizar seus fins. Logo, deve escolher o contratante e a proposta. Isso acarreta inafastável diferenciação entre os particulares. Quando a

¹⁸ Para fins deste trabalho os conceitos de isonomia e igualdade serão tratados como sinônimos, contudo, não se olvida que há um grande debate na doutrina sobre uma possível diferenciação entre ambos.

¹⁹ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oração_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 25 set 2009.

Administração escolhe alguém para contratar, esta efetivando uma diferenciação entre os interessados. Em termos rigorosos, esta introduzindo tratamento diferenciado para os terceiros²⁰.

Hely Lopes Meirelles leciona que a “igualdade entre os licitantes e princípio impeditivo da discriminação entre os participantes, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam um em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (art.3º, §1º)²¹”.

Já Celso Antonio Bandeira de Mello escreveu obra lapidar sobre a temática deste item, qual seja: o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Essa obra esmiuçou vários desdobramentos do princípio da igualdade e conclui que a discriminação em certas situações pode ser a única maneira para se chegar a uma situação de igualdade. Em outras palavras, tratar todos de maneira uniforme violaria a igualdade ao invés de corroborar com ela²².

Do exposto, é lícito concluir que o princípio da igualdade não prega uma relação míope em que todos, independentemente de suas condições e características intrínsecas, sejam tratados da mesma maneira, pelo contrário, o tratamento diferenciado das microempresas é um dos fundamentos do princípio da igualdade.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 44.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.272.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 10.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da sustentabilidade ganhou bastante relevância no ordenamento jurídico brasileiro. Tal fato pode ser percebido ,dentre outros aspectos, pela legislação de licitações e contratações públicas que sofreu no ano de 2010 ajustes para que fosse incluído o termo “desenvolvimento sustentável” como uma das finalidades da licitação.

Tendo em vista esta situação há que se harmonizar e fazer uma revisão dos princípios licitatórios da vantajosidade e da isonomia à luz da sustentabilidade. A tradição jurídica brasileira muitas vezes confundia a melhor proposta como o menor preço, o que, na verdade, pode-se revelar um grande erro.

A nova vantajosidade ou a vantajosidade sustentável é o novo paradigma que deve guiar as contratações públicas e a isonomia não deve ser confundida como o ato dar a todos o mesmo tratamento.

O princípio da nova vantajosidade (ou da vantajosidade sustentável), que tem como premissas básicas diferenciar fornecedores, levar em conta tanto os custos diretos como os indiretos, causar menor impacto negativo e trazer os maiores benefícios em termos ambientais, econômicos e sociais²³ não ofende o princípio da igualdade.

Tratar todos os licitantes de forma igual faria com que diversos aspectos de cunho ambiental e social sejam olvidados e, com isso, é possível que distorções muito graves aconteçam. Sob este quadro a nova sustentabilidade parece ser inexorável.

²³ FREITAS, Juarez. Princípio da Sustentabilidade: licitações e a redefinição da proposta mais vantajosa. **Revista de Direito da UNISC**, Santa Cruz nº 38, jul-dez 2012, p. 78.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_Rui_Barbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 25 set. 2009.

BOSELLI, Felipe; BOSELLI, Paulo. **Legislação de licitações**. 2. ed. Florianópolis: Caput, 2012.

BRASIL. **Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm> Acesso em: 07 de maio de 2013.

BRASIL. **Performance audit manual/ Brazilian Court of Audit**. -- Brasília : TCU, Secretariat of Oversight and Evaluation of Government Programs (SEPROG), 2010. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056700.PDF>> Acesso em: 07 de maio de 2013.

FREITAS, Juarez. **Princípio da sustentabilidade**: licitações e a redefinição da proposta mais vantajosa. Revista de Direito da UNISC, Santa Cruz do Sul, n. 38, p. 74-94, jul./dez. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

CONSEQUENCIAS DA INCINERAÇÃO COMO PARADOXO À JUSTIÇA AMBIENTAL E À SUSTENTABILIDADE NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS¹

Guilherme Nazareno Flores²

Clayton Marafioti Martins³

INTRODUÇÃO

No mundo contemporâneo em que a intervenção humana sobre o meio ambiente e os contornos de sustentabilidade estão em corrente transformação, tornou-se comum presenciar-se nefastas consequências de tais ações, inclusive com abrangência intergeracional. A busca pelo lucro num modelo de desenvolvimento em que o homem posiciona-se acima dos bens ambientais – e não como parte de um sistema – gera conflitos jurídicos ambientais que necessitam ser revistos com urgência e profundidade, especialmente os que incorrem em desigualdade social.

Pobreza e riqueza são dois extremos que dividem a mesma sociedade, mas que a fazem conviver contemporaneamente nos mesmos aglomerados urbanos e a dividir os mesmos espaços. Neste sentido, o sistema de desenvolvimento

¹ O presente artigo científico foi produzido por ocasião da disciplina “*Políticas de Sostenibilidad en la Unión Europea*”, lecionado pelo Professor Dr. Gabriel Real Ferrer, realizada entre os dias 30 e 31 de maio de 2013 no *Máster Universitario en Derecho Ambiental y Sostetibilidad* – MADAS, na *Universidad de Alicante*, Espanha.

² Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Professor Universitário, Policial Militar em Itajaí, Santa Catarina, Brasil, <http://lattes.cnpq.br/0937498003158814>, e-mail: guilhermeflores.adv@gmail.com

³ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNVALI, Mestre em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Policial Militar em Itajaí, Santa Catarina, Brasil, <http://lattes.cnpq.br/1835087007033083>, e-mail: tcmarafioti@hotmail.com

baseado no capitalismo, na livre iniciativa, no consumo, acaba por ocasionar desigualdades sociais entre os membros de tal sociedade. Os aglomerados nos grandes centros urbanos, o desemprego dentre outros fatores, dão margem à presença cada vez mais comum dos chamados Catadores de Recicláveis nas ruas das grandes cidades.

Realidade social, os Catadores organizados conseguiram se tornar protagonistas de sustentabilidade em meio ao caos do consumo, fazendo a coleta de recicláveis das ruas, e prestando serviço sócia e ambiental de imensurável valor, gerando para si, emprego, renda, inclusão social. Com isto, foram reconhecidos pela Política Nacional de Resíduos Sólidos que lhes garante proteção e posição destacada no contexto da geração de resíduos até a destinação final ambientalmente adequada para defesa de seus direitos na inclusão em políticas públicas.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos instituiu como princípio norteador “o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania”, sendo este também integrante do rol de objetivos implantados pela Lei. No mesmo texto de lei, em seu Art. 9º, § 1º, paradoxalmente fez-se prever a possibilidade de uso de tecnologias visando à recuperação energética dos resíduos sólidos urbanos, ou seja, se por um lado protege o Catador garantindo-lhe fazer parte das ações de tratamento dos resíduos e através dele podendo viver e incluir-se socialmente através do manuseio de resíduos sólidos descartados, por outro autorizou a instalação de usinas de incineração, que para funcionar demanda toneladas e toneladas do mesmo material, criando um conflito de interesse da justiça ambiental, eis que ao se priorizar a incineração, tais pessoas deixarão de ter justo e igualitário tratamento por parte da sociedade e poder público.

Tal abordagem é de interesse da Justiça Ambiental, uma vez que ultrapassa o reconhecimento da matéria ambiental muito além do puro tecnicismo de

diplomas legais ou meramente preservacionistas. Está-se diante de um caso de injustiça ambiental em que a reflexão das consequências influenciam direta e indiretamente em questões voltadas ao meio ambiente, à sustentabilidade e que representem lutas sociais por direitos e garantias pelas diferenças que lhes são peculiares (raça, cor, origem ou renda), tornando-os ainda mais vulneráveis, hipossuficientes, marginalizados.

Assim, para alcançar o objetivo posto e a confirmação da hipótese, aborda-se o tema da incineração no contexto da Política Nacional de Resíduos Sólidos sob o viés da Justiça Ambiental, verificando seus conceitos e os desafios enfrentados pela categoria de catadores de recicláveis, e se a priorização das incineradoras como forma de tratamento e disposição final de resíduos torna-os vítimas de injustiça ambiental e social. Para a materialização desta pesquisa se utilizou a pesquisa bibliográfica, utilizando-se o Método Dedutivo e as técnicas do referente, das categorias básicas e dos conceitos operacionais.

1. DA RELAÇÃO DO HOMEM COM O AMBIENTE AO LIBERALISMO ECONÔMICO: REFLEXOS AO MEIO AMBIENTE

As relações sociais são movimentos cíclicos que se alteram constantemente de acordo com diversas circunstâncias, sendo necessário um esforço para compreender os contextos em que elas ocorrem. Nestas relações, deste os tempos mais remotos, homem e natureza mantém-se em conflito. Na antiguidade a postura do homem em relação a natureza era exclusivamente antropocêntrica⁴ em que o meio ambiente servia inteiramente aos seus desejos⁵.

⁴ "A visão kantiana do mundo fundou-se no antropocentrismo, cuja teoria apregoa que os objetos são contaminados pela razão humana, criando a ideia de que o ser humano é dono do meio em que vive e ETA acima dos recursos naturais, criando indivíduos como um fim em si mesmos, indiferentes à vontade coletiva e do meio ambiente circundante".(GORCZEVSKI, Clóvis e MORAIS, Danusa Espíndola. A crise da percepção ambiental e os mecanismos constitucionais que permitem o exercício da cidadania na proteção do meio ambiente: Uma análise a partir da

Neste conflito de interesses, dicotomia entre homem *versus* natureza, integração *versus* exploração, a ideia da acumulação de capital aos poucos vai minando o pensamento social tornando-se uma verdade absoluta, e um objetivo perseguido por muitos. Assim, o homem se desenvolveu e com ele sua relação com o meio ambiente e, num salto através da linha do tempo, é de se reservar aos séculos que testemunharam a Revolução Industrial a história deste desenvolvimento e da relação do homem com o meio ambiente, eis que é deste momento histórico que o nascimento de cidades, na maioria das vezes de forma desordenada⁶ tem uma maior influência no modo de vida, cultura, atitudes que vivemos hoje. No entender de Ferrer,

“todas las civilizaciones han desarrollado medios, más o menos eficaces, más o menos agresivos, para poner a sus entorno natural al servicio de sus objetivos colectivos o individuales. Estas intervenciones han supuesto en ocasiones el deterioro o desaparición de ecosistemas más allá de lo que convenía a las mismas colectividades que las acometían, produciéndose la consciencia de que, en su proceso de poner la naturaleza a su servicio, comprometían la capacidad de ésta de proveer aquellos recursos que necesitaban⁷.”

obra A Teia da Vida, de Fritjof Capra e A Teoria da Constituição como Ciência da Cultura, de Peter Haberle. In: CUSTÓDIO; André Viana. BALDO, Iumar Junior (orgs). **Meio Ambiente Constituição & Políticas Públicas**. Curitiba: Multideia, 2011, pag.61).

⁵ SOARES, Remi Aparecida de Araújo. **Proteção ambiental e desenvolvimento econômico**. 1ª Ed., Curitiba. Juruá, 2005. Pág. 22.

⁶ O êxodo rural, a descoberta das máquinas a vapor, a qualificação da mão de obra, as relações comerciais e trabalhistas promoveram “a sedimentação de uma sociedade socioambientalmente deformada, não só do ponto de vista estrutural, mas também da cultura, da educação, da racionalidade crítico-reflexiva, contém determinantes que não podem ser resumidos unicamente a um problema político-organizacional. A exclusão e a desordem social possuem razões muito mais amplas do que puramente uma negligência nas formas de administrar a política pública de saneamento, a habitação popular, os planos gestores, desafetação das áreas verdes etc.” (BALDO, Iumar Junior. CUSTÓDIO, André Viana. Desenvolvimento Urbano: Um discurso sobre a organização socioambiental e habitacional so a panorâmica da igualdade e da justiça em John Rawls. In: CUSTÓDIO; André Viana. BALDO, Iumar Junior (orgs). **Meio Ambiente Constituição & Políticas Públicas**. Curitiba: Multideia, 2011, pag.17)

⁷ FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. **Revista Arazandi de Derecho Ambiental**. Pamplona. España. n. 1, 2002. P. 73.

Nesse sentido, o período de revoluções atribuiu ao mundo um novo rumo em que a industrialização e o capital tomaram as rédeas do sistema passando a ditar as regras e trazendo à tona uma infinidade de problemas socioambientais decorrentes deste desenvolvimento. O impacto do homem sobre o meio ambiente, para Chiras, depende de variáveis históricas, como o modo de produção, a estrutura de classes, os recursos tecnológicos e a cultura de cada sociedade ao longo do tempo. A Revolução Industrial estabelece a necessidade social da expansão permanente do mercado, como forma de garantir a acumulação de capital que realimenta a economia capitalista.

Os recursos naturais não renováveis – minérios, combustíveis fósseis, por exemplo - passaram a ser consumidos mais aceleradamente a partir esta época. Fauna e flora passam a ser ameaçadas e recursos como água, solo e ar passam a ser alvos de poluição térmica, visual, sonora, radioativa. A concepção de crescimento ilimitado é gerado neste contexto histórico influenciando países de diferentes orientações políticas e ideológicas⁸. Assim, a partir desta construção se pode perceber um contexto no qual o capital passou a imperar pela necessidade de sua acumulação, o que se constitui no ideário capitalista. Através desta perspectiva de mundo, o homem, ao longo da evolução socioeconômica explorou, interferiu e modificou drasticamente o meio ambiente⁹. Por consequência, dada a acentuada degradação presenciada até então, este incremento vertiginoso na forma de exploração de recursos naturais passa a ameaçar aquele que se via como senhor e proprietário dos bens ambientais. Nestes termos,

⁸ CHIRAS, D.D., ***New Visions of Life: Evolution of a Living Planet. I: Environmental Science: Action for a Sustainable Future.*** 3º Edition. Benjamim Cummings Publishing. Cap: 02. Disponível em: <http://xucurus.blogspot.com/2010/08/meio-ambiente-e-producao-de-lixo.html>. Acesso em 16.09.2013.

⁹ GORCZEWSKI, Clóvis e MORAIS, Danusa Espíndola. A crise da percepção ambiental e os mecanismos constitucionais que permitem o exercício da cidadania na proteção do meio ambiente: Uma análise a partir da obra *A Teia da Vida*, de Fritjof Capra e *A Teoria da Constituição como Ciência da Cultura*, de Peter Haberle. In: CUSTÓDIO; André Viana. BALDO, Iumar Junior (orgs). **Meio Ambiente Constituição & Políticas Públicas**. Curitiba: Multideia, 2011, pag.62

[...] a utilização ilimitada dos recursos naturais revelou-se irracional, pela tamanha degradação, pois o homem não pode ser visto como ser supremo e isolado do meio, eis que representa um todo maior, ou seja, como refere Capra, a vida é composta por 'sistemas vivos', em que o homem é apenas uma parte desse sistema, e por sua condição racional possui capacidade de organização política, tecnológica, científica e econômica, sem necessidade de desligar-se do ecossistema vivo do qual faz parte¹⁰.

O homem é parte do meio em que vive, não podendo dissociar-se dele, contudo, é notável que o desenvolvimento do processo de industrialização e da era tecnológica, o homem não demorou a contaminar o ambiente em que vive como se dele não fizesse parte. Tal fenômeno talvez ocorra pela falta de percepção de sua posição no planeta e da noção da ideia de que os bens ambientais não são finitos. A atividade humana – diga-se negligente – à busca pelo lucro gera pobreza e riqueza, formando uma sociedade dividida em dois extremos, mas que convivem lado a lado nos mesmos conglomerados urbanos, contaminando as águas, o ar que consome, o solo do qual retira seus alimentos dentre outros. Redundante dizer que este cenário de exploração econômica de recursos naturais se constitui no mais significativo ponto demarcatório a partir da era industrial, ou seja, da implantação definitiva do que se convencionou chamar capitalismo industrial¹¹.

Mais adiante, a pós-modernidade desponta, na era da velocidade, com uma forte descrença no poder absoluto da razão, com desprestígio ao Estado, na sua forma tradicional Internacionalmente, decai a noção tradicional de

¹⁰ GORCZEWSKI, Clóvis e MORAIS, Danusa Espíndola. A crise da percepção ambiental e os mecanismos constitucionais que permitem o exercício da cidadania na proteção do meio ambiente: Uma análise a partir da obra A Teia da Vida, de Fritjof Capra e A Teoria da Constituição como Ciência da Cultura, de Peter Haberle. In: CUSTÓDIO; André Viana. BALDO, Iumar Junior (orgs). **Meio Ambiente Constituição & Políticas Públicas**. Curitiba: Multideia, 2011, pag.62

¹¹ BREITENBACH, Camila e REIS, Jorge Renato. (In)suficiência dos preceitos constitucionais ambientais na pós-modernidade frente ao paradigma econômico. In: CUSTÓDIO; André Viana. BALDO, Iumar Junior (orgs). **Meio Ambiente Constituição & Políticas Públicas**. Curitiba: Multideia, 2011, p. 73.

soberania, pois as fronteiras perdem resistência em favor da constituição de expressivos blocos políticos e econômicos, intensificação e circulação de capitais¹². O fenômeno da globalização surge com o século XXI, evidenciando a desigualdade das relações. Além disso, presencia-se grande avanço da ciência e da tecnologia¹³.

Nesta seara, Giddens alerta que todo o contexto apresentado anteriormente esta embasado no fenômeno da transnacionalização¹⁴ presente no novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-guerra fria, caracterizado – especialmente – pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamentos jurídicos gerados à margem do monopólio estatal¹⁵.

¹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luis Roberto. **A nova Interpretação constitucional**: Ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 149.

¹³ BREITENBACH, Camila e REIS, Jorge Renato. (In)suficiência dos preceitos constitucionais ambientais na pós-modernidade frente ao paradigma econômico. In: CUSTÓDIO; André Viana. BALDO, Iumar Junior (orgs). **Meio Ambiente Constituição & Políticas Públicas**. Curitiba: Multideia, 2011, p. 70.

¹⁴ A transnacionalidade insere-se no contexto da globalização e liga-se fortemente à concepção do transpasse estatal. Enquanto globalização remete à ideia de conjunto, de globo, enfim, o mundo sintetizado como único; transnacionalização está atada à referência do Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio. Com efeito, não se trata mais do Estado-territorial, referência elementar surgido após a Paz de Vestfália e que se consolida até o Século XX, viabilizando a emergência do direito internacional sob amparo da ideia soberana. Esse é um quadro alterado que se transfigura de internacional (inter-nações) para transnacional (trans-nações), de soberania absoluta para soberania relativa, de relações territoriais para relações virtuais, de trânsito entre fronteiras para trânsito em espaço único. A desterritorialização (por exemplo, quando a produção de um bem ocorre em vários países) é uma das principais circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além fronteira, pois não é o espaço estatal e também não é o espaço que liga dois ou mais espaços estatais. O território transnacional não é nem um nem outro e é um e outro, posto que se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado. Com isso, por ser fugidia, borda também não é, pois fronteira delimita e a permeabilidade traz consigo apenas o imaginário, o limite virtual. In Transnacionalização: o emergente cenário do comércio mundial. Revista portuária Economia & Negócios. Disponível em <http://www.revistaportuaria.com.br/site/?home=artigos&n=CCNU&t=transnacionalizaco-emergente-cenario-comercio-mundial>. Acesso em 20.09.2013

¹⁵ GIDDENS, Antony. As consequências da modernidade. Tradução de Raul Fiker. Sao Paulo. Unesp. 1991, p.72. In CRUZ, Paulo Marcio, BODNAR, Zenildo, STAFFEN, Marcio Ricardo.

A pós-modernidade deflagrou uma mudança no mundo. Se não uma mudança geográfica, mas uma nova forma nas relações desenvolvidas entre pessoas e estados e, principalmente no modelo adotado em que vigora a mundialização da economia, a globalização, a queda de fronteiras, baseada em políticas neoliberais.

Assim, a expansão capitalista acabou por enfraquecer, por mitigar a soberania dos Estados e possibilitando uma queda de fronteiras, onde tudo pode circular mais livremente fortalecendo o capital fazendo o mundo caminhar no sentido da consolidação deste.

Para Cruz e Bodnar, o cenário transnacional da atualidade pode ser caracterizado como uma complexa teia de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, no qual emergem novos atores, interesses e conflitos, os quais demandam respostas eficazes do direito. Estas respostas dependem de um novo paradigma do direito que melhor oriente e harmonize as diversas dimensões implicadas¹⁶.

Esta transnacionalização, somada ao fenômeno da globalização econômica, pode ser entendida como uma internacionalização da economia na qual se pode destacar a forma instantânea com que se alastra uma informação, as diversas possibilidades para a imediata comunicação, a conexão de mercados e de economias de países e blocos econômicos. A globalização oportunizou à humanidade um imenso desenvolvimento tecnológico até então “hollywoodiano”, hoje é tomado com uma panaceia adotada pela civilização para justificar o uso, consumo e criação de bens de consumo e assim, proporcionar bem estar ao homem.

Transnacionalización, Sostenibilidad y el nuevo paradigma del Derecho in Siglo XXI.
Revista Opinión Jurídica - Universidad de Medellín, 2011. p. 13.

¹⁶ CRUZ, Paulo Marcio, BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do Direito na Pós Modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD).** UNISINOS 3(1): 75-83 janeiro-junho 2011. p.76.

Some-se a isto o fato de que a ideia precípua trazida pela categoria globalização era a de que nas indústrias as novas tecnologias, por si só, seriam responsáveis pelo aumento da produtividade e pela obsolescência da mão de obra humana, o lucro, a redução das desigualdades. Não é necessário que o que se viu foi o aumento da desigualdade social em que uma porcentagem gigantesca do capital estava nas mãos de uma ínfima minoria de pessoas e o restante deveria ser dividido pelos demais, ocasionando miséria, desemprego, desigualdade social e obviamente de degradação ambiental.

Assim, a atividade econômica decorrente da industrialização acaba por provocar imensas e profundas alterações no meio em que estão geograficamente instaladas, seja desmatando, seja poluindo rios, seja contaminando solo. Na busca pelo lucro, as empresas precisam retirar da natureza a matéria prima para construir seus produtos. Para tanto, precisarão de energia elétrica, custear funcionários, ter uma estrutura e então precisarão vender seus produtos, o que o farão através de uma empresa de marketing e propaganda.

Em pouco tempo o produto, produzido em quantidade muito superior à demanda de mercado, estará nas residências de milhares e milhares de pessoas através de comerciais de rádio televisão, mensagens eletrônicas, propagandas em sítios cibernéticos ou qualquer outro meio tecnológico disponível¹⁷. Aquelas pessoas que trabalham para desenvolver um produto em uma empresa e que recebem salários por isto, são as mesmas que agora utilizarão seus vencimentos para a aquisição de outros bens de consumo produzidos por outras pessoas que também recebem salários e que também tem necessidades de consumo, seja alimentação, lazer ou vestuário ou serviços.

¹⁷ Neste sentido esclarece Fernanda Furtado que “os bens e serviços a serem produzidos devem ser apenas aqueles necessários para a sociedade, o parâmetro não deve ser a rentabilidade, e a eficiência econômica deve ser medida pelo grau de afetação aos recursos naturais”. In FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. **Concepções éticas da proteção ambiental**. Brasília. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, p, 152.

O consumo tem se revelado um dos grandes vilões do meio ambiente nos dias atuais em virtude da produção de resíduos¹⁸, a contribuição da rápida obsolescência de equipamentos¹⁹ dentre outros aspectos que agravam o problema da disposição final ambientalmente adequada. E assim se desenvolve um ciclo em que as pessoas trabalham para consumir, fomentar a riqueza nas mãos de uns poucos, num sistema cruel e que muitas vezes não é percebido pelas pessoas que dele fazem parte. Arrematando, contrariando a lógica estabelecida e imposta pelo capitalismo, o que deveria prevalecer é uma ponderação entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico, harmonizando-os e conciliando-os e, fazendo sempre preponderar o interesse coletivo através de um equilíbrio ecológico.

2. POR UM CONCEITO DE JUSTIÇA AMBIENTAL

O termo Justiça Ambiental, propõe Bullard, é a condição de existência social configurada através da busca do tratamento justo e do envolvimento significativo de todas as pessoas, independentemente de sua raça, cor, origem ou renda no que diz respeito à elaboração, desenvolvimento, implementação e reforço de políticas, leis e regulações ambientais. Por tratamento justo entenda-se que nenhum grupo de pessoas, incluindo-se aí grupos étnicos, raciais ou de classe, deva suportar uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas resultantes de operações industriais, comerciais e municipais, da execução de políticas e programas federais,

¹⁸ O lixo urbano é um dos maiores problemas ambientais da atualidade, pois pelos moldes de consumo adotado pela maioria das sociedades modernas provocam o aumento contíguo e exagerado das quantidades de lixo produzido. FERREIRA, Juliana Martins de Bessa e FERREIRA, Cláudio Antônio. **A sociedade da informação e o desafio da sucata eletrônica**. Revista de Ciências Exatas e Tecnologia. Faculdade Anhanguera, São Paulo. Vol. III, nº. 3, ano 2008. p 160.

¹⁹ O lixo eletroeletrônico teve origem pela fixação do homem pelos avanços tecnológicos, pela lei da oferta e da procura, pela competitividade capitalista, pelo consumo elevado e o ritmo rápido de inovação tecnológica dos equipamentos eletrônicos, os quais se transformam em sucata numa velocidade assustadora. FERREIRA, Juliana Martins de Bessa e FERREIRA, Cláudio Antônio. **A sociedade da informação e o desafio da sucata eletrônica**. Revista de Ciências Exatas e Tecnologia. Faculdade Anhanguera, São Paulo. Vol. III, nº. 3, ano 2008. p 158.

estaduais, locais ou tribais, bem como das consequências resultantes da ausência ou omissão dessas políticas²⁰.

Seguindo esta lógica, o termo Injustiça Ambiental define um fenômeno através do qual indivíduos de grupos socioeconômicos entendidos como vulneráveis e marginalizados por sua raça e renda suportam, em seus espaços, uma distribuição desproporcional de riscos, danos e externalidades ambientais decorrentes do desenvolvimento econômico e que deveriam ser partilhados em iguais condições com a coletividade. Estes danos e externalidades são impostos justamente pela classe abastada da sociedade, por decisões e políticas governamentais dentre outros. Por sua natureza social geralmente de pobreza, tais grupos de indivíduos acabam se vendo engessados na busca por seus direitos, e ainda, marginalizados que são, inibidos à participação nos processos democráticos, restando-lhes estar à margem da sociedade.

O conceito de injustiça ambiental, para Miguel, Flores e Stanziola²¹, define as situações onde a carga dos danos ambientais do desenvolvimento se concentra geralmente onde vivem populações mais vulneráveis e hipossuficientes. O termo injustiça ambiental, é considerado como o paradoxo da justiça ambiental, ou seja a necessidade de se trabalhar a questão do ambiente não apenas em termos de preservação, mas também de distribuição e justiça.

Assim, entende-se por Injustiça Ambiental o mecanismo pelo qual sociedades desiguais destinam a maior carga de danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, populações de baixa renda, grupos raciais discriminados, populações marginalizadas e mais vulneráveis²².

²⁰ BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental no século XXI. . In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José August. (org.). **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2004. p. 9.

²¹ MIGUEL, Amadeu Elves; FLORES, Guilherme N.; Vieira, Ricardo Stanziola,. Pobreza e desenvolvimento Como paradoxos da Sustentabilidade: Reflexão sobre a intervenção do homem no Meio Ambiente. **Revista dos Tribunais** (São Paulo. Impresso), v. 2, p. 160-171, 2013.

²² HERCULANO, S. Resenhando o debate sobre justiça ambiental: produção teórica, breve acervo

No contexto da Política em tela, tal assertiva se materializa, por exemplo, na destinação final dos resíduos sólidos feita pelos catadores de recicláveis e que são produzidos pelo consumo de produtos e bens pela sociedade abastada. Vale lembrar que as pessoas de baixa renda não dispõem do mesmo poder de compra e consumo que aquela, contudo é esta quem geralmente sofre os prejuízos da prática consumista. Na mesma toada está a possibilidade de construção de incineradoras²³ cujo funcionamento demandará o consumo do resíduo que serviria como fonte de renda e subsistência a um exército de trabalhadores formais e informais do setor, os chamados Catadores.

3. (IN)JUSTIÇA AMBIENTAL NO CONTEXTO DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS

A Lei 12.305/2010 favorece a inúmeros segmentos de atividades afins à gestão de resíduos. O viés social é contemplado com participação de extremada importância dos Catadores²⁴, legítimos agentes ambientais, sem os quais o processo de coleta e gestão de resíduos se tornaria inviável. Diante de uma falta de cultura social em prol da coleta seletiva²⁵, são eles os informalmente responsáveis pela seleção da maior parte do material reciclado, tanto em

de casos e a criação da rede brasileira de justiça ambiental. **Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente**, nº. 5, p. 143-149, jan/jun. 2002. Editora UFPR.

²³ Lei 12.305/2010 - Art. 9º, § 1º - Poderão ser utilizadas tecnologias visando à recuperação energética dos resíduos sólidos urbanos, desde que tenha sido comprovada sua viabilidade técnica e ambiental e com a implantação de programa de monitoramento de emissão de gases tóxicos aprovado pelo órgão ambiental.

²⁴ Atualmente, mais de um milhão de brasileiros trabalham como catadores, garantindo uma renda mensal que possibilita o sustento de suas famílias. Na esteira desses catadores, vemos hoje mais de 700 cooperativas de reciclagem operando no Brasil, muitas delas já participando oficialmente da coleta seletiva de diversas cidades. Disponível em <http://www.envolverde.com.br/dialogos/noticias/as-cooperativas-de-reciclagem-na-politica-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em 08.02.2012.

²⁵ Hoje cerca de 13% dos resíduos urbanos são reciclados no Brasil. Compromisso Empresarial para Reciclagem (CEMPRE). Política Nacional de Resíduos Sólidos - A lei na prática. Disponível em http://www.cempre.org.br/download/pnrs_leinapratica.pdf. Acesso em 09.09.2013.

idades que não possuem nenhum tipo de tratamento adequado aos resíduos, como naquelas que detêm sistemas modelo²⁶.

De se destacar que apenas uma ínfima quantidade de municípios dispõem de serviços de coleta seletiva. No Brasil contemporâneo de desigualdades mundialmente conhecidas²⁷, consideradas as nuances destacadas acima e a informalidade do setor, a catação de materiais recicláveis surgiu como uma forma alternativa de trabalho proporcionando a sobrevivência de milhares de pessoas num ambiente em que vigora, de um lado, a falta de oportunidades formais e de outro, a marginalização aos catadores por parte da sociedade²⁸⁻²⁹.

²⁶ [...] o modelo de cooperativas de catadores, além de ser a alma da nova Política, já é uma realidade de sucesso no Brasil e não uma proposta que tem de ser construída e testada por anos à frente para atingir o mesmo nível de amadurecimento. O Brasil está entre os líderes mundiais em reciclagem de latinhas, PET, papelão e embalagens longa vida, entre outros. Disponível em <http://www.envolverde.com.br/dialogos/noticias/as-cooperativas-de-reciclagem-na-politica-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em 09.09.2013.

²⁷ O IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - apontou, que em 2003, cinquenta por cento da renda no Brasil estava nas mãos de apenas 1% dos brasileiros, enquanto que a parcela restante estavam distribuídos entre os mais pobres. IPEA. **Radar Social 2006: Principais Iniciativas do Governo Federal**. Brasília. 2006.

²⁸ No aspecto social, estas pessoas “de certa forma são invisíveis para a sociedade, na medida em que não são vistos como as pessoas ‘normais’, mas como se fossem pessoas, de certo modo, inferiores. De outra forma, sendo visíveis, esbarram em olhares de medo, discriminação ou repulsa. As roupas geralmente rasgadas e sujas, os carrinhos abarrotados daquilo que para muitos é lixo fazem com que a sociedade frequentemente os rotule de sujeitos perigosos, vagabundos, inúteis e o seu modo de trabalho como degradante”. LAHAN Maysa Nogara. **A problemática dos Resíduos Sólidos em Balneário Camboriú e suas interfaces socioambientais**. Dissertação de Mestrado. Itajaí. 2006. p 70.

²⁹ Segundo uma pesquisa do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), cerca de 43 mil crianças e adolescentes trabalham no lixo no Brasil. São filhos de famílias muito pobres que ganham a vida como catadores de materiais recicláveis. Em alguns lixões, mais de 30% das crianças, em idade escolar, nunca foram à escola. Mesmo aquelas que são matriculadas abandonam os estudos para ajudar os seus pais na catação diária de lixo. É um trabalho desumano e ilegal, que expõe a saúde dessas crianças a todos os tipos de risco. No Programa Lixo & Cidadania, criado em 1998 por iniciativa do Unicef, os catadores são reconhecidos como verdadeiros agentes ambientais. Eles são responsáveis por 90% de todo o material que as indústrias de reciclagem operam no Brasil. Permitem, por exemplo, que o País esteja no primeiro lugar do *ranking* mundial de reciclagem de latas de alumínio. Quando organizados em associações e cooperativas, os catadores trabalham em condições mais dignas, produzem mais e melhor. Assim, podem ter uma renda maior, o que lhes permite manter suas crianças na escola e longe do trabalho infantil. BRASIL. **Consumo Sustentável: Manual de educação**. Brasília: Consumers International/ MMA/ MEC/IDEC, 2005. p. 127.

Para fugir à economia informal, à exploração dos atravessadores e intermediadores e à própria marginalização acima mencionada, muitos destes catadores, que trabalham em condições subumanas, geralmente de forma autônoma, sem vínculos empregatícios e, portanto, sem direitos previdenciários e trabalhistas, unem-se e organizam-se nas chamadas cooperativas de reciclagem, também conhecidas por cooperativas de catadores³⁰ ou em associações, contribuindo para a Gestão Compartilhada de Resíduos, oportunizando à toda classe a sua inclusão social e capacidade econômica³¹.

Acrescentam ainda Demajorovic, Besen, Rathsam, que o modelo de gestão compartilhada envolvendo a participação dos entes públicos, empresários, dos grupos organizados de Catadores e da comunidade local propicia benefícios socioambientais e financeiros ao desviar parcela de resíduos dos aterros sanitários para a reciclagem e propiciando a geração de renda para os Catadores. Do ponto de vista da administração pública, este modelo de gestão é extremamente positivo, pois apresenta um aumento da eficiência e uma significativa redução dos custos dos programas de coleta seletiva de lixo³². De igual forma, tal atividade é vista com bons olhos pela indústria e pelo setor

³⁰ A cooperativa é uma associação autônoma de pessoas, unidas voluntariamente, para atender suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais comuns, por intermédio de uma empresa coletiva e democraticamente controlada. [...] realizando contribuições equitativas para o capital necessário e aceitando assumir de forma igualitária os riscos e benefícios do empreendimento no qual os sócios participam ativamente. (OIT, Recomendação nº 127, 1966)

³¹ Em meados de 1998, um grupo constituído por diversas instituições e incentivado pela UNICEF, criou em Brasília, na sede dessa agência da ONU, o Fórum Nacional de Lixo e Cidadania. Um ano mais tarde esse fórum lançou o Programa Nacional de Lixo & Cidadania e a campanha “Criança no Lixo Nunca Mais”. A motivação do programa foi a constatação de que 45 mil crianças trabalhavam no lixo no país. Principais objetivos: Retirar as crianças do trabalho no lixo, oferecendo alternativa à renda de catação e vaga nas escolas. Ampliar a renda das famílias que vivem da renda da catação por meio de capacitação e priorização dos mesmos em programas de coleta seletiva. Erradicar os lixões e recuperar as áreas degradadas. ROMANI, Andréia Pitangui de, **O Poder Público Municipal e as Organizações de Catadores**. Rio de Janeiro. IBAM/DUMA/CAIXA. 2004. p. 16.

³² DEMAJOROVIC. Jacques, BESEN. Gina Rizpah, RATHSAM, Alexandre Arico. **Os desafios da gestão compartilhada de resíduos sólidos face à lógica do mercado**. p.7. Disponível em: http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT11/jacques_demajorovic.pdf. Acesso em 12.09.2013.

energético, pois acarreta em menor custo e menor gasto de energia para a exploração de matéria prima e de recursos naturais.

O reconhecimento dos catadores como vetores de um programa de gestão compartilhada de resíduos e a sua capacidade de organização, principalmente em cooperativas, garantiu-lhes fazer parte oficialmente de todo este processo (PNRS) tão importante, que inclusive está sendo estimulado e destacado pela política nacional em seu artigo 8º, inciso IV³³.

Organizados em cooperativas, os catadores foram reconhecidos pela nova lei brasileira como agentes da gestão do lixo. Isso significa que sua participação, tanto na coleta seletiva nas residências e empresas como na separação dos resíduos para reciclagem, deve ser priorizada pelos municípios. Dentro de um modelo adequado à realidade social e econômica do País, os catadores assumem papel protagonista, como parceiros do governo, empresas e população para uma nova maneira de lidar com os resíduos urbanos³⁴. Este protagonismo tende a aumentar. Mormente agora com a exigência legal³⁵ dos Planos Municipais de Gestão Integrada. O aumento no número de catadores em todo o Brasil traz imensos benefícios à sociedade e ao meio ambiente sob os aspectos sociais, ambientais, políticos, econômicos, sanitários, de justiça ambiental, dentre outros.

Por assim dizer, a contribuição no aspecto sanitário, por exemplo, é visível na melhoria da saúde pública com a limpeza e higiene das cidades e diminuição e busca pela erradicação de lixões à céu aberto. Já sob o ponto de vista

³³ Art. 8º “São instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outros: [...] IV - o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis”. A Lei criou a possibilidade de os Municípios terem acesso a recursos públicos federais aqueles que implantarem a coleta seletiva com a participação de cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda (art.18, § 1º, II).

³⁴ Compromisso Empresarial para Reciclagem (CEMPRE). **Política Nacional de Resíduos Sólidos - A lei na prática.** Disponível em http://www.cempre.org.br/download/pnrs_leinapratica.pdf. Acesso em 09.09.2013.

³⁵ Art. 19, XI da Lei nº 12.305/10.

ambiental, além de diminuir a exploração de recursos naturais e de evitar a peculiar degradação causada pelos resíduos, a coleta seletiva realizada pelos catadores de material reciclável aumenta a vida útil de aterros sanitários ao diminuir a quantidade de resíduos nele dispostos, dentre outros.

Os benefícios decorrentes do trabalho dos catadores, sob o aspecto econômico, podem ser vislumbrados à medida que, indiretamente, atua no menor custo da limpeza urbana e diminuição de gastos com tratamento de saúde, reduz os custos de produção e o consumo de energia no processo de produção e transformação de novos produtos. Além disso, a organização de catadores em cooperativas ou associações gera renda, inclusão social, prestígio, cidadania em virtude da formalização do trabalho, contribuindo, inclusive, para a diminuição da marginalidade, buscando-se produzir um estado latente e permanente de justiça ambiental.

Dada a importância do Catador de material reciclável e de sua inclusão no processo de gestão de resíduos – o que conseqüentemente tende a formalizar³⁶ e reconhecer ainda mais sua atividade –, a Lei prevê a hipótese de priorização ao acesso aos recursos da união aos municípios que optarem por soluções consorciadas intermunicipais para a gestão dos resíduos sólidos³⁷ e que implantarem a coleta seletiva com a participação de cooperativas/associações de catadores formadas por pessoas físicas de baixa renda³⁸. A lei vai ainda mais além, prevendo, inclusive a dispensa de licitação³⁹

³⁶ Atualmente existem em torno de 1 milhão de catadores no Brasil. Mas os cooperados representam uma pequena parte. A maioria tem trabalho autônomo, ainda dependente de intermediários para a venda dos materiais recicláveis. Compromisso Empresarial para Reciclagem (CEMPRE). **Política Nacional de Resíduos Sólidos - A lei na prática**. Disponível em http://www.cempre.org.br/download/pnrs_leinapratica.pdf. Acesso em 09.09.2013.

³⁷ Artigo 18, parágrafo 1º, inciso I da PNRS.

³⁸ Artigo 18, parágrafo 1º, inciso II da PNRS.

³⁹ A Licitação é o processo formal que, respeitadas as especificidades legais, permite à Administração Pública contratar com terceiros, garantindo a igualdade entre os interessados em contratar com o Ente Público e o mais importante, fundamenta-se num forte instrumento contra fraudes garantindo a integridade do dinheiro que é de todos através da seleção da melhor proposta. Deixar de licitar, ou seja, dispensar ou não exigir a licitação é algo extremo, fazendo

para a contratação das entidades constituídas sob as circunstâncias acima mencionadas, conforme prevê o Artigo 26, parágrafos 1º e 2º da Lei, c/c inciso XXVII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, a lei das licitações.

Neste ínterim, reconhecer, através de um dispositivo legal a importância e essencialidade do catador, não se trata de política paternalista ou assistencial, mas de evidenciar e reconhecer o valor do trabalho realizado pelo catador. Reconhecer isto significa diminuição de custos e de energia para o setor produtivo e em coleta de resíduos e condução a aterros sanitários, importa em preservar recursos naturais dentre outras características positivas que garantem a importância e o reconhecimento do trabalho do Catador no aspecto social, econômico, ambiental, sanitário, garantindo-lhes verem-se sujeitos de inclusão social em busca de melhor qualidade de vida e de justiça ambiental.

4. A PROBLEMÁTICA DA INCINERAÇÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS E SUA INTERFACE COM A JUSTIÇA AMBIENTAL

Apesar da contextualização ora realizada sobre a importância e o reconhecimento do papel do Catador na sociedade – de consumo – e dos positivos impactos socioeconômicos de seu trabalho, a Política Nacional de Resíduos Sólidos viu seu texto aprovado com flagrante paradoxo ao curvar-se aos interesses econômicos de grandes grupos. Durante as tratativas para sua aprovação, o texto legal retrocedeu aos avanços obtidos até então ao permitir, em seu Art. 9º, § 1º, a possibilidade de uso de tecnologias visando à recuperação energética dos resíduos sólidos urbanos, desde que comprovada a

parte das exceções à Lei de Licitações (8.666/93). A contratação de cooperativas e/ou associações formadas por pessoas de baixa renda, nos termos da PNRS é assunto de extrema relevância aos interesses nacionais. Por isto esta previsão.

viabilidade técnica e ambiental e que se implante programa de monitoramento de emissão de gases tóxicos aprovado pelo órgão ambiental⁴⁰.

Vale dizer, entretanto, que a incineração é uma tecnologia utilizada em muitos países do mundo como alternativa para solucionar os problemas de disposição final de resíduos sólidos. O processo de incineração, para Monteiro, constitui-se em “um processo de queima, na presença de excesso de oxigênio, no qual os materiais à base de carbono são decompostos, desprendendo calor e gerando um resíduo de cinzas”⁴¹. Para o autor, apesar de resultar na redução de peso e volume, “a incineração do lixo é também um tratamento eficaz para reduzir seu volume, tornando o resíduo absolutamente inerte em pouco tempo, se realizada de forma adequada. Mas sua instalação e funcionamento são geralmente dispendiosos, principalmente em razão da necessidade de filtros e implementos tecnológicos sofisticados para diminuir ou eliminar a poluição do ar provocada por gases produzidos durante a queima do lixo”⁴².

No Brasil a Incineração é mais amplamente utilizada para tratamento de resíduos dos serviços de saúde, também conhecido por lixo hospitalar, resíduos industriais e aeroportuários, onde se pode encontrar uma grande quantidade de incineradores de pequeno porte, os quais operam de forma

⁴⁰ A aprovação dessa lei é um marco histórico, em certa medida, pois mobilizou durante muitos anos ambientalistas, movimentos sociais e entidades que procuravam criar um marco legal para a geração de lixo no Brasil. [...] Deveríamos estar comemorando, mas acabamos de sair de uma luta para entrar em outra ainda mais difícil. Durante a sessão no Senado, houve uma manobra com a mudança da redação de um parágrafo que favorece a implantação de incineradores para queima do lixo no Brasil. O trecho da PNRS que dizia: “após esgotadas as opções de redução, reutilização e reciclagem” a adoção dos incineradores seria então a última prioridade. Com a retirada desse trecho, abriu-se o caminho para a implantação dos incineradores nas cidades brasileiras consumindo dinheiro público e afetando a saúde da população de forma irresponsável, uma vez que os equipamentos que estão sendo vendidos na América Latina são proibidos nos países europeus, ou seja, sucata ultrapassada enviada para o terceiro mundo. Disponível em: <http://www.incineradornao.net/2010/07/pnrs-aprovada-agora-e-a-reciclagem-versus-incineracao/>. Acesso em 16.09.2013.

⁴¹ Manual de Gerenciamento Integrado de resíduos sólidos / José Henrique Penido Monteiro ...[et al.]; coordenação técnica Victor Zular Zveibil. Rio de Janeiro: IBAM, 2001. p.140

⁴² Manual de Gerenciamento Integrado de resíduos sólidos / José Henrique Penido Monteiro ...[et al.]; coordenação técnica Victor Zular Zveibil. Rio de Janeiro: IBAM, 2001. p.120

precária, sem manutenção adequada e sem controle das emissões atmosféricas e que são instalados principalmente em hospitais⁴³.

Necessário dizer que a implantação de um processo de tratamento de resíduos sólidos por incineração, deve necessariamente estar de acordo com a viabilidade ambiental, social e econômica devido aos custos associados a este modo de gestão de resíduos. Os defensores desta ideia destacam os “benefícios” decorrentes da utilização de usinas incineradoras de resíduos sólidos e dentre eles destacam-se a redução do volume do material incinerado em cerca de 70%, o que contribui para a menor utilização de espaço em aterros sanitários, além de menor contaminação a lençóis freáticos. Outro benefício ao qual se faz menção refere-se à recuperação de energia durante a combustão, a qual pode ser utilizada para a produção de eletricidade⁴⁴ e o próprio desaparecimento do resíduo em si.

Tais benesses, contudo, são insuficientes para contrapor as mazelas decorrentes de sua utilização, fazendo-se incorrer em injustiças ambientais mais severas que aquelas às quais já estão expostos os catadores de recicláveis pela própria natureza e circunstâncias de sua atividade. A previsão do Art. 9º, §1º, que autoriza a implantação de usinas incineradoras representa, neste contexto social, econômico e legal, um flagrante paradoxo, um contrassenso na medida em que a incineração consumirá todo o resíduo produzido em determinada cidade ou região.

A consequência fática disto se manifesta na falta de matéria prima a reciclar eis que será consumida pela usina incineradora, fazendo incorrer, portanto, na falta de trabalho e de renda, valor social, cidadania do catador. Segundo aqueles que defendem a tecnologia, a implantação de usinas de incineração é

⁴³ CAIXETA, Dalma Maria. **Geração de energia elétrica a partir da incineração de lixo urbano: o caso de Campo Grande/MS**. UnB-CDS, Especialização, Resíduos Sólidos, 2005. p.25

⁴⁴ Disponível em <http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/meio-ambiente-reciclagem/incineracao-do-lixo.php>. Acesso em 20/09/2013.

uma atitude viável ao tempo em que elas são autossustentáveis, ou seja, utilizam a energia elétrica que ela própria produz. Sob este ponto de vista, o argumento utilizado pelos ambientalistas reflete que se diretamente os incineradores produzem mais energia do que consomem, num olhar sob o todo, eles acabam consumindo muito mais energia do que são capazes de produzir. A postura sustentada pelos ambientalistas se fundamenta no fato de que para ser autossustentável, produzir energia elétrica suficiente para seu funcionamento através da queima de resíduos e, principalmente, gerar lucro/receita através da energia excedente a ser vendida, a usina vai consumir resíduos que poderiam ser reutilizados. Há de mensurar ainda os custos sustentados pelo poder público mitigar os problemas gerados pelas doenças.

Para Gutberlet, “a incineração não é uma solução adequada porque inviabiliza a recuperação dos recursos (uma vez queimado se perdeu o material) perpetua o modo insustentável de extração, produção e consumo. Além disso, dificulta a implantação da verdadeira logística reversa, o compromisso com o consumo responsável e a co-responsabilidade dos geradores de resíduos, enfim inibindo a transformação da sociedade rumo a maior sustentabilidade. É muito simples queimar. Os verdadeiros custos ambientais e sociais de curto a longo prazo decorrentes da incineração precisam ser levantados para tomar uma decisão de política de resíduos sólidos consciente e responsável⁴⁵. Este panorama é demonstrado pelo relatório produzido pelo sitio cibernético “Incinerador Não” sobre os problemas da incineração “[...] uma análise detalhada do ciclo de atividade revela que os incineradores gastam mais energia do que produzem. Isto porque os produtos que são incinerados (que poderiam ser reaproveitados) devem ser substituídos por novos produtos. Extraíndo e processando materiais virgens, transformando-os em novos produtos, gastando muito mais energia - causando também mais danos ao

⁴⁵ GUTBERLET, Jutta PSWM (Participatory Sustainable Waste Management) Newsletter. June 2010, Volume 4, Issue 2. Disponível em http://pswm.uvic.ca/en/sites/files/pswm/en/_assets/newsletters/PSWM_Newsletter_V4I2_Bilingual.pdf acesso em 18.09.2013.

meio ambiente - do que seria usar de novo, ou produzindo materiais reciclados⁴⁶.

Isto ocorre no mesmo e exato momento em que a própria Política Nacional de Resíduos Sólidos busca a inclusão social destas pessoas ao instituir como princípio norteador “o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania⁴⁷”, sendo este também integrante do rol de objetivos implantados pela Lei⁴⁸.

A Reutilização, Reciclagem, a Coleta Seletiva, atividade desenvolvida pelos catadores, são categorias previstas na política e fazem parte da destinação final ambientalmente adequada, da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, cujo objetivo é minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos⁴⁹ e considerando as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social buscando-se justiça social e ambiental e sob a premissa do desenvolvimento sustentável⁵⁰.

⁴⁶ Os problemas da incineração. Disponível em <http://www.incinernao.net/2011/10/participe-da-audiencia-publica-e-diga-nao-a-incineracao-do-lixo-em-maringa/>. Acesso em 18.09.2013.

⁴⁷ Artigo 6º, inciso VIII da PNRS.

⁴⁸ Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: [...] II - não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; [...] VI - incentivo à indústria da reciclagem, tendo em vista fomentar o uso de matérias-primas e insumos derivados de materiais recicláveis e reciclados;

⁴⁹ Artigo 3º, inciso XVII.

⁵⁰ A Política Nacional de Resíduos Sólidos tem como objetivos a proteção da saúde pública e da qualidade ambiental; incentivo à indústria da reciclagem, tendo em vista fomentar o uso de Marcos Regulatórios de matérias-primas e insumos derivados de materiais recicláveis e reciclados; integração das associações e cooperativas de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético. Manifesto contra a incineração, pela reciclagem e

Carlos Bocuhy, presidente do Instituto Brasileiro de Proteção Ambiental acrescenta que é necessário reciclar e reutilizar os materiais que demandam alto custo em água e energia para sua produção, e que as usinas de incineração são alternativas para disposição de resíduos altamente poluentes⁵¹. Na mesma esteira destaca Baeder: “Falar que a usina resolve o problema de destinação final do lixo é um ledão engano. Quando o lixo é incinerado ele não poderá mais se tornar matéria-prima da cadeia produtiva, um problema⁵²”. Ela não é vantajosa, eis que esta atividade traz uma consequência nefasta do ponto de vista ambiental pela necessidade de produção de novas matéria-prima⁵³, importando numa maior extração de bens ambientais”.

No cenário de Injustiça Ambiental ao qual é submetido o Catador de recicláveis, a incineração [...] promove a re-exclusão social dos catadores formais e informais com a criação de novos problemas sociais pelo desemprego, pela pobreza e pela condição de vulnerabilidade social gerado com a exclusão social dos catadores e das catadoras⁵⁴. Ademais, se todo o

reutilização dos materiais do lixo domiciliar. Disponível em http://www.incineradornao.net/wp-content/uploads/2010/10/manifeto_web.pdf. Acesso em 18.09.2013. p.05-06. O que se vê contudo, são “os problemas da incineração de resíduos: descargas de poluentes tanto para o ar como para outros meios; custos econômicos e custos de emprego, perda de energia, insustentabilidade e incompatibilidade com outros sistemas para a gestão de resíduos. Também lida com os problemas específicos dos países do hemisfério Sul. Disponível em <http://www.incineradornao.net/2011/10/participe-da-audiencia-publica-e-diga-nao-a-incineracao-do-lixo-em-maringa/>. Acesso em 18.09.2013.

⁵¹ Disponível em <http://naoaincinercaodolixo.blogspot.com/>. Acesso em 18.09.2013

⁵² Angela Martins Baeder (integrante do comitê executivo do Projeto Brasil-Canadá – programa de cooperação entre os dois países para buscar soluções na questão de resíduos sólidos) em notícia veiculada no sitio cibernético <http://www.reciclaeis.com.br/noticias/01107/0110725abc.htm>. acesso em 18.09.2013.

⁵³ A produção de ferro reciclado pode consumir 60% menos de energia e emitir 30% menos; a produção de papel reciclado consome 40% menos de energia e emitir 90% menos; a agregação de cacos na fusão do vidro igualmente economiza energia: 10% de “cacos” propiciam ganho energético de 4%; 1 ton. de “cacos” economiza 1,2 ton. De matérias-primas; 10% de “cacos” reduzem em 5% a emissão de CO₂; o vidro tem o potencial de ser uma embalagem retornável para a mesma finalidade; é a melhor opção ambiental a partir do segundo ou terceiro reuso; fonte: <http://www.abividro.org.br>

⁵⁴ GUTBERLET, Jutta Projeto de gestão participativa e sustentável de Resíduos Sólidos (PSWM) Coleta Seletiva Sim, queima e desperdício de recursos não. Universidade de Victória, Canadá. Disponível em <http://pswm.uvic.ca/en>. Acesso em 18.09.2013.

resíduo produzido em uma determinada cidade tiver a incineração por disposição final, haverá um imenso prejuízo social visto que os catadores de recicláveis serão deixados de lado. Para Connett a tecnologia ignora por completo as centenas de milhares de catadores existentes no país, já que tudo o que é coletado é incinerado. Desta forma, não se permite a estes que antes colem o que é reciclável para que tenham renda⁵⁵.

O aspecto social tem extremada importância neste contexto já que a gestão de recicláveis – coleta, separação, transformação, venda – pelos catadores é responsável por gerar renda aos mesmos. Ao fazê-lo, disponibiliza a eles a possibilidade de desenvolvimento humano. Romani destaca que estes profissionais são responsáveis por 90% dos materiais que chegam às indústrias recicladoras, desviando materiais que seriam dispostos em lixões ou aterros das cidades como inservíveis ou reinserindo-os na cadeia produtiva como matéria prima secundária⁵⁶. A reciclagem e reutilização de resíduos geram renda para milhares de famílias. Além disso, menor quantidade matéria prima é extraída do meio ambiente e consumo menor quantidade de água e energia. Implantar usinas incineradoras, nestes termos, significa ameaçá-los e deixá-los à margem da sociedade, descumprindo por completo aquilo que previu tão enfaticamente os termos da Política Nacional de Resíduos Sólidos sobre o reconhecimento e os incentivos à atividade⁵⁷. O debate em torno da

⁵⁵ CONNETT Paul. Apresentação na 4ª Conferência Anual de Administração Internacional de Lixo-para-Energia. Amsterdã. Incineração Do Lixo Municipal – Uma Solução Pobre Para o Século 21. Disponível em <http://www.incineradornao.net/2009/12/incineracao-do-lixo-municipal-uma-solucao-pobre-para-o-seculo-21/> Acesso em 18.09.2013.

⁵⁶ ROMANI, Andréia Pitangui de, **O Poder Público Municipal e as Organizações de Catadores**. Rio de Janeiro. IBAM/DUMA/CAIXA. 2004. p. 14.

⁵⁷ A política pública que opta pela incineração perde oportunidades para o desenvolvimento humano, para a formação e a educação de cidadãos que colaboram através do seu consumo responsável e sua participação na separação do material. A incineração gera vários outros resultados indiretos que dificultam a implementação das metas universais para a sustentabilidade como a Agenda 21 ou a redução da pobreza segundo os objetivos do milênio de desenvolvimento (Millennium Development Goals), definidos pelas Nações Unidas como pontos de referência para o desenvolvimento humano global. GUTBERLET, Jutta PSWM (Participatory Sustainable Waste Management) Newsletter. June 2010, Volume 4, Issue 2. Disponível em http://pswm.uvic.ca/en/sites/files/pswm/en/_assets/newsletters/PSWM_Newsletter_V4I2_Bilingual.pdf acesso em 18.09.2013.

gestão de resíduos sólidos, portanto, deve incorporar vertentes sociais, tanto na avaliação dos benefícios como nos danos sociais causados pelas diferentes opções de destinação final do lixo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Temas como o ora abordado demonstram que o conceito operacional de Direito Ambiental supera o componente tecnicista e de regulação da lei ambiental. Mais que isto, a ciência do Direito Ambiental se justifica por estudar, descrever e interferir positivamente nos fenômenos de origem social, governamental, mercadológico e que ocasionam à humanidade danos na seara ambiental e de sustentabilidade em seu tríplice suporte (social, econômico e ambiental).

O sistema capitalista, que visa a livre iniciativa, o lucro e a pedagogia ideológica do prazer pessoal no ato do consumo remetem um exército de pessoas à margem da pobreza e da cidadania, obrigando-as a juntarem-se para viver em amontoados urbanos. Sem instrução e perspectivas, acabam por arvorarem-se, muitas vezes, na catação de resíduos sólidos e materiais recicláveis como alternativa para sua subsistência. Com isto, passam a ter ao menos um mínimo existencial.

Assim, revelada a hipótese inicialmente levantada, viu-se o quão importante se tornou o protagonismo do catador de recicláveis no Brasil de hoje e os benefícios socioeconômicos e ambientais de sua atividade de uma íntima relação com os fundamentos do conceito de sustentabilidade. Não obstante a isto, se teme que com a abertura legal oriunda do §1º do Artigo 9º da Política Nacional de Resíduos Sólidos, o poder econômico se sobressaia mais uma vez implantando usinas e retirando dos catadores a pouca inclusão que obtiveram.

Verificou-se, portanto, que o tema ora abordado se constitui em um destes casos de injustiça ambiental flagrantemente observados no cotidiano de

qualquer metrópole e que são decorrentes de fatores sociais e econômicos em que uma infinidade de catadores de materiais recicláveis serão abrangidos pelas consequências da instalação de usinas incineradoras no respectivo grande centro/região em que vivem, restando-lhes observar tal vilipêndio aos seus direitos à dignidade, à vida, à inclusão social dentre outros.

Trata-se pois, de mais que um paradoxo legal, mas de um conflito no qual a dogmática jurídica, por si só, parece se mostrar insuficiente para suportar a complexidade do caso em tela eis que envolve fatores socioeconômicos, étnicos, culturais, políticas públicas, desigualdade, exclusão social, preconceito, paradigmas complexos do mundo moderno a serem superados pela ciência do direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BALDO, Iumar Junior. CUSTÓDIO, André Viana. **Desenvolvimento Urbano: Um discurso sobre a organização socioambiental e habitacional sob a panorâmica da igualdade e da justiça em John Rawls**. Disponível em <http://www.baldoadvogados.adv.br/artigos/ArtigoUrbano.pdf>

BRASIL. **Lei nº. 12.305/2010. Política Nacional de Resíduos Sólidos**. Brasília, 2010.

BRASIL. **Consumo Sustentável: Manual de educação**. Brasília: Consumers International/ MMA/ MEC/IDEC, 2005. p. 127.

BREITENBACH, Camila e REIS, Jorge Renato. (In)suficiência dos preceitos constitucionais ambientais na pós-modernidade frente ao paradigma econômico. *In*: CUSTÓDIO; André Viana. BALDO, Iumar Junior (orgs). **Meio Ambiente Constituição & Políticas Públicas**. Curitiba: Multideia, 2011, p. 73.

BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental no século XXI. *In*: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José August. (org.). **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2004. p. 9.

CHIRAS, D.D., ***New Visions of Life: Evolution of a Living Planet. I: Environmental Science: Action for a Sustainable Future.*** 3º Edition. Benjamim Cummings Publishing. Cap: 02.

Compromisso Empresarial para Reciclagem (CEMPRE). **Política Nacional de Resíduos Sólidos - A lei na prática.** Disponível em http://www.cempre.org.br/download/pnrs_leinapratica.pdf.

CONNETT Paul. **Apresentação na 4ª Conferência Anual de Administração Internacional de Lixo-para-Energia.** Amsterdã. Incineração Do Lixo Municipal – Uma Solução Pobre Para o Século 21. Disponível em <http://www.incineradornao.net/2009/12/incineracao-do-lixo-municipal-uma-solucao-pobre-para-o-seculo-21/>.

CRUZ, Paulo Marcio, BODNAR, Zenildo, STAFFEN, Marcio Ricardo. ***Transnacionalización, Sostenibilidad y el nuevo paradigma del Derecho in Siglo XXI.*** Revista Opinión Jurídica - Universidad de Medellín, 2011. p. 13.

CRUZ, Paulo Marcio, BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do Direito na Pós Modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD).** UNISINOS 3(1): 75-83 janeiro-junho 2011. p.76.

FERREIRA, Juliana Martins de Bessa e FERREIRA, Cláudio Antonio. A sociedade da informação e o desafio da sucata eletrônica. **Revista de Ciências Exatas e Tecnologia.** Faculdade Anhanguera, São Paulo. Vol. III, nº. 3, ano 2008. p 160.

FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental.* **Revista Arazandi de Derecho Ambiental.** Pamplona. España. n. 1, 2002. P. 73.

FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. **Concepções éticas da proteção ambiental.** Brasília. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, p, 152.

GIDDENS, Antony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. Sao Paulo. Unesp. 1991, p.72.

GORCZEVSKI, Clóvis e MORAIS, Danusa Espíndola. A crise da percepção ambiental e os mecanismos constitucionais que permitem o exercício da cidadania na proteção do meio ambiente: Uma análise a partir da obra A Teia da Vida, de Fritjof Capra e A Teoria da Constituição como Ciência da Cultura, de Peter Haberle. *In: CUSTÓDIO; André Viana. BALDO, Iumar Junior. Meio*

Ambiente Constituição & Políticas Públicas. Curitiba: Multideia, 2011.

GUTBERLET, Jutta **Projeto de gestão participativa e sustentável de Resíduos Sólidos (PSWM) Coleta Seletiva Sim, queima e desperdício de recursos não.** Universidade de Victória, Canadá. Disponível em <http://pswm.uvic.ca/en>.

GUTBERLET, Jutta PSWM **Participatory Sustainable Waste Management** Newsletter. June 2010, Volume 4, Issue 2. Disponível em http://pswm.uvic.ca/en/sites/files/pswm/en/_assets/newsletters/PSWM_Newsletter_V4I2_Bilingual.pdf

HERCULANO, S. **Resenhando o debate sobre justiça ambiental: produção teórica, breve acervo de casos e a criação da rede brasileira de justiça ambiental.** Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente, nº. 5, p. 143-149, jan/jun. 2002. Editora UFPR.

LAHAN Maysa Nogara. **A problemática dos Resíduos Sólidos em Balneário Camboriú e suas interfaces socioambientais.** Dissertação. Itajaí. 2006.

MIGUEL, Amadeu Elves; FLORES, Guilherme N.; Vieira. Ricardo Stanziola,. Pobreza e desenvolvimento Como paradoxos da Sustentabilidade: Reflexão sobre a intervenção do homem no Meio Ambiente. **Revista dos Tribunais** (São Paulo. Impresso), v. 2, 2013.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. *In*: BARROSO, Luis Roberto. **A nova Interpretação constitucional:** Ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003,

ROMANI, Andréia Pitanguí de, **O Poder Público Municipal e as Organizações de Catadores.** Rio de Janeiro. IBAM/DUMA/CAIXA. 2004.

SOARES, Remi Aparecida de Araújo. **Proteção ambiental e desenvolvimento econômico.** 1. Ed., Curitiba. Juruá, 2005.

STELZER, Joana. Transnacionalização: o emergente cenário do comércio mundial. **Revista portuária Economia & Negócios.** Disponível em <http://www.revistaportuaria.com.br/site/?home=artigos&n=CCNU&t=transnacionalizaco-emergente-cenario-comercio-mundial>.

TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU E TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

George Brasil Paschoal Pítsica¹

INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas europeu é um órgão comunitário encarregado da fiscalização da legalidade e regularidade das receitas e despesas da União Europeia, servindo como um garantidor da boa gestão financeira da UE.

Este órgão, apesar de não se revestir de poderes judiciais, atua no auxílio ao Conselho e Parlamento Europeu para o controle do orçamento da União Europeia, revestindo-se, destarte, de fundamental importância para os organismos comunitários.

Da mesma forma, o Tribunal de Contas da União, conforme a estrutura apresentada pela Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 é um órgão de fiscalização dos gastos públicos, atuando em auxílio ao Congresso Nacional e não integrante do Poder Judiciário.

Estas semelhanças surgem por influência do modelo francês, adotado por ambas Côrtes, em que a *Court des Comptes* não integra os Três Poderes da República Francesa, sendo uma das mais antigas e mais prestigiadas instituições da França, assistindo o Parlamento e o Governo na fiscalização das leis orçamentais.²

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Auditor Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. george.pitsica@tce.sc.gov.br

² Cf. BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema Tribunais de Contas e instituições**

O objetivo do presente trabalho é efetuar uma breve análise sobre as semelhanças e algumas diferenças destes dois órgãos de controle, especificamente acerca da sua criação, composição e competência.

1. CRIAÇÃO

1.1. Tribunal de Contas Europeu

O Tribunal de Contas Europeu - TCE é uma instituição comunitária instituída pelo Tratado de Bruxelas de 1975, com sede em Luxemburgo e tem como função verificar a execução do orçamento da União Europeia – UE.

Segundo Ferraz³, os Tratados institutivos das Comunidades Europeias (Paris e Roma), tal como concebidos originariamente, não previam existência de um Tribunal de Contas. No âmbito da Comunidade Econômica do Carvão e do Aço – CECA, o controle externo das finanças era exercido por um comissário único, ou revisor de contas e no quadro da Comunidade Econômica Europeia – CEE e Comunidade Europeia da Energia Atômica – EURATOM, por uma Comissão de Controle composta por comissários de contas. No dia 08/04/65, com o advento do Tratado de Fusão, foi instituída uma Comissão Única de controle para as três Comunidades. A criação do TCE somente aconteceu com o Tratado de Bruxelas, de 22/07/75, que entrou em vigor em 01/06/77.

Conforme observação efetuada por Pedro Barros⁴, a criação do TCE ocorreu simultaneamente à ocorrência de dois fatos importantes: o aumento dos poderes do Parlamento Europeu em matéria de controle do orçamento e o

equivalentes: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 91.

³ Cf. FERRAZ, Luciano. **Tribunal de contas europeu**. In. Revista Ciências Sociais. v. 13, n. 1. Rio de Janeiro, 2007. p.150.

⁴ Cf. BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. **Sistema tribunais de contas e instituições equivalentes:** um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia. p. 123.

financiamento integral do orçamento da União Europeia através de recursos próprios. Com o Tratado de Bruxelas, o Parlamento Europeu se tornou a autoridade competente para dar quitação à Comissão Europeia sobre a execução do orçamento pelo qual ela é a responsável, conforme artigos 205 e 206 do Tratado que instituiu a CE.

1.2. Tribunal de Contas da União

A primeira tentativa de criação de um Tribunal de Contas no Brasil remonta a 1826, tendo como responsáveis os Senadores do Império Visconde de Barbacena e José Inácio Borges. Mesmo ocorrendo outras tentativas posteriores, não se deu, naquele período histórico, a instituição do Tribunal de Contas.⁵

Com a instalação da república, foi um ministro das Finanças, Rui Barbosa, quem propôs a instalação de um Tribunal de Contas. Vale lembrar que a ideia do Tribunal de Contas não constava do anteprojeto da Constituição, elaborado por uma comissão de juristas a partir de dezembro de 1889 e compilado para um projeto de governo provisório, em junho de 1890, sob a coordenação de Rui Barbosa. Meses depois, um decreto do governo provisório, redigido por Rui Barbosa, instituiu o Tribunal de Contas, em novembro de 1890.⁶

Dessa feita, a criação do Tribunal de Contas da União somente⁷ se deu por

⁵ Cf. GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 155.

⁶ Cf. SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União**: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. p. 40.

⁷ Pontes de Miranda lembra que: "*Origens do Tribunal de Contas no Brasil*: A ideia de um Tribunal de Contas vem, no Brasil, de 1826, em projeto apresentado ao Senado do Império Por Felisberto Caldeira Brant (Visconde de Barbacena) e por José Inácio Borges. [...] Em 1845 Manuel Alves Branco, Ministro do Império, propôs a organização de um Tribunal de Contas que, sobre exercer fiscalização financeira, apurasse a responsabilidade dos exatores da Fazenda Pública, com o poder de ordenar a prisão dos desobedientes e contumazes e de julgar à revelia

meio do Decreto 966-A, de 07 de novembro de 1890, no qual, em seu artigo 1º⁸ previa a criação e competência da Corte.⁹

Desconsiderando-se o curto período entre a criação do Tribunal de Contas pelo governo provisório, por decreto em novembro de 1890, e fevereiro de 1891, quando a nova Constituição entrou em vigor, o Tribunal de Contas no Brasil, desde a sua criação, é um órgão com *status* constitucional. A constitucionalização do órgão dá um grande respaldo para o controle financeiro. Enquanto na primeira Constituição esse respaldo supra legal se limitava a uma simples menção da instituição e de sua função básica de aprovação das contas anuais, a partir das Constituições seguintes cada vez mais elementos da sua estrutura básica foram incorporados aos textos constitucionais.¹⁰

Sobre o tratamento constitucional dispensado ao Tribunal de Contas pelas Constituições brasileiras, Cretella Júnior¹¹ (1992, p. 2795) nos traz a seguinte sistematização:

as contas que tivessem de prestar. Se bem que a ideia volvesse com Pimenta Bueno (depois Marquês de São Vicente), Silveira Martins, o Visconde de Ouro Preto, e João Alfredo, o Império não possuiu o seu Tribunal de Contas” in BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v4, tomo II. São Paulo: SARAIVA, 1998. p. 18.

⁸ art. 1º É instituído um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes à receita e despesa da República. in: SANTA CATARINA. **Tribunal de Contas de Santa Catarina: 50 anos de história**. Florianópolis: Tribunal de Contas, 2006. p.37.

⁹ Na exposição de motivos do Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890, que criou o Tribunal de Contas da União, Rui Barbosa justifica a sua criação nos seguintes termos: corpo de magistratura intermediária à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias – contra quaisquer ameaças –, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil. SANTA CATARINA. **Tribunal de Contas de Santa Catarina: 50 anos de história**. p.35.

¹⁰ Cf. SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil**. p. 44.

¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992 p. 2795.

CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1824:
Omissa.

CONSTITUIÇÃO DE 1891, art. 89: É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso.

CONSTITUIÇÃO DE 1934, art. 99: É mantido o Tribunal de Contas que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. Art. 101: Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contrato até ao pronunciamento do Poder Legislativo. §1º: Será sujeito ao registro prévio do Tribunal de Contas qualquer ato de administração pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste.

CONSTITUIÇÃO DE 1937, art. 114: Para acompanhar, diretamente ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do Conselho Federal.

CONSTITUIÇÃO DE 1946, art. 77: Compete ao tribunal de Contas: I – acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; II – julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas; III – julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões. §1º: Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional. §4º: O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República deverá prestar anualmente ao Congresso Nacional.

CONSTITUIÇÃO DE 1967, art. 71, §1º e EC nº1, de 1969, art. 70, § 1º: O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. §2º: O Tribunal de Contas da União dará parecer prévio, em sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República prestar anualmente. Não sendo estas enviadas dentro do prazo, o fato será comunicado ao Congresso Nacional, para fins de direito, devendo aquele Tribunal, em qualquer caso, apresentar minucioso relatório do exercício financeiro encerrado. Art. 73, §8º e art. 72, §8º: O Tribunal de Contas julgará da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões.

Com a Constituição de 1988, o Tribunal de Contas da União teve a sua jurisdição e competência substancialmente ampliadas. Recebeu poderes para, no auxílio ao Congresso Nacional, exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade e a fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. Qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária tem o dever de prestar contas ao TCU.¹²

1.3. Considerações sobre os dois modelos

Observando a evolução dos dois modelos ora em análise, denota-se que o modelo brasileiro serve como paradigma para os demais Tribunais da República

¹² BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/historia> Acesso em: 08 nov. 2013.

Federativa do Brasil, diante do princípio da simetria constitucional que estabelece a necessária relação simétrica entre os institutos jurídicos da CRFB/88 e as Constituições estaduais.

A CRFB/88 apresenta a forma como será composto o TCU, disciplinando que os Tribunais de Contas estaduais serão integrados por sete Conselheiros, conforme disposto em seu art. 75, parágrafo único.

Em alinhamento com o modelo federal, a indicação dos Conselheiros dos Tribunais estaduais, do Distrito Federal e dos municípios deve ser feita pelo Chefe do Poder Executivo local e pelo Poder Legislativo.

Já o modelo do Tribunal de Contas Europeu é o resultado da síntese de alguns modelos dos países que o compõe, mas, tal como o modelo brasileiro, com fortes influências do modelo Francês.

Segundo Barretto¹³, as instituições superiores de controle dos Estados-Membros da União Europeia podem ser agrupadas em quatro modelos principais:

1. Tribunal ou Corte de Contas, com função judicial;
2. Tribunal ou Corte de Contas, sem função judicial;
3. Escritório de Auditoria, comandado por um Controlador ou Auditor Geral, vinculado ao Parlamento;
4. Escritório de Auditoria, comandado por um Auditor Geral dentro da estrutura do governo.

Dez instituições superiores de controle (Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Grécia, Itália, Luxemburgo, Países Baixos e Portugal) reúnem-se como

¹³ Cf. BARRETTO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema tribunais de contas e instituições equivalentes**: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia. p. 88

Tribunal de Contas.¹⁴

Como Tribunais de Contas com função judicial, ou seja, integrantes do Poder Judiciário, podemos citar a Grécia e Portugal, estando as Cortes de Contas constitucionalmente em igualdade de condições com outros tipos de Tribunais.¹⁵

O segundo tipo é a estrutura colegiada, que não tem função judicial como na Alemanha, Áustria, Luxemburgo, Países Baixos e França. O Tribunal de Contas Europeu é também um corpo colegiado sem papel judicial.¹⁶

O modelo de escritório de auditoria independente, vinculado ao Parlamento e comandado por um controlador ou auditor geral, existe no Reino Unido, Irlanda e Dinamarca.¹⁷

O quarto modelo é o sistema desenvolvido na Suécia e na Finlândia, onde a ISC é um órgão do Governo. Ambos os Estados mencionados têm duas organizações de auditoria: uma responsável perante o Governo pelas auditorias internas, portanto órgão do sistema de controle interno do Governo, e outra comandada por membros do Parlamento, responsável pelo controle legislativo externo.¹⁸

¹⁴ Cf. BARRETTO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema tribunais de contas e instituições equivalentes:** um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia. p. 89.

¹⁵ Cf. BARRETTO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema tribunais de contas e instituições equivalentes:** um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia. p. 89.

¹⁶ Cf. BARRETTO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema tribunais de contas e instituições equivalentes:** um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia. p. 89.

¹⁷ Cf. BARRETTO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema tribunais de contas e instituições equivalentes:** um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia. p. 89.

¹⁸ Cf. BARRETTO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema tribunais de contas e instituições equivalentes:** um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia. p. 89.

2. COMPOSIÇÃO E COMPETÊNCIA

2.1. Tribunal de Contas Europeu

O TCE é composto por um membro de cada país da UE, nomeado pelo Conselho¹⁹ para um período renovável de seis anos. Os membros designam entre si o presidente, por um período renovável de três anos, tal como ocorre com o Tribunal de Justiça da UE²⁰, conforme explicita o Tratado sobre o funcionamento da União Europeia:

Artigo 285. (ex-artigo 246)

A fiscalização das contas da União é efectuada pelo Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas é composto por um nacional de cada Estado-Membro. Os seus membros exercem as suas funções com total independência, no interesse geral da União.

Artigo 286. (ex-artigo 247)

1. Os membros do Tribunal de Contas serão escolhidos de entre personalidades que pertençam ou tenham pertencido, nos respectivos Estados, a instituições de fiscalização externa ou que possuam uma qualificação especial para essa função. Devem oferecer todas as garantias de independência.

2. Os membros do Tribunal de Contas são nomeados por um período de seis anos. O Conselho, após consulta ao

¹⁹ O Conselho é a principal instituição com poder de decisão da UE. Tal como o Parlamento Europeu, o Conselho foi instituído pelos tratados fundadores na década de cinquenta. Representa os Estados-Membros, contando com a participação de um ministro do governo nacional de cada um dos países da UE nas suas reuniões. Cf UNIÃO EUROPEIA. **Como funciona a União Europeia:** Guia das instituições da União Europeia. Disponível em: <<http://www.ore.org.pt/filesobservatorio/pdf/ComofuncionaaUniaoEuropeia.pdf>> p. 15. Acesso em: 25 abr. 2013.

²⁰ O Tribunal de Justiça da UE cumpre a mesma função que um tribunal nacional de um Estado membro: garante que o Direito Comunitário seja interpretado e aplicado da mesma forma em todos eles. Com sede em Luxemburgo, é composto por 27 juizes e Procuradores Gerais designados de mútuo acordo pelos Governos dos países membros. O tribunal tem papel fundamental como motor de criação do Direito Comunitário.

Parlamento Europeu, aprova a lista dos membros estabelecida em conformidade com as propostas apresentadas por cada Estado-Membro. Os membros do Tribunal de Contas podem ser nomeados de novo.

Os membros do Tribunal de Contas designam de entre si, por um período de três anos, o Presidente do Tribunal de Contas, que pode ser reeleito.

3. No cumprimento dos seus deveres, os membros do Tribunal de Contas não solicitarão nem aceitarão instruções de nenhum Governo ou qualquer entidade e abster-se-ão de praticar qualquer acto incompatível com a natureza das suas funções.

4. Enquanto durarem as suas funções, os membros do Tribunal de Contas não podem exercer qualquer outra actividade profissional, remunerada ou não. Além disso, assumirão, no momento da posse, o compromisso solene de respeitar, durante o exercício das suas funções e após a cessação destas, os deveres decorrentes do cargo, nomeadamente os de honestidade e discrição, relativamente à aceitação, após aquela cessação, de determinadas funções ou benefícios.

5. Para além das substituições normais e dos casos de morte, as funções dos membros do Tribunal de Contas cessam individualmente por demissão voluntária ou compulsiva declarada pelo Tribunal de Justiça, nos termos do n.º 6.

O membro em causa será substituído pelo tempo que faltar para o termo do período de exercício das suas funções.

Salvo no caso de demissão compulsiva, os membros do Tribunal de Contas permanecem em funções até serem substituídos.

6. Os membros do Tribunal de Contas só podem ser afastados das suas funções, ou privados do direito a pensão ou de quaisquer outros benefícios que a substituam, se o Tribunal de Justiça declarar verificado, a pedido do Tribunal de Contas, que deixaram de corresponder às condições exigidas ou de cumprir os deveres decorrentes do cargo.

7. O Conselho fixa as condições de emprego, designadamente os vencimentos, subsídios, abonos e pensões do Presidente e dos membros do Tribunal de Contas. O Conselho fixa todos os subsídios e abonos que substituam a remuneração.

8. As disposições do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia aplicáveis aos juizes do Tribunal de Justiça da União Europeia são igualmente aplicáveis aos membros do Tribunal de Contas.²¹

Para o cumprimento de sua missão, o TCE pode inspecionar documentos provenientes de qualquer pessoa ou organismo que se ocupe da gestão de receitas ou despesas da União Europeia. Realiza controlos *in loco* por meio de auditorias, cujos resultados são apresentados por escrito sob a forma de relatórios que levam os eventuais problemas detectados ao conhecimento da Comissão e dos governos dos Estados-Membros.²²

Artigo 287. (ex-artigo 248)

1. O Tribunal de Contas examina as contas da totalidade das receitas e despesas da União. O Tribunal de Contas examina igualmente as contas da totalidade das receitas e despesas de qualquer órgão ou organismo criado pela União, na medida em que o respectivo acto constitutivo não exclua esse exame.

O Tribunal de Contas envia ao Parlamento Europeu e ao Conselho uma declaração sobre a fiabilidade das contas e a regularidade e legalidade das operações a que elas se referem, que será publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*. Essa declaração pode ser completada por apreciações específicas sobre cada domínio importante da actividade da União.

²¹ UNIÃO EUROPEIA. **Versão consolidada do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia.** In: *Jornal Oficial da União Europeia*. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:PT:PDF> > acesso em 26 abr. 2013.

²² Cf. UNIÃO EUROPEIA. **Como funciona a União Europeia:** Guia das instituições da União Europeia. Disponível em: <<http://www.ore.org.pt/filesobservatorio/pdf/ComofuncionaaUniaoEuropeia.pdf>> p. 29. Acesso em: 25 abr. 2013.

2. O Tribunal de Contas examina a legalidade e a regularidade das receitas e despesas e garante a boa gestão financeira. Ao fazê-lo, assinalará, em especial, quaisquer irregularidades.

A fiscalização das receitas efectua-se com base na verificação dos créditos e dos pagamentos feitos à União.

A fiscalização das despesas efectua-se com base nas autorizações e nos pagamentos.

Estas fiscalizações podem ser efectuadas antes do encerramento das contas do exercício orçamental em causa.

3. A fiscalização é feita com base em documentos e, se necessário, nas próprias instalações das outras instituições da União, nas instalações de qualquer órgão ou organismo que efectue a gestão de receitas ou despesas em nome da União, e nos Estados-Membros, inclusivamente nas instalações de qualquer pessoa singular ou colectiva beneficiária de pagamentos provenientes do orçamento. A fiscalização nos Estados-Membros é feita em colaboração com as instituições de fiscalização nacionais ou, se estas para isso não tiverem competência, com os serviços nacionais competentes. O Tribunal de Contas e as instituições de fiscalização nacionais dos Estados-Membros cooperarão num espírito de confiança, mantendo embora a respectiva independência. Estas instituições ou serviços darão a conhecer ao Tribunal de Contas a sua intenção de participar na fiscalização.

Todos os documentos ou informações necessários ao desempenho das funções do Tribunal de Contas serão comunicados, a seu pedido, pelas outras instituições da União, pelos órgãos ou organismos que efectuem a gestão de receitas ou despesas em nome da União, pelas pessoas singulares ou colectivas beneficiárias de pagamentos provenientes do orçamento e pelas instituições de fiscalização nacionais ou, se estas não tiverem competência para o efeito, pelos serviços nacionais competentes.

No que respeita à actividade de gestão de despesas e receitas da União exercida pelo Banco Europeu de Investimento, o direito de acesso do Tribunal às

informações detidas pelo Banco será regido por um acordo celebrado entre o Tribunal, o Banco e a Comissão. Na ausência de um acordo, o Tribunal terá, contudo, acesso às informações necessárias para efectuar a fiscalização das despesas e receitas da União geridas pelo Banco.

4. O Tribunal de Contas elabora um relatório anual após o encerramento de cada exercício. Este relatório é transmitido às outras instituições da União e publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, acompanhado das respostas das referidas instituições às observações do Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas pode ainda, em qualquer momento, apresentar observações, nomeadamente sob a forma de relatórios especiais, sobre determinadas questões e formular pareceres a pedido de uma das outras instituições da União.

O Tribunal de Contas adopta os relatórios anuais, os relatórios especiais ou os pareceres, por maioria dos membros que o compõem. Todavia, pode criar secções para adoptar determinadas categorias de relatórios ou de pareceres nas condições previstas no seu regulamento interno.

O Tribunal de Contas assiste o Parlamento Europeu e o Conselho no exercício da respectiva função de controlo da execução do orçamento.

O Tribunal de Contas estabelece o seu regulamento interno. Esse regulamento é submetido à aprovação do Conselho.²³

Como salientado pelo atual Presidente do TCE, Sr. Vítor Manuel da Silva Caldeira²⁴ “O Tribunal realiza auditorias no âmbito das quais avalia a cobrança

²³ UNIÃO EUROPEIA. **Versão consolidada do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia.** In: *Jornal Oficial da União Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:PT:PDF>> acesso em 26 abr. 2013.

²⁴ Em 16 de janeiro de 2008, Vítor Manuel da Silva Caldeira, o Membro português, foi eleito 10º Presidente do Tribunal. Esse mandato foi renovado em 12 de janeiro de 2011 por um segundo período de três anos. UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Contas europeu.** Disponível em: <<http://eca.europa.eu/portal/page/portal/Organisation/Structure/ThePresident>> acesso em: 26 abr. 2013.

das receitas e a utilização dos fundos da UE. Examina se as operações financeiras foram registradas e apresentadas corretamente, executadas de forma legal e regular e geridas tendo em conta os princípios de economia, eficiência e eficácia. O Tribunal fomenta a transparência e a prestação de contas, auxiliando o Parlamento Europeu e o Conselho no controle da execução do orçamento da UE, especialmente durante o procedimento de quitação, e confere um valor acrescentado à gestão financeira da União Europeia através dos seus relatórios e pareceres, desempenhando um papel pró-ativo na construção da UE e contribuindo para a aproximar dos cidadãos europeus.”²⁵

2.2. Tribunal de Contas da União

O TCU é composto por nove ministros, sendo seis indicados pelo Congresso Nacional e três pelo Presidente da República. Dos indicados pelo Presidente da República, um deve ser da carreira do Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas, um dentre os Auditores Substitutos e um de sua livre escolha dentre aqueles que cumpram com os requisitos previstos no art. 73, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88.

Art. 73, [...]

§1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

I – mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

II – idoneidade moral e reputação ilibada;

III – notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

²⁵Cf. UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Contas europeu.** Disponível em: <<http://eca.europa.eu/portal/page/portal/aboutus>> acesso em: 26 abr. 2013.

IV – mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

§2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I – um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;

II – dois terços pelo Congresso Nacional.

§3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

§4º O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura as de Juiz de Tribunal Regional Federal.

A CRFB/88 concedeu ao TCU diversas atribuições, que são desenvolvidas por meio dos processos que lá tramitam. Cada processo possui um relator, ou seja, um determinado ministro, ou auditor, que fica responsável pelo processo desde o seu ingresso até a decisão final do Tribunal. Essa é a função principal dos Ministros: relatar os processos que tramitam na Corte de Contas, entendido relatar como sendo a atividade de dar andamento ao processo, determinando as medidas a serem adotadas para a completa elucidação do caso, e, ao final, apresentar uma proposta de acórdão ao colegiado competente (Câmara ou Plenário) para a votação.²⁶

O artigo 71 da CRFB/88 elenca as seguintes competências exclusivas

²⁶ Cf. AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 253.

destinadas às Cortes de Contas do Brasil:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Segundo a classificação apresentada por Evandro Martins Guerra²⁷, as Cortes de Contas do Brasil exercem, no cumprimento de suas missões constitucionais, quatro funções precípuas:

a) Função consultiva, informadora ou opinativa: quando, em virtude do item primeiro do art. 71 da Carta Magna, os Tribunais apreciam as contas do chefe do Poder Executivo, emitindo parecer prévio, estão laborando em prol do Legislativo, posto ser este o titular do julgamento político das contas anuais, bem como na prerrogativa disposta no item III, de controle dos atos de admissão de pessoal, aposentadorias e reformas e no inciso VII, ao prestar as informações solicitadas;

b) Função contenciosa ou jurisdicional: quando os Tribunais de Contas, pela competência expressa no inciso II, julgam e liquidam as contas dos administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, além das contas daqueles que derem

²⁷ Cf. GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. p. 115.

causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário;

c) Função sancionatória ou corretiva: o item VIII prevê a possibilidade de o Tribunal de Contas aplicar, quando for constatada ilegalidade de despesa ou irregularidade das contas, as sanções previstas em lei, podendo fixar multa proporcional ao dano causado, além de outras cominações, visando à recomposição do erário; demais disso, a fixação de prazo para correção dos atos, consoante inciso IX e a sustação dos atos não corrigidos, prevista no inciso X, também compõe o plexo de atribuições;

d) Função fiscalizadora: nos incisos IV, V, VI e XI do art. 71, da CRFB, dispõe acerca da possibilidade da ampla atuação das Cortes de Contas, seja na área contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, quando verificados os aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos.

3. FUNCIONAMENTO

3.1. Tribunal de Contas Europeu

O Tribunal de Contas funciona como um órgão colegiado formado por 27 Membros, um de cada Estado-Membro, designados pelo Conselho, após consulta do Parlamento Europeu, para um mandato de seis anos renovável. O Tribunal está organizado em cinco câmaras, sendo cada câmara da competência de vários Membros. Existem quatro câmaras responsáveis por domínios específicos de despesas e pelas receitas (câmaras de carácter vertical) e uma câmara de carácter horizontal, designada por câmara CEAD (Coordination, Evaluation, Assurance and Development).²⁸

²⁸ Cf. UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Contas europeu**. Disponível em: <<http://eca.europa.eu/portal/page/portal/Organisation/Structure>> acesso em 26 abr. 2013.

3.2. Tribunal de Contas da União

A CRFB/88 ao conceder ao Tribunal de Contas as mesmas prerrogativas asseguradas aos Tribunais do Poder Judiciário pelo seu artigo 96, deixou patente a importância daquele órgão na estrutura da Administração Pública. com isso, pode a Corte de Contas eleger seus órgãos diretivos (Presidente e Vice-Presidente), elaborar seu regimento interno, organizar seus serviços auxiliares, propor ao Legislativo a criação de cargos em sua estrutura e provê-los por concurso público etc.²⁹

Ao elaborar o seu regimento interno, o Tribunal de Contas deve obediência às normas de processo e às garantias processuais das partes, conforme exigência contida na alínea "a" do inciso I do art. 96. Destarte, ficam as regras regimentais subordinadas aos princípios do devido processo legal, tais como o contraditório e a ampla defesa.³⁰

É por meio do seu Regimento Interno que o Tribunal de Contas cria seus órgãos internos e lhes atribui competências. Assim, por exemplo, a divisão do plenário da Corte de Contas em câmaras é feita mediante ato de natureza regimental, o qual, igualmente, definirá as atribuições e o funcionamento destas.³¹

No exercício de sua autonomia administrativa, o Tribunal de Contas, mediante resoluções administrativas, promove a organização de sua secretaria e criação das respectivas unidades, tais como coordenadorias, departamentos e inspetorias. No entanto, os cargos que compõem a estrutura desses órgãos não podem ser criados por ato administrativo, pois acarretam a geração de

²⁹ Cf. AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 122.

³⁰ Cf. AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional**. p. 122-123.

³¹ Cf. AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional**. p. 123.

despesas, o que somente é possível por meio de lei.³²

Ao lado de sua autonomia administrativa, o Tribunal de Contas também possui autonomia financeira com dotação orçamentária própria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo buscou-se apresentar de forma sucinta, e sem ter a pretensão de esgotar o tema, alguns aspectos que envolvem estas importantes instituições de controle externo, servindo como base para futuro aprofundamento.

O enfoque dado foi com base nas legislações que regem a atuação dos Tribunais de Contas da União Europeia e do Brasil para, a partir daí, apresentar algumas considerações sobre o contexto de sua criação, composição e atuação destas Cortes de Contas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema Tribunais de Contas e instituições equivalentes: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v4, tomo II. São Paulo/SP: SARAIVA, 1998.

³² Cf. AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional**. p. 123.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União.** Disponível em:
<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/historia> Acesso em 08 nov. 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988.** v. 5. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

FERRAZ, Luciano. **Tribunal de contas europeu.** In. Revista Ciências Sociais. v. 13, n. 1. Rio de Janeiro, 2007.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública.** 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Contas de Santa Catarina: 50 anos de história.** Florianópolis: Tribunal de Contas, 2006.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União:** o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

UNIÃO EUROPEIA. **Como funciona a União Europeia:** Guia das instituições da União Europeia. Disponível em:
<<http://www.ore.org.pt/filesobservatorio/pdf/ComofuncionaaUniaoEuropeia.pdf>> p. 15. Acesso em: 25 abr. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Contas europeu.** Disponível em:
<<http://eca.europa.eu/portal/page/portal/aboutus>> acesso em: 26 abr. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Contas europeu.** Disponível em:
<<http://eca.europa.eu/portal/page/portal/Organisation/Structure>> acesso em 26 abr. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Contas europeu.** Disponível em:
<<http://eca.europa.eu/portal/page/portal/Organisation/Structure/ThePresident>> acesso em: 26 abr. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Versão consolidada do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia.** In: Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em:
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:PT:PDF>> acesso em 26 abr. 2013.

**REFLEXÕES SOBRE AS FALÁCIAS NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA:
ESTUDO DE CASO DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS
AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 597-270-4/RS**

Adilor Danieli¹

João Batista Lazzari²

INTRODUÇÃO

É cediço que o modelo jurídico instalado, clama, cada vez mais, pela transformação da imagem clássica da racionalidade, dirigida à definição de uma regra que garanta a possibilidade de justificação do seu sentido e o cabimento da sua formulação.

Isso porque à aplicação do direito ao caso concreto, que se dará por meio de uma operação de inferência lógica do magistrado, exige-se a justificação das razões que levaram à eleição deste ou daquele desfecho.

Para Atienza, muito embora as decisões jurídicas não sejam infalíveis, já que nelas estão presentes pontos positivos e negativos, a racionalidade é condição essencial, na medida em que o processo de justificação das decisões permite sejam elas desafiadas, recusadas ou apoiadas.

Trocando em miúdos. Errando ou acertando – e tendo em mente que os erros

¹ Mestre e Juiz de Direito. Artigo de conclusão da Disciplina *Argumentación Jurídica y Actividad Judicial* realizada em Alicante-Espanha, maio de 2013. E-mail: ad5375@tjsc.jus.br.

² Doutorando em Ciência Jurídica PPCJ - UNIVALI, Linha de Pesquisa: Política da Produção do Direito, Juiz Federal e Professor; Artigo de conclusão da Disciplina *Argumentación Jurídica y Actividad Judicial* realizada em Alicante-Espanha, maio de 2013. E-mail: joabatistalazzari@gmail.com.

também integram o processo de aprendizado democrático – a sonegação de razões claras deve dar lugar à justificação da decisão, ou seja, à explanação das razões práticas que apoiam aquela decisão.

Com base, então, no referencial fornecido por Atienza, traçou-se, a princípio e de forma breve, algumas linhas sobre argumentação jurídica para, tão logo, exemplificar-se alguns tipos de falácias presentes no discurso jurídico, procedendo-se, no momento final, à análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 597.240-4/RS, com o objetivo de identificar falácias jurídicas, na forma do que fora proposto.

A investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato desta pesquisa são realizados com base no método indutivo³, e as técnicas utilizadas são a do referente⁴, o fichamento de obras e consultas na rede mundial de computadores.

1. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A argumentação pode ser definida como uma organização discursiva com características próprias que a diferenciam de outros modos de organização do discurso, como a narração, a descrição e a explicação. Dentre suas características principais, a argumentação inclui a negociação de argumentos a favor e contrários a um ponto de vista, objetivando chegar a uma conclusão. Argumentar significa refletir sobre o que era objeto de certeza do pensamento

³ “**MÉTODO INDUTIVO**: base lógica da dinâmica da pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.205

⁴ “**REFERENTE**. Explicação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa” PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica. Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.209.

ao ser destacado o que é submetível a debate⁵.

Para Atienza⁶:

Al igual que hay diversas disciplinas que se interesan por la argumentación, parece Haber también diversas nociones de argumentación. Por ejemplo, los lógicos entienden los argumentos como encadenamientos de enunciados en los que, a partir de algunos de ellos (las premisas), se puede pasar a otro (la conclusión). Pero otros enfoques pueden consistir en ver la argumentación como una actividad o un arte dirigido a establecer o descubrir las premisas; como una técnica dirigida a persuadir a otro de determinada tesis; como una interacción social, un proceso comunicativo que tiene lugar entre diversos sujetos y que debe atenerse a ciertas reglas, etcétera. Esa pluralidad de nociones puede observarse también en el mundo del Derecho.

Sobre o tema, o autor afirma, da mesma sorte, que:

Ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos costumamos convir em que a qualidade que melhor define o que se entende por um “bom jurista” talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade⁷.

É cediço que “a teoria (ou teorias) da argumentação jurídica tem como objeto de reflexão, obviamente, as argumentações produzidas em contextos jurídicos”⁸.

O autopõe, então, a distinção de três diferentes campos jurídicos em que ocorrem argumentações, a saber, “produção ou estabelecimentos de normas

⁵ ARGUMENTAÇÃO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php__?title=Argumenta%C3%A7%C3%A3o&oldid=35546755>. Acesso em: 7 ago. 2013

⁶ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 109.

⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3 ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: LANDY Editora, 2003, p. 17.

⁸ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**, p. 18.

jurídicas, aplicação das normas jurídicas à solução dos casos e, por fim, a dogmática jurídica”.

No que respeita ao primeiro âmbito, Atienza⁹ adverte que é possível distinguir as argumentações que acontecem numa fase pré-legislativa, daquelas que são produzidas na fase propriamente legislativa, ressaltando, no particular, que:

As primeiras se efetuam como consequência do surgimento de um problema social, cuja solução – no todo ou em parte – acredita-se que possa ser a adoção de uma medida legislativa. Exemplo disso são as discussões a propósito da despenalização ou não (e em que casos sim ou não) do aborto, da eutanásia ou do tráfico de drogas, ou da regulamentação do chamado “tráfico de influências”. Outro tipo de argumentações surge quando um determinado problema passa a ser considerado pelo Poder Legislativo ou por algum órgão do Governo, tendo ou não sido previamente discutido pela opinião pública. Enquanto na fase pré-legislativa se pode considerar que os argumentos têm, em geral, um caráter mais político e moral que jurídico, na fase legislativa os papéis se invertem, passando para o primeiro plano as questões de tipo “técnico-jurídico”.

Com relação ao segundo campo, o autor esclarece que:

Um segundo campo em que se efetuam argumentos jurídicos é o da aplicação de normas jurídicas à solução de casos, embora essa seja uma atividade levada a cabo por juízes em sentido estrito, por órgãos administrativos no sentido mais amplo da expressão ou por simples particulares. Aqui, novamente, caberia distinguir entre argumentações relacionadas a problemas concernentes aos fatos ou ao Direito (esses últimos, em sentido amplo, poderiam ser designados como problemas de interpretação). Pode-se dizer que a teoria da argumentação jurídica dominante se centra nas questões – os casos difíceis – relativas à interpretação do Direito e que são propostas nos órgãos superiores da administração da Justiça. Mas a maior parte dos problemas que os tribunais como órgãos não-jurisdicionais do Governo têm

⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, p. 18.

de conhecer e sobre os quais decidem é constituída de problemas concernentes aos fatos, e assim os argumentos que ocorrem, suscitados pelos mesmos, recaem fora do campo de estudo das teorias usuais da argumentação jurídica¹⁰.

Por fim, o terceiro âmbito em que se verificam argumentos jurídicos é o da dogmática jurídica, que para Atienza¹¹:

A dogmática é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe distinguir essencialmente as seguintes funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico.

Na sequência, o autor salienta que:

As teorias comuns da argumentação jurídica se ocupam também das argumentações que a dogmática desenvolve para cumprir a segunda dessas funções. Esses processos de argumentação não são muito diferentes dos efetuados pelos órgãos aplicadores, uma vez que se trata de oferecer, a esses órgãos, critérios – argumentos – para facilitar-lhes (em sentido amplo) a tomada de uma decisão jurídica que consiste em aplicar uma norma a um caso. A diferença que, não obstante, existe entre os dois processos de argumentação poderia ser assim sintetizada: enquanto os órgãos aplicadores têm de resolver casos concretos (por exemplo, se se deve ou não alimentar à força os presos que estão em greve de fome para obter determinadas mudanças em sua situação carcerária), o dogmático do Direito se ocupa de casos abstratos (por exemplo, determinar quais são os limites entre o direito à vida e o direito à liberdade pessoal e qual dos dois deve prevalecer quando há conflito entre eles)¹².

¹⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, p. 18.

¹¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, p. 19.

¹² ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, p. 19.

Seguindo essa ordem de ideias, conclui Atienza¹³ que:

Contudo, parece claro que a distinção não pode sempre (ou talvez nunca) ser feita de forma muito taxativa. Por um lado porque o praticante precisa recorrer a critérios fornecidos pela dogmática, pelo menos quando enfrenta casos difíceis (por exemplo, para adotar uma decisão fundamentada na primeira questão proposta acima seria necessário responder, antecipadamente, à segunda), e ao mesmo tempo a dogmática se apoia também em casos concretos. Por outro lado, porque ocorre de os tribunais (ou certo tipo de tribunais) terem de resolver casos abstratos, isto é, suas decisões podem não consistir simplesmente em condenar X a pagar uma certa quantidade de dinheiro ou em absolver Y de um determinado delito, mas também em declarar que uma determinada lei é inconstitucional, que um regulamento é ilegal ou que uma determinada norma deve ser interpretada num determinado sentido; além disso alguns tribunais, ao decidirem um caso concreto, criam jurisprudência, o que significa que a regra em que baseiam sua decisão – e que se expressa na *ratio decidendi* da sentença – tem um carácter geral e abstrato, e conseqüentemente vale para os casos futuros.

Independente do âmbito em que esteja situada, é certo que a importância da argumentação, como um todo, decorre da circunstância de que não aceitamos apenas o mundo, mas pedimos sua justificação. Quem deseja justificar aquilo que faz e que diz não despreza a necessidade de se orientar no mundo: busca objetivos para o seu agir a razões para o seu falar¹⁴.

Convém lembrar, no ponto, que a experiência do cotidiano nos brinda sempre com anomalias, incongruências e contradições. E, quando tentamos explicá-las, explicações à primeira vista razoáveis acabam por se revelar insatisfatórias após exame mais acurado¹⁵.

¹³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teorias da argumentação jurídica, p. 19.

¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.4.

¹⁵ PEREIRA, Oswaldo Porchat. **Vida comum e ceticismo.** 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense,

Tal ocorre com a desconstrução do discurso jurídico, por vezes permeado por maus argumentos, já que com o objetivo de justificar e expor as suas razões, muitos juristas recorrem à argumentação falaciosa, que macula a prática forense e é tema do breve parêntesis que segue este tópico.

2. FALÁCIAS

A linguagem natural é um instrumento de comunicação rico e flexível. No cotidiano, presta-se a expressar sentimentos de amor, de ódio, de raiva, de afeto, de paixão e de ternura. Trata-se de idioma que representa os fenômenos da vida e se renova a cada dia. A linguagem se adapta ao saber culto das academias, bem como à gíria popular. Como tudo na vida, nutre-se de expressões que marcam época, para, com o tempo, serem relegadas ao esquecimento. Em síntese, a linguagem natural é um fenômeno humano que faz parte da nossa vida: nasce, cresce, define e morre. Por causa de sua riqueza e ductilidade, o idioma traz, em seu bojo, limitações inevitáveis, aí abarcadas, a título de exemplo, as falácias¹⁶.

Falácia é um argumento em linguagem natural que parece psicologicamente persuasivo, mas logicamente não é correto. Na falácia a conclusão é aceita não pelo apoio dado a ela pelas premissas (interferência), mas devido à intervenção de fatores extralógicos que nos pressionam para que aceitemos tal conclusão¹⁷.

1994, p.166.

¹⁶ CAPPI, Antônio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica**: a construção do discurso jurídico. 2. ed. Goiânia: Editora da UCG, 2004, p. 125.

¹⁷ CAPPI, Antônio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica**: a construção do discurso jurídico, p. 126.

O tema aqui abordado foi tratado, a princípio e com rigor, por Aristóteles¹⁸ que advertia a respeito dos sofistas, a quem creditava a utilização dessas deduções para fins nada dignos:

Visto que aos olhos de algumas pessoas mais vale parecer sábio do que ser sábio sem o parecer (uma vez que, a arte do sofista consiste na sabedoria aparente e não na real, e o sofista é aquele que ganha dinheiro graças a uma sabedoria aparente e não real), está claro que para essas pessoas é essencial parecer exercer a função de sábio, em lugar de realmente exercê-la sem parecer que o fazem [...] constitui tarefa daquele que detém ele mesmo conhecimento de um determinado assunto abster-se de argumentos falaciosos em torno dos temas de seu conhecimento e ser capaz de denunciar aquele que os utiliza.

Sofisma é qualquer argumentação falaciosa, ilógica, capciosa, com aparência de verdade, que intencionalmente visa iludir os outros¹⁹.

Para Aristóteles²⁰, “a arte sofística é o simulacro da sabedoria sem a realidade. O sofista é aquele que faz comércio de uma sabedoria aparente, mas irreal”.

A argumentação falaciosa é uma arma perigosa nas mãos de quem arditosamente a ela recorre. Num primeiro momento, sua eficácia é enorme, pois o impacto do fator “cênico” impressiona. Mas, uma vez denunciada, expõe ao ridículo quem a utiliza, impondo sua derrota lógica (por falta de argumentação sólida) e moral, determinando a perda de credibilidade²¹.

¹⁸ ARISTÓTELES. **Organon**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005, p. 546-547.

¹⁹ CAPPI, Antônio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica**: a construção do discurso jurídico. p. 127.

²⁰ ARISTÓTELES, Organon. **Metafísica**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 162.

²¹ CAPPI, Antônio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica**: a construção do discurso jurídico, p. 128.

Atienza²², adotando o modelo de análise proposto por Toulmin, utiliza, então, como critério de classificação das falácias, aquele que permite distribuí-las em cinco categorias diferentes, a saber: 1) de uma falta de razões, 2) de razões irrelevantes, 3) de razões falhas, 4) de suposições não garantidas ou 5) de ambiguidades, assim as explicando:

O melhor exemplo de falácia por falta de razões é a petição de princípio, que consiste em propor uma pretensão e argumentar a seu favor, adiantando “razões” cujo significado é simplesmente equivalente ao da pretensão original. 2) As falácias devidas a razões irrelevantes ocorrem quando a prova que se apresenta a favor da pretensão não é diretamente relevante para a mesma; assim sucede, por exemplo, quando se comete a falácia que consiste em fugir do problema, em apelar para a autoridade, em argumentar contra a pessoa, em argumentar ad ignorantiam, em apelar para o povo, para a compaixão ou para a força, embora, naturalmente, nem toda apelação à autoridade, à pessoa etc, suponha cometer uma falácia. 3) As falácias devidas a razões falhas surgem quando as razões oferecidas a favor da pretensão, embora sejam do tipo correto, são inadequadas para estabelecer a pretensão específica posta em questão (poder-se-ia dizer que o que falha aqui é a qualificação ou a condição de refutação); essas falácias podem ser cometidas por se fazer uma generalização apressada (chega-se a uma conclusão com poucos exemplos ou com exemplos atípicos) ou porque um argumento se baseia numa regra que é, em geral, válida, mas deixou de considerar que o caso em questão poderia ser uma exceção dela (falácia do acidente). 4) Nas falácias devidas a suposições não garantidas, parte-se do pressuposto de que é possível passar das razões à pretensão com base numa garantia compartilhada pela maior parte ou por todos os membros da comunidade, quando, de fato, a garantia em questão não é comumente aceita; assim ocorre, por exemplo, com a falácia da questão complexa, da falsa causa, da falsa analogia ou de “envenenar os poços” (formula-se uma pretensão contra a qual não é possível argumentar, com o objetivo de reforçar uma pretensão anterior). 5) Finalmente, as falácias que

²² ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, p. 105.

resultam de ambiguidades ocorrem quando uma palavra ou frase é usada equivocadamente, devido a um erro gramatical (anfibologia), a uma colocação errada da ênfase (falácia da ênfase), a afirmar sobre um conjunto inteiro o que é válido para cada uma das suas partes (falácia da composição), a afirmar sobre as partes o que é válido para o conjunto (falácia da divisão), ou quando se tomam semelhanças gramaticais ou morfológicas entre palavras indicadoras de semelhanças de significado (falácia das figuras de dicção).

Contudo, Atienza²³ alerta que eleger um método para identificar as falácias, trata-se de tarefa mais importante que classificá-las, vejamos:

Por lo demás, como la clave para entender el concepto de falacia es una noción eminentemente gradual, la de apariencia, es inevitable que haya una zona de vaguedad entre los argumentos falaces, los Buenos argumentos y los malos argumentos; la apariencia de engaño puede ser tan leve que se trate en realidad de un buen argumento (al que podría faltarle, por ejemplo, una premisa – que estaría implícita – para convertirse en bueno), o tan intensa que los argumentos falaces Sean difíciles de distinguir de los que, sin más, son malos argumentos. En realidad, podría decirse que el concepto de falacia es eminentemente contextual. En abstracto no puede decirse un determinado tipo de argumento sea falaz. De manera que lo importante no es tanto una clasificación o una tipología de las falacias, sino un método para poder detectarlas; dicho de otra manera, se trataría de revisar la bondad (o apariencia de bondad) de los argumentos desde una perspectiva formal, material y pragmática. Todo lo cual, por cierto, no significa poner en cuestión la racionalidad de las argumentaciones, sino subrayar que el concepto de argumento falaz presupone el de buen argumento (al igual que la noción de ideología presupone la de verdad).

Passamos, então, a exemplificar alguns tipos de falácias, sem a pretensão de esgotar o tema.

²³ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p.117.

2.1 Exemplos de falácias

A princípio, trataremos do Apelo à força (*argumentum ad baculum*), que decorre da máxima que “a força cria o direito”, já que na ausência de válidas argumentações lógicas, recorre-se ao abuso da violência, física ou moral, como forma operacionalmente eficaz para se conseguir o que se quer²⁴.

A argumentação falaciosa pode permear o comportamento de uma instituição, tornando-se uma forma nefasta de política de pessoal. Nega-se, por exemplo, promoção na carreira aos profissionais que discordam da linha de pensamento oficial. Na prática, há, subjacente, um discurso falacioso: “Quem está comigo, quer o bem da instituição. Quem de mim discorda, a desagrega. Quem desagrega a instituição, deve ser excluído. Por isso, quem de mim discorda, deve ser excluído”²⁵.

Nesse particular, oportuno lembrar o alerta dado por Alexandre Morais da Rosa, ao comparar o Poder Judiciário a uma grande orquestra, gerida:

[...] por um maestro (STF), com músicos espalhados nos diversos ‘instrumentos’. Estes músicos, ainda que arregimentados, eventualmente, por sua capacidade técnica e de reflexão, ficam obrigados a tocar conforme indicado pelo maestro, sob pena de exclusão da ‘Orquestra Única’. Não há outra para concorrer; ela é a portadora da palavra. Diz a Verdade. Ainda que alguns dos músicos pretendam uma nota acima ou abaixo da imposta, não lhe dão ouvidos, porque o diálogo é prejudicado. O slogan é: toque como queremos ou se retire²⁶.

Ultrapassado o alerta, utilizado, no caso, para ilustrar o apelo à força (da expressão latina: ***argumentum ad baculum***, lit. “argumento do porrete”),

²⁴ CAPPI, Antônio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica**: a construção do discurso jurídico. p. 129.

²⁵ CAPPI, Antônio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica**: a construção do discurso jurídico. p. 129-130.

²⁶ ROSA, Alexandre Morais da. O judiciário e a lâmpada mágica: o gênio coloca limite, e o juiz? In **Revista Direito e Psicanálise**. Vol. 1., n. 1. Curitiba: UFPR, 2008, p. 14.

pode-se concluir, então, que se trata de uma falácia em que a força e a coerção são apresentadas como justificativa para uma conclusão falsa. É um modo de apelo à consequência e ao medo²⁷.

Quando se argumenta por meio do apelo à autoridade (*argumentum ad verecundiam*), por sua vez, a conclusão é aceita ou porque somos pressionados pela prepotência no uso da autoridade, ou porque extrapolamos a autoridade competente de alguém para uma área em que não há competência reconhecida²⁸.

Como esclarece Atienza²⁹:

Verecundia significa <<verguenza>> o <<timidez>> o <<modéstia>>, pero um argumento ad verecundiam es usualmente, no de uma manera muy apropiada, considerado como um argumento que descansa em el respeto a la autoridad.

Nessa ordem de ideias, conclui-se que a falácia em enfrentamento, trata-se da argumentação baseada no apelo a alguma autoridade reconhecida a fim de comprovar a premissa.

Há que se atentar, a fim de se evitar essa falácia tão comum no meio jurídico, que a força de um raciocínio vem fundamentalmente de sua inferência lógica e não da autoridade de quem o elabora³⁰.

Já na falácia conhecida como Apelo à pessoa (*argumentum ad hominem*), levantam-se dúvidas a respeito de determinada pessoa em assuntos que nada

²⁷ARGUMENTUM AD BACULUM. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Argumentum_ad_baculum&oldid=34693540>. Acesso em: 7 ago. 2013.

²⁸ CAPPI, Antônio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica**: a construção do discurso jurídico. p. 131.

²⁹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 161.

³⁰ CAPPI, Antônio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica**: a construção do discurso jurídico, p. 131.

tem a ver com o objeto em questão, na medida em que se denunciam defeitos ou se apontam qualidades que não se referem ao assunto tratado³¹.

Na seara jurídica, o apelo à pessoa é argumentação corriqueira, na esteira do exemplo citado por Cappi e Cappi³²:

Tornou-se clássico o caso do talmudista medieval Maimônides, que, para defender a segurança das provas judiciais, formulou uma lista de exclusão de todas as categorias consideradas suspeitas a priori em seus depoimentos. Não se podia confiar em dez categorias de pessoas: mulheres, escravos, menores, alienados, surdos, cegos, maldosos, desprezíveis, parentes e as partes interessadas. Caracteriza esta falácia não somente recorrer aos defeitos, mas também valorizar as qualidades do candidato, em área que não é aquela logicamente contemplada.

Sobre o argumento *ad hominem*, Atienza³³ acrescenta que:

De acuerdo con la tradición moderna, un argumento ad hominem se comete cuando se argumenta em favor de um caso no basándose em sus méritos, sino analizando (usualmente de maera desfavorable) los motivos o el historial de SUS defensores u oponentes [...]

Como ya se ha mencionado, los escritores vinculados a la clasificación de Aristóteles con frecuencia incluyen esta falacia en la ignoratio elenchi; y dado que casi cualquier falacia puede incluirse bajo este rótulo, no se puede tener ninguna objeción. La principal cuestión, sin embargo, no es de clasificación, sino de si los argumentos ad hominem son genuinamente falaces [...].

O Apelo à piedade (*argumentum ad misericordiam*), por sua vez, consuma-se pela aceitação da conclusão em decorrência do exagerado e irracional

³¹ CAPPI, Antônio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica**: a construção do discurso jurídico, p. 133-134.

³² CAPPI, Antônio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica**: a construção do discurso jurídico, p.135.

³³ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**, p. 161.

sentimento de compaixão, provocado propositalmente, consoante explicam Cappi e Cappi³⁴:

O que dizer do advogado que, para conseguir o voto favorável do júri, sabendo que o cliente é acusado de homicídio doloso sem atenuantes, dirige toda a atenção dos jurados para as trágicas consequências que uma sentença condenatória teria: os pobres filhinhos do assassino, vítimas inocentes, que sem o amparo do pai tornar-se-ão candidatos à marginalidade, futuros criminosos, colocando em risco a vida de todos nós. “De quem será a culpa da trágica mudança na vida destes inocentes?” Falta só dizer claramente que o júri, votando a favor da condenação, torna-se responsável pela provável marginalidade dos filhos do réu. O ardiloso advogado completará o quadro, pintando a saga da mulher do réu, que, sem amparo marital e sem recursos, fatalmente cairá na prostituição, para manter as pobres crianças que o advogado acabou de descrever como candidatas à marginalidade social. O advogado não busca a verdade objetiva e real dos fatos, mas a elaboração de uma versão dos fatos, juridicamente aceita, que se torne instrumento persuasivo e convincente de defesa do acusado.

Logo:

Misericordia significa <<piEDAD>>, y esta apelación a la piedad <<fue suficientemente conmovedora como para lograr que el miembro Del jurado promedio deseara echar por la ventana las cuestiones de prueba y de Derecho. El argumento falaz actúa atrayendo las emociones Del oyente en detrimento de su buen juicio [...]³⁵

Oportuna, então, a reflexão de Coelho³⁶, que adverte:

A eficácia da falácia não-formal depende da maior ou menor mobilização das emoções do interlocutor. Esse tipo de falácia se caracteriza pela existência de um erro lógico

³⁴ CAPPI, Antônio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica**: a construção do discurso jurídico, p.141-142.

³⁵ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**, p. 161.

³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 102.

[...] não perceptível de imediato. É necessária a mediação de um esforço racional para que se revele o equívoco no espírito do interlocutor. Ora, a mobilização das suas emoções pode levá-lo a não acionar completamente suas faculdades racionais, de sorte a desperceber o caráter falacioso do argumento.

A falácia da falsa causa, por seu turno, acontece quando julgamos existir uma relação causal entre dois fenômenos, quando de fato só existe entre eles uma relação temporal. Um fato acontece após o outro e não por causa do outro. Inexiste causalidade entre os fatos, existindo, em contrapartida, sucessão temporal: um acontece antes, o outro depois³⁷.

No Apelo à tradição, prega-se que não se pode romper as tradições uma vez que elas estão sempre corretas. O Apelo à tradição é comum em religiões, presente nos dogmas e nos rituais que não podem ser mudados³⁸.

Despindo-se, pela lógica, da pretensão de esgotar o tema, que abarca inúmeras outras espécies de falácias que não serão objeto de estudo do presente artigo, passa-se à verificação da existência, ou não, de falácias no corpo da decisão do STF que, ao julgar o RE 597.270-4/RS, admitiu a repercussão geral, negando provimento ao recurso.

3. DECISÃO DO STF NOS AUTOS DA REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE NÚMERO 597.270 DO RIO GRANDE DO SUL

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, e relatoria do Senhor Ministro Cezar Peluso, resolveu,

³⁷ CAPPI, Antônio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica**: a construção do discurso jurídico. p. 146.

³⁸ ARGUMENTUM AD NOVITATEM. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Argumentum_ad_novitatem&oldid=34693581>. Acesso em: 08 ago. 2013.

por unanimidade e nos termos do voto do relator, reconhecer a repercussão geral, reafirmando, no caso acima citado, a jurisprudência a respeito para negar provimento ao Recurso Extraordinário nº 597.270-4/RS³⁹.

O recorrente alegava violação aos princípios constitucionais da reserva legal, da proporcionalidade e da individualização da pena, sustentando que “a vedação da fixação da pena aquém do mínimo legal em razão da incidência de circunstância genérica atenuante não encontra fundamento legal no ordenamento jurídico brasileiro. Durante muitos anos a proibição ora questionada vem sendo construída pela doutrina e jurisprudência pátrias, tendo culminado, inclusive, na edição da Súmula 231 do STJ. Todavia, na análise dos diplomas normativos aplicáveis à espécie, verifica-se que não existe expressa vedação legal para tanto, razão pela qual a interpretação firmada nesse sentido configura atentado ao princípio constitucional da reserva legal, da proporcionalidade e à própria individualização da pena”.

Pois bem.

Na oportunidade, o relator, Senhor Ministro Cezar Peluso, sustentou, em síntese, que desde a década de 70 as atenuantes genéricas não levam à fixação da pena abaixo do mínimo legal, afirmando “colhi mais de vinte acórdãos de todos os membros do Plenário no sentido de que as chamadas atenuantes genéricas que intervêm na segunda fase da dosimetria da pena, não têm força para reduzir aquém do mínimo legal”.

Todavia, dito argumento se trata da falácia do Apelo à tradição, que objetiva fazer crer que aquele se sustenta pelo simples fato de que assim se pensa há muito tempo e que, portanto, tal pensamento é o correto.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 597.270-4. Recorrente: Marcelo Renato Soares Vaz. Advogado: Defensoria Pública da União. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno, julgado em 26.03.2009.

Na sequência, o Senhor Ministro defendeu que no caso de uma confissão, por exemplo, que se trata de atenuante, *não significa nada em termos de justiça, porque pode nem ser verdadeira*, exigindo, então, ao acolhimento da tese advogada pela Defensoria Pública, circunstância que não fora estabelecida pela lei.

Daí decorre a falácia de falsa causa. Isso porque é irrelevante, para definir a questão posta em enfrentamento, perquirir sobre a verossimilhança de uma hipotética confissão.

Aduziu o Senhor Ministro, na sequência, que caso a Corte decidisse *rever essa jurisprudência mais do que trintenária, teria de tomar certas cautelas pelo risco que introduziria de deixar a cada juiz a definição da pena para cada crime*, tratando-se, a evidência, da falácia do Apelo à força, uma vez que objetiva associar a conclusão ao temor do auditório, no caso específico, os demais Ministros do STF.

Apontadas, então, as falácias do Apelo à tradição e do Apelo à força, no corpo do *decisum* em exame, convém lembrar que a análise da decisão não teve por fim concluir pela sua correção ou incorreção, mas, tão somente, pela identificação dos ditos maus argumentos.

Convém ressaltar, de outro lado, que o Tribunal, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, resolveu questão de ordem suscitada pela Senhora Ministra Carmem Lúcia, no sentido de autorizar o Relator a decidir definitiva e monocraticamente pedido de *habeas corpus*, no caso de fixação de pena abaixo do mínimo legal por conta da incidência de circunstância genérica atenuante, *porquanto a jurisprudência, na ocasião reafirmada, era trintenária*.

A opinião dissidente, defendida pelo Senhor Ministro Marco Aurélio, sustentou que a judicatura só é crível a partir da mais absoluta independência daquele que a exerça.

Isso porque e na esteira do que afirmou o Senhor Ministro, “não podemos colocar julgados – muito menos Ministro do Supremo – em camisa de força”.

No particular, conclui-se que as posições defendidas em relação à questão de ordem que se apresentou, não obedecem a uma mesma linha argumentativa, na medida em que a posição vencedora defendeu a práxis judiciária, com a utilização da jurisprudência que há muito se aplica em casos análogos, possibilitando, assim, decisão monocrática nos pedidos futuros de *habeas corpus*, ao passo que a posição dissidente advoga que a abstratividade dos precedentes não alcança as peculiaridades de cada caso e, da mesma sorte, a singularidade das pessoas envolvidas, quebrando, da mesma sorte, a independência dos julgadores, que no seu entender deverão aferir, caso a caso, a possibilidade de julgamento no campo individual ou colegiado.

Por consequência, conclui-se que a decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 597-270-4/RS, que reafirmou a inadmissibilidade da fixação de pena abaixo do mínimo legal, a vista da aplicação de atenuante genérica – circunstância que não está em análise no presente, haja vista que o objetivo do presente não se funda na investigação da correção ou incorreção do respectivo comando decisório – e resolveu questão de ordem no sentido de autorizar o Relator a decidir definitiva e monocraticamente pedido de *habeas corpus* nesse sentido, além de apresentar as falácias aqui indicadas, apresentou grau de dissenso incompatível com o aperfeiçoamento da deliberação colegiada que se espera de uma Corte Constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como ficou comprovado, a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 597.270-4, revelou não só a presença de falácias que acabam por contaminar o discurso jurídico, como, da

mesma sorte, considerável grau de dissenso na linha argumentativa seguida pelos Ministros, ao decidir questão de ordem levantada pela Senhora Ministra Carmem Lúcia.

Na esteira do que defende Atienza, a manutenção do maior grau de consenso possível em torno de uma Constituição que guarda os princípios do Estado de Direito e da democracia, constitui um verdadeiro dever constitucional, exaurindo-se tal dever na fundamentação clara e coesa da decisão, que signifique um menor grau de dissenso na comunidade jurídica e na opinião pública.

Por consequência, conclui-se que a falta de deliberação genuína, resultado da mitigação dos desacordos e da simples soma das opiniões individuais fragiliza a clareza da discussão e inviabiliza o controle sob o conteúdo do direito que fora aplicado ao caso concreto.

O aperfeiçoamento do discurso jurídico, seja o presente nas decisões individuais ou resultado de deliberação colegiada, por meio da sua racionalização e exposição clara dos seus motivos, reforça a sua legitimidade, contribuindo para a qualidade do debate e possibilitando o controle dos interessados ou do público em geral nos seus reflexos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARGUMENTUM AD BACULUM. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Argumentum_ad_baculum&oldid=34693540>. Acesso em: 7 ago. 2013.

ARGUMENTUM AD NOVITATEM. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Argumentum_ad_novitatem&oldid=34693581>. Acesso em:

08 ago. 2013.

ARISTÓTELES, Organon. **Metafísica**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. Organon. **Metafísica** Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: LANDY Editora, 2003.

_____. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

CAPPI, Antônio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica**: a construção do discurso jurídico. 2. ed. Goiânia: Editora da UCG, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

PEREIRA, Oswaldo Porchat. **Vida comum e ceticismo**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

ROSA, Alexandre Morais da. O judiciário e a lâmpada mágica: o gênio coloca limite, e o juiz? In: **Revista Direito e Psicanálise**. Vol. 1., n. 1. Curitiba: UFPR, 2008.

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E DO DIREITO AMBIENTAL

Jaqueline Moretti Quintero¹

Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes²

INTRODUÇÃO

O homem, com o passar do tempo e com o desenvolvimento que ocupou o mundo nos últimos séculos, pôs-se a utilizar os recursos naturais como se seu dono fosse sem preocupar-se com a possibilidade da escassez desses recursos nem, tão pouco, com a melhor maneira de preservá-los com o intuito de manter para si e para os que estiverem por vir, uma reserva suficiente e necessária ao seu abastecimento.

A garantia da propriedade firmada com o reconhecimento da posse criou uma concepção de certeza de poder e uso desse bem que lhe pertence sem preocupar-se de que forma esse uso poderia estar atingindo outras formas de vida, ou ainda, de que maneira poderia estar atingindo a vida de outras pessoas coligadas a si, de sua comunidade.

O meio ambiente deve ser considerado o espaço em que vivemos e a interação desse espaço com vários elementos que permitem o desenvolvimento e sustentação da vida com equilíbrio e dignidade. Molinaro³ vai além, sustentando de forma muito completa e quase harmônica que:

¹ Aluna do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – CMCJ da UNIVALI; Linha de Pesquisa: Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. E-mail: jaquemoretti@hotmail.com

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI e Professora do Curso de Direito da UNIVALI. E-mail: nanda_goulart@univali.br

³ MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 103.

[...] um Estado Socioambiental somente pode ser pensado num “lugar de encontro” onde os cidadãos e cidadãs possam minimamente conviver e desenvolver-se em condições de segurança, liberdade e igualdade substanciais, conformadoras da dignidade que lhes é atribuída, (con)viver exige pois, uma ambiência saudável, sustentadora e sustentada, o que pode ser alcançado com a promoção, conservação, manutenção e consequentemente vedação da degradação deste “lugar de encontro”.

Essa consciência ecológica permitiu o despertar para a preocupação com a preservação do meio ambiente, criando legislações que possam proteger juridicamente este meio ambiente que é de todos. A preocupação transpõe o momento atual, porque deve prevenir o bem estar e dignidade do homem para os dias de hoje e futuramente, procurando resguardar a mesma vida digna para as gerações que advirão.

1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AMBIENTAL

Quanto à preservação dos recursos naturais em nosso planeta, trata-se de um tema que deve receber incessante preocupação e vigilância, pois será através da constante observação e utilização eficaz da lei garantidora de tal preservação que poderemos encontrar o equilíbrio entre a prevenção e o desenvolvimento. Para que tal preocupação possa ser apreciada de forma mais conexa, torna-se necessária a aproximação de algumas categorias relevantes ao Direito Ambiental, facilitadoras da compreensão do contexto da importância da preservação.

A primeira delas seria a ecologia, que pode ser entendida como a ciência que estuda os seres vivos, o modo como vivem e sua interação com o meio em que vivem. A conservação ecológica deve ser contínua, para que não haja um retrocesso na preservação do meio ambiente e nem mesmo um desmazelo que possa causar colapsos ambientais que gerarão grande esforço e amplo

dispêndio de tempo para reaver o que foi danificado. O conservar ecologicamente deve estar intimamente ligado à consciência do uso sustentável e da manutenção e melhoria do ambiente no qual vivemos para que essa conservação possa atingir a todos igualmente e perenemente. Podemos ainda nos embasar nos ensinamentos de José Afonso da Silva⁴ para o qual

A palavra “ecologia” deriva do Grego *oicos* (casa) e *logos* (estudo, ciência) que, reunidos, significam algo como “estudo” ou “ciência do habitat”, com a ideia essencial de ciência que estuda as relações ambientais, isto é, as relações que se produzem de um dado ambiente, entre seres vivos e o meio.

A gestão ecológica é percebida como uma política administrativa que deve estar embasada em dispositivos legais, que permitam à administração pública prover, administrar e tratar da preservação dos recursos naturais, do bem estar dos seres humanos e da qualidade de vida do meio ambiente considerando seus aspectos sociais, culturais e econômicos.

Determinados espaços territoriais requerem atenção especial do legislador e do administrador público, pois possuem atributos naturais de relevância que exigem a preservação específica, seja para a manutenção de um ecossistema ou patrimônios ambientais daquele Estado em função de sua localização estratégica ou ainda dos recursos ambientais ali inseridos. A manutenção da integridade desses espaços para a preservação, muitas vezes, de espécies que poderão ser extintas, justifica todo o apuro e cuidado que o Estado deve utilizar visando tal proteção, não somente para aquele Estado, mas para o planeta enquanto grande ecossistema.

De tal modo, nos parece que o gerenciamento costeiro se aproxima da conotação de espaços que requerem uma especial administração, que deve ter

⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 83.

como objetivo principal a orientação para uma exploração coerente dos recursos da Zona Costeira buscando auxiliar na preservação e proteção desses recursos naturais integrantes desse espaço tão específico e de suma importância para os Estados. O Brasil possui uma vasta zona costeira que permite a obtenção de diversos recursos naturais que contribuem para a alimentação e geração de energias para a população. Tais recursos devem ser geridos de maneira adequada, de forma que a utilização não seja degradante e possa ser mantida adequadamente, contemplando sua preservação futura.

Como nos alerta Zagrebelski sabiamente:

Basta pensar na guerra, na destruição de recursos naturais e ambientais limitados e não renováveis, nas políticas econômicas e sociais de dimensão única que, portanto, uma vez iniciadas, não permitem, em caso de dificuldades, soluções alternativas ou de recuo, mas somente a sua intensificação.⁵

É preciso preocupar-se imediatamente com tal degradação e vislumbrar o improvável, pois como nos alerta Patryck Ayala⁶ a propagação de ameaças tem sua fonte agora também em tecnologias que não foram suficientemente pesquisadas para determinar seu alcance e seus possíveis perigos, expondo as dificuldades que o Estado tem encontrado para garantir a segurança coletiva e de que maneira pode operar perante possíveis riscos globais.

O estudo do impacto ambiental busca analisar e relatar as prováveis consequências que um empreendimento poderá causar ao meio ambiente, como forma de prevenir tais consequências e preservar o meio ambiente para que todos possam usufruir do espaço de forma igualitária e, não apenas pequenos grupos tenham a possibilidade de beneficiar-se economicamente desse mesmo espaço, sem que haja uma correta distribuição e equilibrado

⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 141.

⁶ AYALA, Patrick de Araújo. **Processo Ambiental e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 147.

desenvolvimento de ganho desses recursos para todos.

A responsabilidade ao dano ambiental está prevista em nossa Constituição e pode incidir de forma administrativa, criminal e civil, de forma a atingir o agente causador do dano com sanções legais, permitindo assim a maior eficácia legal e garantia dos patrimônios naturais do meio ambiente. O dano, principalmente o de grandes proporções, não pode ficar impune pois, tal atitude ocasionará lesões a diversos micro ambientes e seres humanos que ali habitam. A prevenção ao dano ambiental é essencial e não pode ficar adormecida na lei posta, deve ser constante e eficaz.

Existe ainda a apreensão com o descarte dos recursos no ambiente, para que não venham a causar danos ainda maiores e possam ser absorvidos de maneira que o próprio ambiente não sinta a agressão de forma exagerada mas que consiga utilizá-la de maneira adequada para a renovação e reutilização desse descarte. Tal percepção também possui Melissa Melo ressaltando que "... a natureza passa a ser concebida como um mero reservatório de recursos, por sua vez, essenciais ao processo de produção, e cujos resíduos retornam a ela, então, local de descarte dos mesmos."⁷

Para tal formatação, surgem novas ideias sobre categorias importantes como reciclar e reinventar, criando algo novo do que poderia ser desprezado ou rejeitado. A reinvenção através da substituição, utilizando recursos que estão disponíveis, podendo ser aprimorados e reutilizados no cotidiano, renovando e recomeçando com a substância rejeitada que se torna objeto de criação. Para tal desenvolvimento, faz-se necessário a união de grupos com interesses correlacionados sejam estes órgãos privados ou públicos, pois o objetivo a ser alcançado deve ser o aprimoramento dos recursos para uso coletivo. Tal entendimento deve ser expandido para que recursos financeiros e capacidades tecnológicas e de desenvolvimento científico, possam unir esforços para

⁷ MELO, Melissa Ely. **Restauração ambiental**: do dever jurídico às técnicas reparatórias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 22.

desempenhar de papéis que objetivem o desenvolvimento sustentável.

José Afonso da Silva⁸ assevera ainda que “O problema da tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano.”

Deste modo, torna-se evidente a importância da aproximação do cidadão às regras e normativas que regulamentam o Direito Ambiental, buscando através da tutela ao meio ambiente, garantir a preservação do meio onde o ser humano vive e a qualidade de vida para este ser humano, possibilitando que tal preservação se perpetue para as gerações futuras.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

Os princípios gerais do direito devem servir como norteadores da normativa jurídica, indicando o direito que deve ser, construindo bases sustentadoras para suas afirmações. Os princípios devem vir guiados pelas bases jurídicas, mesmo que nem sempre discriminadas em lei positivada, o que permite, por muitas vezes de forma que tende ao exagero, beneficiar apenas a parte naquele determinado momento, sem discutir a validade futura de tal princípio. Como nos ensina Paulo Bonavides⁹ “Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”.

Para Paulo Cruz, o conceito de princípios reforça a sua relevância e valor jurídico, explicitando que “Princípios serão aquelas normas inscritas nos textos constitucionais destinados a estabelecer os valores fundamentais para a

⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 28.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 231.

interpretação, integração, conhecimento e aplicação do Direito Positivo.”¹⁰

Os princípios aproximam o julgador de um ajuizamento com maior cautela, avaliando valores distintos e o equilíbrio da decisão para atingir a justiça, usando a interpretação como ferramenta para suas análises e deliberações. De mesmo modo, nos apresenta Paulo Cruz¹¹ seu entendimento sobre a importância dos Princípios Constitucionais, observando que:

Um ordenamento jurídico, mesmo nos moldes mais herméticos, não é um simples amontoado de regras esparsas, produto da vontade de quem está no poder naquele determinado momento. Quando é assim, o Estado Democrático de Direito não está presente e não se pode dizer que há um pressuposto de civilização contemporânea a orientar a produção das normas jurídicas.

As normas jurídicas, não podem ficar a mercê de possíveis alterações a bel prazer do legislador, por forças estruturantes da sociedade ou pelo detentor do poder, é necessário que estas normas estejam legitimadas, ainda que de forma não positivada, dentro de seu ordenamento jurídico, com um cerne considerado como primordial para que esta norma seja validada e se faça presente mesmo que o direito positivado sofra alterações que possam modificar certas diretrizes para a sociedade civil. Os princípios norteadores dos valores e direitos fundamentais da sociedade civil devem ficar inalterados se o objetivo for retroceder juridicamente, pois a mudança deve ocorrer somente para o aperfeiçoamento e evolução de normas que possam garantir de forma mais determinante os direitos já estabelecidos juridicamente.

Assim, percebe-se a importância dos princípios constitucionais com base e sustentação teórico-prática das decisões e motivações que conduzem a vida do cidadão no conjunto de leis que o governa. A otimização da legislação através

¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.. p. 101.

¹¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 99.

de seus princípios, merece ser observada cuidadosa e criteriosamente, já que muitos princípios não estão aceitos por todos os juristas e podem causar algum desconforto ao seu uso, se não for adequado à situação na qual se encontrar. Para Lênio Streck:

...o que se tem visto é o crescimento “criativo” de um conjunto de álibis teóricos que vem recebendo “convenientemente” o nome de “princípios”, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas jurídicas, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de o reforçar.¹²

O que Lenio Streck nos traz é a percepção de que a ansiedade em resolução dos problemas jurídicos e a justificação da decisão para os que assim esperam, estabelece através da inventividade, princípios que não fazem parte do consenso comum no âmbito teórico e jurídico, o que permite a suscetibilidade de tais princípios no amparo legal de suas soluções e resoluções jurídicas. Nos alerta ainda o autor para o fato de que a harmonização das normas constituições é o que permite o fortalecimento da Constituição. Portanto, esse momento crítico de criar princípios para satisfazer a determinadas necessidades jurídicas, não é saudável, sob o ponto de vista da normativa jurídica, nem coerente com o contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Reforçando o pensar sobre a relevância que deve ser dados aos princípios constitucionais, Möller nos expõe que “... a compreensão dos sistemas jurídicos contemporâneos passa necessariamente pela compreensão da função dos princípios dentro dos novos ordenamentos constitucionais.”¹³

Há que se estabelecer, amparando-se principalmente a Constituição Federal

¹² STRECK, Lenio Luiz. **O panprincipiologismo e o problema da fragilidade da discussão da teoria da norma em *terrae brasilis***. In: Revista Juris Poiesis, Rio de Janeiro, ano 15, n. 15, jan-dez. 2012.p.340.

¹³ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 215.

como orientação jurídica, quais os princípios que estão devidamente aceitos em nosso ordenamento e concernentes com o que os operadores jurídicos possam argumentar. Não se pode simplesmente “brincar” de criar princípios em determinado momento para depois não mais usá-los. O princípio é um guia na normativa jurídica que deve ser respeitado como norma eficaz e abrangente, que poderá servir a gerações presentes e futuras como algo estabelecido para atender a sociedade civil e seus regentes, sem denegrir ou diminuir o que já vem sendo estabelecido por essa lei que orienta, rege e protege.

Para que o meio ambiente possa gozar das garantias jurídicas que sustentam sua preservação e proteção, é preciso alicerçar-se também nos princípios jurídicos que são direcionados ao tema do meio ambiente. De tal forma, para dar abertura à reflexão sobre o meio ambiente, nos apresenta Paulo Affonso Leme Machado¹⁴ o “...meio ambiente como bem de uso comum do povo.” Complementa ainda sobre sua juridicidade, que o Direito Ambiental deve se ocupar na constituição de normas que sejam verificadoras das necessidades do uso dos recursos ambientais, não bastando a vontade de usar tais recursos ou que seja detentor de condições tecnológicas de processá-los, mas é preciso definir a maneira razoável dessa utilização.

De tal forma, alguns princípios gerais do direito ambiental puderam ser definidos e utilizados como alicerces para proteger os recursos ambientais e a determinar qual a melhor forma do uso desses bens jurídicos que são protegidos através dos direitos difusos. Assim, poderemos observar alguns princípios que são direcionados ao Direito Ambiental, como os a seguir relacionados:

¹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 49.

2.1 Princípio usuário-pagador e poluidor pagador

Mesmo o recurso estando disponível e para uso de todos sem possuir um custo direto a pagar por este uso, não isentará o usuário de pagar pelo uso do recurso em grande escala e para obter lucro através dessa utilização, já que tal recurso não é de uso exclusivo de um indivíduo ou de um grupo interessado nessa utilização mas é direito de todos. Assim o princípio do usuário-pagador tem como objetivo principal, desonerar aqueles que não estão utilizando os mesmos recursos para obter lucros, mas sim para consumo próprio, isentando o Estado e terceiros de tal responsabilidade, repassando-a diretamente a quem lhe deve por uso em larga escala e não para consumo próprio, como este sendo um custo a mais destinado à sua utilização e processamento do recurso.

Já para o poluidor-pagador, a situação é diferente, pois o dano ao meio ambiente através da utilização do recurso natural foi causado e a imposição de penalidade para tal feito faz necessária como forma de ressarcir ou estabilizar o dano causado e como prevenir que danos semelhantes venham a ocorrer.

Nesse entendimento, nos alerta Cristiane Derani¹⁵ que “O custo a ser imputado ao poluidor não está exclusivamente vinculado à imediata reparação do dano. O verdadeiro custo está numa atuação preventiva.” Assim, pode-se entender que o objetivo maior é conscientizar para que o uso dos recursos não seja de mera exploração, mas de reposição e preservação para que o uso coletivo seja preservado.

2.2 Princípio da Precaução

O princípio da precaução objetiva se precaver diante da percepção de perigo à natureza, mesmo que não haja confirmação científica de tal fato mas tende a

¹⁵ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 147.

aplicar medidas eficazes que possam precaver o dano ambiental. A percepção de potencialização de dano já é o suficiente para evocar este princípio com o intuito de proteger antes que o dano possa efetivar-se.

Como afirma Paulo Affonso Leme Machado¹⁶ “O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta.”

Esta defesa ao ambiente através do princípio da precaução tende a buscar alternativas que visem defender o meio ambiente dos perigos iminentes, reduzir os riscos de agressão e no incremento de técnicas que auxiliem no crescimento de algumas culturas biológicas e naturais preservando e desenvolvendo as espécies que possam sofrer alguma forma de dano. Para enfatizar a presente atuação preventiva do homem no ambiente Morato Leite e Patryck Ayala¹⁷ asseveram que “A precaução exige uma atuação racional, para com os bens ambientais e com a mais cuidadosa apreensão dos recursos naturais, que vai além de simples medidas de afastar o perigo.”

De tal modo, pode-se vislumbrar a seriedade desse princípio que tem como seu maior objetivo perceber e precaver antes que o dano tenha ocorrido, permitindo assim a economia de recursos para corrigir o dano causado e prevenção de mortes e danos irreversíveis para a natureza e consequentemente para a vida no planeta.

2.3 Princípio da Prevenção

O Princípio da Prevenção visa antecipar e prevenir com o intuito de evitar na estirpe do problema aquele tipo de modificação, transformação que podem

¹⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 56.

¹⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial - teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 53.

prejudicar a natureza e a vida humana. Os meios a serem utilizados podem ser os mais diversificados, mas devem buscar na tecnologia e na cientificidade suas bases para que possam ser incorporadas em legislações com caráter efetivo. A prevenção é mais que um princípio, é um ato de prudência e acautelamento para amparar firmemente um meio de vida digno e sustentável para o social.

É importante que o ato de prevenir esteja presente permanentemente e de forma evolutiva, em todas as regiões de uma cidade para que todos sintam a garantia de seu bem estar e segurança e, assim, sucessivamente, às regiões de um Estado. Ainda sobre a prevenção Machado¹⁸ indicando que a “prevenção não é estática; e, assim, tem-se que atualizar e fazer reavaliações, para poder influenciar a formulação de novas políticas ambientais.”

O Direito Ambiental como direito difuso deverá permitir um processo que seja garantidor da precaução e da segurança ao coletivo, utilizando o princípio da prevenção como base fundamental a esta efetivação normativa.

3. NOVOS PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

A fraternidade, que alguns autores contemporâneos fazem referência no mesmo sentido de solidariedade, representa nessa concepção o nível superior de aprimoramento realizado pela sociedade, ocorrendo assim a afluência da liberdade e da igualdade em todo campo social.¹⁹

¹⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 75.

¹⁹ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 65.

3.1 Princípio da Solidariedade

O princípio da solidariedade²⁰ surge como mais uma experiência histórica de alcançar na sua totalidade o proposta da modernidade, ultimando o ciclo dos três princípios revolucionários: liberdade, igualdade e fraternidade.

Em seu artigo 3º, I, a Constituição da República Federativa do Brasil²¹, prevê:
"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;"

Em se tratando de um objetivo fundamental da República, equiparado a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais, além da garantia do desenvolvimento nacional, a contemplação da construção de uma sociedade solidária, vem ainda mais ratificar esse objetivo como primordial para que a sociedade cresça de forma livre, igualitária e com padrões de justiça, que se sustentem no aspecto solidário da convivência coletiva.

Esta solidariedade, que determina uma dependência recíproca para um crescimento conjunto, vai de encontro ao papel da sustentabilidade ambiental, no aspecto do desenvolvimento sustentável preocupado com a manutenção de um ambiente seguro, saudável e digno para todos. Não há como dissociar sustentabilidade ambiental de convivência solidária, ou seja, trata-se da decisão de um grupo que escolhe se desenvolver pensando no coletivo e, para tanto, define que seus objetivos devem ser unos e voltados para a preservação do meio em que vivem.

²⁰ Para Tiago Fensterseifer, o Princípio da Solidariedade ressurgiu das cinzas da Revolução Francesa, referindo a Solidariedade como a Fraternidade da Trilogia Francesa, para se transformar no que ele denomina de novo marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito contemporâneo. p. 111.

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm <acessado em 29.08.13>

Como acentuam Bodnar e Cruz²² “A liberdade passou a ser inconcebível sem um elevado grau de solidariedade e de igualdade social.” Torna-se inaceitável que o homem tenha atingido graus de liberdade que permitem sua participação mais ativa dentro da sociedade, sem que esse mesmo homem consiga conquistar a igualdade entre seus pares e, conseqüentemente, viver num ambiente de solidariedade entre riquezas, recursos diversos e acesso à informação e justiça. Esta solidariedade almejada deve ter sentido amplo para atingir a todos igualmente, abrangendo vários tópicos necessários para o preenchimento dos requisitos da vida considerada como digna ao ser humano. O mesmo entendimento tem o Prof. Gabriel Ferrar quando enfatiza:

En su dimensión jurídica, ya me ocupé en intentar demostrar que la solidaridad “egoísta” está en el origen de toda sociedad capaz de generar un sistema jurídico y de que nuestro actual Estado de Derecho, singularmente en su fase de Estado Social avanzado, no es entendible si no se percibe como un sistema de solidaridades que va desde el propio sistema fiscal a las ayudas a los desfavorecidos, pasando por los servicios públicos y la práctica totalidad de sus actividades.²³

Os recursos fiscais de um Estado devem ser destinados de maneira abrangente a todos os cidadãos que contribuem para tal arrecadação, permitindo que seja feita uma distribuição coerente para atingir o maior número de pessoas possíveis, exercendo a administração pública evidenciada nos direitos difusos, permitindo assim o desempenho da governança ambiental, para que seus objetivos sejam atingidos com maior celeridade podendo ainda, ser percebidos e usufruídos pela sociedade.

²² BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 46.

²³ FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho**. Revista de Derecho Ambiental, v. 1, p. 66, 2010. p. 77.

3.2 Princípio da Não Regressão

O Professor Michel Prier²⁴ assevera que “A opinião pública, uma vez alertada, não admitiria retrocessos na proteção ambiental, visto que isso implica ameaça à própria saúde humana.” E continua avigorando seu julgamento sobre o princípio da não regressão expondo que “Tendo em vista sua forma genérica, o princípio de não regressão é, além de um princípio, a expressão de um dever de não regressão que se impõe à Administração.”

Volta-se assim à temática sobre a compatibilização entre desenvolvimento econômico e qualidade de vida, para que o primeiro seja orientado a continuar sua progressão sem destruir os elementos essenciais à natureza e à cultura humana.”²⁵

É imprescindível que o aspecto solidário respeite a pluralidade cultural e ideológica, permitindo que a sociedade continue a se desenvolver sem opor obstáculos a sua liberdade de escolhas e idearias para que a democracia continue a estabelecer bases de crescimento conjunto voltado a todos, apoiados na colaboração de todos os interessados, permitindo um desenvolvimento pautado na sustentabilidade e na conservação do ambiente saudável para todos. Sendo assim, a solidariedade tratada como Princípio Constitucional, mais vigor e competência terá o ordenamento jurídico brasileiro para compor sua base defensável ao bem jurídico público permitindo a garantia dos direitos difusos e o bem-estar coletivo.

Para Prier²⁶: “Não há nenhuma convenção sobre o meio ambiente que não declare sua vontade de proteger e melhorar as condições ambientais, o que

²⁴ PRIEUR, Michel. **Princípio da proibição de retrocesso ambiental**. In: Comissão de meio ambiente, defesa do consumidor e fiscalização e controle. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012.pgs. 14 e 15.

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 33.

²⁶ PRIEUR, Michel. **O Princípio da “Não Regressão” no Coração do Direito do Homem e do Meio Ambiente**. In: Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 17, n. 1, p. 06-17/jan-abr. 2012. Disponível em: <www.univali.br/nej>. Acesso em: 23 ago, 2013.p. 7.

por consequência torna ilícito todo o comportamento Estatal que busca diminuir o grau de proteção.”

A proteção ao meio ambiente uma vez alcançada e determinada na legislação de um Estado, não pode permitir que hajam retrocessos legais interferindo e afetando diretamente o meio no qual o homem está inserido. O objetivo do Princípio da Não Regressão é justamente o de proteger e garantir que os direitos adquiridos até o momento, vinculados à preservação do meio ambiente e garantia ao acesso a uma vida digna e de qualidade possam ser mantido e perpetuados, para que hoje tenhamos bases teóricas sólidas e no futuro, as gerações que estão por vir, tenham essa mesma estabilidade jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação com a proteção dos bens jurídicos deve ser constante e permanente de modo a criar instrumentos capazes de facilitar o uso da norma com efetividade, garantindo a essência dos princípios gerais de direito objetivando seu fortalecimento e utilização ampla e abrangente, para que as normas jurídicas possam penalizar aqueles que infringirem suas regras, com o objetivo de prevenir e alertar à comunidade de modo geral que os direitos difusos estão acima dos interesses individuais.

A força dos princípios constitucionais deve estar atinente a toda indumentária jurídica que busca a preservação do meio ambiente e à melhor qualidade de vida do homem para que não haja retrocessos das regras já há muito estabelecidas e conquistadas através de esforços históricos que não podem ser olvidados ou abandonados. Pelo contrário, devem ser enaltecidos, por registrarem o comprometimento dos povos e grupos que lutaram por interesses coletivos no passar dos tempos e que apresentaram a atual civilização uma melhor possibilidade de conduta e de vivência em sociedade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AYALA, Patrick de Araújo. **Processo Ambiental e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm <acessado em 29.08.13>

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho**. Revista de Derecho Ambiental, v. 1, p. 66, 2010.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial - teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Melissa Ely. **Restauração ambiental**: do dever jurídico às técnicas reparatórias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PRIEUR, Michel. **O Princípio da “Não Regressão” no Coração do Direito do Homem e do Meio Ambiente**. *In*: Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 17, n. 1, p. 06-17/jan-abr. 2012. Disponível em: <www.univali.br/nej>. Acesso em: 23 ago, 2013.

PRIEUR, Michel. **Princípio da proibição de retrocesso ambiental**. *In*: Comissão de meio ambiente, defesa do consumidor e fiscalização e controle. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **O panprincipiologismo e o problema da fragilidade da discussão da teoria da norma em *terrae brasilis***. *In*: Revista Juris Poiesis, Rio de Janeiro, ano 15, n. 15, jan-dez. 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

A POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA E O TERMO CIRCUNSTANCIADO À LUZ DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA¹

Clayton Marafioti Martins²

Guilherme Nazareno Flores³

INTRODUÇÃO

Diante da insegurança em que vive nosso país, a atuação das Polícias, durante o cumprimento das mais diversas missões inerentes a sua competência, na perspectiva de melhor qualidade de vida das pessoas, é um tema interessante para se trazer a tona. Esta vertente merece apreciação, principalmente na era do conhecimento, para que se compreendam as novas demandas sociais nas quais a sociedade clama por serviços públicos de maior qualidade e prestados de acordo com o ordenamento jurídico.

Com o advento da Carta Magna de 1988, a qual cristalizou os ideais do estado democrático de Direito, sendo que dentro de seus princípios e Direitos Fundamentais, referenciou valores como o Direito à vida, liberdade, igualdade e à segurança, matéria essa, relacionada diretamente com o tema proposto, e

¹ O presente artigo científico foi produzido por ocasião dos Seminários “*Argumentação Jurídica e o Estado Contemporâneo*”, lecionado pela Dr^a Claudia Rosane Roesler, no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em 12 de março de 2013, e do seminário “*Argumentación Jurídica y Actividad Judicial*”, realizado entre os dias 30 e 31 de maio de 2013 na *Universidad de Alicante* pelo Dr. Manuel Atienza, constituindo-se, portanto, em objeto de avaliação dos eventos em questão.

² Clayton Marafioti Martins – Doutorando em Ciência Jurídica – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Engenharia e Gestão do Conhecimento – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, Santa Catarina. E-mail: tcmarafioti@hotmail.com.

³ Guilherme Nazareno Flores – Doutorando em Ciência Jurídica – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, Santa Catarina. E-mail: guilhermeflores.adv@gmail.com.

que diante desses Direitos indispensáveis para qualquer sociedade, exigiu-se dos órgãos devidamente constituídos no âmbito da Segurança Pública, posicionamentos eficientes e eficazes no que diz respeito às ações policiais e é nesse caminho que se verifica que a Instituição Polícia Militar deve traçar seus objetivos e tentar de todas as formas focar seus serviços visando o bem estar das pessoas.

Postula Paulo Cruz que “durante a história, na busca da melhor forma de governo, todos os caminhos convergiram para um único foco, o bem comum, o interesse comum, e esses deveriam prevalecer sobre os interesses individuais”⁴. A Polícia Militar é uma Instituição que está enquadrada nesse contexto, isto é, uma entidade prestadora de serviços, e que, portanto, com a responsabilidade de trabalhar e oferecer a população, um serviço de qualidade, aumentando dessa maneira a sensação de segurança com serviço de excelência, que é o que as pessoas almejam dessa atividade social.

É possível observar que o fenômeno das violências está cada vez mais presente na sociedade de um modo geral. Se até algum tempo podíamos afirmar que as comunidades economicamente menos favorecidas eram mais atingidas por esse fenômeno, tal afirmação já não faz mais parte da realidade atual, pois as pessoas atingidas são também as de maior poder aquisitivo. Diante desse fato, os profissionais da área de segurança precisam estar preparados e treinados, visando combater, reprimir e diminuir tais acontecimentos, acima de tudo com conhecimentos além de técnico-profissionais, atualizados no campo jurídico.

Diante dessa reflexão, verifica-se que o tema proposto em que diz respeito a argumentação jurídica na confecção do Termo Circunstanciado pela Polícia Militar, observar-se-á que há subsídios suficientes para que os Policiais Militares

⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade. Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Seleção e organização dos capítulos Emanuela Cristina Andrade Lacerda. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, p.73, 2011.

através de um conhecimento amplo, possam cumprir esse procedimento pelo fato de serem autoridades policiais, e que por meio desse instrumento, o objetivo primordial é de atingir determinada parte de um problema específico que é indubitavelmente a segurança pública, face ao crescimento desenfreado da criminalidade, com o princípio básico de objetivar o bem estar das pessoas.

Verifica-se por fim, que as informações contidas nesse trabalho de pesquisa poderão ser de suma importância para que possa agregar maior carga de conhecimento aos profissionais dessa área de segurança, objetivando através dessa ferramenta jurídica, auxiliar as autoridades dessa área ampliando o campo de atuação. Cabe ressaltar que com essas novas práticas, os policiais estão se especializando cada vez mais em sua prática profissional dentro de uma instituição que vêm apresentando transformações consoantes a uma polícia cidadã, cujo propósito consiste em proporcionar o bem estar à sociedade pela preparação de seus profissionais do conhecimento adquirido através das informações e dados, traduzindo na excelência de seus serviços, e sempre visando a prática da perspectiva da gestão do conhecimento.

1. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O método de abordagem utilizado no desenvolvimento desse trabalho será o Estudo de Caso, com pesquisa exploratória e bibliográfica. Pode-se afirmar, portanto, que a pesquisa bibliográfica está focada no conhecimento relacionado a determinado assunto. Trata-se então de uma pesquisa descritiva. É uma das etapas de pesquisa qualitativa mais relevante. É uma categoria de pesquisa cujo objeto é uma unidade que se analisa profundamente⁵. É ancorado em métodos e técnicas, caracterizado por uma análise mais aprofundada de um tema específico, que permite o detalhamento do conhecimento e uma

⁵ TRIVIÑOS, A.N.S **Introdução à pesquisa em ciências sociais**: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo:Atlas, p. 133, 1987.

investigação de vários fenômenos nas mais diversas áreas do conhecimento⁶.

Dentro da teoria da argumentação, cujo foco é a aplicação do Direito, essa teoria deve possuir coerência na sua aplicabilidade, devem-se analisar as consequências dessas informações, bem como uma análise com o objetivo de verificar se essa argumentação ajudará ou não a sociedade⁷.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO E COMPETÊNCIA DA POLÍCIA MILITAR/SC

A Polícia Militar de Santa Catarina foi criada em 1835 através da Lei Provincial número 12, pelo então Presidente da Província de Santa Catarina Feliciano Nunes Pires, denominada como Força Policial, cuja missão precípua era de manter a ordem e tranquilidade pública, bem como atender as requisições de autoridades judiciárias e policiais, tendo como jurisdição inicialmente a Vila Nossa Senhora do Desterro (atual Florianópolis). Durante muito tempo a principal missão da Força Policial era de atender desde incêndios até prisão de infratores⁸.

A partir da breve contextualização da organização Polícia Militar, verifica-se dentre a legislação vigente, a competência da Polícia Militar com o objetivo de respaldar seus procedimentos na confecção do Termo Circunstanciado através de argumentação jurídica. O argumento pode ser analisado através de quatro elementos: a pretensão, as razões, a garantia e o respaldo. Na pretensão observam-se os pontos iniciais e também finais dentro da argumentação; A razão refere-se a informações importantes e relevantes, dando conta dos fatos propriamente ditos. A garantia está ligada a forma correta de chegar ao

⁶ GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, p.58, 1987.

⁷ ROESLER, Claudia Rosane. **Seminário: A Argumentação Jurídica e o Estado Contemporâneo**. Seminário desenvolvido a Doutorandos e Mestrando na Universidade do Vale do Itajaí, 2013.

⁸ Portal da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.pm.sc.gov.br/institucional/historia/index.html>. Acesso em 25 de Julho de 2013.

resultado e o respaldo tem por objetivo de fortalecer o que foi argumentado na garantia, de acordo com cada tipo de argumento⁹

Dentre esse modelo de análise de argumentos citado anteriormente, verifica-se a competência da Polícia Militar com o objetivo de justificar se essa organização pode confeccionar com embasamento legal o Termo Circunstanciado em caso de crimes de menor potencial ofensivo. A missão da PM está ancorada na Constituição Federal em seu artigo 144, cujo enunciado diz que a segurança pública é dever do Estado, todavia ressalta que é direito e responsabilidade de todos e que é exercida com o objetivo de preservar a ordem pública e também a incolumidade das pessoas, e seu patrimônio, onde dentre os vários órgãos, tais como Polícia Federal; Polícia Rodoviária Federal; Polícia Civil, e nesse certame se encontra a Polícia Militar, cabendo a essa, a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública¹⁰.

Para reforçar a competência da Polícia Militar, a Constituição do Estado de Santa Catarina em seu artigo 105 destaca que a segurança pública é dever do Estado a exemplo do Caput do artigo 144 da CF e seu artigo 107 ressalta que a Polícia Militar é força auxiliar reserva do Exército, cuja base se respalda na hierarquia e disciplina, com subordinação direta ao Governador do Estado. No final do artigo reforça que é missão ainda de exercer a polícia ostensiva com relação a preservação da ordem e da segurança pública¹¹.

Para que haja um argumento com boa base, considerado um argumento de autoridade, deve haver um pensamento confiável e com base científica, pois na sociedade contemporânea os modelos científicos estão distribuídos nas diversas áreas do conhecimento. "É natural que o raciocínio do magistrado

⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: Teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora. p. 96,97, 2006.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹¹ SANTA CATARINA. **Constituição do Estado**. Edição atualizada, 1988, Editora Alesc. Santa Catarina.

guie-se, na atividade jurídica e na interpretação do direito, pelo raciocínio que se aproxime da construção científica e, daí, da exatidão”¹².

Nesse norte, com o objetivo de esclarecer alguns termos tratados pelas Constituições Federal e Estadual no que diz respeito a Ordem Pública, ressalta-se que estes subdividem-se em várias espécies, tais como: Segurança Pública, que é a atuação da Polícia Militar no estado antidelitual, situação em que antecede o crime de acordo com o que preceitua o Código Penal e a Lei de Contravenções Penais, através da ação da PM de polícia preventiva, bem como a polícia repressiva; a Tranquilidade Pública, onde trata da condição de vida das pessoas, na vida sossegada em que as pessoas vivem, sem problemas com segurança, sem preocupações ou qualquer tipo de incômodo, visando inclusive a salubridade pública das pessoas e por fim a Dignidade da Pessoa Humana que é um Direito das pessoas em nome da preservação da dignidade do ser humano no que tange a situações degradantes, ou seja, é de competência do Estado e cabe ao mesmo fazer com que seja restrito essa situação ou possibilidade de infringir ou constranger alguém¹³. Tal argumentação justifica a relevância do tema e é nesse viés que é observado a forma de argumentação dos procedimentos da competência da Polícia Militar.

Diante desse vetor, Roesler justifica a importância da argumentação jurídica que contempla esse tema, com base em princípios e também por analogia “é uma importante aplicação da ideia de coerência na justificação das decisões em casos difíceis. A demonstração de que uma decisão está coerente com um princípio geral e que este princípio é coerente com o ordenamento jurídico como um todo...”¹⁴. Nesse sentido verifica-se a necessidade de reforçar de

¹² RODRIGUES, Victor Gabriel. **Argumentação Jurídica: Técnicas de persuasão e lógica informal. Curso de argumentação jurídica**. Campinas: LZN Editora, p.81,82, 2002.

¹³ LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.11, 1999.

¹⁴ ROESLER, Cláudia Rosane, et al. **A Noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil Maccormick: caracterização, limitações, possibilidades**. Revista NEJ – Eletrônica, vol.16 – n.2, p.215, 2011.

forma argumentativa através de regulamentação jurídica, de forma clara e coerente, como pressuposto de justificativa, a competência da Polícia Militar.

Para verificar a literatura que contempla a competência da Polícia Militar, é interessante trazer a lume o dispositivo que se refere o Parecer número GM-25 em que trata de dois decretos que regulamentam as ações da Polícia Militar. Consta no parágrafo segundo, no item III, a competência constitucional relativa a polícia ostensiva e preservação da ordem pública “o decreto lei número 667, com redação que lhe conferiu, no ponto, aquele de nº 2010, de 12 de janeiro de 1983, o Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983, pelo qual aprovado o Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200)”. Nesses textos reforça-se mais uma vez a competência das Polícias Militares relativo ao policiamento ostensivo, ações preventivas e repressivas, e o conceito de Ordem Pública, manutenção da Ordem Pública, Perturbação da Ordem e Policiamento Ostensivo¹⁵.

Para dar maior ênfase a competência da Polícia Militar, o Decreto Federal nº 88.777 de 30 de setembro de 1983, aprova o regulamento da Polícia Militar (R-200) e que dessa forma assevera acerca da missão desse organismo de segurança. O termo perturbação da ordem abrange muitas ações, incorporando a essas, as de calamidade pública, as quais, abrange todos os tipos de ação...” por sua natureza, origem, amplitude e potencial podem vir a comprometer, na esfera estadual, o exercício dos poderes constituídos, o cumprimento das leis e manutenção da ordem pública, ameaçando a população e propriedades públicas e privadas¹⁶. Conforme o que foi postulado nesse Decreto, pode-se dizer que o objetivo maior das Polícias Militares é proteger a vida em primeiro lugar e num segundo plano o patrimônio público e privado

¹⁵ BRASIL, Advocacia Geral da União. **Parecer nº. GM-25**: Publicado no Diário Oficial de 13 de agosto de 2001, parágrafo segundo, item III.

¹⁶ BRASIL, Decreto Federal nº 88.777 de 30 de setembro de 1983. Aprova o regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), publicado no Diário Oficial da União, de 04 de outubro de 1983.

das pessoas.

Destaca-se ainda, para regulamentar a ação da Polícia Militar no campo da repressão e prevenção, principalmente com o intuito de não confrontar suas atribuições com outros organismos de segurança, que o Decreto 667 reorganiza as atividades da Polícia Militar e também dos Corpos de Bombeiros dos Estados, Territórios e Distrito Federal.

O Decreto Federal 667, aludindo, em seu artigo terceiro, que: “Instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, compete às Polícias Militares, no âmbito de suas respectivas jurisdições”. Trás a lume ainda que ressaltando a missão das forças armadas, às Polícias Militares cabe executar o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, tendo como objetivo o cumprimento da Lei, bem como a manutenção da ordem pública e por fim assegurar o exercício dos poderes constituídos; em locais onde haja a necessidade da presença da Polícia Militar, deverá atuar de forma preventiva nos mais diversos lugares, com o objetivo de dissuasão dessas questões; da mesma forma poderá atuar de forma repressiva nos momentos em que haja necessidade em face da perturbação da ordem; Atuar em caso de grave desastre, por mobilização do governo federal, nas missões de Polícia Militar ou em apoio na defesa interna e territorial e por fim a polícia Militar poderá ser convocada para receber instrução necessária a fim de manter a disciplina e adestramento, com o objetivo de cumprir o que dispõe o presente Decreto¹⁷.

¹⁷ BRASIL, Decreto Lei nº 667 de 02 de julho de 1969. Que organiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal. Publicado no Diário Oficial da União, de 03 de julho de 1969.

3. LEGISLAÇÃO PERTINENTE AO TERMO CIRCUNSTANCIADO

As informações a seguir, notadamente são importantes para demonstrar a dimensão da atuação da Polícia Militar no campo do Direito Administrativo relativo à missão desse organismo de segurança, em especial na legitimidade de confeccionar o Termo Circunstanciado.

O artigo 98 da Constituição Federal trata especificamente da criação dos juizados especiais, na área voltada à conciliação, julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e na matéria do nosso tema que trata da questão das infrações penais de menor potencial ofensivo¹⁸, sendo essa a origem do Termo Circunstanciado.

Diante da normativa constitucional, os Estados criaram os Juizados Especiais Criminais, e a partir daí, o surgimento da Lei 9099 de 1995, cujo objetivo maior foi desafogar o poder Judiciário em razão do grande acúmulo de processos, cuja inovação refere-se aos crimes conhecidos como bagatela, ou seja, os crimes considerados de menor potencial ofensivo e, portanto, cabendo as autoridades policiais a confecção do documento operacional denominado de Termo Circunstanciado.

O Termo Circunstanciado é um documento em que trata do registro de ocorrências de menor potencial ofensivo isto é, crimes ou contravenções penais a que a Lei estabeleça pena máxima não superior a dois anos, devendo ser lavrado por autoridade policial que se depara com uma determinada ocorrência, desde que seja de menor potencial. Salienta-se que a autoridade necessariamente deva ser policial, sendo considerada autoridade policial e não tão somente investido de poder de polícia, cujo órgão competente para analisar essa matéria, de acordo com a Constituição Federal é o Juizado Especial Criminal.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

A Lei 9099 possui aspectos legais relevantes quanto a lavratura do Termo Circunstanciado. Inicialmente cabe citar o artigo 61 da Lei, que em seu texto legal abrange o conceito de Infração Penal de Menor Potencial Ofensivo, cuja infração é caracterizada pela Lei de contravenções penais e os crimes em que a pena não ultrapasse a dois anos (devidamente alterada pela Lei número 11.313, de 28 de junho de 2006)¹⁹. A Lei foi alterada em razão dos crimes considerados de menor potencial ofensivo eram aqueles considerados com a pena máxima de um ano.

As características dessa Lei estão estampadas no artigo 62, que assim aduz: “o processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”²⁰. No ato do cometimento da infração ou contravenção penal, é dada a voz de prisão ao agente, através de Policiais Militares em serviço, confeccionarão o Termo Circunstanciado e com a aquiescência do Autor que cometeu a infração penal em comparecer em juízo, o mesmo é liberado no local.

A liberação do autor do fato no local da ocorrência está descrita no parágrafo único do artigo 69 em que apregoa: “ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”. No Caput desse artigo trata a respeito da autoridade que lavrará o Termo em comento: “a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará Termo Circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos

¹⁹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Casa Civil, Sub Chefia para assuntos jurídicos. **Lei 9099, de 26 de setembro de 1995 (artigo 61)**, dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências.

²⁰ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Casa Civil, Sub Chefia para assuntos jurídicos. **Lei 9099, de 26 de setembro de 1995 (artigo 62)**, dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências.

exames periciais necessários”²¹.

No que tange a definição do termo “Autoridade Policial”, o artigo supramencionado não elenca quais são os agentes públicos legitimados a atuar como tal, nem especifica quais polícias deverão atuar na confecção do termo, portanto, o legislador deixou bem claro no texto, quanto a competência. A partir desse momento, a discussão se estabelece no sentido de verificar se a Polícia Militar é competente e legitimada para confeccionar o Termo Circunstanciado, ou se somente a Polícia Civil têm tal responsabilidade por ser ela polícia judiciária, Necessário dizer que até o ano de 2007 a Polícia Militar se restringia aos serviços de polícia judiciária militar. Diante desse impasse entre a competência jurídica, direciona-se o presente tema à luz da argumentação jurídica.

Para verificar se a Polícia Militar é efetivamente competente para tal situação no campo da argumentação jurídica, Atienza distingue em três diferentes campos jurídicos em que possam ocorrer argumentos, tais como: produção de norma jurídica; aplicação das normas jurídicas e por fim a dogmática jurídica. Na produção de norma jurídica o autor refere-se a uma situação pré-legislativa, como exemplifica no caso da necessidade do surgimento de um problema social dentro de um caráter político, entretanto num segundo momento passa a ter um caráter técnico jurídico. No próximo campo o autor aduz a aplicação das normas jurídicas e por fim a dogmática jurídica que trata de fornecer, oferecer, ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico²². É a partir desse norte, sob um viés teórico que se justifica a possibilidade da Polícia Militar confeccionar o Termo Circunstanciado, analisando principalmente o Direito Administrativo.

²¹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Casa Civil, Sub Chefia para assuntos jurídicos. **Lei 9099, de 26 de setembro de 1995 (artigo 69, parágrafo único)**, dispõe sobre juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências.

²² ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, p.18,19, 2006.

O legislador foi muito claro ao discorrer sobre o artigo 69 da Lei 9099, quando cita que para confecção do Termo Circunstanciado, o mesmo deverá ser feito por Autoridade Policial, não distinguindo, portanto, quais Polícias poderiam fazê-lo. A partir daí vislumbrou-se a ideia da atuação da Polícia Militar nessa seara jurídica. O parágrafo único desse artigo também justifica o serviço da Polícia Militar, pois a lei é muito clara quando diz que o autor dos fatos não deve permanecer preso, a partir do momento em que relate a autoridade policial o desejo de se apresentar em juízo. Tal possibilidade, contudo, não pode ser negada pela autoridade, sob pena de estar agindo fora dos ditames legais, e de forma coercitiva, prender o agente e encaminhá-lo a uma delegacia, sendo que em virtude de Lei, poderia ser resolvido no local da ocorrência, cumprindo mais acertadamente o que determina a Lei na sua íntegra.

O tema "Autoridade Policial" é um tanto controverso para alguns agentes do Estado, no entanto dentro do que prescreve a doutrina, os doutrinadores são fáticos em abordar esse tema, afirmando que o Policial Militar se enquadra dentro dos parâmetros de Autoridade Policial. Dentro dessa seara Álvaro Lazzarini no sentido de clarear o tema em questão, aduz que "a autoridade exerce poderes de mando em virtudes de faculdades próprias, enquanto que o agente atua sempre por mandato ou delegação superior, sendo que nisto tem ele a característica que o distingue..."²³. No caso dos policiais militares sem distinção de posto ou graduação, eles atendem as diversas ocorrências dentro que preceitua as normas jurídicas, portanto, são considerados Autoridades Policiais e não agentes da Autoridade.

Como proposta de fortalecer que a Polícia Militar tem competência de atuar como Autoridade Policial, Lazzarini contextualiza seu posicionamento afirmando que a polícia administrativa é preventiva e a polícia judiciária é repressiva, pois

²³ LAZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. Sistematização Rui Stoco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, segunda edição p.263, 1999.

no caso a primeira atua preventivamente de tal sorte que procura evitar o ilícito penal e a Polícia Civil atua após a eclosão do ilícito penal, que nesse caso atuaria como auxiliar do poder judiciário, porém para o autor, as polícias podem atuar de forma eclética, podendo agir de forma preventiva e repressivamente, nesse sentido justifica: “Se um órgão estiver no exercício da atividade policial preventiva e ocorrer a infração penal, nada justifica que ele não passe, imediatamente, a desenvolver a atividade policial repressiva, fazendo então, atuar as normas do Direito Processual Penal, com vistas ao sucesso da persecução criminal”²⁴. No cumprimento da Lei 9099, os Policiais Militares não poderiam deixar de cumprir o exposto no parágrafo único do artigo 69, sob pena de ser responsabilizado em tese, por abuso de autoridade.

4. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NA CONFEÇÃO DO TERMO CIRCUNSTANCIADO

No contexto em que se busca demonstrar argumentos pela legalidade da lavratura de Termos Circunstanciados pela Polícia Militar de Santa Catarina no âmbito da Lei 9099/95, surge uma corrente contrária a tal atribuição e que é capitaneada principalmente por Delegados de Polícia, os quais buscam reconhecer que o exercício de tal atividade por parte dos militares, viola a competência da Autoridade Policial, as quais defendem ser a lavratura de Termos Circunstanciados exclusividade de suas atribuições²⁵.

No mesmo contexto, a sociedade brasileira discutiu recentemente as atribuições da Autoridade Policial e do Ministério Público frente a condução das investigações criminais através da Proposta de Emenda Constitucional (PEC)

²⁴ LAZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. Sistematização Rui Stoco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, segunda edição, p.265, 1999.

²⁵ O STF já decidiu a este respeito destacando que policiais militares, quando da lavratura de Termos Circunstanciados, são também Autoridade Policial.

nº. 37²⁶. Enquanto ocorriam as discussões sobre as razões da proposta citada acima, o Congresso sancionou a Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, cujo texto trata da investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia. A lei, que visa aparentemente firmar a competência da Autoridade Policial, trata de vários assuntos relevantes à investigação criminal.

Nestes termos, a presente análise tem o viés de verificar possíveis interferências da Lei nº 12.830/2013 na competência das Polícias Militares quando da lavratura de Termos Circunstanciados, sendo necessário, portanto, citar o conteúdo do seu parágrafo 1º do Artigo 2º no qual “Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial *ou outro procedimento previsto em lei*, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

A interpretação decorrente da leitura do texto acima pode persuadir o leitor menos atento à crença de que a investigação criminal – inclusive a lavratura de Termos Circunstanciados – é atribuição exclusiva dos Delegados de Polícia já que a lei explicita atribuição à Autoridade Policial – e a nenhum outro servidor público – a condução da investigação criminal (§ 1º) a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos (§ 2º), dentre outros.

A lei, contudo, não é taxativa quanto a exclusividade do Delegado de Polícia para a lavratura do Termo Circunstanciado, pelo que se pode concluir que o texto do artigo 2º, § 1º, para o qual ao delegado de polícia cabe a condução da

²⁶ O tema é objeto de uma PEC de nº 37 tramitante no Congresso Nacional. Seu escopo é o de fazer crescer ao Artigo 144 da Constituição Federal, o parágrafo 10º, o qual destaca a competência privativa às Polícias Civil e Federal na condução das infrações penais de que tratam os parágrafos 1º e 4º do citado artigo. Na prática, o Ministério Público perderia poder de conduzir investigações criminais eis que o texto legal atribui, com exclusividade, tal competência à Autoridade Policial. Como o Ministério Público é um órgão autônomo, o que se temia com a aprovação da PEC-37, é que as Polícias Cíveis, vinculadas ao poder executivo e cujo chefe é indicado pelos Governadores dos Estados e do DF, não tivessem a força, neutralidade contra eventuais interferências de ordem política.

investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, não traz qualquer influência na legalidade, legitimidade ou competência das Polícias Militares, especialmente a de Santa Catarina, durante a lavratura de Termos Circunstanciados²⁷ em ocorrências de crimes de menor potencial ofensivo, objeto deste ensaio.

Vale ressaltar ainda que o instrumento “Investigação Criminal” em seu conceito jurídico abrange, além do Inquérito Policial, outros procedimentos previstos em lei que devem ser considerados, os quais não são de competência exclusiva da Autoridade Policial a exemplo dos Inquéritos Cíveis de competência do Ministério Público, das CPI’s²⁸, pelas quais são competentes os parlamentares e das Polícias Militares durante a lavratura de Termos Circunstanciados durante o atendimento de ocorrências envolvendo crimes de menor potencial ofensivo ou ainda nos Inquéritos Policiais Militares, dentre outros.

Outra avaliação que merece atenção versa sobre o “Indiciamento” como ato privativo do Delegado de Polícia (Art. 2º, §6º)²⁹, o qual ocorre durante o Inquérito Policial. No caso do Termo Circunstanciado cabe à Autoridade Policial, seja ela Delegado de Polícia ou Policial Militar, a mera identificação do autor do fato nos autos que subsidiarão a futura e eventual oferta de Transação Penal ou a Denúncia por parte do Ministério Público. Por este motivo se pode concluir que a Lei em questão não tem influência na competência das Polícias Militares

²⁷ Neste contexto, vale acrescentar que embora perdesse a persecução da ilegalidade de tal competência pela PM, a matéria já foi alvo de deliberação pelo Supremo Tribunal Federal, o qual se manifestou pela legalidade da lavratura pela PMSC.

²⁸ Sigla que identifica Comissão Parlamentar de Inquérito, instauradas no âmbito do Congresso Nacional e conduzidas pelo Poder Legislativo e previsto no Art. 58, § 3º da Constituição Federal, que estabelece: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

²⁹ § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

durante a lavratura desses Termos, ou destas, nas atribuições da Autoridade Policial.

O Poder Executivo do Estado Catarinense, através do Decreto 660 em seu artigo primeiro, estabelece que tanto a Polícia Civil, quanto a Militar podem confeccionar o Termo Circunstanciado no próprio local da ocorrência, dentro que preceitua a Lei 9099, todavia, no parágrafo segundo, em caso de ocorrências mais complexas, em que haja a necessidade de efetuar algum tipo de diligência, as partes envolvidas serão encaminhadas para a Delegacia, bem como as diligências complementares oriundas do Poder Judiciário³⁰.

Cabe ressaltar que nesse mesmo Decreto, as Polícias têm por obrigação cumprir suas atribuições constitucionais, ou seja, é proibido a Polícia Militar de praticar atos de Polícia Judiciária, a não ser por determinação judicial, e nesse mesmo molde, fica proibido a Polícia Civil executar ações de Polícia Ostensiva de preservação da ordem pública, cuja missão é específica da Polícia Militar, devidamente capitulada no texto constitucional³¹.

As duas instituições de Polícia (Polícia Militar e Civil) encontram-se atualmente subordinadas a Secretaria de Segurança Pública e, por conseguinte, essa Secretaria está subordinada ao poder Executivo, representado pelo governo do Estado. Portanto o Decreto está claro e cristalino quanto à missão de cada organismo de segurança, orientando plenamente quanto à competência de cada polícia. Diante da regulamentação pelo poder estadual, basicamente sela a legitimidade na confecção do Termo Circunstanciado, tanto pela Polícia investigativa, quanto a Polícia Ostensiva.

Após o Decreto entrar em vigor, a Polícia Militar regulamentou suas ações através da Diretriz de Procedimento de número 37³², dando conta dos

³⁰ DECRETO 660, 26 de setembro de 2007.

³¹ DECRETO 660, 26 de setembro de 2007.

³² Diretriz de Procedimento da polícia Militar, a qual, define o procedimento operacional padrão

procedimentos operacionais padrão para a confecção do Termo Circunstanciado, cumprindo o que preceitua as normas definidas por esse compêndio jurídico. Ressalta-se que a Lei 9099 foi promulgada no ano de 1995 e desde então que os procedimentos da Polícia Militar não condiziam com o que estabelecia a norma legal, isto é, o cidadão detido pela Polícia Militar, ao invés de ser liberado no local da ocorrência, era conduzido a delegacia, não tendo oportunidade de opção em se apresentar em Juízo, onde somente os crimes de natureza ambiental, a Polícia Militar cumpria com os preceitos da Lei, dando margem a partir do ano de 2007, para que esses procedimentos seriam vistos como legais também no cumprimento da missão, aos Policiais Militares de todo Estado Catarinense.

No quadro a seguir será apresentado um quadro estatístico de lavratura de Termo Circunstanciado pela Polícia Militar de Santa Catarina, nas 10 cidades mais populosas do Estado, nos anos de 2010/2011, 2011/2012 e 2012/2013. O quadro demonstra que a Polícia Militar cumpre com competência a respectiva lavratura.

Nº	Cidade	População	01/06/2010 a 31/05/2011*	01/06/2011 A 31/05/2012*	01/06/2012 a 01/06/2013**	Total
1	Joinville	526 338	828	618	713	2159
2	Florianópolis	433 158	607	84	1344	2035
3	Blumenau	316 139	198	625	775	1598
4	São José	215 278	251	53	335	639
5	Criciúma	195 614	410	776	665	1851
6	Chapecó	189 052	254	180	397	831
7	Itajaí	188 791	207	215	778	1200
8	Lages	174 985	687	927	546	2160
9	Jaraguá do Sul	148 353	165	274	353	692

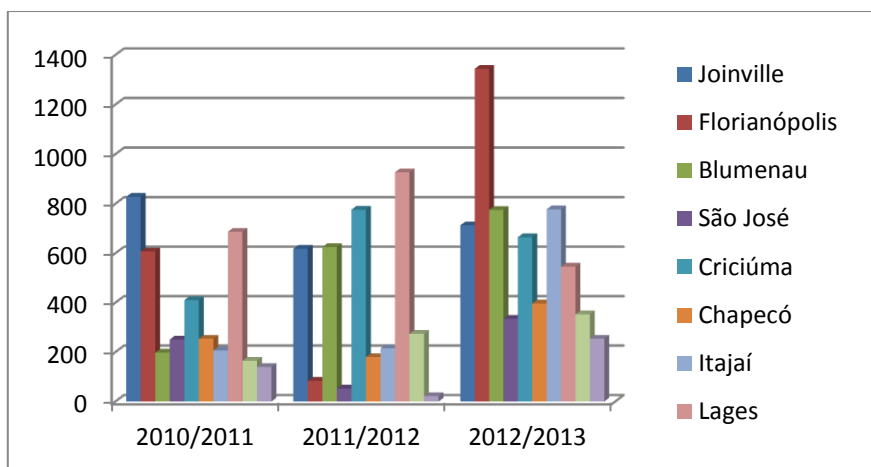
nas ocorrências atendidas por Policiais Militares quando de serviço.

10	Palhoça	142 558	140	22	254	416
----	---------	---------	-----	----	-----	-----

*Sistema SC Termo Circunstanciado – PMSC/Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

*SISP – Sistema Integrado de Segurança Pública/ Secretaria de Segurança do Estado de Santa Catarina.

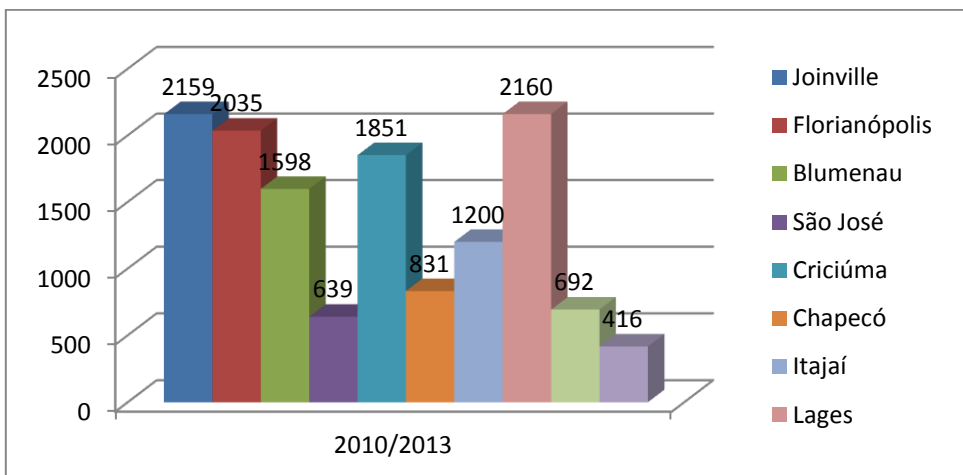
No gráfico abaixo se verifica uma representação de um quadro estatístico de lavratura de Termo Circunstanciado pela Polícia Militar de Santa Catarina, nas 10 cidades mais populosas do Estado, nos anos de 2010/2011, 2011/2012 e 2012/2013³³.



Fonte: Setor de Planejamento da Polícia Militar de Santa Catarina.

No gráfico abaixo se observa uma representação gráfica do número de Termos circunstanciados confeccionados pela Polícia Militar de Santa Catarina, nas 10 cidades mais populosas do Estado, nos anos de 2010/2011, 2011/2012 e 2012/2013.

³³ A Polícia Militar possui um setor administrativo de planejamento, e dentre as várias missões, encontra-se o setor de análise e inclusão no sistema dos Termos Circunstanciados confeccionados pelos Policiais Militares.



Fonte: Setor de Planejamento da Polícia Militar de Santa Catarina.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essencial à garantia do Estado Democrático de Direito, às Polícias Militares cabe a manutenção e preservação da ordem pública, incolumidade das pessoas e do patrimônio através do exercício de polícia ostensiva visando não só respeitar os direitos humanos e fundamentais, mas também garantir que estes sejam respeitados e ainda, a Democracia. No cumprimento desta missão – a prestação de serviço de segurança pública – as Polícias Militares modernas têm se adaptado às novas necessidades sociais e, para tanto, abrangido cada vez mais seu rol de atividades e de competências. Neste contexto se abordou neste artigo, a abrangência desta prestação de serviços pelas Polícias Militares, em especial a Polícia Militar de Santa Catarina, através da lavratura de Termos Circunstanciados no âmbito da Lei 90999/95, aos crimes ditos como de menor potencial ofensivo.

De uma breve contextualização e apresentação da Polícia Militar de Santa Catarina, passou-se a abordar os aspectos jurídicos que garantem a

legitimidade do Órgão na lavratura dos Termos Circunstanciados bem como o que dizem as Autoridades Judiciárias envolvidas neste processo. Nessa ocasião se abordou a abrangência do termo “Autoridade Policial” ao Policial Militar durante a lavratura dos Termos Circunstanciados, demonstrando-se, além dos aspectos legais que conduzem a esta realidade jurídica, os entendimentos jurisprudenciais, doutrinários e ainda, o entendimento de representantes da Magistratura e do Ministério Público, de modo geral, concordam com o entendimento de que é o Policial Militar Autoridade Policial competente para a lavratura do Termo Circunstanciado, bem como a instituição está legitimada a fazê-lo. Assim, embora hajam correntes contrárias à execução de tal procedimento pelos militares³⁴, não restam dúvidas sobre as benesses sociais advindas desta circunstância.

O homem médio, cidadão comum, diante de ameaça ou concretização de lesão a um direito, ao acionar o telefone de emergência 190, está acionando o Estado, nesse ato representado pela Polícia Militar, confiando a ela a materialização de seu conceito de justiça e a imediata solução do motivo pela qual acionou ao órgão em questão. Tal sentimento por parte do cidadão se justifica pela personificação do Estado e da autoridade que vê na farda, na viatura, na Autoridade, no homem policial militar que se encontra à sua frente para agir preventiva ou repressivamente.

A presença policial no local da infração penal sugere a solução da controvérsia e garante segurança ao cidadão, que viu que algo foi feito por si, pois sua queixa foi registrada, formalizada e encaminhada ao Juizado Especial Criminal com data de audiência já marcada atendendo assim, aos princípios da celeridade, informalidade, oralidade, simplicidade e economia processual. Do contrário, se encaminhadas fossem à uma Delegacia pela mesma equipe

³⁴ Geralmente defendidas pelos Delegados de Polícia, seus representantes ou entidades de classe destes profissionais que alegam a usurpação de função pública por parte dos militares.

policial, o mesmo procedimento levaria meses a ser concluído³⁵.

Assim, se ao instituir, na fase pré-judicial, os Juizados Especiais Criminais num procedimento sumário, o Legislador Ordinário visava desafogar o poder judiciário e dar celeridade aos processos judiciais, pelos argumentos acima, nada mais óbvios que legitimar o Policial Militar e a Instituição Policial quando da lavratura do procedimento em questão.

Neste contexto, finalmente considera-se que além do aumento da confiança depositada pelo cidadão no Policial Militar, a lavratura do Termo Circunstanciado por si ainda no local da infração, garante ao cidadão o ciclo completo de polícia com todos os elementos indispensáveis como declarações, objetos apreendidos, requisição de exame de corpo de delito e o encaminhamento à apreciação e solução jurisdicional, atribuindo-se respeito ao policial e à corporação, e diminui-se a sensação de impunidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: Teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora. p. 96,97, 2006.

³⁵ Colhe-se da website da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina: "Não reside nenhuma dúvida que a lavratura do Termo Circunstanciado pela Polícia Militar proporciona significativos benefícios ao cidadão, dentre os quais se destacam: Atendimento ao cidadão no local da infração, não havendo a necessidade deste deslocar-se até a delegacia para lavratura do Termo Circunstanciado, que por muitas vezes não é realizado naquele momento, tendo o cidadão que retornar posteriormente para término do procedimento; Celeridade no desfecho dos atendimentos policiais, em benefício do cidadão; Redução da sensação de impunidade, pois no local dos fatos todos terão conhecimento dos desdobramentos e implicações decorrentes, inclusive com o agendamento da audiência judicial; Redução do tempo de envolvimento das guarnições policiais nas ocorrências, possibilitando a ampliação de ações de caráter preventivo e não somente de resposta a solicitações; Manutenção do aparato policial em sua área de atuação, não havendo a necessidade do deslocamento da guarnição para a delegacia; Liberação do efetivo da Polícia Civil para centrar esforços na apuração (investigação) das infrações penais. Fonte: http://www.pm.sc.gov.br/termo_circunstanciado/a-policia-militar-e-o-termo-circunstanciado.html. Acesso em 28.07.2013

_____, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, p.18,19, 2006.

_____, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, p.18,19, 2006.

ÁVILA, Vicente Fidélis de. **A Pesquisa na Dinâmica da Vida e na Essência da Universidade**: Ensaio de curso para estudantes, professores e outros profissionais. Campo Grande, MS: Ed.UFMS, p.73, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Advocacia Geral da União. **Parecer nº. GM-25**: Publicado no Diário Oficial de 13 de agosto de 2001, parágrafo segundo, item III.

BRASIL, **Decreto Federal nº 88.777 de 30 de setembro de 1983**. Aprova o regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), publicado no Diário Oficial da União, de 04 de outubro de 1983.

BRASIL, **Decreto Lei nº 667 de 02 de julho de 1969**. Que organiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal. Publicado no Diário Oficial da União, de 03 de julho de 1969.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade. Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Seleção e organização dos capítulos Emanuela Cristina Andrade Lacerda. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, p.73, 2011.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, p.58, 1987.

LABES, Emerson Moisés. **Questionário: do planejamento à aplicação na pesquisa**. Chapecó: Grifos, p.87, 1998.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.11, 1999.

_____, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.11, 1999.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. Sistematização Rui Stoco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, segunda edição p.263, 1999.

_____. Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. Sistematização Rui Stoco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, segunda edição, p.265, 1999.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 11.ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Milenium, p.85, 2008.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Casa Civil, Sub Chefia para assuntos jurídicos. **Lei 9099, de 26 de setembro de 1995 (artigo 61)**, dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências.

_____. Casa Civil, Sub Chefia para assuntos jurídicos. **Lei 9099, de 26 de setembro de 1995 (artigo 62)**, dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências.

_____. Casa Civil, Sub Chefia para assuntos jurídicos. **Lei 9099, de 26 de setembro de 1995 (artigo 69, parágrafo único)**, dispõe sobre juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências.

Portal da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina. Disponível em:

www.pm.sc.gov.br. Acesso em Julho de 2013.

_____. Disponível em: www.pm.sc.gov.br. Acesso em Julho de 2013.

RODRIGUES, Victor Gabriel. **Argumentação Jurídica: Técnicas de persuasão e lógica informal. Curso de argumentação jurídica.** Campinas: LZN Editora, p.81,82, 2002.

ROESLER, Claudia Rosane. **Seminário: A Argumentação Jurídica e o Estado Contemporâneo.** Seminário desenvolvido a Doutorandos e Mestrando na Universidade do Vale do Itajaí, 2013.

ROESLER, Cláudia Rosane, et al. **A Noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil Maccormick: caracterização, limitações, possibilidades.** Revista NEJ – Eletrônica, vol.16 – n.2, p.215, 2011.

SANTA CATARINA. **Constituição do Estado.** Edição atualizada, 1988, Editora Alesc. Santa Catarina.

TRIVIÑOS, A.N.S **Introdução à pesquisa em ciências sociais:** a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo:Atlas, p. 133, 1987.

YIN,R.K. **Estudo de Caso: planejamento e métodos.** Porto Alegre: Bookman, p.109, 2005.

A EDUCAÇÃO COMO PROCESSO TRANSFORMADOR PARA O ALCANCE DA SUSTENTABILIDADE

Ester Dorcas Ferreira dos Anjos¹

Queila Jaqueline Nunes Martins²

INTRODUÇÃO

A proposta do estudo é levar o leitor à reflexão sobre as práticas sociais, em um contexto marcado pela degradação ambiental, requerendo mudanças nos paradigmas.

É fato que o planeta Terra está em desequilíbrio e que enfrentaremos momentos de incertezas e prováveis catástrofes, tendo como causa a destruição e comprometimento de ecossistemas.

Sabedores dos destinos da Terra, diversas nações preocupadas, se movimentam e articulam encontros, congressos e conferências levando à humanidade o conhecimento da realidade, apontando sugestões, propostas e acordos.

A sustentabilidade, como assunto de pauta, tornou-se um grande desafio, diante do atual modo de produção e de consumo e do crescimento pelo crescimento, pressionadores dos recursos naturais, que refletem na perda da qualidade de vida.

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora dos Cursos de Direito e Relações Internacionais da UNIVALI. E-mail: ester_ferreira@univali.br

² Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora dos Cursos de Direito e Relações Internacionais da UNIVALI. Juíza Leiga no Juizado Especial Cível da Comarca de Balneário Camboriú/SC. E-mail: queilamartins@univali.br

O modelo de desenvolvimento que se apresenta compromete o desiderato da sustentabilidade, pois o ciclo que se faz por meio da produção, ou seja, consumismos, opulência e desperdício, que leva à degradação ambiental e via de consequência à perda qualidade de vida e da qualidade da experiência humana, reclama mudanças de comportamento, um amadurecimento da sociedade, para que modifique essa cultura do ter, da insaciabilidade, do imediatismo que leva a humanidade ao vazio.

O atual modelo de desenvolvimento na verdade, faz do ser humano um instrumento, que produz cada vez mais e a qualquer custo, para buscar rendimentos maiores e gastar em coisas que não tem necessidade, isto é, o homem escravo de si mesmo.

Reconhecendo então, que o homem, com o conhecimento até agora adquirido não encontrou respostas para evitar sua decadência no meio em que vive, um novo modelo de desenvolvimento deverá ser promovido, na busca de um redirecionamento de sua conduta e que o encaminhe na construção de um comportamento racionalmente sustentável.

Destarte, a educação ambiental assume um papel estratégico de transformação, para que haja uma mudança nos paradigmas de desenvolvimento, buscando a formação de novos valores, para a promoção da percepção humana em diversas direções.

1. SUSTENTABILIDADE

Muito se ouve falar sobre sustentabilidade, seja como forma de uso das coisas materiais ou ainda de proceder, de ser e de viver. Tornou-se a palavra da moda, no entanto, pouco se sabe sobre seu surgimento, no seu verdadeiro conteúdo e acepção.

Para conhecer um pouco sobre sustentabilidade, importa reconhecer a necessidade de abordar seu conceito e origem, além das dimensões que seu conteúdo atingiu.

1.1 Origem do conceito

Originariamente, sustentabilidade, advém de “sustentar” do latim “*sustentare*”, no mesmo sentido na língua portuguesa.

A palavra não é nova e não surgiu a partir de junho de 1972, em Estocolmo na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, United Nations Conference on the Human Environment (UNCHE), como se pensa.

Conta Boff³ que a palavra surgiu na Alemanha, em 1560, na Província da Saxônia, onde pela primeira vez, houve a preocupação “com o uso racional das florestas, de forma que elas pudessem se regenerar e se manter permanente”, dando o nome alemão de *Nachaltigkeit*, que significa “sustentabilidade”.

No entanto, somente em 1713, que a palavra tomou o significado que se tem hoje, quando Carlowitz escreveu um tratado, em latim, sobre a sustentabilidade das florestas⁴ com o título “*Silvicultura Oeconomica*”, propondo o uso sustentável da madeira.⁵

Dessa preocupação com as florestas, nasceu uma ciência chamada silvicultura, motivo pelo qual em 1970 se criou o Clube de Roma, cujo primeiro relatório foi sobre “Os limites do crescimento”, levando a ONU a ocupar-se do tema, diante da preocupação do meio científico sobre o assunto.⁶

³ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 32.

⁴ *Nachaltigkeit* wirtschaften: organizar de forma sustentável

⁵ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 32.

⁶ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 32.

Nessa época, mais precisamente em 1972, a ONU realizou a conferência de Estocolmo, mencionada anteriormente, resultando na criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma). Mas, somente em 1984 a expressão “desenvolvimento sustentável” aparece na Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que propunha uma agenda global para mudança, trazendo como resultado o relatório denominado Relatório *Brundland*.

Lançada pelos alertas ao meio ambiente, a sustentabilidade, propõe um desenvolvimento econômico e social respaldados na adoção desse conceito, restando consagrada a ideia na Rio 92, que previa “elaborar estratégias e medidas para deter a degradação ambiental, por meio de esforços nacionais e internacionais, e promover o “desenvolvimento sustentável” em escala planetária”⁷.

Bursztyn e Bursztyn⁸ conceituam desenvolvimento sustentável “como elo entre a economia (num exemplo amplo, envolvendo também a dimensão social) e a ecologia, promovendo a reaproximação entre estes dois campos do saber”. Já o Relatório *Brundland*⁹ o define como “aquele que atende as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem as suas necessidades e aspirações”, impondo com essa conceituação o respeito ao tema.

Contudo, dez anos após a Rio 92, apesar dos debates, o mundo continuava com as diferentes economias e do mesmo modo, sem conscientização sobre o tema sustentabilidade, requerendo um novo encontro que possibilitasse novos

⁷ BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: caminhos para a sustentabilidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 102.

⁸ BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: caminhos para a sustentabilidade. p. 47.

⁹ ONU. Organização das Nações Unidas. **Relatório Brundland**. Disponível em <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>> Acesso em 23 ago. 2013.

acordos, momento esse em que ocorreu a Rio +10 em 2002, onde, aponta Bodnar¹⁰ que:

Um conceito integral de sustentabilidade [...] surge [...], na Rio+10, realizada em Jonesburgo, quando restou consagrada, além da dimensão global, as perspectivas ecológica, social e econômica, como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla.

Sustentabilidade, então, toma conotação direta com o modelo atual, implicando nos sentidos passivo e positivo, trazido por Boff¹¹ a saber:

O passivo diz que “sustenta”, segurar por baixo, suportar, servir de escora, impedir que caia, impedir a ruína e a queda.

No sentido positivo enfatiza o conservar, manter, proteger, nutrir, alimentar, fazer prosperar, subsistir, viver, conservar-se sempre à mesma altura e conservar-se sempre bem.

Significa dizer, em termos ecológicos, não permitir que ecossistemas cheguem à ruína, criando “expedientes de sustentabilidade como plantar árvores na encosta da montanha, que servem de escora contra a erosão e os deslizamentos”, ou ainda sustentabilidade representa “os procedimentos que se tomam para permitir que um bioma se mantenha vivo, protegido, alimentado de nutrientes a ponto de sempre se conservar bem e estar sempre à altura dos riscos que possam advir”.¹²

Sustentabilidade como se vê toma sentido complexo, apesar da maleabilidade do conceito, e isso porque a ideia abrange diversas dimensões do

¹⁰ BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição**. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/1885/1262>> Acesso em 25 ago. 2013.

¹¹ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 32.

¹² BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 32.

desenvolvimento, levando a dois conceitos dados por Bursztyn e Bursztyn¹³, a sustentabilidade forte que “tem como fundamento a constatação científica de que qualquer ação humana se dá no âmbito dos limites do Planeta, ou da biosfera, onde a humanidade habita. Isso inclui a vida social em geral e as atividades econômicas em particular” ou ainda a sustentabilidade fraca que “se refere ao equilíbrio entre as esferas, econômicas, social e ecológica”, que implica na “possibilidade de compatibilizar a dinâmica das atividades econômicas com a justiça social e o respeito às condições do mundo natural, de modo a que estas se mantenham no longo prazo”.

Nessa ordem de ideias, revelam-se por via de consequência, que sustentabilidade somente pode ser concebida como um processo compreendido em três dimensões, a social, a econômica e a ambiental, que devem estar harmonizadas, para garantir um desenvolvimento sustentável.

Oportuna as considerações de Freitas¹⁴, que numa perspectiva mais profunda insere “sustentabilidade” como princípio constitucional, onde elementos essenciais estão implantados, senão vejamos:

[...] trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambiente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Consiste, desse modo, em assegurar para as presentes e futuras gerações, condições propícias ao bem-estar físico e psíquico, material e imaterial, sem

¹³ BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: caminhos para a sustentabilidade. p. 47.

¹⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

empobrecer e inviabilizar o bem-estar no amanhã, próprio e alheio¹⁵, ou ainda em uma definição integradora dada por Boff¹⁶ sustentabilidade,

[...] é toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que o capital natural seja mantido e enriquecido em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução.

De forma precisa Ferrer¹⁷ conceitua sustentabilidade como,

[...] una noción positiva y altamente proactiva que suponela introducción de los cambios necesarios para que la sociedade planetaria, constituida por la Humanidad, se a capaz de perpetuarse indefinidamente em el tiempo. Dehecho, podríamos decir que la sostenibilidad no es más que la materialización del instinto de supervivencia social, sin prejuizar, por supuesto, si debe o no haber desarrollo (crecimiento), ni donde sí o donde no.

Mas como viabilizar essa proposta, diante do crescimento ilimitado, onde a sociedade cultiva um crescimento pelo crescimento e um consumismo desenfreado, sem que os atores sociais tenham a consciência de que estamos, conforme exemplifica Boff¹⁸ em uma casa pegando fogo, discutindo se permanecemos dentro dela, até os bombeiros chegarem ou se saímos para salvar a nossa vida; e pior, sem sabermos que a espera é em vão, eles jamais virão, pois não possuem combustível para seus caminhões, tampouco água.

A resposta está na conscientização para a sustentabilidade, que reclama,

¹⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 15; 42.

¹⁶ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 32.

¹⁷ FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho**. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/18206209/1421855917/name/Sostenibilidad,+transnacionalidad+y+transformaciones+del+derecho.doc>> Acesso em 25 ago. 2013.

¹⁸ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 75.

portanto, um amadurecimento da sociedade, um novo paradigma que modifique cultura, crenças e valores atuais, para um desenvolvimento verdadeiramente sustentável, demandando uma “interação sinérgica entre os aspectos sociais, ecológicos e econômicos do desenvolvimento”¹⁹, ou seja, nos pilares em que a sustentabilidade se apoia.

1.2 Pilares da sustentabilidade

Os pilares que amparam a “sustentabilidade” como princípio fundamental, estão contidos nas dimensões social, econômica e ambiental, que devem estar integradas, formando as políticas de desenvolvimento, devendo ser “construída e consolidada a partir do aporte científico de diversos campos do saber e deve integrar a base formativa de todas as teorias políticas, sociais, econômicas e jurídicas na atualidade”²⁰.

Em sua dimensão social, está diretamente relacionada a direitos sociais, que requerem os correspondentes programas relacionados à universalização, com eficiência e eficácia, sob pena de o modelo de governança, seja ela pública ou privada, ser insustentável. Reclama o “incremento da equidade intra e intergeracional; a gestão aperfeiçoada de processos, que assegure condições favoráveis ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas, especialmente no atinente à educação de qualidade”, bem como o “engajamento na causa do desenvolvimento que perdura e faz a sociedade apta a sobreviver, a longo prazo, com valor intrínseco dos demais seres

¹⁹ BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição**. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/1885/1262>> Acesso em 25 ago. 2013.

²⁰ BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição**. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/1885/1262>> Acesso em 25 ago. 2013.

vivos”.²¹

Abrange essa dimensão, no entender de Mendes²²,

[...] a necessidade de recursos materiais e não-materiais, objetivando maior equidade na distribuição da renda, de modo a melhorar substancialmente os direitos e as condições da população, reduzindo-se o índice de GINI²³, ampliando-se a homogeneidade social; a possibilidade de um emprego que assegure qualidade de vida e igualdade no acesso aos recursos e serviços sociais.

Destarte, a dimensão social objetiva garantir a igualdade entre as pessoas, para que tenham iguais condições de vida, mas vida digna pautada em garantias e direitos fundamentais, de forma que as diferenças entre ricos e pobres sejam estreitadas.

A dimensão econômica por sua vez, segundo Sachs²⁴ busca um “desenvolvimento econômico intersetorial equilibrado, com segurança alimentar, capacidade de modernização contínua dos instrumentos de produção, razoável nível de autonomia na pesquisa científica e tecnológica e inserção soberana na economia internacional”.

²¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 60.

²² MENDES, Jefferson Marcel Gross. Dimensões da sustentabilidade. **Revista das Faculdades Santa Cruz**, v. 7, n. 2, julho/dezembro 2009. Disponível em: <<http://www.santacruz.br/v4/download/revista-academica/13/cap5.pdf>> Acesso em 25 ago. 2013.

²³ O Índice de Gini, criado pelo matemático italiano Conrado Gini, é um instrumento para medir o grau de concentração de renda em determinado grupo. Ele aponta a diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos. Numericamente, varia de zero a um (alguns apresentam de zero a cem). O valor zero representa a situação de igualdade, ou seja, todos têm a mesma renda. O valor um (ou cem) está no extremo oposto, isto é, uma só pessoa detém toda a riqueza. (http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2048:catid=28&Itemid=23)

²⁴ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.p. 71.

Discorre Mendes²⁵, sobre essa dimensão, explicando

[...] foi amplamente difundida na sociedade ocidental embora não sob a perspectiva da sustentabilidade e nem de desenvolvimento, pois a sustentabilidade econômica extrapola o acúmulo de riquezas, bem como o crescimento econômico e engloba a geração de trabalho de forma digna, possibilitando uma distribuição de renda, promovendo o desenvolvimento das potencialidades locais e da diversificação de setores. Ela é possibilitada por alocação e gestão mais efetivas dos recursos e por um fluxo regular do investimento público e privado nos quais a eficiência econômica deve ser avaliada com o objetivo de diminuir a dicotomia entre os critérios microeconômicos e macroeconômicos.

A visão econômica da sustentabilidade para Freitas²⁶ revela que “o consumo e a produção precisam ser reestruturados completamente, numa alteração inescapável do estilo de vida”.

Numa abordagem econômica sustentável, o investimento educacional robusto (com bons gastos, em vez de mais gastos) amplia renda, numa equação custo benefício que pende para a externalidades altamente positivas, tornando-se prioridade das prioridades. Seguramente, como o abandono da pobreza liberta para alçar voos maiores, nada mais sustentável do que investir naquilo que promove a emancipação econômica.²⁷

A sustentabilidade econômica em uma análise simplificada, busca um desenvolvimento econômico restrito e limitado, assim como o meio ambiente que não admite o que prega o capitalismo.

Notadamente, Ferrer²⁸ adverte que “La Humanidad, al menos de momento,

²⁵ MENDES, Jefferson Marcel Gross. Dimensões da sustentabilidade. **Revista das Faculdades Santa Cruz**, v. 7, n. 2, julho/dezembro 2009. Disponível em: <<http://www.santacruz.br/v4/download/revista-academica/13/cap5.pdf>> Acesso em 25 ago. 2013.

²⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 66.

²⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 66.

²⁸ FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del**

tiene que **conformarse con lo que tiene**, porque no hay nada más allá. Esta noción es tan elemental como rigorosamente nueva em la historia del Hombre y le obliga a transcendental es câmbios conceptuales”. (grifos do autor).

A sustentabilidade econômica somente será alcançada pela racionalização dos recursos naturais, todavia, o que verdadeiramente ocorre em nível planetário, nas palavras de Bodnar²⁹

O que infelizmente se constata na atual sociedade de risco é que o equilíbrio ecológico jamais será o mesmo no planeta, pois o mundo já atingiu os limites mais críticos e ameaçadores da sua trajetória. Estas ameaças decorrem do esgotamento dos recursos naturais não renováveis, da falta de distribuição equitativa dos bens ambientais, do crescimento exponencial da população, da pobreza em grande escala, do surgimento de novos processos tecnológicos excludentes propostos pelo modelo capitalista. Todos esses fatores contribuem com a consolidação de uma ética individualista e desinteressada com o outro, com o distante, com as futuras gerações e com um desenvolvimento justo e duradouro.

A partir da revolução industrial, da ideia de progresso ilimitado, o homem alçou melhores condições de vida e comodidades de toda ordem, no entanto, no atual momento, “tudo leva a crer que ele esgotou suas virtualidades e passou a ser dilacerador dos laços sociais e destrutivo das bases que sustentam a vida”³⁰, comprometendo sua morada, o planeta Terra.

Se compromete a habitabilidade do planeta para as gerações atuais e futuras, estamos diante da dimensão ambiental da sustentabilidade, que alude exatamente a esses direitos, a um ambiente limpo.

Derecho. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/18206209/1421855917/name/Sostenibilidad,+transnacionalidad+y+transformaciones+del+derecho.doc> Acesso em 25 ago. 2013.

²⁹ BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição.** Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/1885/1262> Acesso em 25 ago. 2013.

³⁰ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade:** o que é – o que não é. p. 75.

Desse modo, segundo Fiorillo³¹ “a busca e a conquista de um ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento social, o crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais exigem um adequado planejamento territorial que tenha em conta os limites da sustentabilidade”.

E isso, porque, a degradação ambiental no parecer de Freitas³² “pode no limite, inviabilizar a vida humana (e inviabilizou civilizações), incontornável se mostra o seu enfrentamento hábil e tempestivo, com ciência, prudência e tecnologia”, porque, “o que não faz o menor sentido é persistir na matriz comportamental da degradação e do poder neurótico sobre a natureza, não somente porque os recursos naturais são finitos, mas porque tal despautério faz milhões de vítimas no caminho”.

Não obstante, Boff³³ é categórico, quando menciona que cientistas, dos quais ele cita quatro, nos “tem dado alertas dramáticos sobre o que poderemos esperar caso não fizermos uma travessia bem-sucedida para o outro paradigma de habitar o planeta”, conforme prevê James Lovelock, autor da Teoria de Gaia, que “prevê para o final do século o desaparecimento de grande parte da humanidade”³⁴.

Oportuna são as reflexões de Ferrer³⁵:

Ahora bien, advierto, si se pressiona el botón todos tendrán el mismo nivel de vida pero entres, en seis, a lo sumo en doce meses, sus hijos – y conello sel resto de habitantes del Planeta- deberán prescindir abruptamente

³¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 79.

³² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 66.

³³ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 42.

³⁴ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 43.

³⁵ FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho**. Disponível em:

<<http://xa.yimg.com/kq/groups/18206209/1421855917/name/Sostenibilidad,+transnacionalidad+y+transformaciones+del+derecho.doc>> Acesso em 25 ago. 2013.

de la mayor parte de comodidades de que disfrutan. No habrá gasolina para los coches, se dispondrá, a lo sumo, de quince o veinte minutos al día de energía eléctrica, no más vídeo consolas, se resentirá atrozmente la sanidad, la alimentación será de subsistencia, nada de aviones, nada de aire acondicionado, poca calefacción, en definitiva, adiós al modelo de vida; y esosin contar em la posibilidad de que se haya acelerado irreversiblemente en cambio climático. El Planeta no puedes oportarnuestronivel de consumo. Tras unos instantes de perplejidad y atendiendo a mi insistencia, muy pocos afirman que estarían dispuestos a apretar el botón ... claro que el botón no existe y, me parece, los presuntamente dispuestos a apretarlo no tienen hijos.

Deve se ter em conta com as considerações dos renomados autores, que estamos à beira de um colapso, importando modificações, como já dissemos, no paradigma da sustentabilidade, onde o tipo de desenvolvimento gerido seja socialmente justo, ambientalmente sadio e com cuidados especiais, proporcionados somente por meio de uma educação conscientizadora e transformadora.

2. EDUCAÇÃO

A educação trata-se de um "sistema de valores sem o qual o homem não pode chegar ao desenvolvimento"³⁶, ou seja, deve ser aquela tomada como instrumento de libertação interior, onde o conhecimento da verdade trará ao indivíduo o discernimento para melhor avaliar e escolher.

No sentido etimológico da palavra educação, derivada do latim *educativo*, de *educare*, ligado a *educere*, verbo composto do prefixo "ex" (fora) + "ducere", significa tirar de dentro, ou seja, o conhecimento recebido é processado, gerando crescimento intelectual, capaz de transformar e amadurecer a humanidade.

³⁶REBOUL, Olivier. **Filosofia da educação**. 4. ed. São Paulo: Nacional, 1983. p. 14.

Para Dewey³⁷, é óbvia a necessidade de ensinar e aprender para a continuação da existência social, pois os indivíduos se “mantém em contínua auto renovação e esta renovação se efetua por meio do crescimento educativo dos componentes imaturos dos grupos”, sendo a educação um processo de dirigir, de conduzir ou de elevar resultando em “uma atividade formadora ou modeladora – isto é, modela os seres na forma desejada de atividade social”.

Nessa perspectiva a educação é transmitida por um método que “consiste em provocar, pela ação do meio, que as impõe, determinadas reações ou respostas”, posto que, não se pode conceber que o desenvolvimento se transmita diretamente por convicções, emoções e conhecimentos.³⁸

Contudo, o caminho de libertação para o indivíduo, onde reside o objetivo da educação, é a clarificação da inteligência, que para Prado³⁹, se trata de uma “iluminação interior, um apuro da acuidade no discernir, que se vai adquirindo com buscas singulares, tudo que contribui para criar o que podemos chamar de mente formada, mente sensata”.

Na visão de Émile Durkheim⁴⁰ (1858-1917), teórico fundador da sociologia da educação, a educação é um fato social e assegura que:

A construção do ser social, feita em boa parte pela educação, é a assimilação pelo indivíduo de uma série de normas e princípios - sejam morais, religiosos, éticos ou de comportamento - que baliza a conduta do indivíduo num grupo. O homem, mais do que formador da sociedade, é um produto dela.

Para a teoria durkheimiana, a educação é o instrumento em que o indivíduo

³⁷ DEWEY, John. **Democracia e educação**: introdução à filosofia da educação. 4. ed. São Paulo: Nacional, 1979. p. 11.

³⁸ DEWEY, John. **Democracia e educação**: introdução à filosofia da educação. p. 11.

³⁹ PRADO, Lourenço de Almeida. **Educação**: ajudar a pensar, sim: conscientizar, não. Rio de Janeiro: Agir, 1991. p. 32.

⁴⁰ DURKHEIM, Émile. **Educação e sociologia**. São Paulo: Melhoramentos, 1978. p. 47.

pode se valer, para aperfeiçoar-se, criando um alicerce, que embasará a evolução de uma sociedade.

Essa teoria, observada por Lucena⁴¹ se inspira em uma concepção de homem, onde a educação se torna uma poderosa ferramenta para a construção gradativa de uma moral coletiva, fundamental para a continuidade da sociedade capitalista, afirmando que a “influência das coisas sobre os homens é diversa daquela que provém dos próprios homens; e a ação dos membros de uma geração sobre os outros, difere da que os adultos exercem sobre as crianças e os adolescentes”, estando nessa máxima a denominação de educação dada por Durkheim.

A educação consiste em habituar os indivíduos a uma disciplina, a qual deve ter, e não pode deixar de ter, um caráter autoritário. Formar os indivíduos, tendo em vista a integração na sociedade, é torná-los conscientes das normas que devem orientar a conduta de cada um e do valor imanente e transcendente das coletividades que cada homem pertence ou deverá pertencer. A educação visa criar no homem um ser novo.

A par disso, “a educação ambiental torna-se uma ferramenta, entre outras, a serviço do desenvolvimento sustentável”, para tirar as vendas dos olhos, emancipando, conscientizando, para transformar o pensamento egoísta que está presente no homem.

3. SITUANDO A SUSTENTABILIDADE NA EDUCAÇÃO

A humanidade que é constituída de cidadãos, aquele que está na condição de habitante de um Estado, ou ainda, “aquele que está no gozo dos direitos civis e

⁴¹ LUCENA, Carlos. O pensamento educacional de Émile Durkheim. **Revista HISTEDBR Online**, Campinas, n. 40, p. 295-305, dez. 2010 - ISSN: 1676-2584, Disponível em: <http://www.histedbr.fae.unicamp.br/revista/edicoes/40/art18_40.pdf> Acesso em 09 jul. 2013.

políticos de um Estado”⁴², está no cerne da questão “educação ambiental”, pois depende do seu conhecimento para uma participação efetiva nas temáticas ambientais.

A preocupação com a Educação Ambiental não é recente, pois diversos documentos internacionais, a partir da Conferência de Estocolmo, reconheceram a importância do tema, na busca da qualidade ambiental.

A Primeira Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental (Tbilisi, 1977), é referência internacional para o desenvolvimento ambiental e propõe, conforme Dias⁴³,

Mediante a utilização dos avanços da ciência e da tecnologia, [...] desempenhar uma função capital com vistas a criar a consciência e a melhor compreensão dos problemas que afetam o meio ambiente. Essa educação há de fomentar a elaboração de comportamentos positivos de conduta com respeito ao meio ambiente e à utilização dos seus recursos pelas nações.

A Conferência de Tbilisi⁴⁴ decidiu que as finalidades, que iriam nortear a Educação Ambiental em todo o planeta, seriam:

- a. Ajudar a fazer compreender, claramente, a existência e a importância da interdependência econômica, social, política e ecológica, nas zonas urbanas e rurais;
- b. Proporcionar, a todas as pessoas, a possibilidade de adquirir os conhecimentos, o sentido dos valores, o interesse ativo e as atitudes necessárias para proteger e melhorar o meio ambiente;

⁴² HERKENHOFF, João Baptista. **ABC da cidadania**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/abc/herkenhoff/capitulo1.htm>>. Acesso em 13 jul. 2013.

⁴³ DIAS, Genebaldo Freire. **Educação ambiental: princípios e práticas**. São Paulo: Gaia Ltda., 2013. p. 105.

⁴⁴ BRASIL. **Secretaria do Meio Ambiente**. Disponível em <<http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/Tbilisi.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2013.

c. Induzir novas formas de conduta nos indivíduos, nos grupos sociais e na sociedade em seu conjunto, a respeito do meio ambiente.

Pouco a pouco outros encontros internacionais foram acontecendo, reafirmando a Conferência de Tbilisi, dos quais se cita o Seminário sobre Educação Ambiental realizado (Costa Rica, 1979); Congresso Internacional sobre Educação e Formação Ambientais (Moscou, 1987); Seminário Latino-Americano de Educação Ambiental (Argentina, 1988); além de outros tantos encontros nacionais de expressivo conteúdo.

Uma Estratégia para o Futuro da Vida (UICN, Pnuma, WWF, 1991) foi lançado como a Nova Estratégia para o Futuro da Vida, por meio da publicação Cuidando do planeta Terra, com os objetivos trazidos por Dias⁴⁵, que encerram:

[...] melhorar as condições de vida no planeta através de definição de duas exigências fundamentais: primeira, é necessário assegurar um amplo e profundo compromisso com uma nova [...] ética sustentável e traduzir na prática os seus princípios; segunda, integrar conservação e desenvolvimento – a conservação para limitar as nossas atitudes à capacidade da Terra, e o desenvolvimento para permitir que as pessoas possam levar vidas longas, saudáveis e plenas, em todos os lugares.

O Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global (1992), basicamente reafirma as recomendações de Tbilisi, mas diferentemente, a Conferência de Thessaloniki (Tessalônica, Grécia, 1998) traz um documento denominado “Educação para um futuro sustentável”, observando que houve um desenvolvimento insuficiente em educação ambiental; reafirmando que para atingir a sustentabilidade requer-se um enorme esforço para que haja mudanças radicais de comportamento e estilo de vida, de padrões de produção e consumo, além de recomendar que as escolas devam ser estimuladas e apoiadas a ajustar seus currículos visando

⁴⁵ DIAS, Genebaldo Freire. **Educação ambiental**: princípios e práticas. p. 105.

atender às necessidades para um futuro sustentável.⁴⁶

Oportuno frisar, que o Brasil tem uma política nacional específica para a Educação Ambiental, que, aliás, é o único da América Latina, qual seja, A Política Nacional de Educação de Ambiental, Lei nº 9.795/99 que em seu art. 1º dispõe o conceito de educação ambiental como “os processos por meio dos quais os indivíduos e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade”.

Pois bem! Passados tantos anos o processo educativo e por via de consequência, a conscientização sobre questões ambientais, salvo engano, foram apoiadas em falácias, cada vez piores, como algumas citadas por Freitas⁴⁷ que assim diz:

[...] alguém pode ficar ancorado à noção de que a humanidade não corre perigo de extinção, por estar preso ao mito de que sempre é possível escapar dos perigos. [...] Outro exemplo: um país fixa um valor demasiadamente alto de renda *per capita*, somente a partir do qual começará a se preocupar com o ambiente. Fatalmente, à conta disso, perderá os trilhos do desenvolvimento limpo e das energias renováveis. É algo tão errado como alguém ficar ancorado, à fantasia de que, para conquistar o bem-estar, precisa de uma quantia financeira elevada, somente a partir do acúmulo da qual começaria a ser generoso, empático e solidário.

Ou ainda aquela que “consiste em imaginar que o consumo será sempre sinônimo de bem-estar, o que colide, às abertas, com a impossibilidade física de satisfazer impulsos corporais, indefinidamente”⁴⁸.

⁴⁶ DIAS, Genebaldo Freire. **Educação ambiental**: princípios e práticas. p. 105.

⁴⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 151.

⁴⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 138.

Destarte, envolvidos em conceitos falaciosos, a humanidade ainda não percebeu que o planeta está em colapso e é preciso tomar medidas para sanar todo dano causado aos ecossistemas. Lamentavelmente, ainda vigora uma inversão de valores, onde cada um busca o que é de seu interesse pessoal, com pensamento individual, alienado ao conjunto.

Notadamente, Dias⁴⁹ comenta que a Conferência de Thessaloniki nos idos 1998, “terminou formulando um apelo dramático às nações – seus governantes e seu povo, suas empresas e seu mercado, sua produção e seu consumo – para que reajam e busquem uma forma de vida menos cretina, danosa e vazia”.

De lá pra cá outros encontros internacionais ocorreram e o amadurecimento da espécie humana ainda é uma utopia, instalando-se no mundo uma crise argumentada por Luzzi⁵⁰, “que se manifesta em toda sua plenitude; nos espaços internos do sujeito, nas condutas sociais autodestrutivas; e nos espaços externos, na degradação da natureza e da qualidade de vida das pessoas”.

Necessária uma reforma interna da humanidade, requerendo uma mudança urgente nos paradigmas, pois “que estamos numa situação muito semelhante ao início das sociedades industriais, quando saint-simonianos, fourieristas e owenistas profetizavam e tentavam antecipar inúmeros aspectos da modernidade”⁵¹, ou seja, utópicas.

Nesse passo, a educação se mostra o melhor meio, senão o único, de “criar

⁴⁹ DIAS, Genebaldo Freire. **Educação ambiental**: princípios e práticas. p.200.

⁵⁰ LUZZI, Daniel. Educação ambiental: pedagogia, política e sociedade. In: PHILIPPI JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Focesi. **Educação ambiental e sustentabilidade**. São Paulo: Manole, 2005. p. 382.

⁵¹ VEIGA, Jose Eli da. **A insustentável utopia do desenvolvimento**. Reestruturação do Espaço Urbano e Regional no Brasil”, organizado por Lena Lavinaset. *alli*. São Paulo: Hucitec & ANPUR, 1993. Disponível em <www.zeeli.pro.br/.../1993-a_A-insustentavel-utopia-do-desenvolvimento> Acesso em 20 ago. 2013.

novas mentes e novos corações, capazes de fazer revolução paradigmática exigida pelo mundo de risco em que vivemos⁵², pois “a educação não muda o mundo, mas mudas as pessoas que vão mudar o mundo”⁵³.

Para enfrentar os problemas Freitas⁵⁴ aponta um diagnóstico preliminar e seguro, visando alcançar a bandeira da sustentabilidade, ou seja, vários muros mentais terão de cair, até porque a cultura da insaciabilidade é autofágica.

Para sair dessa rotina insana, sem mergulhar no desespero ou na apatia, a sociedade do conhecimento terá de tornar uma sociedade do autoconhecimento, voltada, de um lado, à construção articulada do bem-estar universalizado e da homeostase social e, de outro, para fazer melhor uso possível da capacidade tipicamente de projetar e experimentar os fatos que ocorram, o que rende ensejo à não tropeçar e aprender com os erros sem precisar cometê-los.⁵⁵

Pertinentemente Luzzi⁵⁶ ressalta a importância de que cada indivíduo faça uma reflexão sobre si mesmo, “sobre a cultura, as crenças, os valores e conhecimento em que se baseia o comportamento cotidiano, assim como sobre o paradigma antropológico social que persiste nas ações, no qual a educação tem um enorme peso” e citando Leff⁵⁷ demonstra como se deve produzir uma educação eficiente:

Por ello, la educación debe producir su próprio giro copernicano, planteán dose formar a las generacion es actuales no sólo para aceptar la incertidumbre y el devenir, sino para generar um pensamiento complejo y

⁵² BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 149.

⁵³ FREIRE, Paulo. In: BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 149.

⁵⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 138.

⁵⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 25.

⁵⁶ LUZZI, Daniel. Educação ambiental: pedagogia, política e sociedade. In: PHILIPPI JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Focesi. **Educação ambiental e sustentabilidade**. p. 382.

⁵⁷ LUZZI, Daniel. Educação ambiental: pedagogia, política e sociedade. In: PHILIPPI JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Focesi. **Educação ambiental e sustentabilidade**. São Paulo: Manole, 2005. p. 382. In: Leff, E. Pensar la complejidad ambiental. México: Siglo XXI, 2000.

aberto a la sin determinaciones, al cambio, a la diversidad, a la posibilidad de construir y reconstruir en un proceso continuo de nuevas lecturas e interpretaciones de lo ya pensado, configurando posibilidades de acción en lo pensar.

Nesse sentido, a educação ambiental, dentre outros motivos, se justifica desde a infância, quando desde cedo, as crianças devem ser levadas a “experimentar na pele a natureza, conhecer a biodiversidade, saber a história daquelas paisagens, daquelas montanhas e daqueles rios”⁵⁸, sabendo valorizar a Terra como sua morada, com toda sua história, regiões, pessoas e suas manifestações.

Mais ainda, para aprender a lidar com o stress negativo, os distúrbios comportamentais, a perturbação emocional, fatores que levam ao individualismo e insatisfação. Vale dizer que “a educação sustentável é antes de tudo, o convite à reciclagem íntima, rumo à equidade intergeracional e à ataraxia dos antigos”, ela é recondicionante que “por meio de processos internos e externos que propiciem uma reformatação do estilo de vida, com o anelo de contribuir ao desenvolvimento integrado de todos aqueles que compõem a árvore darwiniana da vida”.⁵⁹

Cabe destacar que os princípios norteadores da educação que se sonha e futuramente se concretizará, seguramente será diferente dos dias atuais, pois os seres humanos, nas palavras de Boff⁶⁰,

[...] sentir-se-ão profundamente unidos à Mãe Terra, irmanados com todos os seres vivos, nossos parentes, preocupados com o cuidado por tudo que existe e vive e com uma consciência nova, a consciência planetária que nos faz perceber que vida, humanidade, Terra e universo formamos uma única, grande e complexa realidade.

⁵⁸ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 153.

⁵⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 169.

⁶⁰ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 153.

E essa visão otimista é porque a educação ambiental tem, além de uma função transformadora, a fundamental de “desvelar os sentidos da realidade” abrindo um “campo de novas possibilidades de compreensão e auto-compreensão, no sentido do reposicionamento e compromisso dos sujeitos na problemática ambiental”.⁶¹

Precisa a educação, segundo Freitas⁶² “acentuar que, ao longo da vida, a educação, na escola e em todos os lugares, precisa servir a outro tipo de desenvolvimento, justamente aquele que resulta de a sociedade ter encontrado o bem-estar no presente sem fazê-lo às custas do bem-estar das gerações futuras”.

Essa é a máxima, que no contexto, a educação para a sustentabilidade, é condição *sine qua non*, para se atingir todos os objetivos dos documentos internacionais e nacionais, ou seja, modificar o cenário de degradação socioambiental, de consumismo desenfreado, de economia visando números, que lamentavelmente até o presente momento estão no papel.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Criar um mundo sustentável é um objetivo a ser atingido, pois estamos diante de um colapso, em que a nossa casa, chamado planeta Terra corre grande risco.

Muitos documentos internacionais e nacionais, que são manifestações daqueles que realmente se preocupam, estão à disposição das autoridades de todas as nações que participaram e participam desses eventos. No entanto, a maior preocupação dessas nações ainda está na economia, em cifras, em aquisições

⁶¹ LUZZI, Daniel. Educação ambiental: pedagogia, política e sociedade. In: PHILIPPI JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Focesí. **Educação ambiental e sustentabilidade**. p. 382.

⁶² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p.151.

peçoais e se esquecem que a Terra é uma casa de passagem, outros estão por vir e é preciso deixar a casa em ordem para as futuras gerações, que por sinal serão seus descendentes.

Viver com sustentabilidade é segurar o planeta nas mãos, todos os dias, a cada ação, ou seja, no modo de viver de cada indivíduo, porque não se muda a humanidade, senão pela reforma mental de cada um.

Essa reforma mental, somente será alcançada com educação ambiental que deve ter como objetivo principal, considerar o meio ambiente em sua totalidade, seja social, econômico, político, ambiental. Deve estar então em sintonia com as realidades, em todas suas dimensões, para prover conhecimento, compreensão e percepção dos vários fatores do Meio Ambiente, complexidade, interação, evolução, adaptação, tendo uma visão holística, para mudar hábitos, posturas e comportamento, que sejam capazes de promover ações, que busquem melhorar a qualidade de vida.

Pretende a educação ambiental desenvolver conhecimento, compreensão, habilidades e motivação para adquirir valores, mentalidades e atitudes, necessários para lidar com problemas ambientais e encontrar soluções sustentáveis.

A educação ambiental pode diminuir os riscos que ameaçam o planeta Terra, transformando-o em um mundo sustentável, em todos os níveis, seja ele local, nacional, regional ou global, mas é preciso ação.

Os diversos documentos internacionais que estão à disposição de todas as nações, podem e devem ser colocadas em prática, sob pena de sermos exterminados do planeta, pois conforme Freitas, autor citado no decorrer da pesquisa, adverte, "se o homem insistir em destruir o planeta, antes a espécie humana será extinta".

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição.** Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/1885/1262>> Acesso em 25 ago. 2013.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é.** Petrópolis: Vozes, 2012.

BRASIL. **Secretaria do Meio Ambiente.** Disponível em <<http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/Tbilisi.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2013.

BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental: caminhos para a sustentabilidade.** Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

DEWEY, John. **Democracia e educação: introdução à filosofia da educação.** 4. ed. São Paulo: Nacional, 1979.

DIAS, Genebaldo Freire. **Educação ambiental: princípios e práticas.** São Paulo: Gaia Ltda., 2013.

DURKHEIM, Émile. **Educação e sociologia.** São Paulo: Melhoramentos, 1978.

FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho.** Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/18206209/1421855917/name/Sostenibilidad,+transnacionalidad+y+transformaciones+del+derecho.doc>> Acesso em 25 ago. 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREIRE, Paulo. In: BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é.** Petrópolis: Vozes, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HERKENHOFF, João Baptista. **ABC da cidadania.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/abc/herkenhoff/capitulo1.htm>>. Acesso em 13 jul. 2013.

LUCENA, Carlos. O pensamento educacional de Émile Durkheim. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n. 40, p. 295-305, dez. 2010 - ISSN: 1676-2584, Disponível em: <http://www.histedbr.fae.unicamp.br/revista/edicoes/40/art18_40.pdf> Acesso em 09 jul. 2013.

LUZZI, Daniel. Educação ambiental: pedagogia, política e sociedade. In: PHILIPPI JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Focesi. **Educação ambiental e sustentabilidade.** São Paulo: Manole, 2005.

_____. Educação ambiental: pedagogia, política e sociedade. In: PHILIPPI JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Focesi. **Educação ambiental e sustentabilidade.** São Paulo: Manole, 2005. p. 382. In: Leff, E. Pensar la complejidad ambiental. México: SigloXXI, 2000.

MENDES, Jefferson Marcel Gross. Dimensões da sustentabilidade. **Revista das Faculdades Santa Cruz**, v. 7, n. 2, julho/dezembro 2009. Disponível em: <<http://www.santacruz.br/v4/download/revista-academica/13/cap5.pdf>> Acesso em 25 ago. 2013.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Relatório Brundland.** Disponível em <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>> Acesso em 23 ago. 2013.

PRADO, Lourenço de Almeida. **Educação:** ajudar a pensar, sim: conscientizar, não. Rio de Janeiro: Agir, 1991.

REBOUL, Olivier. **Filosofia da educação.** 4. ed. São Paulo: Nacional, 1983.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável.** Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

VEIGA, Jose Eli da. **A insustentável utopia do desenvolvimento.** Reestruturação do Espaço Urbano e Regional no Brasil, organizado por Lena Lavinias *et. alli.* São Paulo: Hucitec & ANPUR, 1993. Disponível em www.zeeli.pro.br/.../1993-a_A-insustentavel-utopia-do-desenvolvimento Acesso em 20 ago. 2013.

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

João Batista Lazzari¹

INTRODUÇÃO

Pretendem-se neste estudo fazer uma breve abordagem sobre a teoria da Argumentação Jurídica e a necessidade de fundamentação das decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais. Quais situações podem ser objeto de provimentos jurisdicionais simplificados e quais os casos demandam uma solução construída com fundamentos argumentativos mais consistentes.

Objetiva-se também analisar a possibilidade do juiz que atua nos Juizados Especiais adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, consoante previsão contida no art. 6º da Lei n. 9.099, de 1995.

1. O ÂMBITO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Segundo Manual Atienza a teoria (ou teorias) da argumentação jurídica tem como objeto de reflexão as argumentações produzidas em contextos jurídicos, dividindo-os em três diferentes campos ou âmbitos: 1º) da produção ou estabelecimento de normas jurídicas; 2º) da aplicação de normas jurídicas à solução de casos; 3º) da dogmática jurídica.

¹ Doutorando em Ciência Jurídica PPCJ - UNIVALI, Linha de Pesquisa: Política da Produção do Direito, Juiz Federal e Professor; Artigo de conclusão do Seminário "A Argumentação Jurídica e o Estado Contemporâneo" realizado em Itajaí/SC, 2013. E-mail: joabatistalazzari@gmail.com.

Em relação ao segundo campo, Atienza afirma que a teoria da argumentação jurídica dominante está centrada nas questões, - os casos difíceis -, relacionados à interpretação do Direito e que são propostas nos órgãos superiores da administração da Justiça. No entanto, a maior parte dos problemas enfrentados pelos tribunais está relacionada a fatos, os quais estão fora do campo de estudo das teorias usuais da argumentação jurídica.²

Para Atienza, uma teoria da argumentação jurídica deve cumprir três funções básicas: 1ª de caráter teórico ou cognoscitivo; 2ª de natureza prática ou técnica; 3ª de política ou moral. Após delimitar cada uma dessas funções, diz que na teoria padrão da argumentação jurídica, parte-se da distinção entre casos claros ou fáceis e casos difíceis. Em relação aos primeiros, o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta que não é discutida. Quanto aos casos difíceis, em princípio, é possível propor mais de uma resposta correta, situadas dentro das margens permitidas pelo Direito positivo. Mas, segundo o autor, parece ter ficado excluído dessa proposição uma terceira categoria que é a dos casos trágicos. Considerando como trágico quando não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerando fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A decisão nesses casos não significa enfrentar simples alternativa, mas sim um dilema.³

A separação dos casos nessas três categorias: fáceis, difíceis e trágicos, tem efeito prático incontestável na solução dos processos judiciais colaborando para o cumprimento dos princípios processuais, notadamente o da celeridade. Garante mais agilidade na decisão dos casos fáceis e, por outro lado, reforça a necessidade da fundamentação arrazoada na solução dos casos considerados difíceis e trágicos.

² ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 18-19. Título original: Las Razones Del Derecho: Teorias de La Argumentación Jurídica.

³ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica, p. 331-335.

Para Luiz Guilherme Marinoni a argumentação jurídica atua em prol da técnica processual adequada ao direito fundamental à tutela jurisdicional. Relaciona, para isso, as modalidades de compreensão da lei: a) interpretação de acordo, b) interpretação conforme, c) declaração parcial, d) concretização da norma geral, e) supressão da omissão inconstitucional. Defende também que a justificação dá às partes a possibilidade de controle da decisão jurisdicional.⁴

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Na obra *El Derecho como argumentación*, Manuel Atienza faz importante relação entre a argumentação e a decisão, as quais são facetas de uma mesma realidade:

En el Derecho – cabría decir – hay que argumentar porque hay que decidir y porque no aceptamos que las decisiones (particularmente cuando proceden de órganos públicos) puedan presentar-se de manera desnuda, desprovistas de razones. De manera que, si esto ES así, bien podría decirse que la argumentación (la tarea de suministrar esas razones) acompaña a las decisiones como la sombra al cuerpo: argumentar y decidir son facetas de una misma realidad.⁵

Nessa mesma lógica, a Constituição da República Federativa do Brasil garante a todos os cidadãos que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade, conforme se observa do disposto no art. 93, IX:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil V. 1: Teoria Geral do Processo**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁵ ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. 3 Ed. Barcelona: Ariel Derecho. 2012, p.61-62.

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Cintra, Grinover e Dinamarco destacam a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes do processo e o magistrado competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do julgador e a legalidade e justiça das decisões. Por esse motivo, diversas Constituições – como a belga, a italiana, a grega e diversas latino americanas – haviam tornado constitucional o princípio da motivação, seguindo o mesmo caminho a Constituição do Brasil de 1988.⁶

Marinoni acentua que a legitimação da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas acima de tudo de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão, com base na análise do caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. Não basta o juiz estar convencido, deve ele demonstrar as razões pelas quais se convenceu. Dessa forma, é possível o controle da atividade do juiz pelas partes e pela sociedade, já que a decisão judicial deve ser o resultado de um raciocínio lógico capaz de ser demonstrado mediante a relação entre o relatório, a fundamentação e o dispositivo.⁷

Luiz Henrique Cademartori e Danielle Cristina Rosetto defendem que o juiz deve ultrapassar os limites do formalismo jurídico, preocupando-se menos com a lei e mais com valores, e a partir da multidisciplinaridade chegar a uma

⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 77.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil V. 1: Teoria Geral do Processo**. p. 106.

legitimação da sua decisão.⁸

Havendo obrigatoriedade de todas as decisões judiciais serem fundamentadas para se legitimarem, pode-se concluir que os julgamentos proferidos nos Juizados Especiais também se submetem a essa regra. Os princípios norteadores dos Juizados Especiais (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade) não autorizam o juiz a tomar decisões sem apontar os fundamentos, mesmo que de forma sucinta.

José Antonio Savaris e Flávia da Silva Xavier acentuam que a ausência ou deficiência na fundamentação não se confunde com sua concisão na exposição dos fundamentos. Faz parte das características dos Juizados Especiais que as decisões judiciais sejam concisas, mas isso não pode servir de manto a decisões que não permitam conhecimento acerca das razões determinantes da conclusão do julgamento.⁹

Cabe ainda referir que argumentar é sempre uma ação relativa ou relacionada a uma linguagem, ou seja, um jogo dos usos da linguagem.¹⁰

Nos Juizados Especiais a linguagem a ser utilizada na fundamentação das decisões judiciais deve de fácil compreensão, acessível às pessoas de menor grau de instrução e formação cultural. O juiz deve adotar uma terminologia jurídica compreensível àqueles que litigam sem advogado, dado o permissivo legal que autoriza essa prática (art. 9º da Lei n. 9.099/95 e 10 da Lei n. 10.259/2001) e em respeito ao princípio da simplicidade que consagra os Juizados Especiais como uma jurisdição social.

⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique; ROSETO, Danielle Cristina. A Teoria da Argumentação como fundamento para Política Jurídica na busca da legitimidade do Direito. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; GARCIA, Marcos Leite (organizadores). **Reflexões sobre Política e Direito: homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold.** Florianópolis: Conceito Editorial. 2008, p. 254-255.

⁹ SAVARIS, José Antônio; XAVIER, Flávia da Silva. **Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais.** 3 ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 120.

¹⁰ ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación,** p. 73.

3. A SOLUÇÃO DOS CASOS FÁCEIS E DIFÍCEIS NOS JUIZADOS ESPECIAIS

A Constituição Federal estabelece no art. 98 que os Juizados Especiais têm competência para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

As leis que regulamentam os Juizados Especiais no Brasil¹¹ pautaram a definição da competência com base no critério do valor da causa. Assim, tramitam nos Juizados Especiais processos de pequeno valor monetário, mas que podem ser classificados como de difícil solução. Veja-se a respeito o comentário de Bochenek:

O legislador infraconstitucional, ao estabelecer a competência dos Juizados, presume a menor complexidade para as causas de pequeno valor, misturando duas realidades distintas que podem levar a aberrações e desconfortos nos casos de matéria probatória complexa ou de alta indagação jurídica. Não se confundem as causas de pequeno valor com as de menor complexidade. A menor complexidade não está relacionada ou ligada ao valor da causa, mas sim ao conteúdo e à matéria discutida no processo. Uma causa pode ser de elevado valor e de pouca complexidade. As pequenas causas são aquelas de reduzido valor econômico, mas que podem ser extremamente complexas. A redação das Leis 9.099/95 e 10.259/2001, ao estabelecer a competência em razão do valor, aparentemente elimina essa dualidade.¹²

A Pesquisa realizada pelo Conselho da Justiça Federal e IPEA constatou que a competência jurisdicional a partir do valor da causa merece reflexão atenta, tendo em vista que muitos dos processos que tramitam nos Juizados

¹¹ Lei n. 9.099/95; Lei n. 10.259/2001 e Lei n. 12.153/2009.

¹² BOCHENEK, Antônio César. Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 181.

Especiais Federais Cíveis versam sobre direitos sociais cujo reconhecimento depende de comprovação documental nada trivial, envolvendo procedimentos relativamente complexos como, por exemplo, perícias técnicas de diferente natureza.¹³

Dessa forma, pode-se concluir que nos Juizados Especiais tramitam causas fáceis (de menor complexidade) e causas de difícil solução (embora de baixo valor monetário).

Uma demanda pode ser considerada como de fácil solução quando ela é rotineira, pode-se dizer repetitiva nos fatos e nas leis que são aplicáveis. O desfecho é previsível e de regra o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta para esses casos.

Essas demandas são muito comuns em direito tributário, administrativo, questões bancárias e revisão de benefícios previdenciários, representando o maior volume dos processos que tramitam nos Juizados Especiais no Brasil.

O juiz pode classificar os casos fáceis como padronizados, pois não exige novas reflexões diante da existência de jurisprudência uniformizada. As petições iniciais e as contestações repetem os mesmos fundamentos e as decisões são produzidas em bloco.

Quanto não há ainda a consolidação da tese jurídica pelos tribunais superiores, a causa deixa de ser fácil por possuir mais de uma resposta “correta” e passar a ser considerada como de grau médio. Mesmo assim, o magistrado que já fez um estudo detalhado em um primeiro caso, passa a repetir a sentença nos demais. E, portanto, no seu universo de trabalho é tratado novamente como um caso padrão, singelo e de fácil solução.

¹³ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Instituto de Planejamento Econômico e Social. Brasília: CJF, 2012 (Série Pesquisas do CEJ; 14), p. 15.

Embora, não há grande expectativa em torno da solução dos casos fáceis, exige-se uma justificação interna, de caráter lógico-dedutivo, partindo-se da premissa maior para a premissa menor e a conclusão.¹⁴

Os casos difíceis são observados quando a controvérsia oferece argumentativamente, para os dois lados, que invocam legitimamente princípios constitucionais em conflito, mais de uma resposta possível. Nesses casos a técnica da ponderação é essencial para encontrar a melhor resposta, dentre as oferecidas.¹⁵

Os casos difíceis podem ser classificados também pela sua repercussão e não são poucos os processos iniciados em Juizados Especiais com Repercussão Geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando que nesta instância são solucionados casos difíceis. Exemplos:

REPERCUSSÃO GERAL - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - IDOSO - RENDA PER CAPITA FAMILIAR INFERIOR A MEIO SALÁRIO MÍNIMO - ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Admissão pelo Colegiado Maior.

(RE 567985. Origem: Turma Recursal dos JEFs do Mato Grosso. Relator Min. Marco Aurélio. DJe 11-04-2008)

CONSTITUCIONAL. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA - GDACT. EXTENSÃO AOS SERVIDORES INATIVOS E PENSIONISTAS EM SEU GRAU MÁXIMO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Questão relevante do ponto de vista econômico.

¹⁴ Justificação interna e justificação externa, a partir da obra de Wróblewski, citada por ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**, p. 68.

¹⁵ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Argumentação Jurídica e a solução dos casos trágicos. *In Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v.2, n.2, p.1-196, out.2009/mar.2010, p. 6.

(RE **572884**. Origem: Turma Recursal dos JEFs de Goiás.
Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe
09/05/2008)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO
PREVIDENCIÁRIO. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE
PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI COMO FATOR DE
DESCARACTERIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL.
RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E TRANSCENDÊNCIA DE
INTERESSES. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

(RE **ARE 664335**. Origem 1ª Turma Recursal dos JEFs
de Santa Catarina. Relator Ministro Luiz Fux. DJe
07/06/2013)

Ronald Dworkin defende a tese de que, nos casos difíceis, somente é possível alcançar uma resposta certa. Essa solução é contestada por Atienza, que afirma existir casos em que caberá mais de uma resposta certa. Por sua vez, Alexy demonstra com a ponderação que mais de uma resposta correta pode ser alcançada, principalmente nos casos em que se chega a realizar a proporcionalidade estrita. Entre as respostas possíveis, haverá a melhor para alguns.¹⁶

A solução dos casos difíceis exige uma justificação externa com identificação da norma, interpretação da norma, prova e qualificação, ou seja, a justificação das premissas, que exige algo mais do que a lógica-dedutiva.¹⁷

A solução de casos fáceis pelos Juizados encontra compatibilidade com os seus princípios norteadores e gera maior celeridade. Neste sentido, o julgamento pela Turma Recursal que confirma a sentença pelos seus próprios fundamentos, sem agregar novos fundamentos, com base na Lei n. 9.099/95 (artigos 46 e 82, § 5º)¹⁸, não vulnera o direito fundamental à motivação das

¹⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Argumentação Jurídica e a solução dos casos trágicos. *In Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v.2, n.2, p.1-196, out.2009/mar.2010, p. 98-99.

¹⁷ ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. p. 68.

¹⁸ Art. 46. O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada

decisões judiciais, contido no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.
Destacam-se os precedentes do Supremo Tribunal Federal:

JUIZADO ESPECIAL. PARÁGRAFO 5º DO ART. 82 DA LEI Nº 9.099/95. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA. Possibilidade de o colégio recursal fazer remissão aos fundamentos adotados na sentença. Jurisprudência pacificada na Corte. Matéria com repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

(RE n. 635729. Repercussão Geral. Tribunal Pleno. Relator Ministro **Dias Toffoli**. DJe de 24/08/2011).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUIZADO ESPECIAL. ACÓRDÃO QUE MANTÉM A SENTENÇA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. ALEGADA OFENSA AO ART. 93, IX, DA CF. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I – Não viola a exigência constitucional de motivação, a decisão de Turma Recursal de juizados especiais que, em conformidade com a Lei nº 9.099/95, adota como fundamento os contidos na sentença recorrida. Precedentes. II – Agravo regimental improvido.

(AI 789441 AgR / AP. **Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 25/11/2010**)

No entanto, a técnica da confirmação da sentença pelos próprios fundamentos no julgamento de casos complexos ou difíceis merece reflexão.

Na avaliação de SERAU JR. e DONOSO, a utilização indiscriminada da confirmação da sentença por seus próprios fundamentos tem vulnerado garantias processuais levando a precarização do processo nos Juizados Especiais:

pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

Art. 82. Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juizes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado. [...]

§ 5º Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

Tal prerrogativa dos magistrados tem produzido verdadeiras decisões despidas de fundamentação, ao arrepio do dispositivo constitucional contido no art. 93, inc. IX.

A jurisprudência deste microsistema processual coleciona decisões verdadeiramente incompreensíveis, das quais não se pode identificar, em absoluto, quais as questões jurídicas discutidas no processo, às vezes o próprio segmento do Direito debatido em cada caso. [...]

Acreditamos que essa forma de precarização do processo se origine da necessidade de vencer a plethora de processos que mais e mais chegam a essa instituição (fruto, certamente, da litigiosidade contida – e já deflagrada – em relação às pequenas causas federais, especialmente previdenciárias). Entretanto, se faz necessário que a decisão mantida por seus próprios fundamentos efetivamente houvesse examinado todos os pontos controvertidos, todos os fatos e provas postos ao juízo.¹⁹

José Ricardo Caetano Costa faz crítica mais contundente em relação à técnica da manutenção da sentença pelos próprios fundamentos, afirmando:

O problema desse tipo de decisão, por sua generalidade extrema, é que vale para todos e para ninguém, ao mesmo tempo. O que vale dizer que se aplica a todos os casos concretos, pois resolve, estaticamente, as demandas represadas mas deixa inatingível o principal objetivo de qualquer sistema de justiça, que é a própria noção de justiça que deve permear qualquer sistema.

Alia-se a esse generalismo um discurso em que o próprio julgador narra que não está obrigado a analisar todos os aspectos levantados pelas partes quando sequer analisa uma nota característica do caso concreto *sub judice*.²⁰

¹⁹ SERAU JR. Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coords.) Os Juizados Especiais Federais e a Retórica do Acesso à Justiça. In **Juizados Especiais Federais**: reflexões nos dez anos de sua instalação. Curitiba: Juruá, 2012, p. 26-27.

²⁰ COSTA, José Ricardo Caetano. Mantenho as injustiças por seus próprios fundamentos...? Uma reflexão (necessária) sobre as decisões não motivadas das turmas recursais do Rio Grande do Sul. In **Revista Juris plenum trabalhista e previdenciária**. Caxias do Sul: Editora Plenum. v. 33, p 15-35, 2010.

Caetano Costa selecionou diversos casos de recursos em matéria previdenciária julgados em grau de recurso pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Rio Grande do Sul para demonstrar a insuficiência deste tipo de procedimento padronizado e uniforme. Para ele, essa técnica só atende a um fim, qual seja, o de resolver o problema estatístico da própria Turma Recursal, não importando o nível de sofrimento e desagregação, em termos de Direito Social, que ela possa trazer consigo. Afirma, ainda, que o uso indiscriminado e descuidado destas práticas mais ao sabor da logística quantitativista fere de morte o que julga ser o principal componente do Direito: o caso concreto.

Apropriada é a sugestão apresentada por Caetano Costa no referido artigo, no sentido de que ao invés da simples remissão aos argumentos utilizados na sentença, melhor seria que em todos os votos constassem, embora rapidamente, um pequeno esboço do caso concreto e os fundamentos principais que conduziram os juízes a refutarem o indeferimento do pedido.

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais tem atentado para a necessidade da motivação das decisões, anulando os acórdãos com fundamento precária ou genéricos, fundados unicamente em razões remissivas sem o aprofundamento do exame dos fatos discutidos:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE REAL FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NULIDADE. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO PREJUDICADO.

1. O dever de fundamentar não decorre apenas de uma exigência do devido processo legal, mas está vinculado à própria necessidade republicana de justificação das decisões do Poder Público.
2. A concisão na exposição dos fundamentos, técnica apropriada ao modelo jurisdicional dos Juizados Especiais

Federais, não se confunde com a ausência ou deficiência na fundamentação do julgado.

3. A falta de exposição das razões que levaram à reforma da sentença de procedência desvirtua o princípio do livre convencimento e viola o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República.

4. Caso em que não é possível extrair-se da decisão recorrida a real motivação para a conclusão a que chegou a Turma de Origem, na medida em que aponta diversos motivos possíveis que genericamente levam ao resultado, deixando de especificar, ao fim e ao cabo, qual dos motivos – e por qual razão – se aplica à espécie dos autos.

5. Acórdão recorrido anulado de ofício, com retorno dos autos à Turma Recursal de origem, considerando-se prejudicado o Pedido de Uniformização. Aplicação analógica da Questão de Ordem nº 17 da TNU.

(PEDILEF n. 200481100176162. Relator Juiz Federal José Antonio Savaris. DOU 08/04/2011)

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. ACÓRDÃO GENÉRICO QUE CONFIRMOU A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. ACÓRDÃO ANULADO.

1. A recorrente pretende a modificação do acórdão que, confirmando a sentença por seus próprios fundamentos, reconheceu a prescrição do salário-maternidade, uma vez que teria decorrido mais de cinco anos entre o nascimento do filho da autora e o ajuizamento da demanda. Alega a recorrente, neste incidente, que o requerimento administrativo teria interrompido o prazo prescricional, salientando que a prova documental demonstraria que ela trabalhou por período mais que suficiente à concessão do benefício almejado. Invocou como paradigma acórdão desta TNU, no julgamento do Pedilef 2006.70.95.006794-9, de relatoria do Sr. Juiz Vladimir Vitovsky.

2. A Constituição determina que todas as decisões dos órgãos do poder Judiciário sejam devidamente

fundamentadas, sob pena de nulidade. O acórdão que deixa de analisar especificamente a demanda em julgamento é equivalente à decisão sem fundamentação, acarretando sua nulidade. A ausência de fundamentação prejudica o exercício do contraditório e da ampla defesa, que devem prevalecer também na sistemática dos juizados especiais. O disposto no art. 46 da Lei 9.099/95 não dispensa a fundamentação do acórdão, mas apenas prevê sua simplificação de acordo com os princípios norteadores dos juizados. Precedente desta Turma (Pedilef 0502440-02.2008.4.05.8100, relator o Sr. Juiz Paulo Arena).

3. A sentença de 1ª instância reputou prescrita a pretensão. No recurso contra a sentença, a recorrente sustentou que o requerimento administrativo interrompeu o prazo prescricional. Contudo, o acórdão nada disse sobre o assunto, preferindo manter a sentença pelos seus fundamentos.

4. Julgamento de acordo com o art. 46 da Lei 9.099/95.

5. Acórdão anulado de ofício, devendo os autos retornar à Turma Recursal de origem a fim de que analise a questão da suspensão do prazo até o resultado do processo administrativo. Pedido de uniformização prejudicado.

(PEDILEF 05012611820084058202. Relator Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves. DOU 23/04/2013)

A Turma Nacional de Uniformização tem dito também que embora o juiz não esteja obrigado a analisar cada um dos argumentos apresentados pelo recorrente, ele não tem liberdade discricionária para se eximir de analisar questões específicas suscitadas pelas partes. Neste sentido, PEDILEF n. 0148854-50.2005.4.03.6301, Relator Juiz Federal Rogério Moreira Alves, julgado em 07/08/2013.

Esses precedentes refletem a orientação de que em casos difíceis as questões suscitadas pelas partes merecem resposta pontual, devendo ser afastada a técnica da confirmação da sentença pelos próprios fundamentos, pois não é cabível remissão a uma fundamentação precária e que não contempla os temas em discussão.

4. DECISÃO JUSTA E EQUÂNIME NOS JUIZADOS ESPECIAIS

No Sistema dos Juizados Especiais o juiz pode adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, consoante previsão contida no art. 6º da Lei n. 9.099, de 1995.

Para Antônio César Bochenek, essa previsão significa resolver o litígio das partes, proporcionando a tranquilidade social e satisfazendo os interesses da sociedade.²¹

A equidade é uma autorização legal concedida ao magistrado para no caso concreto fazer justiça, sem estar vinculado de forma absoluta ao disposto na regra legal. Essa liberdade deve ser exercida com base na experiência do magistrado, valorizando as provas produzidas e a situação pessoal e social das partes, justificando de forma racional os motivos para adoção de determinada decisão. São casos difíceis, em que a técnica da subsunção pode levar a uma decisão injusta.

Essa maior liberdade de atuação concedida pela Lei dos Juizados, ao contrário de dispensar a motivação das decisões, impõe ao juiz o dever de bem justificar seu eventual distanciamento da letra da lei, a fim de evitar que a discricionariedade que lhe foi confiada ganhe contornos de arbitrariedade.²²

No que diz respeito ao papel do juiz no julgamento das causas submetidas aos Juizados, especialmente no enfrentamento das questões sociais, cabe pontuar:

- está autorizado pelo art. 6º da Lei n. 9.099/95 a julgar por equidade com vistas ao atendimento dos fins sociais da lei e das exigências do bem comum;

²¹ BOCHENEK, Antônio César. Competência cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Cíveis, p. 190.

²² CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.

- deve fazer um exame aprofundado das questões fáticas, para descobrir a realidade social e proferir a decisão mais justa possível;
- deve interpretar com ponderação os princípios em colisão com atribuição de peso maior aos que priorizam a proteção social, tal como apregoa Alexy na sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”²³;
- deve abandonar a prática utilitarista e da racionalidade puramente econômica, na forma preconizada por José Antonio Savaris²⁴.

Em síntese, o juiz que atua nos Juizados Especiais não deve ter um comportamento formal, conservador e insensível a realidade social das partes que litigam nesse Sistema de Justiça. O legislador deu ao juiz instrumentos legais apropriados para proferir a melhor decisão, no sentido de ser a mais justa possível na solução dos casos. Cabe, portanto, aos magistrados utilizarem desses poderes para proporcionarem um processo justo aos jurisdicionados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da necessidade das decisões judiciais serem devidamente fundamentadas questiona-se a validade da manutenção da permissão legal (art. 46 da Lei n. 9.099/95) que autoriza a confirmação da sentença pelos seus próprios fundamentos.

Não seria mais apropriado manter-se somente a possibilidade de que nos Juizados Especiais o julgamento pelas Turmas Recursais seja simplificado, podendo constar apenas a indicação suficiente do processo, fundamentação

²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, 670 p.

²⁴ SAVARIS, José Antônio. **Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para a superação da prática utilitarista**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

sucinta e parte dispositiva?

A reflexão que se apresenta tem como objetivo garantir que as partes conheçam a real motivação para a conclusão a que chegou o órgão julgador, permitindo assim comprovar eventual divergência jurisprudencial para a interposição dos recursos previstos no âmbito dos Juizados Especiais.

Enfim, temos um velho dilema entre a celeridade e a qualidade na prestação jurisdicional. Encontrar o ponto de equilíbrio será sempre um grande desafio a ser superado pelos atores processuais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 18-19. Título original: Las Razones Del Derecho: Teorias de La Argumentação Jurídica.

_____. **El Derecho como argumentación**. 3 Ed. Barcelona: Ariel Derecho. 2012.

BOCHENEK, Antônio César. Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 181.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Instituto de Planejamento Econômico e Social. Brasília: CJF, 2012 (Série Pesquisas do CEJ; 14).

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm > Acesso em: 17 nov. 2012.

BRASIL. **Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001.** Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm > Acesso em: 17 nov. 2012.

BRASIL. **Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm > Acesso em 08 ago. 2013.

CADEMARTORI, Luiz Henrique; ROSETO, Danielle Cristina. A Teoria da Argumentação como fundamento para Política Jurídica na busca da legitimidade do Direito. *In* CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; GARCIA, Marcos Leite (organizadores). **Reflexões sobre Política e Direito: homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold.** Florianópolis: Conceito Editorial. 2008, p. 254-255.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

COSTA, José Ricardo Caetano. Mantenho as injustiças por seus próprios fundamentos...?" Uma reflexão (necessária) sobre as decisões não motivadas

das turmas recursais do Rio Grande do Sul. *In* **Revista Juris plenum trabalhista e previdenciária**. Caxias do Sul: Editora Plenum. v. 33, p 15-35, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil V. 1: Teoria Geral do Processo**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Argumentação Jurídica e a solução dos casos trágicos. *In* **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**. Rio de Janeiro, v.2, n.2, p.1-196, out.2009/mar.2010.

SAVARIS, José Antônio. **Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para a superação da prática utilitarista**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

SAVARIS, José Antônio; XAVIER, Flávia da Silva. **Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SERAU JR. Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coords.) Os Juizados Especiais Federais e a Retórica do Acesso à Justiça. *In* **Juizados Especiais Federais: reflexões nos dez anos de sua instalação**. Curitiba: Juruá, 2012.

A PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA PENAL: POSSIBILIDADES E LIMITES¹

Fabiano Oldoni²

Airto Chaves Junior³

INTRODUÇÃO

Proporcionalidade é um princípio ou um instrumento de aplicação e interpretação da norma?

O trabalho busca analisar esta problematização e identificar se a proporcionalidade é um instrumento de interpretação e aplicação do direito ou um princípio.

O estudo centra-se na linha de pesquisa “Constitucionalismo e Produção do Direito”, com aporte teórico na argumentação jurídica e na hermenêutica jurídica.

¹ Artigo produzido como requisito parcial para aprovação na disciplina de Argumentação Jurídica, ministrada pelo Professor Dr. Manuel Atienza, na Faculdade de Direito da Universidade de Alicante, Espanha.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2010); Possui especialização em Direito Penal Empresarial pela Universidade do Vale do Itajaí (2004); Professor titular das disciplinas de Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal (EMA) pela Univali e Coordenador do Projeto de Execução Penal junto ao Sistema Penitenciário de Itajaí (convênio UNIVALI/CNJ). Autor dos livros “Arrendamento Mercantil Financeiro: as consequências do pagamento antecipado de Valor Residual Garantido” e “Aquisição da propriedade ilícita pela usucapião”, além de ter publicado vários artigos na área jurídica. Advogado militante. E-mail: oldoni@univali.br.

³ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Professor do Curso de Graduação em Direito da Univali nas disciplinas de Direito Penal e Direito Processual Penal; Professor de Direito Penal da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (EMPSC); Professor da Escola da Magistratura do Trabalho (AMATRA 12); Advogado. E-mail: oduno@hotmail.com.

Justifica-se o tema na existência de uma dicotomia conceitual no tocante à proporcionalidade, sendo comum a sua percepção enquanto princípio, o que se entende equivocado.

Para isso, será feita a necessária diferenciação entre princípio e regra e ao final apresentado um conceito operacional à proporcionalidade.

Na sequência abordar-se-á a proporcionalidade em seus dois vieses, enquanto proibição de proteção deficiente e enquanto proibição de excesso, para, a partir de então, observar as possibilidades e limites da criação legislativa voltada ao âmbito penal.

A metodologia a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa compreende o método cartesiano quanto à coleta de dados e no relatório final o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. DIFERENCIANDO REGRAS DE PRINCÍPIOS

Regras e princípios são duas espécies de norma⁴ que integram o ordenamento jurídico, porém não podem ser confundidas e por isso a necessidade inicial de destacar as características que as diferem.

Eros Grau⁵ distinguiu os princípios entre **positivados**, a quem ele denominou

⁴ Apesar de não ser o objeto central a ser estudado neste tópico, a expressão *norma* merece uma explicação, já que usada com sentido diferente por alguns autores. Para Alexy (em seu livro *Teoria dos direitos fundamentais*), seguido da grande maioria da doutrina, norma é um gênero, cujas espécies são princípios e regras. Já para Streck a "norma representa o produto da interpretação de um texto", pois a norma não existe sem a interpretação e a interpretação não se faz sem um caso, ou seja *prima facie* existem os princípios e as regras que, quando aplicados a um caso, faz nascer a norma. Não pode haver um conceito de norma que seja prévio e anterior ao caso a ser decidido (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p 504). Trabalhar-se-á com a ideia de Alexy, porém não serão esquecidas as críticas fundadas e relevantes da Hermenêutica Jurídica de Streck.

⁵ GRAU. Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3 ed.,

de direito posto ou princípios jurídicos explícitos, e **não positivados**, denominados de princípios gerais do direito, uma vez que se encontram em “estado de latência”.

Explica-se. O princípio posto ou positivado já se encontra previsto expressamente no ordenamento jurídico de um país. É o caso do artigo 5º, da CRFB/88, cujos incisos XXXIX (legalidade e anterioridade), XLVI (individualização da pena), LIII (jurisdição), LIV (devido processo legal), LV (contraditório e ampla defesa), LVIII (presunção de inocência), tratam expressamente de princípios.

Já os princípios em estado de latência não estão expressamente previstos e nem por isso deixam de ser norma jurídica, pois apesar de não estarem positivados são “descobertos no interior de determinado ordenamento”⁶ e podem servir perfeitamente para embasar uma decisão judicial.

Ressalta-se que alguns princípios, apesar de estarem positivados, não constituem regras, ou seja, não perdem a característica principiológica pelo fato de estarem previstos expressamente na legislação.

A regra é a interpretação que se faz a partir do princípio. Exemplo: tem-se o princípio que garante a inviolabilidade do domicílio (art.5º inciso X da CRFB/88), cuja regra criada a partir dele é o tipo penal do artigo 150 do Código Penal, que pune a prática de invasão de domicílio. O artigo 5º, inciso XXII da CRFB/88 traduz-se num princípio que garante o direito à propriedade, o que originou várias regras protetivas deste bem jurídico no Código Penal, como o Título II⁷ que trata dos crimes contra o patrimônio. Também o artigo 5º, inciso LIV da CRFB/88, expressa o princípio do devido processo legal, o que

São Paulo: Malheiros. 2005. p. 156.

⁶ GRAU. Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. p. 150.

⁷ Artigos 155 a 183 do CP.

motivou as regras contidas nos artigos 394 a 555 do CPP, que tratam dos procedimentos ou de como o processo deve tramitar para se chegar a uma sentença.

Fazendo uma leitura a partir de alguns doutrinadores que trataram do assunto, encontra-se em Dworkin⁸ que a regra é aplicada por completo ou não é aplicada. Ocorrendo a situação prevista na regra e sendo esta válida ela deve ser aplicada. Exemplo: se a regra define que são inadmissíveis as provas ilícitas, não é possível tornar esta prova como válida⁹.

Valendo-se das palavras de Dworkin¹⁰ tem-se que

a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados dos fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Já o princípio não se aplica automática e necessariamente toda vez que as condições previstas ocorrerem. É possível que num mesmo fato exista a possibilidade de se aplicar dois princípios com sentidos opostos (liberdade de imprensa e o da privacidade). Neste caso um deles deverá recuar para que o outro seja aplicado, em razão de seu peso ou importância ser maior para aquele caso específico.

Daí conclui-se que havendo colisão entre princípios, o de maior importância

⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 18.

⁹ Não se olvida a posição de parte da doutrina que considera esta prova válida caso venha a beneficiar o réu.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 39.

prevalecerá¹¹, porém o que foi afastado continua válido e integrante do ordenamento jurídico, diverso do conflito de regras, onde aquela que foi afastada perde a sua validade e é excluída do ordenamento jurídico, posto não poder haver regras conflitantes entre si¹².

Para Alexy¹³ a diferença entre princípio e regra é que a regra é norma que ordena seja algo realizado na maior medida possível, dentro de suas possibilidades jurídicas e materiais existentes. É uma norma que somente pode ser cumprida ou não-cumprida. A regra é uma determinação no âmbito do fática e juridicamente possíveis¹⁴.

Já o princípio é um mandamento de otimização, onde a principal característica é o fato de poder ser cumprido em diferente grau e este cumprimento não depender exclusivamente das possibilidades materiais, mas também das jurídicas¹⁵. O princípio, segundo Alexy, pressupõe uma abertura interpretativa, cujo alcance depende do intérprete¹⁶.

¹¹ Uma observação aqui deve ser feita, já que o propósito a ser pesquisado não envolve o objeto “princípio” como tema principal, não sendo, por isso, aprofundado o assunto, mas cuja ressalva é absolutamente necessária. Há autores, como Max Scheler na obra *Reviravolta dos Valores*, que hierarquizam os princípios entre os de maior e menor importância para a sociedade, sendo que os mais importantes sempre irão prevalecer sobre os de menor importância. Por exemplo, o princípio máximo, que trata do direito à vida, sempre irá preponderar, posto não ter nada mais importante que a vida a ser tutelado.

¹² Quando há conflito aparente de normas, o critério a ser utilizado para identificar qual prevalecerá é o seguinte: 1) especialidade 2) subsidiariedade 3) consunção. Estes critérios devem ser aplicados seguindo a ordem indicada, ou seja primeiro aplica-se o critério da especialidade e se ambas as normas forem especiais parte-se para o critério da subsidiariedade (uma conduta apresenta duas possibilidades de tipificação, porém uma é principal e a outra é subsidiária. Ex: no crime de furto ocorrido dentro de uma residência, também há o crime de violação de domicílio, porém prevalece o de furto por ser mais grave. A situações em que a própria lei diz que se considera crime se não houver fato mais grave, como no artigo 132 do CTB). Persistindo o conflito aplica-se a consunção, onde o crime meio é absorvido pelo crime fim (Ex: alguém falsifica um documento para cometer um crime de estelionato. O crime de falsificação de documento público fica absorvido/consumido pelo crime de estelionato, que era o desejo do infrator [Súmula 17 do STJ]).

¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 91.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 90.

¹⁶ Esta distinção estrutural entre regras e princípios e principalmente a visão do princípio como

Canotilho¹⁷ sustenta que os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, conforme as condições fáticas e jurídicas e por isso permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada). Já as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, proibem) que é ou não é cumprida, não deixando espaço aberto para qualquer outra solução, pois se uma regra vale, deve cumprir-se.

Seguindo o entendimento de Dworkin, pode-se afirmar que havendo conflito de regras, a que prevalece exclui a outra, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias, visto que elas contem fixações normativas definitivas.

Quanto a colisão entre princípios, pode haver uma ponderação, uma harmonização, pois eles trazem apenas exigências, sendo que o princípio afastado do caso concreto coexiste validamente no ordenamento jurídico juntamente com aquele que prevaleceu.

Finalizando, Eros Grau¹⁸ apresenta sua visão para diferenciar princípios de regras, onde a **regra** é geral porque estabelecida para um número indeterminado de ato ou fatos, contudo é especial porque regula somente tais

mandamento de otimização (abertura interpretativa) defendida por Alexy é criticada por Lenio Luiz Streck. Segundo este autor os princípios não admitem uma interpretação aberta, mas, pelo contrário, fechada, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço de discricionariedade do juiz. Também, a ponderação feita pelo juiz, quando houver colisão de princípios, exige do magistrado uma opção subjetiva e discricionária, não estando nada distante da arbitrariedade interpretativa (decisionismo) tão comum no positivismo. Afirma Streck que “a ponderação sempre leva a uma abstração em face do caso, circunstância que ‘reabre’ para o juiz a perspectiva de argumentação sobre ‘o caráter fundamental ou não do direito’, já reconhecido desde o início como fundamental, e assim acaba tratando esses direitos com se fossem ‘valores negociáveis’, com o que se perde a força normativa da Constituição, que é substituída pelo ‘discurso adjudicador’ da teoria da argumentação jurídica” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. p. 185/186). Streck trabalha com a hermenêutica jurídica e Alexy com a teoria da argumentação jurídica.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed., Coimbra: Editora Coimbra. 2001, p. 152.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do direito**. p. 183.

atos e fatos; é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já o **princípio** é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações. Os princípios atuam como mecanismos de controle da produção de regras e as regras não deixam de ser aplicações dos princípios.

2. PROPORCIONALIDADE NÃO É PRINCÍPIO

Aristóteles deu ao termo proporcionalidade o sentido de *equidade*, da busca por um equacionamento entre duas relações, encontrando o “justo meio” onde “*Justo*, neste sentido é então a proporção. *Injusto*, enquanto acepção oposta, é o que viola o princípio¹⁹ da proporção”²⁰.

Miguel Reale²¹ afirma que para Aristóteles “a justiça é uma virtude que implica sempre em algo de objetivo, significando uma proporção entre um homem e outro homem, razão pela qual toda virtude, enquanto se proporcione a outrem, é, a esse título, também justiça”.

Este sentido aristotélico do termo ficou superado a partir do segundo pós-guerra, já no Estado Democrático de Direito, cujo termo passou a ter íntima relação com a ideia de constituição dirigente²² e com a ampliação dos textos constitucionais, onde o controle exercido pela jurisdição constitucional fez da proporcionalidade um postulado capaz de concretizar os direitos previstos na Constituição, impondo ao Estado a efetivação de tais direitos através de ações concretas. Também era instrumento limitador de direitos fundamentais.

¹⁹ Entendemos que a proporcionalidade não é um princípio, conforme será demonstrado mais a frente.

²⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro. 3 ed. Lisboa: Quetzal Editores. p. 124.

²¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed., São Paulo: Saraiva. p. 624.

²² O termo constituição dirigente foi criado por José Joaquim Gomes Canotilho, na obra **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.

A proporcionalidade desdobra-se em três subpostulados: o da **adequação** (estabelece a relação entre a norma empregada e o fim atingido), o da **necessidade** (estabelece que a norma empregada deve considerar o meio mais benéfico ao destinatário) o da **proporcionalidade em sentido *strito*** (indica se a medida adotada gera mais benefícios do que prejuízos – contrapondo os princípios em colisão, verifica se a restrição a um direito fundamental é razoável ao nível de satisfação na realização de outro direito fundamental) e, por tal razão, não consubstancia princípio, já que a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas em relação a algo diferente, não havendo colisão ou conflito entre elas e outros princípios, daí porque essas três “exigências”, nas quais se desdobra a proporcionalidade em sentido amplo, são classificadas como “regras”²³.

Como visto anteriormente, havendo colisão entre princípios, deverá o intérprete ponderar (optar) entre um ou outro, prevalecendo aquele de maior “valor” para o caso concreto²⁴. E neste momento de ponderação é que o juiz deverá utilizar-se da proporcionalidade, nas suas três acepções (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) para definir qual princípio prevalecerá.

Portanto, a proporcionalidade serve como um critério de ponderação, de escolha do princípio que será aplicado em caso de colisão, e se consubstancia

²³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do direito**. p 184.

²⁴ Novamente aqui cabe lembrar a crítica feita por Streck de que esta ponderação exige do juiz uma máxima subjetividade o que pode acarretar em decisões arbitrárias, apesar de revestidas de legalidade. Entende o autor que todo caso possui uma resposta correta, devendo ser afastada a tese das múltiplas respostas. Para tanto, propõe algumas condições e possibilidades da hermenêutica jurídica: a decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (produzido democraticamente), evitada a discricionariedade e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para uma resposta adequada à Constituição devem ser de princípio, e não de política (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. p. 545/547).

na “necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão”²⁵, ou nas palavras de Eros Roberto Grau²⁶ é um “postulado normativo da interpretação/aplicação do direito” e deve estar presente em toda aplicação da norma.

Até porque, como assevera Manuel Atienza²⁷, a lógica jurídica, especialmente a judicial, se apresenta não como uma lógica formal, e sim como uma argumentação que depende da maneira como os legisladores e os juízes concebem a sua missão e da ideia com que eles fazem do Direito e do seu funcionamento da sociedade.

Contudo, é válida a ressalva produzida pela hermenêutica jurídica da incidibilidade entre interpretação e aplicação (superando o positivismo jurídico com Dworkin e Gadamer). A impossibilidade desta cisão implica a impossibilidade do intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”, como se fosse possível reproduzir sentidos. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos²⁸.

Afinal, compreender é aplicar²⁹ e após a invasão da filosofia pela linguagem não é mais possível separar interpretação e aplicação. Entender justificação e aplicação como momentos distintos é acreditar na existência de conceitos universais. Em suma, por ser o discurso da fundamentação algo abstrato, que

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. p. 186.

²⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do direito**. p. 186.

²⁷ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 3ª Ed. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 74.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?**. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol. 15 – nº 1 – p. 158/173 – jan-abr 2010, disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>, acessado em set. de 2013.

²⁹ Destaca-se que aplicação no sentido hermenêutico não é apenas aplicação a uma situação concreta em termos judiciais, ou seja, mesmo com a leitura do texto legal já se está aplicando o sentido do texto, ainda que de forma abstrata.

permite múltiplas respostas, logo somos obrigados a seleccioná-los, o que demonstra que a compreensão é sempre antecipada³⁰.

Por isso a proporcionalidade é, ao mesmo tempo, instrumento balizador da interpretação e aplicação da norma legal.

3. PROPORCIONALIDADE E SEUS DOIS VIESES

A proporcionalidade autoriza uma leitura em duas perspectivas diferentes, enquanto proibição do excesso e enquanto proibição da proteção deficiente.

Este desdobramento da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição e tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade do legislador³¹.

A proibição do excesso exige que toda lei penal tenha uma punição compatível com a conduta praticada e com o bem jurídico protegido. Este viés tem ligação com a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, relaciona-se com o não fazer do Estado e é reflexo do Estado Liberal.

Explica Maria Luiza Schäfer Streck³² que “as primeiras normas relacionadas aos direitos fundamentais são de natureza negativa, impondo uma obrigação de não fazer por parte do Estado e exigindo dele um comportamento omissivo em favor da liberdade individual”.

A partir desta perspectiva é que se fortalecem os princípios da legalidade, da

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. p. 63/68.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. Da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Vol. 1, n. 2, Porto Alegre, 2004, p. 254.

³² STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 64.

presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da publicidade dos atos, da motivação das decisões entre outros, os quais (de)limitam o poder punitivo estatal, garantindo que os direitos fundamentais individuais só serão afastados quando for realmente necessário.

A proibição do excesso é a face com maior área de exposição, visto que procura delimitar a intervenção estatal na vida privada apenas nos casos de real necessidade. No direito penal a proibição do excesso é um parâmetro essencial, seja na elaboração legislativa da conduta a ser considerada crime, seja na previsão da pena abstrata ou até mesmo na fixação da pena no caso concreto.

Em outros termos, uma conduta que não seja suficientemente reprovável pela sociedade, ou que a sociedade não aceite a intervenção do direito penal, torna este bem jurídico ilegítimo de proteção pelo direito penal, havendo, aí, um excesso do ente público no controle social. Do mesmo modo com relação a pena abstrata prevista em determinado tipo penal. Se a conduta visa proteger um bem jurídico legítimo, mas prevê uma pena elevada demais e que não corresponde à importância do bem jurídico que tutela, haverá um excesso que deve ser corrigido pelo magistrado no momento da fixação da pena.

Explica Lenio Luiz Streck³³

que a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento entre fins e meios; de outro lado, a inconstitucionalidade por advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinado bem jurídico.

³³ STRECK, Lenio Luiz. Da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. p. 254.

A outra leitura que pode ser feita da proporcionalidade é enquanto proibição da proteção deficiente. Agora surge para o Estado a obrigação de agir para evitar a inconstitucionalidade por omissão. Há determinados bens que representam um valor elevado para o social e exigem uma proteção a altura de sua importância. É a chamada proteção positiva dos direitos fundamentais por meio do Direito Penal, preocupação típica do Estado Democrático de Direito, conforme afirma Maria Luíza Schäfer Streck³⁴.

Na visão de Ingo W. Sarlet³⁵ “a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros”.

Portanto, deve ficar claro que a norma é inconstitucional caso não exista proporcionalidade, seja pelo excesso ou pela deficiência da proteção realizada pelo Estado, detentor do *jus puniendi*.

4. PROPORCIONALIDADE COMO (DE)LIMITADOR DA NORMA PENAL

Foi visto que a proporcionalidade não é um princípio e sim um critério de interpretação/aplicação do direito e que deve estar presente em toda norma, apresentando-se como uma via de mão dupla, pois ao tempo que proíbe o excesso, também proíbe a deficiente proteção.

A proporcionalidade atua como um delimitador da norma penal seja no sentido ativo ou omissivo. Caso o bem protegido seja considerado relevante de proteção e necessite de uma intervenção do direito penal, o Estado deve agir

³⁴ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. p. 91.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**, n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2003, p. 86.

no sentido de criar mecanismos legais para proteger tal bem. A omissão do Estado geraria uma desproporcionalidade entre conduta e bem agredido, pela ausência de uma proteção eficiente.

Também haveria uma desproporcionalidade nos casos de excesso por parte do *jus puniendi*, seja na tipificação desnecessária de um fato como crime, na previsão de uma pena abstrata elevada demais ou até mesmo quando da aplicação da pena ao caso concreto.

Observando o Código Penal brasileiro, encontra-se condutas lesivas ao patrimônio punidas com mais intensidade que as lesivas à pessoa, ou seja há um excesso punitivo no tocante aos crimes contra o patrimônio e que se apresenta desproporcional se comparado à punição prevista para os crimes contra a pessoa³⁶.

A desproporcionalidade pelo excesso é evidente nos tipos penais a seguir demonstrados:

- o concurso de pessoas no furto é qualificadora, enquanto no roubo (que tem violência/ameaça contra a pessoa) é aumento de pena;
- a pena *mínima* do homicídio simples (crime contra a vida) é de 06 anos, enquanto a pena *mínima* do roubo seguido de lesão corporal grave (crime contra o patrimônio) é de 7 anos;
- a pena *mínima* da extorsão mediante sequestro (caso o sequestro dure mais de 24 horas) é de 12 anos (crime contra o patrimônio), enquanto a pena *máxima* do crime de redução a condição análoga de escravo (pelo tempo que for, 5 anos, 10

³⁶ Isso se explica pelo fato do Código Penal brasileiro sofrer influência do Código de Napoleão, criado a partir da Revolução Francesa, no Estado Moderno Liberal, onde a burguesia, ao tomar o poder político acabou por privilegiar a proteção do bem que mais lhe interessava, qual seja o patrimônio. Segundo Max Scheler, “[...] o cerne da moral burguesa, o qual os cristãos começaram a remir sempre mais intensamente desde o séc. XIII, até executarem na revolução francesa sua efetivação mais elevada, tem sua raiz no ressentimento. No movimento social moderno, então, o ressentimento se tornou uma força intensamente codeterminante, remodelando cada vez mais a moral vigente” (SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**, tradução de Marco Antônio dos Santos Casa Nova, Petrópolis: Vozes, 1994, p. 89). Exemplifica o autor que em muitos casos os valores são invertidos, onde se observa que os valores que ele denomina de utilitários (relacionados ao materialismo) são mais protegidos e mais importantes que os valores vitais (vida, corpo).

anos etc.) e do crime de cárcere privado qualificado é de 8 anos (ambos são crimes contra a liberdade individual).

- adulterar número de chassi (crime contra a fé pública) é crime punido com 3 a 6 anos de reclusão, pena maior que a de lesão corporal grave em que a vítima perde, por exemplo, um dos braços, onde a pena é de 1 a 5 anos de reclusão. Também é mais grave que o crime de instigação ao suicídio (crime contra a vida), se vier a ocorrer a morte, onde a pena é de 2 a 6 anos; maior que o crime de infanticídio (crime contra a vida), com pena de 2 a 6 anos.
- o homicídio doloso simples é punido com pena de 6 a 20 anos, inferior à pena do roubo com lesão corporal grave culposa (7 a 15 anos), extorsão mediante sequestro simples (8 a 15 anos). Se o sequestro durar mais de 24 horas, a pena subirá para 12 a 20 anos, igual a do homicídio qualificado, que é considerado hediondo.

Talvez a afronta mais evidente à proibição de excesso no direito penal brasileiro está no artigo 273 do CP³⁷.

Define o artigo que constitui crime com pena entre 10 e 15 anos falsificar produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais. Na mesma pena incorre quem vende, expõe a venda, tem em depósito etc.

³⁷ Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

- I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;
- II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;
- III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;
- IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;
- V - de procedência ignorada;
- VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

É cediço que a falsificação de medicamentos é uma conduta que pode ter um efeito muito danoso no paciente, além de representar um alto grau de egoísmo daquele que pratica o ato. Contudo, atribuir uma pena mínima de 10 anos é desarrazoado e desproporcional, uma vez que o crime é de perigo abstrato, presumido, bastando a falsificação para o crime se consumar, mesmo que ninguém venha a ingerir o medicamento.

Mas o absurdo não para por aí. Pode-se até encontrar argumentos para tentar justificar uma pena tão elevada para a falsificação de remédio, frente à questão humanitária e de saúde pública que envolve o tema, porém nada justifica punir com esta pena aquele que falsifica ou expõe a venda cosmético ou saneante.

Segundo a ANVISA³⁸ são considerados saneantes as substâncias ou preparações destinadas à higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar, em ambientes coletivos e/ou públicos, em lugares de uso comum e no tratamento de água, compreendendo *detergentes e seus congêneres - alvejantes - desinfetantes -desodorizantes - esterilizantes - algicidas para piscinas - fungicidas para piscinas -desinfetante de água para o consumo humano - água sanitária -produtos biológicos - inseticidas - raticidas - jardinagem amadora - repelentes.*

Imagine-se alguém que falsifique ou apenas altere a fórmula original de um raticida, ou de um repelente, ou de um algicida para piscina. O potencial dano ao ser humano por este ato autoriza uma pena mínima de 10 anos?

A ANVISA³⁹ também define cosmético como sendo

preparações constituídas por substâncias naturais ou sintéticas, de uso externo nas diversas partes do corpo

³⁸ Disponível em [http://www.anvisa.gov.br/saneantes/conceito.htm#O QUE SÃO SANEANTES](http://www.anvisa.gov.br/saneantes/conceito.htm#O_QUE_SÃO_SANEANTES), acesso em julho de 2013.

³⁹ Resolução RDC nº 79, de 28 de agosto de 2000.

humano, pele, sistema capilar, unhas, lábios, órgãos genitais externos, dentes e membranas mucosas da cavidade oral, com o objetivo exclusivo ou principal de limpá-los, perfumá-los, alterar sua aparência e ou corrigir odores corporais e ou protegê-los ou mantê-los em bom estado.

Em suma, falsificar ou alterar a fórmula de um esmalte, de um sabonete ou de um óleo para massagem é crime com pena mínima de 10 anos de reclusão.

A desproporção segue com o artigo 273 § 1º-B, que prevê como crime a venda, guarda etc., de qualquer dos produtos (cosméticos, saneantes inclusive) sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente (inciso I), de procedência ignorada (inciso V). Ou seja, a venda de sabonete artesanal, feito em uma pequena fábrica de fundo de quintal⁴⁰, ou em casa mesmo, ou de qualquer produto saneante ou cosmético cuja procedência seja ignorada, poderá incorrer na pena mínima de 10 anos de reclusão.

Há um excesso evidente na previsão abstrata destas penas e que deve ser corrigido pelo juiz quando da sentença, o que vem sendo feito pelos tribunais pátrios⁴¹.

⁴⁰ Para a ANVISA os produtos artesanais (que não utilizem no processo de fabricação máquinas) não necessitam de registro.

⁴¹ “Crime contra a saúde pública – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, venda, distribuição ou entrega a consumo, durante longo período, por farmacêutico e representante comercial – prova técnica e testemunhal suficiente à manutenção da condenação – impossibilidade de reconhecimento de erro, em qualquer de suas modalidades, assim como, de provocação ou de exercício regular de direito – condenações mantidas, assim como as absolvições dos co-réus, estas por insuficiência de provas do conhecimento da inexistência de registro dos produtos no órgão de vigilância sanitária. Ofensa ao princípio da proporcionalidade – aplicação da *analogia in bonam partem*, para considerar pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes – precedente desta câmara. Regime prisional – crime hediondo – inconstitucionalidade do dispositivo da lei n. 8.072/90, reconhecida no plenário do STF – resgate da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado – recursos defensivos parcialmente providos” (BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação criminal n. 05.040723-0, de Chapecó).

Ainda:

“As inadequações do dispositivo em comento guardam relação não só com a quantidade da

E esta atuação por parte do judiciário é perfeitamente válida e classifica-se no que Manuel Atienza⁴² denomina de ponderação ou argumentação finalista:

El esquema finalista es más abierto, deja más discrecionalidad al juez: como las reglas de acción se orientan al pasado, en la premisa fáctica del razonamiento subsuntivo o clasificatorio se trata de establecer simplemente que ha tenido lugar un hecho; pero las reglas de fin miran al futuro, de manera que en el correspondiente esquema argumentativo hay una premisa que enuncia un juicio predictivo sobre lo que ocurrirá o no ocurrirá en el futuro; y el futuro es más abierto y (en general) más complejo que el pasado. Por eso, el esquema finalista juega un papel más bien excepcional en el razonamiento judicial, mientras que es central en el razonamiento que efectúan los legisladores, los órganos de la administración o los abogados cuando aconsejan un curso de acción a sus clientes.

pena, mas, também, com o fato de tratar de várias ações em um único tipo penal, quando deveria referir-se de modo distinto cada uma delas. No que tange à pena prevista percebe-se, claramente, incompatibilidade com as demais penas preceituadas para outros delitos considerados mais graves ou tão graves quanto o em discussão, que, também, possuem a natureza de hediondos ou a estes equiparados. Ao crime de tráfico, por exemplo, ilícito considerado muito grave e de grande repulsa pela sociedade, em razão das consequências que acarreta, é prevista uma pena mínima de 3 (três) anos de reclusão, e ao de tortura, de 2 (dois) anos de reclusão. Desta feita, inconcebível aplicar-se a mesma pena àqueles que falsificam, adulteram e corrompem medicamentos em grandes quantidades aos que vendem ou expõem à venda produto que não observa as normas administrativas de controle e procedência” (BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 06.004732-9, de São Miguel do Oeste).

A 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação Criminal n. 2001.72.00.003683-2/SC, cujo relator foi o Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, entendeu que devia prevalecer, ao delito do art. 273, §1º-B, I, V e VI, do CP, a pena do tráfico ilícito de entorpecentes vigente na época: “Assim como os delitos contra a saúde pública, o tráfico ilícito de substância entorpecentes também tem, como bem jurídico, a saúde pública. O tráfico, do mesmo modo, não fica descaracterizado pela pequena quantidade de droga vendida. Quem vende pequena quantidade de droga está expondo a risco a saúde pública da mesma forma que aquele que a comercializa em larga escala. Ambos os delitos têm ainda em comum a circunstância de serem crimes de perigo abstrato. A vantagem (se é que se pode usar o termo) de adoção desse critério é que o delito previsto na Lei n. 6.368/76 tem pena mínima de 03 anos de reclusão, parâmetro que parece justo para a penalização da conduta. Nem se estaria negando a gravidade do delito, nem se estaria impondo ao réu pena flagrantemente desproporcional à conduta praticada. Às objeções eventualmente levantadas contra escolha, pode-se responder com a advertência de que o caso é de exceção, e assim deve ser tratado”.

⁴² ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación en pocas palabras**, 2013, p. 35/36. Texto utilizado para a matéria de Argumentação Jurídica, ministrada pelo autor na Faculdade de Direito da Universidade de Alicante, Espanha.

Esses exemplos evidenciam a necessidade da proporcionalidade como parâmetro à constitucionalidade da norma penal, atuando ora como instrumento de defesa a coibir os excessos do “principal inimigo, o Estado”⁴³, ora como mecanismo efetivador da proteção eficiente de direitos, obrigando também “o Estado a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares”⁴⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diferentemente do que muitos sustentam, pensa-se que a proporcionalidade não é um princípio, mas sim um instrumento de interpretação e aplicação da norma jurídica.

O trabalho, com este viés, buscou demonstrar a importância da proporcionalidade na interpretação e aplicação da norma penal, onde também atua ora como delimitador do direito de punir do Estado (proibição do excesso), ora como mecanismo inibidor da proteção deficiente (proibição da proteção deficiente).

Para isso formulou-se a distinção entre regras e princípios, onde ambos se aperfeiçoam como espécies do gênero norma jurídica.

Posteriormente verificou-se que a proporcionalidade atua como um delimitador da norma penal seja no sentido ativo ou omissivo. Caso o bem protegido seja considerado relevante de proteção e necessite de uma intervenção do direito penal, o Estado deve agir no sentido de criar mecanismos legais para proteger tal bem. A omissão do Estado geraria uma desproporcionalidade entre conduta

⁴³ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. p. 91.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e proporcionalidade**: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição e excesso e de insuficiência em matéria penal. p. 145.

e bem agredido, pela ausência de uma proteção eficiente.

Também haveria uma desproporcionalidade nos casos de excesso por parte do *jus puniendi*, seja na tipificação desnecessária de um fato como crime, na previsão de uma pena abstrata elevada demais ou até mesmo quando da aplicação da pena ao caso concreto.

Analisou-se, por fim, alguns pontos controvertidos em matéria penal, onde a proporcionalidade pode ser aplicada para aplicar e interpretar a norma, levando sempre em consideração o caso concreto.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro. 3 ed. Lisboa: Quetzal Editores, 2009.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 3ª Ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación en pocas palabras**, 2013, p. 35/36 (texto utilizado na disciplina de Argumentação Jurídica ministrada pelo autor na Faculdade de Direito da Universidade de Alicante, Espanha).

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa – www.anvisa.gov.br.

BRASIL. Resolução RDC nº 79, de 28 de agosto de 2000.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação criminal n.

05.040723-0, de Chapecó.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 06.004732-9, de São Miguel do Oeste.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação Criminal n. 2001.72.00.003683-2/SC.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed., Coimbra: Editora Coimbra. 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU. Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3 ed., São Paulo: Malheiros. 2005

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**, n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2003.

SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**, tradução de Marco Antônio dos Santos Casa Nova, Petrópolis: Vozes, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *In* **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Vol. 1, n. 2, Porto Alegre, 2004.

Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. Revista Novos Estudos

Jurídicos – Eletrônica, Vol. 15 – nº 1 – p. 158/173 – jan-abr 2010, disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>, acessado em set. de 2013.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA APLICADA A UM CASO CONCRETO: UMA ANÁLISE À TEORIA DE MANUEL ATIENZA

Denise Helena Schild Oliveira¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise da teoria da argumentação jurídica aplicada à situação concreta já decidida, principalmente, à luz da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza, dentro de um contexto pós-positivista do direito atual.

O objetivo traçado é refletir sobre a importância da argumentação jurídica para os operadores do direito, mormente, no atual Estado Constitucional de Direito, que exige do jurista não apenas conhecer o Direito positivo, mas também buscar uma base teórica principiológica para resolver as contendas concebidas como “casos difíceis”.

Para tanto, principia-se, tratando da importância da argumentação jurídica no atual contexto histórico, buscando esclarecer que a sociedade de nossos dias tem exigido dos operadores do direito respostas de conteúdo substancial e fundamentadas para os relevantes problemas sociais, que surgem no cotidiano de forma cada vez mais intensa. Assim, questionamentos jurídicos têm surgido, desde a década de 5º (século XX), acerca da falência do direito positivo, trazendo à tona importantes discussões sobre a argumentação.

Nesse contexto, surgiram novas teorias e teóricos, dentre os quais será

¹ Mestranda do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – CMCJ, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. Juíza de Direito. E-mail: denise.schild@tjsc.jus.br.

destacado nesta oportunidade, o estudo de Manuel Atienza, em virtude da sua inédita divisão da concepção argumentativa jurídica, que divide em três categorias distintas: formal, material e pragmática.

No segundo capítulo, tratar-se-á acerca da argumentação jurídica no pensamento específico do jusfilósofo pós-positivista, Manuel Atienza, objetivando estudar sua teoria da argumentação jurídica, levando em conta a complexidade de suas obras, buscando a compreensão e análise dos novos desafios enfrentados pelos que precisam fazer uso da argumentação jurídica, para resolver os casos mais complexos, que exigem profunda justificação e visão multidisciplinar do operador.

Assim, será exposto, à luz do pensamento de Atienza que a argumentação jurídica é inafastável do “bom jurista”, e deve estar em consonância com a efetivação da justiça social e da aplicabilidade dos direitos constitucionais fundamentais.

Além disso, elucidar-se-á na presente pesquisa a respeito das concepções argumentativas jurídicas propostas por Atienza, quais sejam: a formal, a material e a pragmática, visando detectar e diferenciar a linha de aplicação de cada uma delas.

Para finalizar, será analisada no último capítulo, uma decisão desta magistrada, em que o caso concreto em análise pode ser considerado, conforme a teoria de Atienza, como ‘difícil’, uma vez que exigiu da julgadora um olhar principiológico e constitucional do direito penal e processual penal, para fundamentar as premissas e chegar à conclusão do caso, tendo sido necessária a utilização da concepção material de argumentação jurídica proposta por Manuel Atienza.

O presente se encerra com as considerações finais, nas quais serão apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e do aprofundamento das teorias da argumentação

jurídica para todos os operadores do direito, a fim de que possam construir melhores argumentos e novas teorias, bem como para que busquem soluções mais equânimes para os casos em que a decisão exige ir além da norma positivada.

E quanto à Metodologia empregada foi utilizado o método dedutivo. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas da Pesquisa Bibliográfica, objetivando explorar os materiais científicos já apontados sobre o tema, bem como os autores que se destacaram na matéria.

A principal vantagem dessa técnica de pesquisa, segundo Gil, “está no fato de “permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente.”²

1. A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO CONTEXTO HISTÓRICO ATUAL

A argumentação jurídica está presente na vida cotidiana dos operadores do Direito, e não há dúvidas de que a qualidade que melhor define “ser um bom jurista” é sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade.

Já na Grécia Antiga, mais precisamente no Século V a.C., no contexto da *pólis* Democrática, a argumentação jurídica possuía papel de destaque em diversos órgãos. O Areópago, por exemplo, era o Tribunal competente para julgar homicídios dolosos muito similar ao atual Tribunal do Júri.³ Neste Tribunal, o procedimento utilizado pelos cidadãos gregos contava com argumentação da

² GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 2002, p. 45.

³ Sobre o tema, ver: GLOTZ, Gustave. **A cidade grega**. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: DIFEL, 1980. p. 194.

acusação e da defesa. Vale destacar que, para tais argumentações, a defesa e a acusação dispunham de igual tempo, que era medido por um relógio de água, chamado Clepsidra.⁴

Contudo, a importância da atividade argumentativa no mundo jurídico é, de certo modo, recente, uma vez que as primeiras manifestações sobre o tema têm, pouco mais de meio século e as construções das primeiras teorias são mais novas, tendo com precursores os seguintes autores: Chäin Perelman, Toulmin e Viehweg.⁵

Segundo Atienza, as obras de MacCormick e Robert Alexy, ainda mais atuais, representam, precisamente, o que se pode denominar de “teoria padrão.”

Assim, embora alguns operadores do direito ainda relutem, Atienza⁶ entende que a atividade jurídica se traduz, precipuamente, em argumentar, seja no plano dogmático, legislativo ou no judicial, tendo em vista que estas atividades consistem em elaborar argumentos para criação, interpretação, como também para a aplicação do Direito. Logo, constata-se que é não é possível dissociar o direito da argumentação.

Atualmente, a sociedade está mais atenta aos acontecimentos político-sociais, seja no Legislativo, Executivo, com também no Judiciário, e tem exigido dos operadores do direito, respostas de conteúdo substancial e fundamentadas para os relevantes problemas sociais que surgem no cotidiano.

⁴ Cf. ARISTÓTELES. **A Constituição de Atenas**. Tradução e Comentários de Francisco Murari Pires. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 131.

⁵ BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. **Revista Jurídica CCJ/FURB**. v. 11, nº 21, p. 134. Blumenau, jan/jun de 2007. Disponível em: <proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/download/445/404>. Acesso em: 30 de jun. de 2013.

⁶ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 60.

Portanto, há a necessidade da argumentação jurídica ser estudada por um aspecto científico, tendo como análise principal o conteúdo substancial do argumento, observando-se a moral, diante dos desafios constantes no Estado Democrático de Direito, e da exigência de opinião crítica por parte dos juristas na aplicação da justiça social.⁷

Nessa linha, Rafael Fernando Pinheiro⁸ ressalta que:

O ordenamento jurídico, diferente de outrora, pauta-se pelo respeito às garantias e direitos individuais e sociais, classificando-se como Estado Constitucional de Direito, de modo que na aplicação da lei, não deve estar presente apenas o requisito formal, mas também o substancial, objetivando alcançar a almejada justiça social.

Assim, Segundo Robson Zagre⁹, os chamados pós-positivistas buscam por meio da Teoria da Argumentação Jurídica, da Integração e da Tópica Jurídica, as respostas à adequação da melhor interpretação tendo como fundamento o equilíbrio entre segurança jurídica e justiça, considerando os princípios constitucionais como chave para essa exegese.

Com esta transformação do Direito, que anteriormente estava reduzido a um conjunto isolado, sistemático e hierarquizado de regras, as luzes se voltam ao Poder Judiciário, não como mero aplicador da dogmática jurídica, como elemento central do processo de interpretação/construção de um direito justo.

⁷ PINHEIRO, Rafael Fernando. **A argumentação jurídica no pensamento de Manuel Atienza**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-argumentacao-juridica-no-pensamento-de-manuel-atienza,38861.html#_ftnref14>. Acesso em: 20 de jun. de 2013.

⁸ PINHEIRO, Rafael Fernando. **A argumentação jurídica no pensamento de Manuel Atienza**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-argumentacao-juridica-no-pensamento-de-manuel-atienza,38861.html#_ftnref14>. Acesso em: 20 de jun. de 2013. Sobre este tema, ver também, MELO, Orlando Ferreira de. **Hermenêutica jurídica: uma reflexão sobre novos posicionamentos**. Itajaí: Ed. UNIVALI, 2001.

⁹ ZAGRE, Robson. **Teoria da Argumentação Jurídica – Análise e Crítica a caso concreto – Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nz6JMINJKs4J:www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/campos/robson_zagre.pdf+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 30 de jun de 2013.

Estruturam-se, assim, teorias reunidas sob um novo paradigma – pós-positivista ou neoconstitucionalista¹⁰, que entende o Direito como uma realidade social complexa, com uma demanda justificativa e deliberativa, tornando diferenciado o papel do Poder Judiciário.

Diante disso, vislumbra-se que a sociedade urge por aplicadores do direito menos positivista e autômatos, visto que não se concebe mais o modelo de juristas rábulas, com os olhos vendados para a sociedade em que vivem.

Entretanto, o que se percebe nos cursos de graduação em Direito é justamente o contrário, pois não se tem dado o suporte teórico necessário para que os estudantes consigam aplicar o ordenamento jurídico associado às questões sociais, bem como, falta a base necessária da argumentação jurídica, das teorias fundamentais para a defesa das teses.

Para Manuel Atienza, é necessária ter uma visão panorâmica do direito aplicado à práxis, baseando-se numa ampla concepção da argumentação, que tem por objetivo fazer um conectivo entra a atividade argumentativa e os processos de tomadas de decisões, as formas de resolução das controvérsias jurídicas.

Ainda, o referido autor destaca três campos de atuação da argumentação em contexto jurídico: a produção de normas jurídica, a aplicação das normas jurídicas e a dogmática jurídica. Na opinião de Atienza, interessa as teorias argumentativas predominantes, o estudo relativo ao segundo campo de atuação, qual seja, a aplicação (ou melhor, interpretação) das normas jurídicas à solução dos casos, que levada a efeitos pelos juízes, advogados, promotores etc.¹¹

¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia R. (Org). **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 46.

¹¹ ATIENZA, Manuel. **Razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina

A respeito da argumentação, Tatiani Heckert Braatz¹² destaca que nem sempre as decisões judiciais exigem uma ampla atividade justificativa dos juízes, pois segundo a autora há os denominados casos fáceis, em que a simples aplicação da lei resolve os litígios, mas há casos de jurisdição voluntária, nos quais os jurisdicionados apenas buscam a chancela do judiciário para suas pretensões; e, há também os casos difíceis, que conforme exposto por Atienza, é onde a teoria da argumentação demonstra sua necessidade e importância, pois, geralmente, há conflito de aplicação de princípios e regras jurídicas, devendo a decisão ser muito bem fundamentada para afastar se justificar a aplicação de um princípio em detrimento de uma norma e vice-versa.

Assim, são nos *casos difíceis*, citados por Atienza, que melhor se pode desenvolver e analisar as teorias da argumentação jurídica, pois nestes casos os julgados se confrontam com princípios, normas e direitos fundamentais conflitantes entre si, tornando sua decisão mais complexa e com maior embasamento teórico.

Portanto, o próximo capítulo buscará explicitar a Teoria da Argumentação Jurídica proposta pelo jusfilósofo Manuel Atienza, sem pretender ir a fundo à teorização, mas apenas trazer ao debate as principais explicações do pensador acerca da argumentação jurídica.

Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 19.

¹² BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. **Revista Jurídica FURB**. Blumenau, 200, p. 137. Disponível em: <proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/download/445/404>. Acesso em: 30 de jun. de 2013.

2. A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO PENSAMENTO DE MANUEL ATIENZA

Inicialmente, cumpre esclarecer que para Atienza, as concepções jurídicas estão estritamente ligadas à noção de problema. Assim, devem ser identificadas quais as situações problemas, que requerem as soluções, antes de se fazer o uso das três concepções argumentativas propostas pelo autor.

À concepção formal da argumentação é aplicada a resolução de problemas formais, e prevalecerá a lógica dedutiva, que investiga o caminho entre as premissas e as conclusões. Atienza¹³ enfatiza que o que existem não são propriamente argumentos, mas sim, esquemas argumentativos, cuja ênfase está no aspecto formal, até a passagem para a conclusão.

Ainda, no tocante à concepção formal dos argumentos, Atienza¹⁴ ressalta duas limitações existentes quando se faz a análise lógica dos argumentos. A primeira seria o fato da lógica se preocupar mais com os esquemas argumentativos do que do conteúdo. E a segunda limitação decorre de que tais esquemas não conseguem explicar todos os tipos de argumentos, pois existem casos a serem analisados que necessitam de conteúdo mais aprofundado, não mencionado em simples esquemas argumentativos.

Já na concepção argumentativa material, Atienza¹⁵ ressalta que o essencial será o conteúdo do problema, sendo necessário o comprometimento com a verdade do problema e a veracidade de sua conclusão. Essa concepção é verificada nos problemas característicos das ciências da moral e do direito.

¹³ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 89.

¹⁴ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 176.

¹⁵ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 81.

Para o referido autor, uma decisão jurídica não se justifica pelo fundamento na estrutura e nos efeitos que ela proporcionará, mas sim nas boas razões fornecidas pelo magistrado, que o levaram a decidir daquele modo.

Nessa esteira, Pinheiro¹⁶ ressalta que

a concepção material é que a aplicação da lei pode se afastar do caráter positivista – formal –, aplicando o elemento valorativo da norma (pós-positivismo), obedecendo as exigências e necessidades do Estado Constitucional de Direito.

Em última análise ressalta ainda, Atienza¹⁷, que a justificação jurídica tem sempre um caráter moral em seu núcleo, ou seja, a argumentação judicial só tem sentido se for constituída de um objetivismo moral mínimo.

Por último, na concepção programática proposta por Atienza¹⁸, a questão central se concentra nos efeitos que as argumentações produzem, levando em consideração as circunstâncias e as ações de quem argumenta, de modo que o orador tende a ultrapassar sua esfera individual, tentando persuadir o outro sobre sua tese, com o nítido objetivo de convencer o outro do seu ponto de vista, ou seja, que aceite sua posição.

Contudo, Atienza¹⁹ pondera que não é possível reduzir a argumentação jurídica a uma perspectiva puramente pragmática, levando em conta que a argumentação tem vários contextos e que sua finalidade não é apenas a de persuasão. Ressalta que um juiz, muitas vezes, ao decidir, não se importa com

¹⁶ PINHEIRO, Rafael Fernando. **A argumentação jurídica no pensamento de Manuel Atienza**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-argumentacao-juridica-no-pensamento-de-manuel-atienza,38861.html#_ftnref14>. Acesso em: 20 de jun. de 2013.

¹⁷ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 246.

¹⁸ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 85.

¹⁹ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 285.

a persuasão e sim, com a justificação. Porém, reconhece que a retórica e a dialética não podem ser descartadas, visto que representam importante papel na evolução da argumentação jurídica, especialmente em como argumentar.

Ademais, Atienza²⁰ elucida que uma teoria da argumentação jurídica deve cumprir, basicamente, três funções: “a primeira e de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda tem uma natureza prática ou técnica, e a terceira poderia ser qualificada de política ou moral.”

Por fim, diante dessa análise acerca das concepções da argumentação jurídica, Atienza explica que elas não existem isoladamente, tendo em vista, inclusive, que são incompatíveis entre si, porém, é importante mesclá-las com os valores básicos do sistema jurídico para se construir uma teoria mais desenvolvida acerca da argumentação jurídica.

3. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA APLICADA A CASO EM CONCRETO

Neste capítulo será elaborada análise, com base na teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza, de decisão judicial desta magistrada, na qual foi decretada a nulidade absoluta de processo-crime, por não ter sido oportunizado ao réu, comparecer à audiência de suspensão condicional do processo, prevista no art. 89, da Lei n. 9.099/95, depois de ter comprovado a impossibilidade de comparecer, pendente ainda de confirmação o julgamento de Recurso em Sentido Estrito, interposto pelo representante do Ministério Público, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Portanto, para melhor análise faz-se necessário colecionais o relatório e parte de fundamentação do *decisum* em exame:

²⁰ ATIENZA, Manuel. **Razões do direito:** teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 332.

VISTOS EM DECISÃO.

Trata-se de pedido de suspensão condicional do processo, formulado pela defesa do acusado, alegando que o réu não comparecera à audiência designada anteriormente para aceitar a proposta do Ministério Público, porque estava convalescendo de uma cirurgia, tendo sido certificado previamente pela Oficiala de Justiça o motivo de sua ausência à solenidade (fls. 191/192).

Instado, o representante do Ministério Público se manifestou pelo indeferimento do pedido, alegando, em suma, ser o petitório juridicamente impossível, tendo em vista que a sentença condenatória já transitou em julgado (fl. 200).

É o relatório.

DECIDO.

A defesa o acusado formulou pedido de suspensão condicional do processo, com fundamento no art. 89 da Lei 9.099/95, ao argumento de que o réu tinha interesse no benefício à época, porém não comparecera à audiência de aceitação da suspensão porque estava acamado, recuperando-se de cirurgia de transplante de rins, bem como, tinha retorno médico em Porto Alegre, justamente na data designada para a audiência, conforme restou certificado pela Oficiala de Justiça, à fl. 120.

Ainda, ressaltou a defesa que o acusado demonstrou claramente sua insatisfação com a sentença quando interpôs recurso de apelação, inclusive, quanto à decisão que lhe negara a oportunidade de obter a suspensão condicional do processo ao réu, enfatizando ainda, que justificara antecipadamente, o motivo do não comparecimento à audiência, quando de sua intimação pela Oficiala de Justiça.

Compulsando-se os autos, mais precisamente à fl. 120, contata-se que, realmente, a Oficiala de Justiça certificou que estivera na residência do réu intimando-o, tendo sido informada por sua esposa, de que este estava acamado, pois tinha sido submetido a uma cirurgia médica e que teria consulta marcada em Porto Alegre/RS, no dia 30 de

junho de 2008, o que lhe impossibilitaria de comparecer à audiência designada.

Para ilustrar, extrai-se da certidão contida nos autos, *ipsis literis*:

Certifico que, em cumprimento ao mandado extraído dos autos mencionados, compareci no local indicado e após as formalidades legais, procedi a intimação de Euclides Cesar Garcia, que bem ficou ciente ficou do inteiro teor do mandado, aceitou a contrafé que ofereci, firmando sua assinatura. Na mesma ocasião, fui informada pela esposa do acusado (que estava acamado) que este foi submetido a uma cirurgia médica e tem consulta marcada em Porto Alegre (RS), no dia 30 de junho, portanto não teria condições de comparecer à audiência, mas que informaria seu procurador (fl. 120). Grifou-se.

Ocorre que, na data aprazada, mesmo estando a referida certidão apensada aos autos, vislumbra-se que esta não foi observada pelo Juízo, tampouco pelo representante do Ministério Público, pois restou consignado no termo de audiência que o fato do réu não ter comparecido à solenidade, demonstrou seu "desinteresse no benefício que lhe foi garantido na sentença", assim sendo, não fora redesignada nova data para oportunizar ao réu a suspensão condicional do processo (fl. 122).

Diante disso, como a sentença condenatória já havia sido proferida antes da audiência de suspensão, o réu interpôs recurso de apelação contra o decreto condenatório de fls. 105-111, sendo o recurso desprovido pelo Tribunal *ad quem*, que também negou seguimento ao Recurso Especial, igualmente interposto pela defesa do réu.

Contudo, é necessário consignar que o procedimento adequado no 1º grau de jurisdição seria, salvo melhor juízo, após a decisão absolutória pelo crime de apropriação indébita, abrir-se vista ao *Parquet*, para que oferecesse a proposta de suspensão condicional do processo, estabelecida pelo art. 89 da Lei 9.099/95. E, caso aquela não fosse aceita pelo réu, aí sim, deveria ter sido proferido o decreto condenatório em seu desfavor, pela prática do delito de falsificação ideológica. Contudo, isso não ocorreu,

no caso em tela, tolhendo o direito do réu de receber o benefício legal.

Assim, embora seja de sabença que o momento adequado para o oferecimento da Suspensão Condicional do Processo é na oportunidade do oferecimento da denúncia, quando o Ministério Público apresenta a proposta ao réu, e caso este a aceite o magistrado homologa o acordo, podendo, ainda, impor-lhe outras condições para a suspensão, verificando sempre a legalidade destas condicionantes; conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 337), “é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime na procedência parcial da pretensão punitiva”, e era o que deveria ter ocorrido do caso em análise.

Porém, constata-se que a sentença de fls. 105-118 está eivada de irregularidade neste ponto, pois o magistrado após absolver o réu da imputação do crime de apropriação indébita, proferiu o decreto condenatório quanto ao crime de falsidade ideológica, e somente após a aplicação da reprimenda, verificou que o réu preenchia os requisitos para a suspensão condicional do processo, designando data para a solenidade.

[...]

Por outro lado, muito embora não tenha sido fornecida pela defesa uma justificativa formal, tampouco foram juntados os atestados médicos declarando a impossibilidade do comparecimento do réu na audiência designada, é fato incontroverso que a existência da certidão da Oficiala de Justiça, supriu tal formalidade, restando evidenciado nos autos o motivo pelo o réu não poderia se fazer presente ao ato, e por certo, outra oportunidade deveria ter-lhe sido oferecida pelo juízo, para que o réu pudesse exercer seu direito à suspensão do processo.

Ainda, é correto acentuar, que o defensor, na oportunidade da audiência, deveria ter-se insurgido, interpondo recurso de agravo, para buscar o direito negado ao seu cliente, contudo, quedou-se inerte o causídico.

Ademais, é de sabença que as certidões têm validade e presunção *juris tantum* de veracidade, haja vista que a Oficiala de Justiça goza de fé pública, ou seja, as informações trazidas pela meirinha, até que se prove o contrário, são concebidas como verdadeiras.

Portanto, restou evidente nos autos que a inobservância da referida certidão, onde conta a justificativa do não comparecimento, trouxe sérios prejuízos ao acusado, pois lhe foi cerceado um direito subjetivo público, visto que a suspensão condicional é considerada como um poder-dever. Em consequência, preenchidos os requisitos ou pressupostos estabelecidos no art. 89, *caput*, da Lei 9.099/95, surge o direito subjetivo para o acusado e isto torna obrigatória a oferta da suspensão pelo representante do Ministério Público. **Não o fazendo, caberá ao juiz, de ofício ou por provocação do acusado, ofertar a proposta de suspensão do processo. E no caso dos autos, esse ato não lhe foi oportunizado, ignorando-se a justificativa apresentada, que impossibilitou o acusado de comparecer ao ato judicial, sobrevindo a decisão condenatória em seu desfavor.**

[...]

Diante disso, constata-se que a omissão apontada feriu o direito subjetivo do acusado à suspensão condicional do processo, havendo expressa violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, o que ocasiona uma mácula processual, suficientemente, capaz de gerar a decretação da nulidade absoluta do feito a partir da audiência de fl. 122, na qual não foi oportunizada ao réu nova data para se propor a suspensão condicional do processo, como lhe era de direito.

Logo, restou evidente nos autos, que houve uma violação ao princípio constitucional do devido processo legal, que é uma das garantias constitucionais do réu. Para corroborar com este entendimento, traz-se à colação o art. 8º da Convenção de São José da Costa Rica:

Art. 8º Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifei)

Em análise analógica ao referido artigo, resplandece o direito que toda pessoa merece ser ouvida, com as devidas garantias constitucionais, fato que ficou claramente violado nestes autos, diante da afirmação constante do termo de audiência de que o réu não comparecera a solenidade por mero desinteresse na proposta da suspensão.

Ocorre que, quando um ato é realizado em desconformidade com a norma legal, ele gera risco de ineficácia do princípio constitucional que naquela norma se efetiva, devendo ser aferido no caso em concreto, e evidenciando-se a real lesão, deve a nulidade ser decretada, retirando-se os efeitos do ato defeituoso e repetindo-o, com vista à eficácia do princípio lesado.

Diante disso, embora a referida nulidade não esteja previstas no rol descrito no art. 564 do Código de Processo Penal, constata-se que restou evidenciada a grave nulidade ao princípio constitucional do devido processo legal, pois foi ceifado do réu um direito lhe que é assegurado pela legislação pátria.

Sobre esse assunto, Aury Lopes Júnior explica, com esmero:

A classificação das nulidades em cominadas e não cominadas é infeliz, pois incide no erro da presunção de completude e legalidade das normas processuais penais. Significa crer na possibilidade de uma definição a priori (antes da experiência) de algo que é essencialmente causuístico. Mas o pior é a possibilidade de fechar-se os olhos para situações de grave ilegalidade que, ao não estarem previstas em lei, permanecerão inalteradas no processo, comprometendo-o. Assim, contribui para a impossibilidade de taxatividade nessa matéria o fato de a

teoria das nulidades estar umbilicalmente vinculada à oxigenação constitucional do processo penal. Não há como pensar-se um sistema de nulidade desconectado do sistema de garantias da Constituição, de modo que a simbiose é constante e incompatível com uma taxatividade na lei ordinária. (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, volume II. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 441).

A respeito da decretação da nulidade absoluta, ainda explica Aury Lopes Jr:

Como regra das nulidades absolutas, a gravidade da atipicidade processual conduz a anulação do ato, independente de qualquer alegação da parte interessada, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz ou em qualquer grau de jurisdição. Sendo alegada pela parte, não necessita do prejuízo, pois manifesto ou presumido, como preferem alguns. (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, volume II. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 439).

Logo, conforme elucidou o autor supracitado, em relação a matéria de nulidade, é imprescindível que o olhar do operador do direito se volte para a principiologia constitucional, sem a qual, nenhum defeito processual pode ser considerado sanável ou insanável.

[...]

Dessa forma, razão não assiste ao representante do Ministério Público ao afirmar que o pedido da defesa é juridicamente impossível, pelo fato da sentença condenatória já ter transitado em julgado, uma vez que, por se tratar de nulidade absoluta, esta pode ser reconhecida a qualquer tempo pela autoridade competente, ocasionando também a nulidade dos demais atos subsequentes, no caso, a partir da audiência de fl. 122.

Portanto, não há outra alternativa, à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, senão o decreto de nulidade absoluta do feito, desde a audiência realizada no dia 01/07/202008, em que não foi designada nova data para se oportunizar a

suspensão condicional do processo ao réu, sendo este um direito indiscutível do réu.

Por consequência da decretação da nulidade absoluta, todos os atos subsequentes à audiência de fl. 122, também serão declarado nulos, pelo princípio da contaminação, uma vez que os demais atos foram realizados por consequência da não oportunização da audiência de suspensão condicional do processo ao réu.

Para melhor elucidar, assim estatui o §1º, do art. 573, do Código de Processo Penal:

Art. 573. [...]

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

Por fim, a decretação da nulidade absoluta desde a audiência de fl. 122, é medida que se impõe no caso em exame, a fim de ser oportunizada ao réu a audiência de suspensão condicional do processo, visto que este preenche os requisitos legais da benesse. [...]

Dá decisão supracitada, pode-se constatar que foi utilizada a concepção argumentativa material proposta por Atienza, visto que a magistrada se preocupou com a questão fática e a veracidade do conteúdo da informação, utilizando as premissas válidas e inválidas, até chegar à conclusão do caso, que pode ser concebido como “difícil”, de acordo com a tese levantada por Atienza, em sua obra ‘As Razões do Direito: Teorias da argumentação Jurídica’.

Assim, conforme a concepção material de um argumento, de acordo com o entendimento de Atienza, a magistrada decidiu que a melhor solução jurídica para o caso em análise foi o decreto da nulidade absoluta do processo desde o despacho que não observou a certidão informando acerca da convalescência do acusado, motivo este que lhe impossibilitou de comparecer à audiência de suspensão condicional do processo.

Isso porque, deixou-se de oportunizar ao réu, nova data para aceitar a

proposta, que é um direito subjetivo do acusado.

Além disso, constata-se que a argumentação jurídica se preocupou em ressaltar a necessidade de se assegurar a aplicação de direitos fundamentais, que foram o do devido processo legais e da ampla defesa, cerceados ao réu.

Assim, em que pese à argumentação jurídica do representante do Ministério Público, igualmente relevante e embasada na dogmática jurídica, sustentando que o pedido de suspensão condicional do processo postulado pela defesa seria juridicamente impossível, pois a sentença condenatória já havia transitado em julgado e que uma reanálise ao caso somente seria possível por meio de revisão criminal, a decisão judicial teve rumo diverso, uma vez que a magistrada utilizou-se da técnica da concepção material de Atienza, também chamada de Teoria das boas razões, para justificar sua decisão, diante do caso emblemático, chegando à conclusão mencionada, por meio do uso tanto da razão jurídica, como também da razão moral.

Assim, vê-se no caso em exame, um conflito entre normas que defendem o respeito à coisa julgada, e de outro norte, o direito constitucional à ampla defesa e à coisa julgada, bem como o princípio da razoabilidade, em face da necessidade da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, ser ofertada ao réu, por se tratar de direito subjetivo seu.

A cerca dessa celeuma, Atienza²¹ enfatiza em sua obra que

quem tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da ideia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – politicamente e moralmente correta – desse problema. Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – juiz – tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que é que julga correta, embora, ao

²¹ ATIENZA, Manuel. **Razões do direito:** teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 332.

mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva.

Na mesma linha, Habermas²² ressalta que muito embora se acredite que as regras jurídicas do ordenamento pátrio sejam capazes de solucionar todos os conflitos, a práxis tem mostrado que estas, por sós, não são suficientes para abarcarem todas as situações sociais. Os princípios demonstram a institucionalização de interesses sociais transformados em valor, já que o direito deve ser visto como um fenômeno complexo capaz de mediar as diversas estruturas sociais por meio de um conhecimento linguístico consensual e argumentativo.

Diante disso das considerações acima, é possível constatar a observância da concepção argumentativa material, bem como a preocupação com os princípios constitucionais no seguinte argumento do *decisum*, veja:

Ocorre que, quando um ato é realizado em desconformidade com a norma legal, ele gera risco de ineficácia do princípio constitucional que naquela norma se efetiva, devendo ser aferido no caso em concreto, e evidenciando-se a real lesão, deve a nulidade ser decretada, retirando-se os efeitos do ato defeituoso e repetindo-o, com vista à eficácia do princípio lesado.

Portanto, constata-se ser evidente que a análise argumentativa pós-positivista ou constitucionalista, não se pode mais limitar-se à lógica e à retórica, sendo necessário atentar-se para o conteúdo dos argumentos, conforme o pensamento de Manuel Atienza, como um 'processo na tomada da decisão', como um meio fundamental para se chegar à conclusão mais justa ao caso em que se debruça o operador jurídico.

²² HABERMAS, J. **Teoría de La acción comunicativa**. I: Racionalidade de La acción y racionalización social. Tradução Manuel Jiménez redondo. 3ª Ed, Madri: Taurus, 2003, p. 110.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como principal objetivo tecer uma abordagem sobre a importância da argumentação jurídica para os operadores do direito, explicitando-se que o 'bom jurista' não pode mais se limitar ao conhecimento dos conteúdos do Direito Positivo, sendo a teoria da argumentação ferramenta indispensável para que as decisões judiciais atinjam as necessidades sociais de forma mais justa e não apenas voltadas para uma concepção teórico-dogmáticas.

Inicialmente, tratou-se da importância da argumentação jurídica no contexto histórico e atual, constatando-se que não é possível dissociar o direito da argumentação, bem como restou esclarecido que o pós-positivismo ou constitucionalismo trouxe a necessidade do jurista bem argumentar, mormente, quando se depara com casos difíceis, em que há conflito de normas e princípios constitucionais.

A seguir, no segundo capítulo, abordou-se acerca da argumentação jurídica no pensamento de Manuel Atienza, no qual se abordou, em linha gerias, a teoria da argumentação jurídica proposta pelo referido autor, examinando suas concepções argumentativas jurídicas, diferenciando os argumentos a partir de uma ótica formal, material e pragmática, buscando explicar e diferenciar a linha de aplicação de cada uma delas.

Além disso, foi enfatizado que na concepção material a aplicação da lei pode se afastar do caráter positivista, formal, aplicando o elemento valorativo da norma (pós-positivismo), levando-se em consideração as exigências e as necessidades do Estado Constitucional de Direito.

Por fim, para complementar o objetivo do presente estudo, fez-se análise de uma decisão judicial, concebida como um caso concreto 'difícil', no qual foi necessária a utilização da concepção argumentativa material proposta por

Manuel Atienza, para se fundamentar as premissas da decisão e, atingir a conclusão do caso em exame, levando-se em conta que a justificação jurídica, conforme o referido autor, tem sempre um caráter moral em seu núcleo, o que foi possível constatar da análise do *decisum*.

Assim, foi possível constatar, a partir da análise da referida decisão, que o conhecimento da argumentação jurídica é um instrumento imprescindível do jurista para a defesa e elaboração de uma tese, a qual deve estar em consonância com a efetivação da justiça social e da aplicabilidade substancial da norma do Estado de Direito Constitucional.

Portanto, embora se saiba que as questões que envolvem as teorias da argumentação jurídica estejam distantes de ter um posicionamento unânime e de fácil compreensão pelos operadores do direito, o presente estudo buscou trazer alguns aspectos do pensamento de Manuel Atienza e de sua importante aplicação, quando se está diante de um caso concreto concebido como difícil, que exige do jurista não somente o conhecimento dogmático, mais sim uma visão holística do Direito, a fim de se proporcionar aos jurisdicionados a tão almejada justiça social e equânime, sem perder de vista os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARISTÓTELES. **A Constituição de Atenas**. Tradução e Comentários de Francisco Murari Pires. São Paulo: Hucitec, 1995.

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.

ATIENZA, Manuel. **Razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. **Revista Jurídica FURB**. Blumenau, 2007. Disponível em: <proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/download/445/404>. Acesso em: 30 de jun. de 2013.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia R. (Org). **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GLOTZ, Gustave. **A cidade grega**. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: DIFEL, 1980.

HABERMAS, j. **Teoría de La acción comunicativa. I: Racionalidade de La acción y racionalización social**. Tradução Manuel Jiménez redondo. 3ª Ed, Madri: Taurus, 2003.

MELO, Orlando Ferreira de. **Hermenêutica jurídica: uma reflexão sobre novos posicionamentos**. Itajaí: Ed. UNIVALI, 2001.

PINHEIRO, Rafael Fernando. **A argumentação jurídica no pensamento de Manuel Atienza**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-argumentacao-juridica-no-pensamento-de-manuel-atienza,38861.html#_ftnref14>. Acesso em: 20 de jun. de 2013.

ZAGRE, Robson. **Teoria da Argumentação Jurídica – Análise e Crítica a caso concreto – Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade**. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nz6JMINJKs4J:www>

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

3º Seminário Internacional de Governança e Sustentabilidade
Universidade de Alicante – Espanha
Maio 2013

[.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/robson_zagre.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/robson_zagre.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br) >. Acesso em: 30 de jun de 2013.

O GARANTISMO E O ACESSO A INFORMAÇÃO¹

Jorge Stoeberl²

Rodrigo Fernando Novelli³

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar a importância da teoria do garantismo elaborada por Luigi Ferrajoli, visualizada a partir do seu conceito, características, funções, identificando dentro dessas categorias elementos que revelam essa importância para o sistema jurídico, e em especial frente ao direito ao acesso à informação.

Em especial foi abordada a função do garantismo frente ao direito ao acesso a informações públicas pelos cidadãos, e mais especificamente a recente lei de acesso à informação, Lei nº. 12.527/2011.

O ser humano é curioso por natureza, e além de uma simples curiosidade, o cidadão brasileiro tem o direito de obter qualquer informação dos entes públicos.

Diante dessa curiosidade, e necessidade do cidadão fiscalizar o ente público, haveria, nos dias de hoje um meio a ser utilizado por todos para o amplo

¹ Artigo elaborado para as disciplinas cursadas na Universidade de Alicante na Espanha entre os dias 27 a 31 de maio de 2013, pelo curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

² **Jorge Stoeberl:** Mestrando pela Universidade do Vale do Itajaí, Advogado da Sociedade Ewald & Stoeberl Advogados Associados, Professor de Graduação nas disciplinas de Direito Civil na Universidade Regional de Blumenau – FURB.

³ **Rodrigo Fernando Novelli:** Mestrando pela Universidade do Vale do Itajaí, Advogado Criminalista, Professor de Graduação nas disciplinas de Direito Penal e Processo Penal na Universidade Regional de Blumenau – FURB.

acesso à informação, tal qual preconiza a Lei nº. 12.527/2011. A presente legislação especial está sendo devidamente cumprida, salvo algumas exceções, sendo que, nesse caso é necessário a intervenção do poder judiciário para garantir o direito de todos.

Nas fases de investigação, tratamento de dados e relatório utilizou-se o método indutivo e as técnicas do referente e da pesquisa bibliográfica. O artigo é finalizado com a demonstração de que o acesso a informação configura um direito assegurado pela Constituição, agora havendo legislação que disciplina o acesso a todos os cidadão interessados.

1. A TEORIA DO GARANTISMO

Ao tratar da Teoria do Garantismo é importante abordar a sua conceituação elaborada pelo Professor Luigi Ferrajoli, notadamente como herança do iluminismo, e baluarte da proteção das garantias do cidadão, em especial, a liberdade.

A tarefa poderia ser fácil, principalmente frente à leitura do livro intitulado Direito e Razão, onde Ferrajoli apresenta e explica sua teoria.

Em que pese a Teoria do Garantismo ter sido concebida sob o enfoque do direito penal, tentando limitar o poder punitivo estatal frente às garantias de liberdade dos indivíduos, não se pode falar que hoje a teoria do garantismo esteja direcionada somente para o âmbito do direito penal.

Sobre a sua origem na cultura jurídica italiana, Ferrajoli apresenta como sendo o ponto inicial de desenvolvimento desta teoria, a resposta havida contra a redução do sistema de garantias processuais que já se apresentava insuficiente:

Más concretamente, la expresión garantismo, en su sentido estricto de garantismo penal, surgió, em la cultura jurídica italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces, redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales.⁴

Contudo, Ferrajoli, na falta de um conceito próprio de Garantismo, traz três significados distintos.

De acordo com o primeiro significado:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estricta legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.⁵

Assim, o Garantismo é a segurança dos cidadãos que, em um Estado democrático de direito, onde o poder obrigatoriamente deriva do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição, atua como um mecanismo para minimizar o poder punitivo e garantir, ao máximo, a liberdade dos cidadãos.

Ressalte-se que o garantismo, diante deste primeiro significado, não teria como subsistir, caso não houvesse uma legislação central inflexível, ou pelo

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008. p. 61.

Tradução: Mais especificamente, a expressão garantismo, no seu sentido estrito de garantismo penal, surgiu, na cultura jurídica italiana de esquerda na segunda metade dos anos setenta, como resposta teórica à legislação e à jurisdição de emergência, na época, reduzindo de várias formas o sistema já frágil de garantias processuais.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. (2010, p. 785-786).

menos de uma maleabilidade reduzida, pois somente poder-se-ia tratar de garantias quando dispostas em um ordenamento superior, que não dependesse, ou pudesse sofrer, interpretações quando de sua aplicação e cumprimento.

Ao se analisar o segundo significado, este ocorre sob o enfoque da teoria do direito e crítica ao direito.

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.⁶

Esse significado tratado é na realidade uma visão crítica do ordenamento, que na teoria poderá ter conotação garantista, mas na prática poderia adotar força diversa.

Ainda, explicando o segundo significado de garantismo proposto por Ferrajoli, Sérgio Cademartori apresenta que o garantismo detém indiscutivelmente contornos próprios, apesar de poder ser enquadrável no positivismo. A diferença entre normas “válidas”, “vigentes” e “eficazes”, é denominada pelo próprio Ferrajoli como “juspositivismo dogmático”.⁷

Pode-se entender como uma legislação válida sob o enfoque garantista, aquela

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. (2010, p. 786).

⁷ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. (2006, p. 103).

que está em conformidade com o ordenamento superior, no nosso caso, em conformidade com a Constituição Federal, com o núcleo intangível do ordenamento.

Leis que não respeitam a legislação hierarquicamente superior, segundo o garantismo, padecem de validade.

Com relação à vigência de uma lei, esse conceito diz respeito à possibilidade de ser imposta, seja ao Estado, seja aos cidadãos. Somente uma lei vigente, aquela que pode e deve ser cumprida pode prevalecer no mundo jurídico no modelo garantista.

Por fim, no que tange ao segundo significado proposto por Ferrajoli, mais especificamente da eficácia, em que pese uma lei ser válida, e vigente, não é pressuposto de justiça se esta não detiver eficácia. Pode-se aqui conceituar eficácia como sendo a lei que cumpre a função para a qual foi criada, seja pela sua própria força punitiva, seja pela aplicação pelos Poderes.

Para o terceiro significado de garantismo, Ferrajoli traz a base, frente à filosofia do direito e crítica da política:

“Garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.⁸

Diferentemente dos significados antes abordados, o terceiro e último não traz uma visão interna da teoria, mas sim, obrigatoriamente externa. Continua a

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. (2010, p. 787).

teoria em seu tom crítico, contudo sob outro aspecto de visualização.

Essa crítica externa, ou seja, não analisada sob o ponto de vista normativo, ou do conflito entre normas, apresenta-se como uma crítica filosófica laica pautada na finalidade da teoria garantista.

Uma vez apresentados os significados elaborados acima, pode-se compor um quarto e único conceito da teoria do garantismo como uma política onde prevalece a mínima intervenção do Estado no sistema normativo, pautado na validade da norma e na sua efetividade – de forma distinta e também, entre si – atuando como uma filosofia política externa que impõe ao Estado e ao direito, o ônus de buscar a finalidade da norma.

Serve então a teoria do garantismo como um freio ideológico para a atuação indiscriminada do estado na liberdade do cidadão, e de outros direitos fundamentais, devendo e podendo limitar direitos somente como última forma de defesa da sociedade. É cediço que o Direito em nosso país é positivista, traduzido em nosso ordenamento jurídico através de leis e princípios reguladores da vida em sociedade.

Com essa abordagem dos princípios constitucionais e da teoria do garantismo, pode-se observar a importância que esses dois temas jurídicos possuem para o ordenamento jurídico, sobretudo, no âmbito do direito constitucional.

Os princípios constitucionais e o garantismo constituem instrumentos importantes principalmente ao magistrado, permitindo-lhe tutelar não somente a formalidade, mas o conteúdo constitucional, como leciona Alexandre Morais da Rosa:

Dito de outro modo, no paradigma *garantista* o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo

constitucional, fazendo a devida *oxigenação*
constitucional.⁹

Por outro norte, a conjugação dos princípios constitucionais com o garantismo encontra salutar importância quando se trata dos direitos fundamentais individuais do cidadão que limitam o poder punitivo do Estado, já que são nesses direitos que a teoria do garantismo se apoia e onde estão os mais importantes princípios constitucionais, tal qual, o direito ao acesso à informação.

Os princípios constitucionais também servem de apoio ao garantismo. Como exemplo podem ser citados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, considerados por Ferrajoli como garantias relativas ao processo.

Por todos os ângulos que se analise a teoria do garantismo, constata-se que os princípios constitucionais servem, sobretudo, de suporte à teoria garantista, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais do cidadão.

2. O DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO

O direito à informação é, além de tudo, uma necessidade humana. Todos necessitamos de notícias, informações em nosso cotidiano, seja de uma simples previsão do tempo para prever o encontro com amigos no final de semana, ou para traçar estratégias de uma empresa.

O cidadão tem direito fundamental a uma informação de qualidade e não a qualquer informação, ou seja, uma informação que seja correta e verdadeira, produzida com

⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Princípios Ambientais, Direitos Fundamentais, Propriedade e Abuso de Direito**: por uma leitura a partir do Garantismo Jurídico (Ferrajoli). Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26661-26663-1-PB.htm>> Acesso em: 10/10/2012.

cautela e honestidade, bem como pluralista, porquanto proveniente do livre acesso às diversas fontes.

E [...] as exigências anteriormente formuladas para a informação poderão ser asseguradas, por exemplo, pelo direito de retificação de notícias errôneas (direito fundamental de resposta ou direito difuso à informação verdadeira) ou pelo direito de exigir dos meios de comunicação as informações (direito fundamental de ser informado pelos meios de comunicação de massa).¹⁰

Dada essa flagrante importância do homem na obtenção de informação, além de um direito assegurado, é também uma garantia constitucional, expressamente prevista no artigo 5º, incisos IX¹¹, XIV¹², e mais propriamente, no inciso XXXIII¹³, todos da Constituição Cidadã.

Além da garantia da comunicação, o direito de informar, também está garantindo o acesso a essa informação por parte dos órgãos públicos.

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.¹⁴

A Lei nº. 12.527, sancionada pela Presidenta da República em 18 de novembro de 2011, tem o propósito de regulamentar o direito constitucional de acesso dos cidadãos às informações públicas e seus dispositivos são aplicáveis aos três Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**. (2004, p. 90)

¹¹ Art. 5º, inciso IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

¹² Art. 5º, inciso XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

¹³ Art. 5º inciso XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. (1997, p. 525)

Importante ressaltar que a obrigação de prestar informações também é dirigida a todas as pessoas que, de alguma forma, recebam valores ou subsídios do Estado.

Leis como a LAI já existem em cerca de 90 nações, sendo a Suécia a primeira a desenvolver seu marco legal sobre acesso, em 1766. No ano de 1888, a Colômbia se tornou a pioneira na América Latina ao estabelecer um Código que dava acesso a documentos de Governo. Já os Estados Unidos criaram a sua Lei de Liberdade de Informação (Freedom of Information Act - FOIA) em 1966, acrescentando emendas para adequá-la conforme a passagem do tempo. A legislação do México, aprovada em 2002, é considerada referência por prever a instauração de sistemas rápidos de acesso, a serem supervisionados por órgão independente. O Uruguai e o Chile, entre outros, também regulamentaram leis de acesso à informação.¹⁵

Com a entrada em vigor da Lei de Acesso a Informações, temos um importante passo para a consolidação democrática do Brasil e também para o sucesso das ações de prevenção da corrupção no país. Por tornar possível uma maior participação popular e o controle social das ações governamentais, o acesso da sociedade às informações públicas permite que ocorra uma melhoria na gestão pública.

A Constituição também tratou do acesso à informação pública no, Art. 37, § 3º, inciso II¹⁶ e no Art. 216, § 2º¹⁷. São estes os dispositivos que a Lei de Acesso a Informações regulamenta, estabelecendo requisitos mínimos para a divulgação de informações públicas e procedimentos para facilitar e agilizar o seu acesso por qualquer pessoa.

Em que pese a existência de garantia constitucional ao acesso à informação, e ainda, uma lei especial que disciplina esta obrigação dos entes públicos e

¹⁵ <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/05/16/lei-de-acesso-a-informacao-completa-um-ano> Acesso em 14/08/2013.

¹⁶ Art. 37, § 3º, inciso II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

¹⁷ Art. 216, § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

peçoas que estejam exercendo um *múnus público*, o poder judiciário, não raras vezes, tem que fazer cumprir a lei por aqueles que já deveriam tê-la respeitado.

Verificamos diante das jurisprudências abaixo, que, mesmo após a entrada em vigor da lei de acesso à informação, foi necessário socorrer ao Judiciário para a garantia de um Direito previsto inclusive na Constituição.

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE DADOS RELATIVOS AOS VALORES GASTOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM PUBLICIDADE E PROPAGANDA. DIREITO À INFORMAÇÃO. PUBLICIDADE. DADOS NAO SUBMETIDOS AO SIGILO PREVISTO NO ART. 5.º, XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Mandado de segurança impetrado contra ato que negou o fornecimento de dados relativos aos valores gastos pelos órgãos da Administração Federal, direta e indireta, nos anos 2000 a 2010, e no atual, com publicidade e propaganda, discriminando-os por veículo de comunicação. 2. Nos termos do art. 5.º, XXXIII, da Constituição Federal, todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. 3. O art. 220, 1.º, da Constituição Federal, por sua vez, determina que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XVI. 4. A regra da publicidade que deve permear a ação pública não só recomenda, mas determina, que a autoridade competente disponibilize à imprensa e a seus profissionais, sem discriminação, informações e documentos não protegidos pelo sigilo. 5. Os motivos aventados pela autoridade coatora, para não atender a pretensão feita administrativamente 'preservar estratégia de negociação de mídia' e que 'Desnudar esses valores contraria o interesse público' (fl. 26e), não têm respaldo jurídico. Ao contrário, sabendo-se que milita em favor dos atos administrativos a presunção de legitimidade e que a regra é dar-lhes a mais irrestrita transparência sendo, ainda, as

contratações precedidas das exigências legais, incluindo-se licitações, nada mais lícito e consentâneo com o interesse público de divulgá-los, ou disponibilizá-los, para a sociedade, cumprindo, fidedignamente, a Constituição Federal. 6. Segurança concedida¹⁸.

Mais recentemente, o Tribunal de Justiça do Paraná também tratou da garantia de acesso à informação do cidadão.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ACESSO À INFORMAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. CONTROLE EXTERNO. LIMINAR DEFERIDA. DECISÃO ESCORREITA. RECURSO DESPROVIDO. De acordo com o art. 10 da Lei Federal n.º 12.527/2011, que regulamentou o inciso XXXIII do art. 5.º da Constituição da República, qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações dos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pois a transparência é a regra atinente a todo ato realizado pela administração pública.¹⁹

Vimos que muito embora haja legislação específica e garantias constitucionais, que aplicam a teoria do garantismo ao cidadão, o Estado muitas vezes descumpra a obrigação de dar publicidade às suas condutas.

A Lei de Acesso à Informação cria dois tipos de divulgação de uma informação pública, primeiramente aquela que deve ser realizada de ofício pela Administração Pública²⁰, chamada de transparência ativa²¹, e aquelas que são

¹⁸ STJ, 1ª Seção, MS. nº. 16.903/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 14.11.2012.

¹⁹ TJ-PR, Relator: Adalberto Jorge Xisto Pereira, Data de Julgamento: 18/06/2013, 5ª Câmara Cível

²⁰ Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;

II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;

III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;

IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;

chamadas de transparência passiva²², que qualquer cidadão pode provocar o Estado a prestar as informações públicas. Nesse caso, o órgão público tem o prazo²³ de 20 dias para responder o pedido.

Nos dias atuais de grande facilidade na obtenção de informações, seja através da internet ou até mesmo o acesso a livros e jornais e meios de comunicação,

V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas a sua política, organização e serviços;

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

VII - informação relativa:

a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;

b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

§ 1º O acesso à informação previsto no caput não compreende as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.

§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.

§ 4º A negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades referidas no art. 1º, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares, nos termos do art. 32 desta Lei.

§ 5º Informado do extravio da informação solicitada, poderá o interessado requerer à autoridade competente a imediata abertura de sindicância para apurar o desaparecimento da respectiva documentação.

§ 6º Verificada a hipótese prevista no § 5º deste artigo, o responsável pela guarda da informação extraviada deverá, no prazo de 10 (dez) dias, justificar o fato e indicar testemunhas que comprovem sua alegação.

²¹ CONDEIXA, Fábio de Macedo Soares Pires. **Comentários à Lei de Acesso à Informação**. (2013, p. 01)

²² CONDEIXA, Fábio de Macedo Soares Pires. **Comentários à Lei de Acesso à Informação**. (2013, p. 01)

²³ Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível. § 1º Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no **caput**, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias: [...]

as contas públicas e a transparência dos entes públicos nem sempre são regulares cumpridores da lei.

Devemos aqui ressaltar que muito já avançamos, mas para garantir o amplo acesso à informação devemos antes de qualquer coisa, cobrar o fiel cumprimento da lei.

Imperioso ressaltar que havendo requerimento de qualquer do povo para que tenha acesso a uma informação específica, e, havendo a negativa injustificada da prestação dessa informação, o agente público, ou o civil que deve prestar essa informação poderão responder por ato ilícito, e sofrer as sanções previstas na lei.

Por questão de segurança há algumas informações que possuem um prazo para a sua publicidade.

A LAI prevê dois tipos de restrição à regra de cessão das informações: dados pessoais e informações classificadas por autoridades como sigilosas. As informações consideradas sigilosas são aquelas que podem colocar em risco a segurança da sociedade ou do Estado. Elas são classificadas em três níveis, a contar da data de sua produção:

- Ultrassegreta: prazo de segredo de 25 anos (renovável uma única vez)
- Secreta: prazo de segredo de 15 anos
- Reservada: prazo de segredo de 5 anos²⁴

Verificamos nesse caso, que um documento público, uma informação pública, por questões de segurança pessoal dos agentes, ou segurança nacional podem sofrer uma restrição à informação, contudo ela é obrigatoriamente temporária.

Temos que no Brasil uma informação, mesmo que considerada sigilosa, se

²⁴ <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/05/16/lei-de-acesso-a-informacao-completa-um-ano> Acesso em 14/08/2013.

tornará pública em um prazo máximo de 50 anos, contribuindo assim, para a transparência, e verificação da real história da população brasileira.

Ou seja, a regra é a publicidade da informação pública, contudo, a exceção é quando a informação for tratada com sigilo, e dependendo da sua classificação pode ser restringida por um certo período de tempo.

A LAI tem por objetivo regulamentar o direito constitucional de acesso dos brasileiros às informações públicas. Dos pedidos recebidos, 95,8% (83.483) foram respondidos, sendo 79,2% (66.185) de forma positiva, com a informação solicitada entregue ao cidadão. Outros 6,9% (5.764) tiveram acesso parcialmente concedido, eram perguntas duplicadas ou repetidas, tratavam de informação inexistente ou não eram de competência do órgão demandando. Apenas 9,8% (8.205) foram respondidos negativamente por se tratarem de pedidos de dados pessoais ou sigilosos. O tempo médio de entrega das respostas aos cidadãos ficou em 11,3 dias. O prazo máximo é de 20 dias, com possibilidade de prorrogação por mais dez.²⁵

Os dados acima foram extraídos da Controladoria Geral da União, demonstrando somente os requerimentos ao acesso à informação no âmbito federal. Sendo certo que o número de pedidos de acesso às informações nas outras esferas do Poder é muito maior.

Sob a perspectiva de interpretação do paradigma do Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar a ocorrência da superação histórica do período de exceção e ruptura com a cultura do segredo vivenciadas e herdadas do regime de exceção democrática. A edição e a vigência das Leis nº 12.527 e 12.528, ambas de 2011, e demais normas regulamentares trouxeram à luz a cultura da transparência, a afirmar valores constitucionais e de viés humanista, como o princípio da publicidade máxima e o critério da menor restrição possível ao acesso à informação (ou princípio da restrição mínima), vedando-se

²⁵ <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/05/16/lei-de-acesso-a-informacao-completa-um-ano-acesso-em-14/08/2013>

expressamente a negativa de acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais e a restrição de acesso a informações ou documentos que versem sobre condutas em que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridade.²⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do garantismo, na lição de Luigi Ferrajoli, constitui importante mecanismo de segurança no sentido de diminuir o poder punitivo do estado garantindo o máximo de liberdade e segurança jurídica ao cidadão.

Sob a ótica garantista de Ferrajoli, uma lei é válida se estiver em conformidade com o ordenamento superior. É vigente quando pode ser imposta ao Estado e ao cidadão e é eficaz quando cumpre a função para a qual foi criada.

Busca assim, a teoria garantista, a mínima intervenção do Estado no sistema normativo, servindo como freio ideológico para a atuação indiscriminada do Estado na liberdade do cidadão, e de outros direitos fundamentais.

A teoria do garantismo busca ainda elevar, e garantir a todo o cidadão a prevalência dos direitos em detrimento do excesso de poder do Estado.

Verificamos no presente trabalho que é garantido pela Lei Maior, que é um direito de todo cidadão, o acesso à informação. Trata-se de um impulso natural de todo ser humano a curiosidade, e quando se trata de informações do Estado, financiado pelos contribuintes, estes têm agora, com a edição da Lei de Acesso à Informação, mais um mecanismo para sanar suas eventuais

²⁶ OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. **O novo sistema de acesso à informação e a influência do paradigma do Estado Democrático de Direito na superação da cultura do segredo.** (2013, p. 02)

curiosidades, servindo ainda como mais uma forma de fiscalização da função pública.

Desde a promulgação da Carta cidadã em 1988, já havia uma expressa previsão do direito à informação obrigatória por parte dos entes públicos aos interessados, contudo faltava, até então, como formalizar essa informação, ou ainda, a imposição de eventuais sanções aos que negarem o acesso à informação.

Como previsto na lei de acesso à informação, algumas informações públicas podem ter certa restrição, tendo em vista a necessidade de sigilo. De outro norte, o sigilo agora é temporário, com prazo máximo de 50 anos. Com isso, garante-se o acesso à informação, mesmo que após certo decurso de tempo.

Ademais, as pesquisas realizadas, e ainda em conformidade com relato da Controladoria Geral da União, a lei tem tido uma boa eficácia, sendo amplamente aplicada, mas necessita de aprimoramento e aplicação por todos os entes abrangidos pela obrigatoriedade de publicidade de informações.

Não podemos esquecer-nos de atestar que, diante da pesquisa jurisprudencial sobre o tema, há certos casos em que há uma omissão do Estado, servindo aí o Poder Judiciário, como um garantidor da Constituição e da Lei Federal que disciplinam a matéria.

Com a entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação, sob a ótica da teoria garantista, o direito fundamental de todo o cidadão ter informação está sendo assegurado, equilibrando assim, o Poder do Estado e dos cidadãos.

Imperioso, seja por quem for, continuar a cobrança do fiel cumprimento da Lei de Acesso à Informação, nem que seja necessária a utilização do Poder Judiciário para a efetivação deste direito fundamental.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 02 agosto de 2013.

BRASIL. **Lei de Acesso a informação**, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm, acesso em 28 agosto de 2013.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. 2 ed. Campinas: Millennium, 2006.

CONDEIXA, Fábio de Macedo Soares Pires. Comentários à Lei de Acesso à Informação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3199, 4 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21436>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008.

_____. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JURISPRUDÊNCIA:

<<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23758366/acao-civil-de-improbidade-administrativa-9577400-pr-957740-0-acordao-tjpr/inteiro-teor>>

23758367> Acesso em: 12/08/2013

<<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/05/16/lei-de-acesso-a-informacao-completa-um-ano>> Acesso em: 14/08/2013

OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. O novo sistema de acesso à informação e a influência do paradigma do Estado Democrático de Direito na superação da cultura do segredo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3666, 15 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24943>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Princípios Ambientais, Direitos Fundamentais, Propriedade e Abuso de Direito:** por uma leitura a partir do Garantismo Jurídico (Ferrajoli). Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26661-26663-1-PB.htm>> Acesso em: 10/10/2012.