

RELAÇÕES DE CONSUMO

Meio ambiente

Agostinho Oli Koppe Pereira
Luiz Fernando Del Rio Horn
organizadores



EDUCS

RELAÇÕES DE CONSUMO
Meio ambiente

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE
DE CAXIAS DO SUL

Presidente:

João Paulo Reginatto

Vice-Presidente:

Roque Maria Bocchese Grazziotin

UNIVERSIDADE DE
CAXIAS DO SUL

Reitor:

Prof. Isidoro Zorzi

Vice-Reitor:

Prof. José Carlos Avino

Pró-Reitor Acadêmico:

Prof. Evaldo Antônio Kuiava

Coordenador da Educus:

Renato Henrichs

CONSELHO EDITORIAL
DA EDUCUS

Flávio Gianetti Loureiro Chaves

Gilberto Henrique Chissini

Jayne Paviani

José Clemente Pozenato (presidente)

José Luiz Piazza

José Mauro Madi

Luiz Carlos Bombassaro

Paulo Fernando Pinto Barcellos

Agostinho Oli Koppe Pereira
Luiz Fernando Del Rio Horn
organizadores

RELAÇÕES DE CONSUMO

Meio ambiente



EDUCS

© dos organizadores

Capa: Dirce Rech Perini

Ilustrações: Xilografia: *imagens urbanas* da artista plástica Clara Mioranza Koppe Pereira

Revisão: Izabete Polidoro Lima

Editoração: Traço Diferencial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS – BICE – Processamento Técnico

R382 Relações de consumo : meio ambiente / org. Agostinho Oli Koppe Pereira, Luiz Fernando Del Rio Horn. – Caxias do Sul, RS : Educus, 2009.
232 p.: il. 21 cm.

Apresenta bibliografia
ISBN 978-85-7061-559-6

1. Direito ambiental. 2. Meio ambiente. 3. Proteção ambiental – Aspectos jurídicos. 4. Desenvolvimento sustentável – Sociedade de consumo. I. Pereira, Agostinho Oli Koppe. II. Horn, Luiz Fernando Del Rio, 1974-

CDU: 821.134.3(816.5).09

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito ambiental	349.6
2. Meio ambiente	504
3. Proteção ambiental – Aspectos jurídicos	504.06:34
4. Desenvolvimento sustentável – Sociedade de consumo	504.062

Catalogação na fonte elaborada pelo bibliotecário
Criselen Jarabiza – CRB 10/1789

Direitos reservados à:



– Editora da Universidade de Caxias do Sul

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Telefone / Telefax: (54) 3218 2100 – Ramais: 2197 e 2281 – DDR: (54) 3218 2197

www.ucs.br – E-mail: educus@ucs.br



Sumário

Apresentação / 7

Hiperconsumo e a ética ambiental / 11

Agostinho Oli Koppe Pereira, Henrique Mioranıza Koppe Pereira e Mariana Mioranıza Koppe Pereira

A sociedade de consumo e o desenvolvimento sustentável / 27

Adir Ubaldo Rech

Desenvolvimento sustentável e consumo: a busca do equilíbrio entre o homem e o meio ambiente / 45

Cleide Calgato

A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no Direito Privado / 73

Jorge Renato dos Reis

Meio ambiente e consumo: tratamento jurídico no Brasil / 87

Eloi Cesar Daneli Brasil e Liton Lanes Pilau Sobrinho

A Publicidade como Meio de Comunicação e sua regulação jurídica / 113

Leonel Severo Rocha e Ana Paula Atz

O meio ambiente, a produção e o consumo na sociedade de risco de Anthony Giddens e Ulrich Beck / 149

Diogo Petry e Luiz Fernando Del Rio Horn

Educação ambiental à luz dos direitos fundamentais à educação e à proteção do consumidor / 173

Vinicius Borges Fortes, Rafael Luiz Ferronato e Manuela Rösing Agostini

Decisão jurídica e as fronteiras da normatividade: os suplementos da argumentação jurídica no campo do direito ambiental e do direito do consumidor / 199

Rafael Lazzarotto Simioni

Apresentação

Em 2008, o Procon Caxias do sul, ciente de sua responsabilidade legal de estímulo à educação e da cientificidade da área consumerista, lançou a *Revista das Relações de Consumo*, tendo, em seu primeiro exemplar, agregado uma pluralidade de colaboradores em temas livres, em publicações previstas para cada biênio.

Frente ao reconhecimento imediato, novos horizontes foram oportunizados para a continuidade da revista. A Universidade de Caxias do Sul, sempre atenta aos seus escopos de pesquisa e de apoio comunitário, por meio de convênio específico com o Município de Caxias do Sul, passou a dividir a tarefa de realização dos novos volumes, agora repensados em distintos moldes.

O aperfeiçoamento, inerente à parceria firmada, espelhou-se na conversão da revista em livro: *Relações de Consumo*, com previsão de lançamentos anuais, a vincular temáticas próprias para cada volume.

Outra inovação reflete-se na criação de uma identidade própria para a intencionada coleção de livros ainda a serem publicados, por meio do chamado contrato gráfico, trazendo, para tanto, artistas locais a participarem em cada obra.

Não menos importante foi a agregação de patrocinador oriundo da área privada, sensível às questões de consumo e a outros pontos relevantes do social, de maneira a garantir uma constante nas publicações.

Aos colaboradores, por sua vez, a maior dedicação. O livro, na sua função de incitamento à produção científica consumerista, contínua e inovadora, deve compreender tanto um corpo de

docentes como discentes. A única condição: o engajamento e a identificação do autor com seu escrito e as abordagens que faz.

Dentre as possíveis temáticas associadas às relações de consumo, o meio ambiente teve privilégio de escolha. Mais do que nunca, o ambiente está na agenda internacional e nacional, motivado em virtude dos desequilíbrios provocados pelo próprio homem no meio, seja de efeito acumulativo ou imediato, revelado em desastres.

A questão ambiental, portanto, é melhor revelada na atualidade, como risco e desafio para a humanidade. Cada ciência, nas suas diversas áreas em desenvolvimento, pode e deve aprofundar-se de modo interligado ao problema verde, a resultar em benefícios de renovação do conhecimento e, quem sabe, na revolução do conhecimento.

O Direito, como ciência ou instrumento normativo-jurídico, aqui focado para as relações de consumo, detém papel fundamental nisso. É evidente, porém, que seu potencial de autorrenovação é aviltado quando trabalhado isoladamente de outras temáticas, de outras ciências.

Assim a figurar sempre como tema central de todas as publicações estão as relações de consumo; já a temática cambiante escolhida para este volume passa pelo meio ambiente, e no restante valem aquelas proposições complementares trazidas pelos colaboradores, sendo o seu somatório e a interação reflexiva prestada à verdadeira riqueza deste livro para seu leitor-investigador ou até mesmo para aquele compromissado apenas com uma boa leitura.

É o objetivo maior colocado à prova, e o leitor é o nosso avaliador. Mas é sempre bom reforçar: nenhum dos assuntos carrega consigo a falsa pretensão da esgotabilidade. Aspecto essencial para a função a que se propõe a presente coleção de livros, a de estímulo ao desenvolvimento científico-cultural consumerista.

Portanto, o mais sincero agradecimento aos mais diversos participantes, então responsáveis pelas etapas de construção deste e dos livros que virão, neste que representa um relançamento em novas diretrizes desta coleção de obras especialíssimas.

A primazia nos tratos anteriores sinaliza a clara opção adotada pelos parceiros: Município de Caxias do Sul, por meio do Procon, e a Universidade de Caxias do Sul, na feitura de um trabalho divisor. É o escopo comum.

Agostinho Oli Koppe Pereira
Luiz Fernando Del Rio Horn
Organizadores

Hiperconsumo e a ética ambiental*

Agostinho Oli Koppe Pereira**
Henrique Mioranza Koppe Pereira***
Mariana Mioranza Koppe Pereira****

1 Introdução

O convívio em sociedade – e por consequência, o Direito – está em constante evolução. Desde a Revolução Industrial, até a atualidade, o modo de vida se modificou consideravelmente. Vive-se numa sociedade de sistemas entrelaçados, em que todos se completam. Nessa seara, o Direito, como regulamentador da ação social, deverá acompanhar essas mudanças sob pena de se tornar obsoleto.

Trabalha-se, no presente capítulo, a sociedade moderna, verificando o desenvolvimento do consumo e suas consequências para o meio ambiente, dentro de uma perspectiva que transita entre o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor, analisando os parâmetros sociais implantados nos últimos séculos. A sociedade moderna fez nascer um novo estilo de vida, que acabou por gerar uma sociedade hiperconsumista. Esses aspectos, que se desenvolveram a partir da Revolução Industrial, com o surgimento da produção em massa, deram ênfase a uma programação social baseada numa espécie de caminho para a felicidade total, situado em um horizonte inalcançável.

* Pesquisa desenvolvida no âmbito do Grupo Metamorfose Jurídica, Departamento de Direito Privado e Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, vinculada ao projeto de pesquisa “Direito, Biodireito e consumo”.

** Doutor em Direito; professor da Universidade de Caxias do Sul e coordenador do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica.

*** Mestre em Direito e pesquisador no Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica.

**** Acadêmica de Direito pela UCS, bolsista de iniciação científica BIC/UCS e participante do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica.

A implementação desse estilo de vida, voltada para o consumo, direciona a satisfação pessoal apenas para a compra de bens. Assim, o indivíduo deixa de ser pessoa para ser consumidor e, nessa perspectiva, *consumir é preciso*, fazendo com que os bens sejam cada vez mais consumidos, destruídos e descartados em um ritmo cada vez maior.

O consumidor, que acredita ser livre dentro desse sistema necessita de proteção do Estado por meio do Direito do Consumidor, já que ele é induzido a comprar sem raciocinar, tornando-se vulnerável. Por outro lado, o meio ambiente é prejudicado pela insensatez consumerista, vez que os rejeitos da produção e o descarte posterior dos produtos usados criam um verdadeiro caos ambiental, que induz à necessidade de haver Direito Ambiental, como meio de proteção ao ambiente. Utilizando o método dialético, pretende-se demonstrar a incipiência normativa, tanto do Direito Ambiental quanto do Direito do Consumidor, para a sustentabilidade dos parâmetros estabelecidos pelo sistema implantado pela modernidade.

2 Modernidade e consumo

No século XIX, com a Revolução Industrial em franco desenvolvimento, o consumo também deveria ser incentivado. Era o incremento da produção em massa e das grandes relações comerciais. Iniciava-se então uma nova sociedade, a de consumo.

A modernidade pode ser entendida como aproximadamente equivalente ao “mundo industrial” desde que se reconheça que o industrialismo não é sua única dimensão institucional. Ele se refere às relações sociais implicadas no uso generalizado da força material e do maquinário nos processos de produção.¹

¹ GIDDES, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002. p. 21.

Com o aumento da produção, faziam-se necessários de destinatários. Após a Segunda Guerra Mundial, os EUA necessitavam de uma fórmula para impulsionar sua economia. O economista estado-unidense Victor Lebow propôs, na década de 50, ao presidente Dwight David Eisenhower, uma nova tática social a ser imposta para o desdobramento econômico-social. Nessa seara foi idealizada a exigência de que se fizesse do consumo uma forma de vida, que a compra e o uso de bens fossem um ritual; que a satisfação espiritual e a satisfação do ego fossem buscadas no consumo; que as coisas, fossem consumidas destruídas e descartadas em um ritmo cada vez maior.

Esse novo método para o desenvolvimento econômico foi aceito e imposto rapidamente. Mediante diversos procedimentos subjetivos, essa nova forma de vida foi sendo implementada. A população não percebia que estava sendo manipulada e aderiu à vida consumista de forma entusiástica.

Com o decorrer dos séculos XIX e XX, o consumo aumentou exageradamente, chegando, no século XXI, no que se convencionou chamar de hiperconsumo. A base de toda nossa sociedade se tornou o consumo. A população passou a ser envolvida por publicidades – inicialmente escritas, depois pela fala por meio do rádio, seguindo-se a imagem do cinema e da televisão e, agora, num misto de tudo, pela internet. Esse contorno publicitário que se manifestou e se manifesta de diversos meios, implícitos e explícitos, torna a vida do cidadão manipulada para o consumo. Tudo isso, sem que o indivíduo perceba e, assim, colabore para que o sistema pré-organizado decorra conforme um jogo já jogado.

Nesse sentido, pode-se dizer que foi criada uma subjetividade heterônoma, que elabora a racionalidade cognitiva, moral e estética. Os cidadãos se tornam predeterminados a desejarem produtos apresentados no mercado e acreditam que a felicidade está na aquisição desses produtos. Sobre a pressão social direcionada ao consumo, assinala Bittar:

Comandada por maciça e atraente publicidade, em especial através da mídia eletrônica, a comunicação dessas empresas e de seus produtos, ou de seus serviços, cria, freqüentemente, novos hábitos, despertando ou mantendo o interesse da coletividade, que assimila e adere às mensagens, inserindo-se ou conservando-se no elenco de seus clientes; com isso, sucessivos impulsos de compra são gerados, em todas as partes, aumentando-se o contingente consumidor da população terrestre.²

O consumidor é a base da economia citada por Víctor Lebow, é ele o indivíduo a ser induzido a carregar a economia consumista. Ele se torna um indivíduo manipulado e, assim, hipossuficiente pela sua falta de conhecimentos tanto sobre o produto quanto sobre seus direitos de consumidor. Como disserta Soares:

Abriu-se margens para o surgimento de imensos conglomerados empresariais, a massificação dos processos produtivos e a utilização progressiva de aparatos publicitários nas transações econômicas acarretando profundos desequilíbrios na sociedade de consumo. Daí emerge a figura de um vulnerável consumidor, cada vez mais ameaçado na sua integridade econômica, física e psíquica.³

A subjetividade em questão programa diversas alterações nos modos de vida dos cidadãos. Uma delas é a vida hedonista, agarrada aos prazeres imediatos. Por ela, a população se preocupa em se satisfazer agora, sem preocupações futuras. Uma população hedonista consumirá mais para se satisfazer e consumirá o mais rapidamente possível, e depois procurará outro produto para consumir e se satisfazer novamente. Isso, sem se preocupar com o destino do produto descartado ou com qualquer problema ambiental causado pela exagerada quantidade de produtos

² BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 1-2.

³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13.

descartados ou pela exagerada utilização de matéria-prima para a produção. Essa foi apenas uma das mudanças sociais implementadas subjetivamente pela economia.

Outra alteração foi a velocidade da sociedade. Em todos os sentidos essa sociedade se tornou, e se torna cada vez mais rápida; há mais velocidade na comunicação e mais velocidade nas mudanças de opiniões. Cada dia se vê um novo movimento social surgindo e dias depois decaindo. Tudo muito rápido: a criação da ideia do movimento, a popularização do mesmo e depois seu decréscimo. As pessoas acreditam e desacreditam muito rapidamente. Pode-se perceber uma ligação dessa velocidade com o plano econômico de Victor Lebow, vez que necessitamos que os objetos sejam consumidos e descartados em um ritmo cada vez mais acelerado. Esse ritmo foi imposto, e a sociedade aderiu perfeitamente. As roupas; os gostos musicais, literários, e até as religiões são consumidos, destruídos e descartados em um ritmo cada vez maior.

Essa velocidade já está tão enraizada na sociedade atual, que até os laços afetivos das pessoas estão fragilizados, são líquidos, se constroem e se destroem rapidamente. Como explica o sociólogo polonês Bauman, em seu livro *Amor líquido*, sobre a fragilidade dos laços humanos na modernidade e pós-modernidade, publicado no Brasil pela Editora Zahar, em 2004, a sociedade imediatista, rápida, age com seus relacionamentos como produtos de consumo.

Hoje, amar é como um passeio no *shopping*, visto que, tal como outros bens de consumo, o relacionamento humano deve ser consumido instantaneamente, não requer maiores intimidades nem grandes conhecimentos sobre a pessoa a se relacionar. Em seguida, será logo destruído e, depois, criam-se outros laços com outras pessoas da mesma forma. Assim, construindo laços *afetivos* rapidamente e, logo, desmanchando-os, como um bem de consumo.

Voltando aos produtos propriamente ditos, é lógico que, para sustentar toda essa produção, necessita-se de matéria-prima e lugar para depositar os rejeitos. Nesse campo, o planeta já começa

a dar sinal de insuficiência de condições, tanto no que se refere ao fornecimento de matéria-prima quanto à absorção dos rejeitos.

No aspecto social, também se configuram problemas graves vinculados a esse modo de vida hiperconsumista: embora a modernidade tenha prometido a todos a felicidade por meio do consumo, é indiscutível que nem todos têm acesso aos produtos colocados no mercado, surgindo populações excluídas dessa economia: populações que desejam os produtos, mas jamais os terão. Populações estas que, pela subjetividade, acreditam ser capazes de, em algum dia, consumir. Em outras palavras, acreditam que, em algum dia, poderão existir já que, em nossa sociedade, quem não consome não existe. A subjetividade mantém a esperança dessas pessoas, para que elas não se revoltem e aceitem seu estado de vida por mais degradante que seja. Afinal, lamentavelmente, essas pessoas são necessárias para a sociedade de consumo, como mão de obra barata e, também, para estabelecer um abismo diferenciador entre elas e os que consomem. Abismo este criador do *status* social.

A ostentação, citada anteriormente, consiste em fazer a afirmação do ego dos grandes consumidores. Em outras palavras, a subjetividade heterônoma faz com que os indivíduos acreditem que, ao consumirem mais que a grande maioria, serão mais importantes que essa maioria. O valor do ser humano está no consumir e não mais na sua moral, nos seus atos, no seu amor, ou seja, o poder de consumo dita as novas regras sociais. Quem consome mais tem mais valor. Assim, quanto maior for a população de excluídos melhor será o *status* do grande consumidor. O darwinismo social aparece claro na sociedade moderna.

Esse tipo de pensamento incentivou o consumo para o desenvolvimento da sociedade moderna e continua a incentivá-lo, como forma de manutenção do padrão de vida estabelecido pelos princípios modernos: *ter para ser feliz*. Porém, nos últimos anos, a humanidade “acordou” para os problemas que esse tipo de comportamento cria, tanto no contexto social quanto no contexto que envolve a natureza. No que se refere à natureza,

pode-se verificar que esse sistema econômico-social, implantado pela modernidade, não é sustentável. Ela está dando sinais que se deve mudar a nossa base social, se o desejo é a preservação da espécie humana.

Trabalhou-se, neste primeiro item, em busca de esclarecimentos sobre o contexto social e econômico que motivou e desenvolveu o sistema moderno de sociedade: a configuração de seus pressupostos, de seus desejos, de suas subjetividades, de seu *modus operandi*. Por fim, sinalizou-se a preocupação com a natureza como elemento provedor da possibilidade de continuidade da espécie humana. Após esses estudos, desenvolve-se no próximo item as interferências que o modo de vida moderna exerce sobre a natureza, buscando conhecer as consequências que essas interferências podem trazer para a humanidade.

3 As consequências ambientais advindas do hiperconsumo

No âmbito da natureza, são muitos os problemas ecológicos que resultam da sociedade atual, dos métodos de consumo de energia, de matéria-prima e, principalmente, dos rejeitos dos produtos eliminados no ambiente.

A título de exemplo, podem ser citados: desertificações, buracos na camada de ozônio, alteração da acidez dos mares, degelo das calotas polares, alterações climáticas, alterações das correntes marítimas, improdutividade das terras, entre outros. Na realidade, esses exemplos citados são somente alguns dos problemas ambientais que ameaçam o ecossistema da Terra.

A cada dia se descobrem novos problemas que afetam diretamente o meio ambiente. O protecionismo ambiental deixou de ser uma preocupação para sobrevivência das gerações futuras. A atual geração é a geração futura, vez que as gerações passadas já são a causa dos problemas atuais. Assim, pode-se afirmar que os problemas do meio ambiente não se guardam para o futuro, mas aparecem, em apenas um espaço-tempo, passado/presente/

futuro. Nesse diapasão, somos o futuro do passado e o presente do futuro, mas, pela velocidade que se estabeleceu para a modernidade, pode-se afirmar que os problemas ecológicos advindos do hiperconsumo perpassam a configuração clássica de separação do tempo, para induzir a um *estar agora* inseparável. Somos o que fomos e o que viermos a ser. Os problemas ecológicos devem ser contextualizados de forma una e somente receberão o tratamento adequando quando entendidos como sistemas interligados.

É perceptível que a sociedade consumerista não consegue ver além do consumo, sem pensar em outra coisa do que simplesmente comprar e consumir, tornado-se uma sociedade individualista, em que o social passa ao largo da felicidade buscada. O indivíduo pensa em si e para si, num verdadeiro darwinismo social: os que possuem forças – econômicas – para consumir têm mais poder sobre aqueles que não conseguem consumir em igual nível.

Nesse raciocínio, pessoas são excluídas por esse darwinismo social, e a natureza passa a ser apenas objeto de exploração, cuja valoração se dá, tão somente, pelos aspectos econômicos, que gerenciam o âmbito das chamadas matérias-primas, fazendo com que a natureza se encontre em um patamar de vulnerabilidade sem precedente na História da humanidade, como ecossistema gerenciador da vida sobre o planeta.

O ser humano, transformado em consumidor, é induzido a não pensar sobre o porquê do comprar e consumir. Pela mesma racionalidade, esse mesmo ser consumidor não pensa nas consequências que esse consumo pode trazer ao meio ambiente.

O lucro e o consumo estão à frente de tudo. Não se dá qualquer importância aos métodos utilizados na produção, sendo apenas importante a produção em massa, para o consumo em massa. Os produtos são fabricados com prazo de durabilidade cada vez mais curtos, para que percam suas propriedades em um tempo cada vez mais curto, exigindo do consumidor trocá-los por outros. O conserto de produtos é desincentivado. Trocá-lo por um novo é a linha de pensamento, sem que sejam

verificados os danos ao meio ambiente, resultante dos rejeitos e da utilização de matéria-prima e de materiais poluentes, utilizados para sua produção.

O meio ambiente é deixado de lado, o que importa e produzir e consumir. Danos ao meio ambiente são problemas criados pelos denominados, pejorativamente, de “ecochatos”. Ou seja, se está diante de uma produção sem ética social e, muito menos, ambiental.

À presença do produtor, fabricante ou construtor somente se consolida a ideia do lucro. O meio ambiente, se não for apenas objeto exploratório, passa a ser prejuízo na contabilidade arquitetada na sociedade liberal capitalista. Por outro lado, o consumidor quer satisfazer seus desejos, pois as necessidades já passaram para o segundo plano da existência. E, quando se fala em desejos forjados dentro de uma sociedade moderna hedonista, esse consumidor busca sua satisfação, independentemente de qualquer preocupação com a meio ambiente. *Consumir é preciso*, o restante – danos ambientais, aquecimento global, hidroelétricas que devastam ecossistemas, termoeletricas que poluem a atmosfera, usinas nucleares produtoras de resíduos radioativos – é problema para os cientistas, vez que a ciência, a técnica, tudo resolve.

Essa sociedade criada pela modernidade deixa de lado o homem, como ser, para se preocupar exclusivamente com o ter; deixa de lado a natureza, como meio ambiente simbiótico, que gerencia a coexistência da vida entre o homem, animais e plantas, para tê-la, exclusivamente, como objeto de exploração.

Nessa seara, se configura um ambiente em que o homem luta contra o homem e contra a natureza. Na sociedade distorcida, em que, teoricamente, todos deveriam unir esforços para a progressão de toda a coletividade, o ser humano é transformado em consumidor, deixando de ser valorizado como ente que existe e vale como ser, para ser valorizado apenas em seu poder de propriedade e ostentação de bens de consumo. O *ser* dá lugar ao *ter*. Com essa alteração axiológica, fica difícil a natureza ser valorada como bem da vida. O seu valor só surge quando ela se

torna matéria para produção de produtos, ou seja, objeto de exploração.

A ótica consumista, racionalizada para a aquisição e o descarte cada vez mais rápido, faz com que o indivíduo não analise o trajeto do produto desde sua produção até suas mãos. Exemplificativamente, pode-se trabalhar com a fabricação de um par de alianças de ouro: ao adquiri-las nenhum indivíduo pensa sobre o trajeto feito desde a mineração até a joalheria e, por fim, até seu dedo. Esse não pensar distancia o indivíduo da responsabilidade sobre os danos ambientais gerados para a fabricação. Assim, é de se dizer que, desde o garimpo ou das escavações nas minas até o processo de finalização da joia, são produzidos mais de quinze toneladas de rejeitos para o meio ambiente. Alguém pensa nisso ao adquirir um par de alianças? Ou melhor, alguém tem essa informação? Não. O ouro é tido como sinal de *status*. Na sociedade moderna, financiar a produção de toneladas de rejeitos é *status*.

Em outra perspectiva mais social, não se pode deixar de lembrar cidadãos que também se tornam “rejeitos” – perspectiva de Bauman –, verdadeiros refugos humanos da sociedade. Assim como o lixo, a sociedade produz, cada vez mais, refugos humanos, que se materializam nos de indivíduos, obreiros ou não, que trabalhando ou não na fabricação dos produtos, jamais poderão comprá-los e, por isso, não sendo consumidores ativos, serão colocados à margem da sociedade.

Voltando às questões ecológicas, surgidas com a sociedade moderna, parece ter ficado claro, no presente capítulo, a configuração hedonista do indivíduo e de seus reflexos sobre a natureza, visto que uma sociedade hedonista não se preocupará com o caos ambiental.

O hedonismo faz com que o prazer momentâneo sobrepuje a ideia de preservação do meio ambiente, pois, no caso em pauta, a felicidade está ligada à compra e ao consumo, ao imediatismo, pois numa sociedade hedonista o método de vida é o que supre os prazeres para o momento, sem nenhuma preocupação futura, seja individual seja ecológica.

Nas sociedades ditas tradicionais, antes da modernidade, havia uma clara separação entre presente, passado e futuro. Na sociedade moderna, essas três dimensões se confundem no presente. O presente se revela no mesmo momento em que ele é passado e futuro; portanto, o que interessa é o presente, o *aqui e agora*. Nesse contexto, a sociedade não consegue ver a natureza como vida, mas tão somente como matéria-prima para a obtenção de lucros e produtos.

A racionalidade imediatista criada não consegue ver o valor de uma floresta virgem, que é obra de milhares de anos e se dispõe em forma de ecossistemas simbióticos, agindo não apenas em interação entre os seres mudos da natureza, mas entre eles e os seres humanos, possibilitando o desenvolvimento da vida no planeta. A destruição de uma floresta virgem é, indiscutivelmente, a quebra de ciclos de vidas.

Como afirma Singer:

As vantagens decorrentes da derrubada da floresta – empregos, lucros comerciais, ganho de exportação, papel e papelão mais barato para as embalagens – são vantagens em curto prazo [...]. No entanto, uma vez a floresta derrubada ou inundada, a sua ligação com o passado estará perdida para sempre. Esse é um custo que terão que arcar todas as gerações que nos sucederem neste planeta.⁴

O parágrafo citado anteriormente explicita a inversão de valores da nossa sociedade, sendo mais importante o lucro momentâneo do que a floresta nativa e sua projeção ecológica em longo prazo.

⁴ SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 284.

É de se ter presente que todos os seres que estão presentes no planeta são necessários para a sobrevivência da vida como um todo. Vive-se num planeta em que todos se inter-relacionam, de uma forma ou de outra. Assim, todos têm um valor intrínseco por serem necessários à existência de todos. O ser humano, sendo ser consumista e hedonista, está se colocando fora do sistema vital, baseado na concepção de que ele consegue dominar a natureza, não mais necessitando dela para sua sobrevivência. Porém, nos últimos anos, tem-se verificado o surgimento de contraposições fáticas a essa concepção, vez que o planeta demonstra claramente que não suporta mais a forma exploratória a que vem se submetendo desde a implementação da Revolução Industrial e da criação da sociedade moderna consumerista.

Nas palavras de Faraco pode-se verificar que

a situação atual do ambiente demonstra a insuficiência da ética vigente, antropocêntrica, individualista, incapaz de perceber a íntima ligação entre todos os organismos vivos, em interconexão entre eles e com o meio inorgânico, cujos recursos são exauríveis, razão por que a sua utilização tem de ser prudente e orientada por uma ética da solidariedade, em que sobressaia a responsabilidade transgeracional.⁵

Essa inversão de valores fez com que o homem moderno se voltasse para a tecnologia, para o mundo artificial e deu ênfase a esse novo projeto de vida: uma vida artificial em que a máquina e o computador são os elementos mais importantes de sua existência. Tornou-se mais interessante ver a natureza por meio de imagens em telas *hitech* do que admirá-la diretamente. As tecnologias e as publicidades sobre esses aparatos técnicos fazem com que sejam mais atrativas do que a natureza em si. O *homo*

⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 94.

urbanus quer sentir o cheiro do óleo diesel, pisar no asfalto e adquirir produtos; a criança quer televisão e internet. Eis a difícil tarefa de se estabelecer uma ética voltada para a proteção do meio ambiente.

O mundo artificial tem importância na vida do ser humano nunca visto e, com essa nova perspectiva, desloca o indivíduo da natureza. Eis a dificuldade de se tratar do assunto consumo e meio ambiente, para se buscarem soluções à degradação que se vem enfrentando sobre o planeta. A natureza, como meio ambiente, está distante do homem moderno, como parte de sua existência, embora dela necessite para viver. Nesse sentido, bem coloca Fromm:

Los mundos artificiales de la industria del entretenimiento son más excitantes y cautivadores que el contacto con la naturaleza o la relación con los niños, la noticia transmitida tiene más credibilidad que la conocida de primera mano, es más atrayente relacionarse con desconocidos de Austrália o Califórnia através de Internet que tratar con el vecino, uno se siente más en casa en los mundos virtuales creados por el hombre que entre sus propias cuatro paredes.⁶

Eclipsados por esse mundo *hitech* encantado, deixa-se de lado o mundo real que se convulsiona com: a extração de recursos naturais; com a produção de rejeitos que surgem com a fabricação de produtos industriais; com a criação de uma massa de refugos humanos, que perambulam pelas cidades; com o descarte cada vez mais rápido dos produtos. Tudo isso em uma grande escala, para satisfazer uma população sedenta por consumo.

⁶ FROMM, Erich. *La vida auténtica*. Barcelona: Paidós, 2007. p. 10.

Essa ética consumista moderna se desenvolve mediante um sistema linear cujo limite está na destruição do próprio ser humano, vez que os recursos do planeta são finitos. Passou-se o tempo em que a Terra era grande, e o homem pequeno; hoje, se tem presente que a forma de vida moderna tornou a Terra pequena, insuficiente para sustentar as ambições de um homem que pretende ser maior que o ambiente onde vive.

Para finalizar este item, que se desenvolveu sobre a crítica ao modo de vida moderna, nada melhor do que as palavras de Junges, que afirma:

Os problemas ecológicos não dependem de uma simples solução técnica; pedem uma resposta ética, requerem uma mudança de paradigma na vida pessoal, na convivência social, na produção de bens de consumo e, principalmente no relacionamento com a natureza. Apontam para uma mudança de rota na organização econômico-industrial e político social da sociedade e a conversão das atitudes de consumo e de relacionamento com o ambiente natural e social. Trata-se, no fundo, de mudar a visão de mundo dos contemporâneos. A preocupação ecológica não traz apenas novos problemas, que pedem uma solução, ela introduz um novo paradigma de civilização. A ecologia formula críticas radicais à racionalidade moderna e ao sistema econômico capitalista.⁷

Pelas análises elaboradas neste capítulo, fica evidente que *mudar é preciso*. Faz-se necessário, e urgente, uma nova postura que evidencie novas formas de consumir; novas maneiras de o ser humano se inter-relacionar com a natureza, e, indiscutivelmente, uma modificação radical no pensamento introduzido em nossa sociedade pela denominada modernidade.

⁷ JUNGES, José Roque. *Ética ambiental*. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2004. p. 8.

4 Considerações finais

O ser humano, em seu plano moderno, se distingue da natureza em uma autoexclusão. Cartesianamente, separou o sistema simbiótico do planeta em partes e, pela dissecação, imaginou a possibilidade de sobrevivência da espécie humana, pela exploração e destruição da natureza. Nessa odisséia, não conseguiu perceber que homem e natureza são uma só coisa, coexistindo em um mesmo *habitat*.

A sociedade moderna, que também é denominada de sociedade consumerista, optou, como se pode ver no presente capítulo, pela busca da felicidade individual e, para isso, elegeu o consumo como o elemento fundamental para atingir essa felicidade.

O consumo, indiscutivelmente, é imperativo para aplacar as necessidades de vida do indivíduo; porém, quando ele se transforma desregradamente em escopo para satisfazer desejos, ocorrem problemas tanto em âmbito social quanto ambiental.

Mostrar esses problemas e tentar conscientizar para a procura de uma nova ética, que envolva tanto o social quanto o ambiental, foi o escopo primeiro deste capítulo. Nesse mesmo diapasão, buscou-se demonstrar as dificuldades de ser criada uma ética ambiental na sociedade atual, pois o homem sempre se posicionou, nos últimos séculos, como superior aos outros organismos vivos, tendo a natureza para sob seu domínio.

No que se refere a essa superioridade, ela se evidencia claramente quando se observa que o homem só começou a criar um pensamento ambientalista e a preocupar-se com a natureza quando começaram a surgir problemas ambientais que atingiram o ser humano. Ou seja, o homem só se preocupou com a natureza quando ele começou a ser atingido.

A direção que a sociedade moderna tomou, com a inversão de valores morais, em que o *ter* sobrepuja o *ser*, dificulta o protecionismo ambiental. Com a sociedade predefinida para o consumo, não se consegue uma racionalização sistêmica. Os indivíduos fortificados por uma subjetividade heterônoma, que

os impele ao consumo desregrado, não percebem o que esta acontecendo ao seu redor. Assim, por óbvio, não veem motivos para mudanças paradigmáticas.

Por fim, torna-se indiscutível que esse sistema utilizado na sociedade moderna não faz sentido algum, pois o caos ambiental fica fácil de ser visualizado. Dentro desse sistema linear, a sociedade afundará no próprio lixo – rebotalhos humanos criados pela exclusão social e montanhas de entulhos e rejeitos produzidos – criado pela sociedade de consumo.

Referências

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

FROMM Erich. *La vida auténtica*. Barcelona: Paidós, 2007.

GIDDES, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

JUNGES, José Roque. *Ética ambiental*. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2004.

SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: M. Fontes, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007.

A sociedade de consumo e o desenvolvimento sustentável

Adir Ubaldino Rech*

1 Introdução

Inicialmente trata-se da natureza do consumo, da sua questão antropológica e do direito fundamental de consumir. A seguir enfoca-se a capacidade do homem de produzir bens e a dicotomia entre a valoração dos bens naturais e dos bens criados. Finalmente, aborda-se o consumo, como elemento importante do desenvolvimento, perpassando para a necessidade de regras urbanísticas adequadas para se atingir o desenvolvimento sustentável.

2 É da natureza humana produzir e consumir bens

É da natureza humana produzir e consumir bens. A sociedade capitalista em que vivemos é resultado dessa natureza humana. Mas o homem é dotado de inteligência, de racionalidade e por isso pode e precisa fazer algumas reflexões científicas sobre a forma de produção de bens, a hierarquização dos bens consumíveis, a devolução dos resíduos à natureza, com vistas à efetiva garantia de sobrevivência e de dignidade das presentes e futuras gerações.

A produção de bens de consumo não é um mal, como muitos pregam, mas obviamente é um bem, uma necessidade nascida da natureza do próprio homem na sua luta de sobrevivência, de segurança e dignidade.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná; professor na graduação e no Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul.

A primeira razão que leva o homem a buscar provimento de bens é o instinto de segurança alimentar. O homem não é a cigarra que fica cantando todo o verão para morrer no inverno; ao contrário faz como a formiga que no verão abastece sua casa de alimentos para sobreviver no inverno. Portanto, a produção de bens é uma questão antropológica, inerente ao próprio homem, que busca prevenir a própria sobrevivência, o bem-estar e sua dignidade. Além disso, consumir alimentos é um direito fundamental do cidadão, pois é a base primeira da preservação da vida. Pode-se matar o homem de forma violenta, e isso está tipificado como crime no Código Penal, mas também pode-se matar o homem, negando-lhe alimento, mas isso não está tipificado como crime, pois na construção do direito também tem influência a perspectiva teológica, bíblica, que afirma que o homem comerá pão com o suor do seu rosto; portanto precisa trabalhar para produzir alimentos.

Ao agregar valor, formas diferentes àquilo que está em potência na natureza, o homem busca multiplicar, armazenar e criar novos bens.

A segunda razão é também antropológica, pois, por questão de segurança, o homem busca um lugar para morar e, conseqüentemente, esse desejo de construir um local ideal para viver possibilita a transformação dos bens potencialmente existentes, em moradias mais dignas do que o esconderijo debaixo das pedras ou as cavernas utilizadas no passado. Nesse sentido afirma Munford:

Antes da cidade, houve a pequena povoação, o santuário e a aldeia; antes da aldeia, o acampamento, o esconderijo, a caverna, o montão de pedras; e antes de tudo isso, houve certa predisposição para a vida social que o homem compartilha, evidentemente, com diversas outras espécies animais.¹

¹ MUNFORD, Lewis. *A cidade na história*. Trad. de Neil R. da Silva. São Paulo: M. Fontes, 1998. p. 203.

Ao longo dos anos, o homem foi aperfeiçoando sua forma de morar, com casas mais seguras, mais confortáveis e mais belas, não pelo simples instinto consumista, mas por conta de sua natureza humana de necessidade de segurança, bem-estar e dignidade.

Também por força de sua natureza social, de convivência, o homem necessita comunicar-se. Primeiro criou a linguagem, depois a escrita e, depois, meios mais sofisticados, como o telefone, o rádio, a televisão, para que pudesse mesmo a distância comunicar-se e relacionar-se com mais pessoas. Nenhum bem é produzido que não seja uma tentativa mais eficiente, mais rápida e mais segura de garantir a satisfação de necessidades antropológicas do próprio homem. A grande parte da produção de bens, hoje, destina-se a suprir essa necessidade de comunicação, tornando a convivência, não apenas uma mera possibilidade quando presente, mas uma realidade mesmo quando as pessoas se encontram em espaços e tempos distintos. A tecnologia da comunicação supera espaço e tempo e torna o homem transcendente e presente em diferentes lugares e tempos ao mesmo tempo.

Da mesma forma pode-se afirmar a necessidade de transporte. O homem não inventou a roda, o automóvel e o avião apenas por uma simples aventura, mas porque a sua natureza social, sua necessidade de convivência, de comunicar-se, sua dependência em relação aos demais homens, obriga-o a andar e estar em outros lugares que não conseguiria fazê-lo sem um sistema de transporte mais rápido do que as suas próprias pernas.

A produção de bens é, portanto, uma necessidade antropológica, e o consumo é um direito fundamental, quando visa a suprir as necessidades naturais e sociais inerentes ao próprio homem. Não foi o capitalismo que inventou a produção de bens ou a transformação dos bens potencialmente existentes na natureza. O capitalismo apenas facilitou a troca desses bens. No princípio, o homem tinha dificuldade para trocar ou para se desfazer dos bens que tinha em excesso e adquirir outros que não tinha e dos quais necessitava. O capitalismo apenas agregou

a moeda, uma mudança que facilitou a troca, pois ela significa qualquer bem e com ela o homem pode comprar todos os bens que necessita consumir.

Portanto, essa capacidade imensa de produzir bens, riquezas, alimentos, conforto, tecnologia não tem outra finalidade senão a necessidade de multiplicar a produção de melhorar a utilidade dos bens, visando a atender às necessidades humanas de forma mais plena, rápida e eficiente. O consumo, nessa perspectiva, é sem dúvida um direito fundamental, que assegura a sobrevivência, o conforto, o bem-estar e a qualidade de vida. O consumo cria novos empregos indispensáveis para o homem adquirir bens necessários, como alimentos, vestuário, meios de comunicação, meios de transporte, etc., que nada mais fazem do que atender às necessidades antropológicas do homem e a sua própria dignidade.

3 Dos bens naturais e dos bens criados

Os bens artificialmente criados sempre foram comercialmente os mais procurados, por força de uma sociedade de consumo que perdeu a hierarquia real do valor dos bens. Na realidade, hoje se consome mais bens do que se necessita e valoriza-se forma equivocada bens que não se precisa, mas que são meramente objetos de desejo, de consumo por força da natureza humana culturalmente artificializada de exigências antropológicas.

Há bens, como o ar que se respira, a que não dá-se valor algum, que nunca se necessita pagar, mas que, sem dúvida, é muito mais útil, muito mais necessário do que outros bens que se trabalha uma vida para adquirir. Sem ar, estamos mortos em questão de minutos. No entanto, não gastamos um minuto de nossa vida para preservá-lo. Talvez seja porque é um bem natural que esteja disponível na natureza e porque não exige trabalho para produzi-lo. Mas ignoramos que o tempo que a natureza trabalhou para disponibilizá-lo a todos nós foram séculos, milhões de anos e que é um bem de valor imensurável e insubstituível.

Meu avô sempre dizia, há muitos anos atrás, que um dia, se não cuidássemos, teríamos que comprar água para beber. Eu, um menino, que tomava água fresquinha no poço cristalino, na sanga ou no rio, achava estranho e impossível que isso viesse a ocorrer, pois a água estava abundante correndo em riachos e cascatas. Era só apanhar quanto quiséssemos, sem que com isso ela deixasse de continuar correndo abundante. Hoje, quando compramos água potável para tomar, podemos facilmente concluir que, no futuro, se não revertermos essa tendência de desrespeito aos bens naturais e se não tivermos uma conduta de precaução e prevenção, vamos ter dificuldade inclusive de encontrar água potável.

Nesse sentido afirma Caubet:

As projeções realizadas para o futuro são dramáticas. Estima-se que a demanda de água dobra a cada vinte anos, ou seja: duas vezes mais rápido do que o crescimento demográfico mundial. Nesse ritmo, em 2025, a demanda poderá superar a oferta em 56%. Quatro bilhões de pessoas não terão os suprimentos necessários para suas necessidades básicas, e dois terços das pessoas sequer terão acesso à água potável.²

A conduta do homem em relação aos bens disponibilizados em potência na natureza, desde os tempos mais antigos até hoje, sempre foi imediatista, irracional, sem respeitar os princípios da prevenção e precaução, tão necessários para evitar que o ar puro que respiramos desapareça, que a água potável de que necessitamos para beber não apenas esteja poluída nos rios, mas sequer exista disponível nas prateleiras dos supermercados.

Não há dúvidas de que, se continuarmos tendo essa postura irracional, de inversão de valores em relação aos bens de consumo, especialmente não dando a devida importância aos

² CAUBET, Christian Guy. *A água, a lei, a política e o meio ambiente?* Curitiba: Juruá, 2005. p. 21.

bens disponíveis na natureza, um dia não apenas vamos respirar ar poluído como já vem ocorrendo em várias cidades do planeta, mas vamos morrer asfixiados, e só vai sobreviver quem tiver dinheiro para comprar, nos supermercados, máscaras com tubos de oxigênio para respirar.

Aliás, hoje, já se fala em Pagamento pela Prestação de Serviços Ambientais. Nesse sentido inclusive, já está tramitando no Congresso Nacional um projeto de lei buscando exatamente inverter a escala de valores em relação à importância dos produtos que necessitamos consumir.

Pereira afirma, nesse sentido, “[...] que percebe-se que a crise ambiental verte de uma irracionalidade ecológica dos padrões humanos de consumo, poder, produção e capital, além de uma forte busca por crescimento tecnológico, científico e econômico”.³

Não se trata de condenar o crescimento tecnológico, científico e econômico, mas de utilizá-lo para produzir bens dos quais efetivamente necessitamos e que contribuam para o desenvolvimento sustentável, com garantia de bem-estar, de qualidade de vida e de dignidade da pessoa humana.

Há necessidade sem dúvidas de rever condutas, racionalizar o valor dos bens e conceituar o que seja efetivamente desenvolvimento sustentável, sob o manto dos princípios jurídicos ambientais da prevenção e da precaução.

Nesse sentido, afirma Butzke:

Uma análise, ainda rápida, mostra que na mesma velocidade das conquistas e da geração de bens, estamos marchando para o esgotamento de grande parte de nossos recursos naturais. Estamos gerando níveis insuportáveis de poluição: estamos perdendo nossa biodiversidade e nossa água potável. Talvez devamos

³ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. *Direito Ambiental e Biodireito*. Caxias do Sul: EducS, 2007. p. 23.

redimensionar nosso *modus vivendi* e até mesmo nosso paradigma de desenvolvimento, buscando a sustentabilidade.⁴

A ordem equivocada, ou a inversão de valores em relação aos bens mais importantes e que estão em potência na natureza, nos reporta a Aristóteles que afirmava que do nada não nasce nada. Tudo está em potência na natureza. O homem apenas pratica atos dando forma ao que já existe na natureza. A natureza é o ponto de partida de todos os atos e de toda a realidade. É o que possibilita o (não ser) praticar atos e agregar valor e efetividade a essência potencialmente existente na natureza.⁵ Ocorre que a prática de atos humanos não apenas tem dado forma ou tornado efetivo o uso dos bens que potencialmente existe na natureza, conforme sabiamente admitia Aristóteles, mas vem destruindo as próprias potencialidades, a essência dos bens naturais, inviabilizando a prática de novos atos, a criação de novos bens, porque esses atos irracionais não apenas dão forma ao que está em potência na natureza, mas matam, destroem a essência das potencialidades existentes. Aristóteles viveu em outro contexto da história, mas suas ideias permanecem como uma reflexão incontestavelmente atual.

4 A produção de bens de consumo e o desenvolvimento sustentável

O homem tem demonstrado uma criatividade imensa de agregar valor e multiplicar bens potencialmente existentes na natureza, buscando satisfazer a natureza e a necessidade de consumo do homem, utilizando a tecnologia, mas não tem tido a mesma criatividade, a mesma preocupação em devolver os resíduos desses bens consumidos à natureza, sem causar dano, sem destruir as potencialidades existentes.

⁴ BUTZKE, Arlindo (Coord.). *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Caxias do Sul: Edues, 2006. p. 15.

⁵ SCIACCA, Michele Federico. *História da Filosofia*. Trad. de Lus Washinton Vita. São Paulo: Mestre Jou, 1999. p. 91-97.

A utilização de tecnologia para transformar os bens que estão em potência na natureza tem um enfoque apenas na sustentabilidade econômica e no lucro. Mas a utilização dessa mesma tecnologia para devolver à natureza os possíveis resíduos desse produto consumido, sem causar degradação, passa obrigatoriamente pela preocupação com o desenvolvimento sustentável e que não diz respeito apenas àqueles que se beneficiam com produtos produzidos, mas a toda a sociedade das presentes e futuras gerações. Nesse sentido, afirma Simioni “que um planejamento ecológico é um plano de sustentabilidade de um contexto de degradação, enquanto o econômico é um plano de lucratividade em um contexto de prejuízos”.⁶ E conclui o professor:

Uma decisão ecológica sobre redução no consumo de recursos naturais ou substituição de processos produtivos por tecnologias mais limpas precisaria enfrentar mais alternativas de possibilidades do que ela poderia realizar, de modo que um planejamento ecológico reduz essas possibilidades com foco na realização dos objetivos da decisão ecológica, isto é, a sustentabilidade do empreendimento.⁷

A sustentabilidade de cada empreendimento implica um planejamento jurídico do ordenamento urbanístico. Simioni afirma “que o planejamento jurídico é um plano de licitude em um contexto de ilicitude”,⁸ o que não é totalmente aplicável ao ordenamento urbanístico, que entendemos ser um planejamento jurídico de formas e restrições de ocupação, de produção de bens e de destinação ou devolução, ambientalmente correta, dos resíduos dos bens consumidos. Ocorre que o ordenamento

⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito Ambiental e sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 203.

⁷ Idem.

⁸ Ibidem, p. 204.

urbanístico vigente ocupa-se apenas com o empreendimento, mas ignora onde e como serão devolvidos os resíduos dos produtos do empreendimento consumidos.

A devolução desses bens consumidos, ou os resíduos desses bens, à natureza, de forma sustentável, é sem dúvida uma necessidade imperiosa. Precisamos um planejamento jurídico, ou seja uma legislação adequada e utilizar a tecnologia disponível para assegurar a devolução dos resíduos à natureza, sem causar nenhum impacto ambiental.

Ninguém quer parar o processo de desenvolvimento do homem e, conseqüentemente, da sua forma de viver melhor e com dignidade. Por isso, busca-se o denominado *desenvolvimento sustentável*, um conceito em construção, mas que nada mais é que a ocupação racional dos espaços, mediante normas urbanísticas sustentáveis; a produção de bens retirando e utilizando de forma equilibrada e sustentável os recursos naturais; o direito ao consumo de bens decorrente de um processo cultural de hierarquia de valores e a devolução dos resíduos desses bens consumidos à natureza, sem causar danos irreparáveis ao meio ambiente.

O art. 2º do Estatuto da Cidade nos traz, como garantia de direito às cidades sustentáveis, “o direito à terra urbana, ao saneamento ambiental, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer às presentes e futuras gerações”. São, na verdade, novos direitos que se constituem em direitos subjetivos do cidadão. Nesse cenário, Caramuru, ao comentar o Estatuto da Cidade, afirma: “O direito a cidades sustentáveis é um direito público subjetivo, na medida em que se trata de uma autorização conferida pelo ordenamento jurídico à cada cidadão, que assim passa a ser titular do poder de exigir da administração pública a efetividade deste direito”.⁹

E acrescenta Caramuru:

⁹ CARAMURU, Francisco Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. São Paulo: J. Oliveira, 2001. p. 26.

É, de todo modo, uma tentativa de o legislador demonstrar que o habitante não tem apenas um desejo, um sentimento, um ideal a ser alcançado pelo Poder Público, mas que é portador de um direito e, como tal, pode exigir seu cumprimento por parte dos governantes sob pena de sanção, que é estabelecida pelo próprio Estatuto da Cidade.¹⁰

Sundfeld leciona, ao se referir ao direito da cidade sustentável, que não se trata de um direito individual, mas social, o que impõe aos municípios uma política cientificamente correta de disponibilização à sociedade do direito à sustentabilidade, o que hoje não vem ocorrendo.¹¹ São palavras textuais de Sundfeld:

[...] dispositivo não pretendeu outorgar esses direitos individualmente e em caso concreto, mas garanti-los como reflexo da obtenção do equilíbrio (da cidade sustentável). Em outros termos: a população tem o direito coletivo a uma cidade sustentável, o que deve levar à fruição individual das vantagens dela decorrentes.¹²

Fica expresso, na diretriz do Estatuto da Cidade, que o direito à cidade sustentável exige uma conduta não apenas presente, mas cientificamente correta e “de modo a beneficiar as presentes e futuras gerações”,¹³ o que significa dizer que hoje superamos a fase da história de reconhecimento de direitos, mas necessitamos avançar na construção de uma gestão pública, não apenas fundamentada em políticas e ideologias, transformadas em planos de governo eleitoreiros, mas que os planos de governo decorram de um planejamento cientificamente adequado, capaz de dar

¹⁰ Ibidem, p. 27.

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Estatuto da Cidade e suas diretrizes. In: DALLARI, Dalmo (2007. p. 54-55).

¹² Ibidem, p. 55.

¹³ Expressão utilizada pelo Estatuto da Cidade.

segurança jurídica a direitos individuais e sociais indiscutíveis, bem como propiciar desenvolvimento sustentável, com segurança de bem-estar e dignidade às presentes e futuras gerações. A mera satisfação da população ou aparência de bem-estar no presente não significa garantida de futuro. Os governantes serão responsabilizados um dia por administrações eleitoreiras, sem compromisso com o futuro e que não foram capazes de pensar mais longe do que o imediatismo de suas reeleições ou permanência no poder.

Caramuru afirma que a sustentabilidade é um direito subjetivo,¹⁴ mas logo em seguida acrescenta, em relação a algumas políticas necessárias para construir um processo permanente de trabalhar a sustentabilidade, “que na verdade se está diante de um direito social, de forma que sua efetivação dependerá de recursos”.¹⁵ É preciso acrescentar que não se trata apenas de recursos, mas também e principalmente da adoção de normas urbanísticas de ocupação sustentáveis, que vão muito além da simples ocupação física dos espaços, mas de zoneamentos adequados ao uso e bem-estar da população, de normas de procedimentos de industrialização e produção de bens ambientalmente corretos e da utilização da mesma criatividade e tecnologia de produção na devolução dos resíduos dos bens consumidos à natureza. Para produzir um bem, utilizam-se engenheiros, métodos de Física e Química de primeira geração, sendo a matéria-prima importada e transportada de avião, mas, para devolver o resíduo à natureza, depois do bem-consumido, deixa-se para o catador de lixo, que o faz sem nenhuma tecnologia, utilizando como transporte uma carrocinha improvisada de restos de resíduos. Enquanto não houver normas de direito que obriguem a utilização da mesma tecnologia de produção para devolver à natureza os resíduos dos bens consumidos, continuaremos contribuindo para violar o direito fundamental social a uma cidade sustentável.

¹⁴ CARAMURU, op. cit., p. 26.

¹⁵ *Ibidem*, p. 27.

Caramuru tem razão quando está se referindo à necessidade de financiamento de políticas públicas, como: moradia, transporte, lazer, como elementos da cidade sustentável preconizada pelo Estatuto da Cidade. Mas moradia, transporte e lazer são meros elementos da estrutura de sustentabilidade de uma cidade, porque o conceito de sustentabilidade passa por um ordenamento jurídico que defina: uma ocupação adequada do espaço urbano e rural; um processo de produção cientificamente correto de bens e uma forma de devolução a natureza dos resíduos dos bens consumidos, sem nenhum impacto negativo ao meio ambiente.

5 O urbanismo e o desenvolvimento sustentável

Esse ordenamento jurídico a que se fez referência pode nascer de reflexões e pesquisas das nossas universidades, das comunidades científicas, dos investimentos em tecnologia de nossas empresas, mas passa obrigatoriamente pela legitimação do parlamento municipal, mediante o planejamento jurídico de normas de direito, cuja competência material é, em última instância, dos municípios, pela natureza essencialmente urbanística das normas a serem produzidas.

Urbanismo é a ciência e arte de construir, ocupar, reformar, embelezar a ocupação e estabelecer normas para a não ocupação.

Urbanismo deriva de *Ur* que significa lugar ocupado, independentemente se esse lugar é na cidade ou é no campo. Depois, derivou-se para *urbe* que significa cidade.

Urbanismo, hoje, designa o estudo organizado da ocupação humana sobre a Terra, que implica construir sobre os espaços, produzir sobre os espaços e devolver os resíduos sobre o espaço. Portanto, não diz mais respeito apenas a um determinado lugar, mas tem relação com a ocupação sobre a *orbe*, o que nos leva a concluir que não se trata mais de urbanismo, mas de *urbanismo*, pois os efeitos da ocupação têm consequências não apenas em um determinado lugar, mas em todo o globo. É o caso do efeito-estufa, das mudanças climáticas, etc.

Não há dúvidas de que precisamos pensar de forma global a necessidade de suprir os bens de consumo, a necessidade de assegurar essa produção com a necessidade de que tudo isso não afete o bem-estar das gerações presentes e futuras.

Galbraith, nesse sentido, assevera:

Os problemas ambientais emergem do impacto dessa produção e desse consumo sobre a saúde, o conforto e o bem-estar contemporâneos da comunidade como um todo. E advém de seus efeitos futuros, inclusive e esgotamento dos recursos naturais agora tão abundantemente disponíveis e consumidos. As manifestações de dano contemporâneas são penosamente familiares – poluição do ar e da água, o grande e crescente problema da remoção do lixo, o perigo imediato à saúde de produtos e serviços distribuídos e a poluição visual da intromissão das atividades de produção e de vendas, em particular a atividade de vendas varejistas, sobre a paisagem urbana e rural. Com certa frequência, a má condição de saúde e a poluição visual juntas.¹⁶

Colabora nesse sentido Silva, dizendo que “urbanismo objetiva a organização dos espaços habitáveis visando à realização da qualidade de vida humana”.¹⁷

O Estatuto da Cidade, como legislação geral de direito urbanístico, traz a sustentabilidade também como um princípio de direito, que direciona a obrigatoriedade de todas as normas de direito urbanístico serem instrumento de garantia do desenvolvimento sustentável, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao

¹⁶ GALBRAITH, John Kenneth. *A sociedade justa: uma perspectiva humana*. Trad. de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996. p. 95.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 31.

lazer para as presentes e futuras gerações, na forma do art. 2º, inciso I do Estatuto da Cidade. É uma norma superior que subordina as demais normas urbanísticas. Portanto, qualquer norma de direito urbanístico que comprometa a sustentabilidade é ilegal e passível de ser declarada sua ilegalidade.

O referido princípio encontra-se também amparado no art. 225 da Constituição Federal, que assegura a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A palavra sustentabilidade, hoje muito utilizada, não é um mero conceito político, ideológico ou que possa ser construído por ordenamentos positivados ou por decisões de tribunais. Mas é um conceito contextualizado inerente à natureza de cada realidade, epistêmico e em constante construção científica. É um verdadeiro princípio, porque está no começo, como base, premissa de todo um sistema de direito urbanístico.¹⁸

Mas, textualmente, o Estatuto da Cidade define a sustentabilidade como diretriz geral, isto é uma meta a ser atingida mediante um ordenamento urbanístico adequado. Para o cidadão, entretanto, cidade sustentável se constitui em direito subjetivo social, que deve ser assegurado no ordenamento jurídico e disponibilizado concretamente, no processo de construção do projeto de cidade e de município.

Todas essas normas são objeto do Plano Diretor Municipal e do ordenamento urbanístico dos municípios, que é complementado pelo Código de Obras, Código de Posturas, Código Tributário, entre outros. A inexistência de um plano diretor que contemple um ordenamento jurídico, que assegure a cidade sustentável e um meio ambiente ecologicamente equilibrado, descumpra a diretriz do Estatuto da Cidade e incorre o administrador em improbidade administrativa, podendo ser inclusive objeto de ações populares.

É importante que se observe que o Estatuto da Cidade não fala de preservação do meio ambiente na forma radical, como é

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 229.

tratado pelos ecologistas, pois, se assim fosse, não haveria por que definir normas gerais de direito urbanístico, isto é de ocupação. O Estatuto, quando se refere à cidade sustentável, adota a preservação do meio ambiente como conceito de equilíbrio ambiental.¹⁹ O Estatuto da Cidade também não trata a ocupação e o desenvolvimento, como objetivos, mas como instrumentos de equilíbrio. O desenvolvimento não significa crescimento, mas equilíbrio, assim como a preservação do meio ambiente não tem objetivo em si mesmo, mas é mero instrumento de equilíbrio. Ambos, desenvolvimento e preservação do meio ambiente, portanto, são instrumentos do Estatuto da Cidade, utilizados para construir o equilíbrio, indispensável à construção de uma cidade sustentável.

6 Investimentos prioritários para assegurar desenvolvimento sustentável

A construção de uma cidade sustentável implica também investimentos em grandes obras de estruturação da ocupação, da destinação final do lixo e do saneamento ambiental, que não rendem votos na mesma proporção que os recursos destinados ao consumo de geladeiras, televisores, bolsa-família, transporte gratuito, etc.

De outra parte, investimento na área de saneamento, depois de feita a ocupação desordenada, torna-se praticamente impossível, devido ao elevado custo. Além disso, como não é uma obra vistosa, não tem retorno eleitoral e, por isso, não é prioridade. Os prefeitos preferem investir em postos de saúde, pois, embora o povo adoça pela falta de saneamento ambiental, o fato de ser tratado e curado no posto de saúde vincula o eleitor ao político.

¹⁹ Art. 1º. Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta lei. Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social, que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, *bem como do equilíbrio ambiental.*

É importante observar que não há cidadania, tampouco dignidade da pessoa humana, com cidades desordenadas, não planejadas e com ocupações urbanas ou rurais sem sustentabilidade ambiental, social e econômica. É preciso equilibrar saneamento ambiental com moradia, com trabalho, com infraestrutura urbana, com lazer para as presentes e futuras gerações. É preciso estabelecer cientificamente um padrão ideal de qualidade de vida. E as regras urbanísticas da cidade precisam assegurar a sustentabilidade desse padrão de qualidade de vida cientificamente construído. Portanto, as regras urbanísticas devem priorizar investimentos de ocupação correta, equilibrando o financiamento da produção de bens com a destinação final dos resíduos desses bens consumidos. É o desenvolvimento sustentável um tema que desafia a ciência, as universidades, mas que precisa urgentemente ser definido e adotado um planejamento jurídico de ordenamento urbanístico sustentável.

Quando uma determinada cidade vive uma crise de desemprego e, para isso, se criam incentivos para atrair novos empreendimentos, justifica-se a derrubada de umas árvores para viabilizar o investimento. Mas, quando a falta de árvores, de áreas verdes em uma cidade é fator de desequilíbrio ambiental, de comprometimento da qualidade do ar, da água, de aquecimento, de alagamentos e duvidosa qualidade de vida, justifica-se a necessidade de preservar, plantar novas árvores e criar novos parques e espaços verdes. Quando a falta de bens de consumo compromete a sobrevivência, a qualidade de vida e a dignidade das pessoas, é necessário agregar, produzir novos bens. Mas, quando a devolução dos resíduos desses bens consumidos compromete a qualidade do ar, da água e do ambiente ecologicamente equilibrado, é sinal de que estão faltando condutas de sustentabilidade.

Não há dúvidas de que se somos capazes de dar novas formas, agregar novos elementos e mais utilidade aos bens potencialmente existentes na natureza, somos também capazes de fazer o mesmo ao devolvê-los. Isso é sustentabilidade.

O Estatuto da Cidade, no seu inciso VIII do art. 2º, afirma que há necessidade de produção de bens e serviços compatíveis com a sustentabilidade. Nesse sentido, Pereira, ao comentar o dispositivo legal, leciona que “o plano diretor do Município terá a tarefa de fazer a interação e o equilíbrio sustentável entre o meio ambiente, o social e o econômico”.²⁰

Além disso, fica expressa a necessidade de organização e adoção de políticas em todo o território do município, como pressupostos da sustentabilidade.²¹

Os administradores que doravante não tiverem essa preocupação serão lembrados como exemplo do que não podia ter sido feito, do que efetivamente não foi feito e por terem dado causa e comprometido à qualidade de vida das gerações futuras, a ponto de não encontrarem água potável para beber e ar para respirar nem nos supermercados.

7 Considerações finais

O homem é um ser consumista por natureza. Tem necessidades fundamentais, como: de alimentar-se, vestir-se, morar, comunicar-se, de deslocar-se, etc., que tornam o consumo uma questão antropológica e um direito fundamental.

Buscando assegurar essas necessidades fundamentais, além dos bens naturais disponíveis na natureza, o homem tem buscando multiplicar e garantir novos bens de consumo. Mas problemas, como: o consumo desenfreado, a forma de produção desses bens, a não utilização da mesma tecnologia para devolvê-los à natureza e a desordenada ocupação humana têm sido as principais causas da poluição e degradação ambiental.

O problema se resolve com a adoção de normas urbanísticas de ocupação, industrialização e destinação final dos resíduos dos bens consumidos, buscando não inibir a produção e multiplicação

²⁰ PEREIRA, Luis Portela. *A função social da propriedade urbana*. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 58.

²¹ Art. 2º, inciso VIII do Estatuto da Cidade: adição de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob a sua área de influência.

de bens, por meio da tecnologia, mas assegurando o desenvolvimento sustentável.

Referências

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BUTZKE, Alindo et al. (Coord.). *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Caxias do Sul: Educs, 2006.
- CARAMURU, Afonso Francisco. *Estatuto da Cidade Comentado*. São Paulo: J. Oliveira, 2001.
- CAUBET, Christian Guy. *A água, a lei, a política e o meio ambiente?* Curitiba: Juruá, 2005.
- GALBRAITH, John Kenneth. *A sociedade justa: uma perspectiva humana*. Trad. de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.
- MUNFORD, Lewis. *A cidade na história*. Trad. de Neil R. da Silva. São Paulo: M. Fontes, 1998.
- PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. *Direito Ambiental e Biodireito*. Caxias do Sul: Educs, 2007.
- PEREIRA, Luis Portela. *A função social da propriedade urbana*. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- SCIACCA, Michele Federico. Trad. de Lus Washinton Vita. *História da Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito Ambiental e sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Estatuto da Cidade e suas diretrizes. In: DALLARI, Dalmo. 2007.

Desenvolvimento sustentável e consumo: a busca do equilíbrio entre o homem e o meio ambiente*

Cleide Calgaro**

1 Introdução

A ameaça mais perigosa ao meio ambiente de nosso planeta pode ser a busca desenfreada por poder e benefícios que a relação de consumo nos traz, representando uma das graves ameaças estratégicas que se enfrenta na atualidade.

Estuda-se o desenvolvimento sustentável, desmembrando-o da seguinte forma:

a) um estudo do homem – de cunho filosófico/social/natural – sua visão atual de mundo, suas falhas e soluções para lidar com a contingência natural, buscando uma sincronia com o meio ambiente que o cerca. Também, se busca a que o mesmo perceba os erros cometidos e tente uma reestruturação de vida e conceitos;

b) um estudo do meio ambiente. O que ele é, seus diversos tipos e sua finalidade no atual contexto planetário, além de verificar a função do planeta Terra e os benefícios do mesmo para a humanidade;

c) um estudo do desenvolvimento sustentável, que busca a harmonia entre o ser humano/social e o meio ambiente

* Este artigo foi desenvolvido no Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica, da Universidade de Caxias do Sul, dentro da pesquisa *Direito, energia e meio ambiente*, com apoio da UCS e do CNPq.

** Mestre em Direito (UCS); professora na Universidade de Caxias do Sul (UCS); pesquisadora no Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica (UCS).

planetário, buscando, de certa maneira, um novo caminho para que as presentes e vindouras gerações possam usufruir de um meio ambiente saudável para todos;

d) um estudo das possibilidades e soluções no que tange ao tratamento da problemática ambiental, na busca da sustentabilidade; aqui cria-se a tríade poder, racionalidade e consumo, sendo que, no interior, acoplará a sustentabilidade. Nessa tríade, objetiva-se analisar o fato de que a natureza não deve ser observada somente sob o aspecto econômico – visão mecanicista e/ou cartesiana – e como um bem de consumo exacerbado. A relação de consumo evoluiu no decorrer dos tempos, mas é importante que a mesma busque uma racionalidade para atingir a sustentabilidade, da qual poderá haver futuras operações de consumo. Sendo assim, é importante a sintonia/harmonia desses vértices da tríade, para que se possa atingir o interior da mesma, ou seja, a sustentabilidade.

2 O homem e sua verdadeira função na natureza

A humanidade, no século XXI, vive uma crise ambiental marcada pela ingerência do homem sobre o meio ambiente, desrespeitando os limites impostos pela natureza, visando à busca do poder econômico e esquecendo do fator primordial de todos: a preservação das espécies e o cuidado a um meio ambiente sustentável para as gerações presentes e futuras.

O ser humano² está voltado para uma visão antropocêntrica, por ela, o mesmo se considera ser supremo e senhor de tudo,

² O ser humano se caracterizou como tal, historicamente, a partir do momento em que adquiriu *consciência*, isto é, a ciência de sua própria existência em um mundo, ou seja, um grande (talvez infinito?) conjunto de objetos e seres constituindo, para ele, uma *unidade*, na medida em que aparentava exibir uma certa *coerência* e até uma *dinâmica interna* (na verdade, uma unidade da sua *representação consciente*, segundo Kant). Esse conjunto coerente e dinâmico de objetos (ou a sua representação mental) pode ser denominado *natureza*. (BRANCO, Samuel Murgel. **Ecossistêmica**: uma abordagem integrada dos problemas do meio ambiente. 2. ed. São Paulo: Edgard Blücher, 1999. p. 145). O que identifica o homem como um ‘ser especial’ é o fato de não agir apenas por instinto: é a sua liberdade permitida pela racionalidade. A liberdade – mais ainda que a racionalidade – constitui o atributo exclusivo do ser humano, tornando-o ‘convencional’. (BRANCO, op. cit., p. 153). Como todo olhar sem fundo, como os olhos do outro,

desvinculando-se da ideia de que deve viver em harmonia com a natureza. Nesse ponto de vista, a relação entre o ser humano e a natureza é uma forma de dominação daquele sobre esta.

Como relação a isso, Carvalho, assim se posiciona:

A visão antropocêntrica, panteísta, está profundamente arraigada em nosso universo mental e deita raízes nas origens de nossa civilização atual. Os nossos valores culturais vêm insistindo, praticamente sem interrupção no decurso histórico, na predominância absoluta do ser humano sobre a natureza e sobre os demais seres. A ideia de domínio total impõe, numa categoria de dever moral, a subjugação do não-humano. Dominar, impor, transformar, criar novas realidades materiais parece ser uma determinação inelutável ligada ao destino de “ser humano”.³

Adiante afirma que a essa visão ocidental, essencialmente antropocêntrica, solipsista, a filosofia oriental contrapõe uma compreensão mais abrangente, na qual o homem se situa tão somente como um elemento componente do macrocosmo, não como seu “dono e senhor”.⁴

O homem precisa aprender a ser homem novamente, voltando a ter a sincronia com a natureza, respeitando-a em sua integralidade e complexidade. O homem precisa entender essa recepção do imprevisível. Sabe-se que o homem deseja um destino, um rumo, uma meta, mas é necessário para isso estar em harmonia com o contexto que o engloba.

esse olhar dito “animal” me dá a ver limite abissal do humano: o inumano ou o a-humano, os fins do homem, ou seja, a passagem das fronteiras a partir da qual o homem ousa se anunciar a si mesmo, chamando-se assim pelo nome que ele acredita se dar. (DERRIDA, Jacques. *O animal que logo sou*. Trad. de Fábio Landa. São Paulo: Unesp, 2002. p. 16).

³ CARVALHO, Carlos Gomes de. *O que é Direito Ambiental: dos descaminhos da casa à harmonia da nave*. Florianópolis: Habitus, 2003. p. 16.

⁴ *Ibidem*, p. 18.

A sociedade que se quer pós-moderna deve clamar por uma nova visão, uma visão mais moderada, longe de ser antropocêntrica; sendo assim, é importante que busque uma visão biocêntrica; na ótica de Nalini:

Somente a ética pode resgatar a natureza, refém da arrogância humana. Ela é a ferramenta para substituir o deformado *antropocentrismo* num saudável *biocentrismo*. Visão biocêntrica fundada sobre quatro alicerces/convicções: “a) a convicção de que os humanos são membros da comunidade de vida da Terra da mesma forma e nos mesmos termos que qualquer outra coisa viva é membro de tal comunidade; b) a convicção de que a espécie humana, assim como todas as outras espécies, são elementos integrados em um sistema de interdependência e, assim sendo, a sobrevivência de cada coisa viva bem como suas chances de viver bem ou não são determinadas não somente pelas condições físicas de seu meio ambiente, mas também por suas relações com os outros seres vivos; c) a convicção de que todos os organismos são centros teleológicos de vida no sentido de que cada um é um indivíduo único, possuindo seus próprios bens em seu próprio caminho; d) a convicção de que o ser humano não é essencialmente superior às outras coisas vivas. Esse o verdadeiro sentido de um “existir em comunidade”.⁵

Surge um grito silencioso, proferido por quem não sabe gritar (verbalmente), mas que grita com ações, que mostra a angústia; a natureza se levanta da opressão, e o desejo encantado do homem cai por terra. É importante uma nova visão sistêmica da vida, recriando novos conceitos, novos paradigmas.

Nesse campo de atuação, pode-se trazer à baila a importância da ética, vez que a mesma preocupa-se com as formas humanas

⁵ NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001. p. 3. (Grifo do autor).

de resolver as contradições entre as necessidades e as possibilidades, entre o presente e o passado, entre o tempo e a eternidade, entre o coletivo e o individual, entre o físico e o psíquico, entre a inteligência e a vontade.

Vivemos uma crise profunda, em que são necessárias mudanças de paradigmas e a busca da ética, para que possa haver o equilíbrio entre o homem e a natureza e para que não se instale o caos e a destruição do planeta.

O homem teve grandes realizações no decorrer de sua existência: deixou suas pegadas na Lua, mas na Terra, o mesmo deixou um rastro de destruição: riachos sendo poluídos, matas sendo devastadas, pesticidas acumulam seus efeitos nocivos nas cadeias alimentares, enfim, a beleza está sendo destruída mediante o avanço devastador da expansão urbana.

Nessa perspectiva, os seres humanos e o meio ambiente estão em rota de colisão,⁶ pois essas atividades humanas, voltadas para a busca de um poder econômico, vão se extinguir junto com a humanidade.

A cultura ocidental está voltada ao capitalismo, ao mecanicismo – visão cartesiana – e à busca de consumismo exagerado. Parte-se do pressuposto de que é o próprio homem que está sob o fogo cruzado da crescente destruição. Sonhar é preciso, mas o mais importante é realizar, concretizar. A terra

⁶ Como afirma Nasr, os domínios da natureza tornaram-se uma “coisa” desprovida de sentido e, ao mesmo tempo, o vazio criado pelo desaparecimento deste aspecto vital da natureza humana continua a viver no infinito da alma dos homens, manifestando-se de várias maneiras, algumas vezes violenta e desesperadamente. Além do mais, mesmo esse tipo de existência secularizada e urbanizada está ameaçado pela própria dominação da natureza que tornou possível, de forma que a crise causada pelo confronto do homem e da natureza e a aplicação das modernas ciências da natureza à tecnologia tornaram-se uma questão que preocupa a todos. E, vai além, afirmando que os perigos gerados pelo domínio do homem sobre a natureza são muitos bem conhecidos para necessitarem de elucidação. A natureza tornou-se dessacralizada para o homem moderno, embora este mesmo processo tenha sido levado à sua conclusão lógica apenas no caso de uma pequena minoria. Além disso, a natureza passou a ser considerada algo para ser utilizado e desfrutado ao limite máximo possível. (NASR, Seyyed Hossein. *O homem e a natureza*: espírito e matéria. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. p. 18-19).

clama por possibilidades de sobrevivência. A vida é um jogo, e novos jogos vão surgindo, abrindo espaço para a complexidade humana e planetária.

A imaginação trabalha contra as diferenças, mas ornamenta a tendência da cegueira e do silêncio, do escrúpulo e da destruição. É preciso um desejo humano de mudar a vida, de mudar as ideias, de buscar um equilíbrio, uma nova meta, um novo caminho. Então, fazem-se necessárias mudanças fundamentais e urgentes. Se se almeja evitar a destruição, é preciso uma educação ambiental para todos os cidadãos, iniciando-se no Ensino Fundamental até ao Superior. Também é preciso um governo compromissado com a defesa ecológica e com o homem, além de um planejamento e de fiscalização no uso dos recursos naturais; um controle rígido sobre a poluição industrial, como, por exemplo, o despejo de dejetos nas águas e a poluição do ar, entre outros.

É preciso a criação de reservas florestais e de uma política florestal que conserve as diversidades biológicas, levando a comunidade a ser parceira ativa na realização dessa política, além de fiscalizadora da fauna e da flora.

Também necessita-se de uma melhoria das condições de vida e de trabalho das populações menos favorecidas, dando-lhes condições de saúde, acesso à educação, nos três níveis de ensino, à cultura e ao lazer. Vê-se que a melhor forma de tratar essa questão é assegurar a participação de todos os cidadãos interessados, tanto em nível nacional como internacional, pois é preciso que haja integração entre povos e nações.

Acredita-se que poderá haver harmonia entre o ser humano e o meio ambiente; para isso é preciso que exista uma nova consciência, e o homem tenha em mente que não é ser supremo, mas que deve valorizar o meio em que vive. Só assim se chegará à tão sonhada harmonia entre povos e natureza.

Na opinião de Gabeira, viver na Pré-História indica que o mais importante ainda está por vir, e que os habitantes do futuro contemplarão com paciência nossos primeiros passos, nossas primeiras quedas. Resta desejar que tenham condições de

contemplar alguma coisa no fim desse longo processo de luta pela sobrevivência planetária.⁷

Assim, aprender é ousar. O homem precisa ousar em suas ideias, (re)aprender a viver e buscar novas ideologias, na busca de uma sociedade melhor, que valorize a economia dos recursos naturais, buscando seus objetivos, mas em consonância com a natureza.

Para Arendt:

A vida humana na medida em que se empenha ativamente em fazer algo, tem raízes permanentes num mundo de homens ou de coisas feitas pelos homens, um mundo que ela jamais abandona ou chega a transcender completamente. As coisas e os homens constituem o ambiente de cada uma das atividades humanas, que não teriam sentido sem tal localização; e, no entanto, este ambiente, o mundo ao qual viemos não existiria sem a atividade humana que o produziu, como no caso de coisas fabricadas; que dele cuida, como no caso das terras de cultivo; ou que o estabeleceu através da organização, como no caso do corpo político. Nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos.⁸

Na visão de Arendt, todo ser humano precisa viver em comunidade, ou seja, em sociedade, mas é necessário que esse homem compreenda o sistema natural, compreenda que é parte desse sistema, que é parte da complexidade que envolve esse sistema.

⁷ GABEIRA, Fernando. Poder Legislativo. In: TRIGUEIRO, André (Coord.). *Meio Ambiente no século 21*: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento. p. 285.

⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 31.

A paixão é o alimento que fortalece a liberdade, que dá vida. A paixão é a arte de procurar vencer as tiranias impostas pelos conceitos, por ideias arraigadas em uma cultura. A paixão vence tiranias, defronta excessos, ignora absurdos aceitos pela racionalidade. Necessita-se reinventar a paixão e evitar uma sociedade consumista e melancólica. Deve-se apelar ao sonho, à busca de novas ideias, à busca de um mundo melhor.

É preciso reescrever a história, retirar dos confins da alma humana uma nova concepção de mundo, fazer com que esse mundo ressurja, e que todas as gerações possam usufruir o mesmo. Assim, para mudar a vida é preciso reinventá-la. A História não é feita pelo conformismo, ela depende da criação do novo, da busca de novos caminhos e de novos ideais.

Como exterioriza Pierre Lévy, é preciso olhar o mundo de hoje com os olhos do mundo de amanhã, não com os do mundo de ontem. Ora, os olhos de amanhã são os olhos planetários. As fronteiras são as ruínas, ainda de pé, de um mundo em revolução. A travessia das fronteiras é a nova pulsação da Terra.⁹

E vai além, explicando que o homem acaba sendo predador do próprio homem:

Os homens se ajudam mutuamente (e às vezes se matam mutuamente) para explorar a Terra como sua única fonte de riqueza. O homem se tornou predador universal. Seu principal objetivo é, a partir de agora, o próprio planeta: o petróleo, o carbono, o vento, o átomo, o sol, o clima, as paisagens, o solo, o ar, a água, o mar, os animais, as plantas, a biodiversidade...¹⁰

O mundo se transforma a partir de novas perspectivas que vão se alterando e buscando novas formas, novas nuances, se mesclando com a realidade, formando um processo, regenerador das coisas.

⁹ LÉVY, Pierre. *A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência*. Trad. de Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Editora 34, 2001. p. 33.

¹⁰ *Ibidem*, p. 49.

Dessa maneira, somos céus atravessados por nuvens de energia vindas da profundidade dos tempos. Quanto mais acreditamos que somos alguém, mais somos ninguém. Quanto mais sabemos que não somos ninguém, mais somos alguém.¹¹

Quando o homem entender a natureza como um nicho vital para a sua sobrevivência, o mesmo entenderá a necessidade e a viabilidade, a importância e o caminho para a sua preservação.

A ausência de valores, com que, de certa forma, se vive, faz com que o homem seja castrado pela suas próprias ideias e conceitos; assim, o homem pós-moderno – alimentado de falsos absolutos –, seduzido, perde o elo com a vida.

Paradoxalmente, esse mesmo homem entra num mundo maravilhoso da comunicação, do consumo, do poder e acaba se convertendo num andróide frio e calculista, isolado do contexto planetário que o cerca. A íntima ligação com o mundo acaba se esvaindo num mar de enigmas existenciais. É de fundamental importância entender que o enigma da natureza desdobra-se em enigma do homem.¹²

O homem que busca controlar a natureza, fazendo da mesma um meio de comércio, esquece que ele é extremamente dependente dela. No que tange ao critério dominação, o homem, desde os primórdios dos tempos, buscou ser dono da natureza. Um exemplo foi a busca de poder pela *terra*. Já, na atualidade, o poder gira em torno do *petróleo* e da *água*.

Morin e Kern salientam:

Dominar a natureza? O homem é ainda incapaz de controlar sua própria natureza, cuja loucura o impele a dominar a natureza perdendo o domínio de si mesmo. Dominar o mundo? Mas ele é apenas um micróbio no gigantesco e enigmático cosmos. Dominar a vida? Mas mesmo se pudesse um dia fabricar uma bactéria, seria

¹¹ LÉVY, op. cit., p. 174.

¹² OST, François. *A natureza à margem da lei*: a ecologia à prova do direito. Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Portugal: Instituto Piaget, 1995. p. 295.

como copista que reproduz uma organização que jamais foi capaz de imaginar. E acaso ele saberia criar uma andorinha, um búfalo, uma otária, uma orquídea? O homem pode massacrar bactérias aos milhares, mas isso não impede que bactérias resistentes se multipliquem. Pode aniquilar vírus, mas está desarmado diante de vírus novos que zombam dele, que se transformam, se renovam... Mesmo no que concerne às bactérias e aos vírus, ele deve e deverá negociar com a vida e com a natureza. O homem transformou a Terra, domesticou suas superfícies vegetais, tornou-se senhor de seus animais. Mas não é o senhor do mundo, nem mesmo da Terra.¹³

A humanidade precisa de novas fantasias, de novos rumos, de novas buscas, as quais permitem fundar um sistema permanente, mas não opressivo, de controle das atitudes destrutivas. A tecnologia rouba a capacidade humana de sonhar, de idealizar, mas, ao mesmo tempo, pode ser o caminho para a salvação do que foi destruído; tudo isso depende da forma como a mesma se cria e como a mesma é utilizada.

A seguir discute-se a questão do meio ambiente, a necessidade de sua preservação e sua importância para o ser humano.

3 O meio ambiente

O meio ambiente é um problema da atualidade, o planeta Terra vive um momento de inúmeras transformações. Na verdade, o seu equilíbrio ecológico está, de certa maneira, sendo rompido, acarretando diversas consequências e perigos para a humanidade e a todos os seres vivos existentes. Como argumenta Guattari,

¹³ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra pátria*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 176.

o planeta Terra vive um período de imensas transformações técnico-científicas, em contrapartida das quais engendram-se fenômenos de desequilíbrio ecológicos que, se não forem remediados, no limite, ameaçam a vida em sua superfície. Paralelamente a tais perturbações, os modos de vida humano individuais e coletivos evoluem no sentido de uma progressiva deterioração.¹⁴

Destarte, a proteção do meio ambiente não se refere apenas à conservação, mas à coordenação e à racionalização do uso dos recursos, com a finalidade de preservar o futuro do homem e do planeta. Consta-se que existe uma variedade de fatores que se somam ao processo de desequilíbrio e perturbação do meio ambiente.

Segundo Carvalho, a expressão meio ambiente tem, nesse sentido, uma extraordinária abrangência. Ela abarca absolutamente todos os elementos que compõem a biosfera.¹⁵

O art. 3º, I, da Lei 6.398/81, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, estabelece um conceito de meio ambiente, e Silva assevera:

Meio ambiente integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o *meio* em que se vive. Daí porque a expressão “meio ambiente” se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra “ambiente”. Esta exprime no conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos. O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, o ar, a

¹⁴ GUATTARI, Élix. *As três ecologias*. Trad. De Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, SP: Papyrus, 2004, p. 3.

¹⁵ CARVALHO, op. cit., p. 39.

flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.¹⁶

Cristalizando as ideias referentes ao conceito de meio ambiente, que deve ser considerado em sua totalidade, percebe-se a importância do mesmo para o ser humano, sendo fundamental para a sua sobrevivência. O meio ambiente é um direito de todos, ou seja, é um sistema de valores universais.

Verifica-se que o planeta Terra vive grandes transformações – econômicas, sociais, políticas, tecnológicas, científicas –, mas, a bem da verdade, é o equilíbrio ecológico que está sendo violentamente ameaçado e rompido pela humanidade.

Aludindo, então, à Constituição Federal de 1988, percebe-se que a mesma possui um capítulo específico sobre Meio Ambiente – art. 225 –, tentando tutelar não só o meio ambiente natural, mas também o artificial, o cultural e o do trabalho. Foi a partir da mesma que houve essa preocupação constitucional com o meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

Essa Lei Magna reconheceu que as questões concorrentes ao meio ambiente são de extrema vitalidade para o contexto social, seja pelo fato que se refere à preservação de valores que não são mensurados na economia, seja pelo fato de o meio ambiente ser um dos princípios constitucionais fundamento na atividade econômica.

Portanto, diante das diversas realidades ambientais e das formas de situações concretas que se verificou, faz-se necessário um exame que estabeleça critérios abertos para a apuração dos danos causados ao meio ambiente, desvencilhando-se das

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 20. O conceito normativo de meio ambiente encontra-se estabelecido no art. 3º da Lei 6.983, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. A referida Lei, estabelecida no regime constitucional anterior, foi firmada com base no art. 8º, inciso XVI, alíneas c, h e i, da Carta de 1967. A Lei foi recebida pela atual Lei Fundamental, fato que foi confirmado pelas suas sucessivas reformas. (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 45).

amarras tautológicas e paradoxais para a preservação do planeta. Todavia, livres de deteriorações e decréscimos, que defrontem a dura realidade da destruição planetária e da espécie humana.

Assim, o Direito Ambiental é de certa maneira uma ciência nova, porém autônoma, mas com certa interdependência com as outras ciências, isso para a busca da solução da problemática ambiental existente. Alguns autores colocam o Direito Ambiental como um direito de terceira geração, pois suas regras estão vinculadas à proteção do coletivo.

Portanto, a conquista do equilíbrio entre o progresso, o desenvolvimento econômico, o social, e a utilização de recursos naturais exige um planejamento territorial que tenha diretrizes limítrofes para a sustentabilidade. Faz-se necessário que se atinja uma justiça social, cujo desenvolvimento econômico e a defesa do meio ambiente caminhem lado a lado, atendendo às necessidades do presente, sem comprometer as gerações futuras.

Entra-se, na era do pensar, na era do tempo, em que o bem e o mal é parte do paradoxo existencial humano, a natureza é um bem, necessita de preservação, para que as gerações vindouras, mediante a complexidade do tempo, possam usufruir a beleza, os encantos e a magnitude da mesma.

Adiante, tratar-se-á da congruência do ser humano com o meio ambiente para a possível busca de um desenvolvimento sustentável.

4 O ser humano em congruência com o meio ambiente: a busca do desenvolvimento sustentável

O desenvolvimento sustentável está ligado à palavra *progresso*, que significa tecnologias, máquinas, ciência, dinheiro, poder, indústrias, cidades que, paradoxalmente, gerou enormes desequilíbrios, que se refletem no meio ambiente, nos seres humanos e em toda nossa sociedade. Se, por um lado, o progresso é importante à sociedade para que haja um crescimento econômico, por outro, é gerador de miséria e de degradações ambientais.

E, como exhibe Bauman,

esta é a questão: o “progresso” não representa qualquer qualidade da história, mas a *autoconfiança do presente*. O sentido mais profundo, talvez único, do progresso é feito de duas crenças interrelacionadas – de que “o tempo está do nosso lado”, e de que “somos nós que fazemos acontecer”. As duas crenças vivem juntas e morrem juntas – e continuarão a viver enquanto o poder de fazer com que as coisas aconteçam encontrar sua corroboração diária nos feitos das pessoas que as professam. Como diz Alain Peyrefitte, “o único recurso capaz de transformar um deserto na terra de Canaã é a confiança mútua das pessoas, e a crença de todos no futuro que compartilharão”. Tudo o mais que possamos querer dizer ou ouvir a “essência” da idéia progresso é um esforço compreensível, ainda que fútil e equivocado, de “ontologizar” aquele sentimento de fé e autoconfiança.¹⁷

Assim, o progresso possui um preço, mas deve-se questionar: quanto se deve pagar? Da forma como vem sendo explorado contribui para destruir o meio ambiente, e, com isso, a natureza e o planeta Terra, o que parece ser um preço muito alto.

O ser humano, em sua visão antropocêntrica, age e não percebe que a poluição e a destruição ecológica avançam em todas as direções: no ar, no solo, na água, nos alimentos e principalmente nele mesmo. A poluição manifesta-se em todos os sentidos, tanto auditiva, quanto visual, olfativa e do paladar. Desenvolve-se na degradação da flora, nas agressões à fauna, na destruição das paisagens e na deterioração do perfil urbanístico.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001. p. 152.

Destarte, a degradação ambiental surge do crescimento desordenado e da globalização da economia, originando uma crise de civilização, que questiona a racionalidade dos sistemas sociais, os modos de produção, os valores e os conhecimentos que o sustentam.

A questão ecológica não se esgota na necessidade de ofertar novas bases ecológicas aos processos produtivos, de inovar tecnologias para reciclar os resíduos contaminados, de incorporar normas ecológicas aos agentes econômicos, ou mesmo de valorizar o patrimônio de recursos, não só naturais, como também culturais, para que se possa chegar a um desenvolvimento sustentável em harmonia com a natureza.

Como afirma Carvalho, para atingir o desenvolvimento sustentável, e a mais alta qualidade de vida para todos, os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e consumo e promover políticas demográficas adequadas.¹⁸

Para que exista um desenvolvimento sustentável, será necessário que se entenda a diferença entre as diversas formas do crescimento e poder, ou seja, do progresso. Nas atuais condições, o progresso não conduz a igualdades sociais, à satisfação de um povo, à justiça; ao contrário, beneficia poucos, que acumulam riquezas em detrimento de uma maioria carente nos diversos sentidos.

O desenvolvimento sustentável, então, preocupa-se com uma melhor condição de vida para todos, levando em consideração uma qualidade ambiental; o mesmo acredita na humanização do ser humano e não nas riquezas.

Assim, vê-se que o desenvolvimento sustentável exige, de certa maneira, um planejamento no que tange ao crescimento do desenvolvimento – progresso –, mas os cidadãos devem participar e tomar conhecimento de sua condição neste planeta e em seus projetos, tanto sociais como políticos, que devem

¹⁸ CARVALHO, op. cit., p. 80.

apontar para um ordenamento ecológico e retomar valores inerentes à espécie humana.

Para que exista a concretização dos objetivos, na busca de um desenvolvimento sustentável, são importantes:

a) um novo sistema social, que dê um fim à erradicação da pobreza e à má-distribuição de renda, sendo um dos males do século e que assola parte da população, o qual tem que ser extirpado de maneira urgente. Todos devem ter seus direitos sociais garantidos, afinal os mesmos são uma garantia constitucional;

b) um sistema de freios para o crescimento desordenado do poder; é essencial que o homem entenda as diversas faces e a complexidade do poder, para que o mesmo possa fazer o uso devido do mesmo;

c) uma nova ética cultural, que legitimará os direitos culturais e ambientais das populações, constituindo novos movimentos ambientalistas. Também deve haver a conscientização dos cidadãos, pois não basta ter conhecimento, é necessário disseminá-lo entre os povos; os cidadãos necessitam ser informados das condições que o planeta se encontra e precisam tomar parte disso, conscientizando-se na busca por um mundo melhor a todas as gerações;

d) uma nova ética política, pois a mesma deve possuir novas ideologias, novos conceitos, novos paradigmas voltados a auxiliar o poder constituinte em suas necessidades essenciais, abrindo mão da corrupção;

e) a preservação da natureza e de seus recursos, os quais são essenciais a todos, pois sem os mesmos não se tem condições de sobreviver neste planeta e, conseqüentemente, haverá a extinção das espécies;

f) uma integração internacional, na qual todos os países busquem na ciência formas de preservar a natureza.

Verificou-se que, neste século, entra-se na História, como um período de expansão tecnológica e científica, com descobertas geniais, mas com o legado de um desequilíbrio ambiental que

ameaça a continuidade da vida dos seres humanos no planeta Terra.

Em resposta à crise ambiental, a sociedade deve buscar o envolvimento de todos os setores que a compõem, além de iniciar uma nova relação entre o homem e o meio ambiente que o cerca. Devido à complexidade das questões ambientais, o desenvolvimento só é possível a partir do equilíbrio nas relações entre as dimensões sociais, políticas, ecológicas, econômicas, espaciais e culturais.

A superação da crise ambiental sobrepuja modificações nas prioridades dos Estados, impõe mudanças individuais, uma vez que o ser humano é o principal agente das transformações ambientais, e que suas escolhas pessoais ou mesmo sociais e políticas, continuam sendo, de certa maneira, trilhadas em um caminho ecologicamente insustentável. Também deve-se começar a valorizar a economia dos recursos naturais e preservar biodiversidade.

Por fim, deve-se verificar que a ameaça ao meio ambiente não vem somente da tecnologia, mas das formas, das condições como ela é criada e utilizada. Dessa maneira, o desenvolvimento sustentável depende de uma construção de novos paradigmas, tanto de cunhos pessoal como governamentais e estruturais, de vontades políticas e de uma participação dos cidadãos.

O antropocentrismo, segundo o qual o ser humano é o centro da existência do planeta, é uma ilusão criada que vem servindo de justificativa à apropriação da natureza pelo homem. Ao contrário disso, o ser humano é extremamente dependente das relações ecossistêmicas.

5 Possibilidades e soluções de tratamento da problemática do meio ambiente

Na atualidade, houve um crescente despertar de consciência ética em relação a diversos tipos de desafios levantados pelos avanços científicos e pelo progresso econômico. A humanidade começa a perceber que nem todas as descobertas científicas, nem

todas as vantagens tecnológicas trazem somente benefícios para a sociedade, podendo ser geradoras de problemas devastadores.

A natureza passa por diversas dificuldades, entre elas, a comercialização de seus recursos naturais pelo ser humano, a falta de preservação da qualidade ambiental e dos “seres mudos” da natureza, bem como o descaso e a falta de racionalidade humana, além da busca desordenada/descontrolada do poder e da dificuldade de um crescimento sustentado.

Como afirma Condesso:

[...] o planeta terra encontra-se, hoje, perante o dilema de viver uma “civilização” industrial e agrícola poluidora, conter uma população que cresce a um ritmo galopante e ter um patrimônio e recursos naturais, incessantemente, degradados pela humanidade, à escala mundial. Como vimos, os problemas ambientais situam-se, hoje, entre as principais questões mundiais.¹⁹

A humanidade sempre utilizou e utiliza recursos naturais para seu benefício, sendo eles: a água, o solo, a alimentação, os minerais e o próprio ar, sem o qual não existiríamos, formando, dessa maneira, uma relação de consumo do homem *versus* meio ambiente.

Isso é um fator gerador de desequilíbrio entre as nações, gerando má-distribuição de poder, falta de racionalidade, um consumo demasiado, tirando a possibilidade de sustentabilidade. Adiante, vê-se que os países desenvolvidos são os maiores emissores de poluição e devastadores da natureza, enquanto os em desenvolvimento pagam um alto preço no balanço do progresso alcançado. O fato é que a distribuição de renda deve ser equilibrada; assim os percalços mundiais podem ser solucionados. Nalini salienta que, para os economistas, riqueza

¹⁹ CONDESSO, Fernando dos Reis. *Direito do ambiente*. Portugal: Almedina, 2001 p. 39.

é o acesso a um suprimento sempre crescente de bens materiais, cada vez mais diversos e sofisticados.²⁰

É importante a busca de uma visão mais realista no que se refere ao equilíbrio entre o crescimento do progresso e da humanidade, tornando-se de vital importância a busca da conscientização e da sobrevivência planetária.

Na ótica de Wilson,

hoje em dia, tornou-se necessária uma visão mais realista do progresso humano. Por toda parte, a superpopulação e o desenvolvimento desordenado estão destruindo os habitats naturais e reduzindo a diversidade biológica. No mundo real, governado igualmente pela economia natural e pela economia de mercado, a humanidade está travando uma guerra feroz contra a natureza. Se continuar assim, obterá uma vitória de Pirro, na qual primeiro sofrerá a biosfera e depois a humanidade.²¹

Destarte, nesse contexto, percebe-se o quanto necessária se faz a preservação da biodiversidade natural e a busca de um crescimento sustentado, em que a economia de mercado cresça, mas de forma ordenada, menos cruel, antagônica e paradoxal.

Assim, este momento se mostra um momento de crise, não somente de cunho ecológico, mas de valores – crescimento, consumo, racionalidade, justiça, equidade – quando coincide também com o paradoxo da busca de esperança na continuidade das espécies.

²⁰ NALINI, op. cit., p. 241.

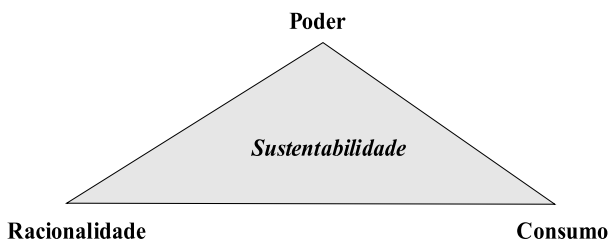
Lévy manifesta-se: o que é riqueza? Espaço de consciência convenientemente explorado. Segundo esse ponto de vista, o processo de criação da riqueza compreende três pólos dinâmicos relacionados: o pólo da invenção, o pólo da exploração ou da tradução econômica da invenção, o pólo do meio favorável à invenção e à sua exploração econômica. (LÉVY, op. cit., p. 60).

²¹ WILSON, Edward Osborne. *O futuro da vida: um estudo da biosfera para a proteção de todas as espécies, inclusive a humana*. Trad. de Ronaldo Sérgio de Biasi. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 64.

Também tem caráter urgente e necessário que o homem se afaste dessa visão antropocêntrica que o acompanha, arraigada em seu ser e que busque novos valores, tanto sob a ótica consumerista como sob a ótica do crescimento e da busca de progresso e de poder econômico.²²

É importante focar que o drama humano cresce a cada dia, com a ameaça da escassez de água no planeta, com ciclones, furacões, com a contaminação do solo e dos lençóis freáticos, com a poluição industrial, enfim, com as diversas catástrofes naturais e as aceleradas pelo homem. Assim, nesse contexto, busca-se uma nova ética de valores humanos, uma nova fase para o poder e a busca de uma sustentabilidade para a relação de consumo humano, com base na racionalidade.

Quando se fala em desenvolvimento sustentável, surge a tríade: poder, racionalidade, consumo e, no centro, a sustentabilidade, assim disposta e, a seguir. Esses elementos componentes da tríade serão detalhadamente analisados em sua importância, suas fundamentações e sua função na constância social, além de verificar sua viabilidade para a solução da problemática existente em nossos dias, ou seja, para a busca do tão desejado desenvolvimento sustentável – a sustentabilidade.



²² Economia, na visão da autora Clarissa Ferreira Macedo D'Isep, em seu livro acima citado *Direito Ambiental Econômico e a ISSO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISSO 14000*. São Paulo: RT, 2004, p. 39, é a transformação de recursos para a satisfação das necessidades e bem-estar do homem. Os elementos dessa transformação, denominados *fatores de produção*, são os seguintes: trabalho, capital e matéria-prima (natureza), que, ao gerarem bens e serviços (tidos como fluxos reais), desencadeiam uma série de relações, que afetam diretamente a qualidade de vida humana, às quais podemos atribuir um caráter difuso e revelador da interação do homem da sociedade de consumo com o seu meio. Já na visão de Demari, em seu livro *Direito Ambiental Econômico: a economia seria a ecologia em movimento*, sendo o homem o seu movimentador. (2001).

Nessa tríade, percebe-se que, enquanto o poder for considerado o núcleo motor/propulsor da sociedade (tudo gira em torno do mesmo); a racionalidade humana estiver voltada a uma visão antropocêntrica (o homem é dono e senhor de tudo, proprietário das coisas), e o consumo for feito de forma exacerbada (tornar a natureza como um meio de comércio, retirando dela todos os recursos, não lhe dando nada em troca, ou seja, não retribuindo de alguma maneira os recursos dados), jamais chegar-se-á à sustentabilidade (que é o equilíbrio entre os fatores poder, racionalidade e consumo, ou seja, quando se chegar ao objetivo final, de equilíbrio, também, chegar-se-á à tão sonhada e visada sustentabilidade).

Então, faz-se necessário tornar o *poder* um fator secundário, para o mesmo não seja fonte de ânsia do ser humano. O homem deve buscar entender a complexidade do poder, entender suas diversas formas de se portar, somente assim chegará ao encontro de um saber humano sistematizado e justo. Também deve entender que o tempo ordena a vida; é uma dança de forças subjulgadas, cujos poder e vida são processos suspensos no tempo e no espaço e, que a História pode ser construída na certeza e na incerteza, na vida e na morte, na ação e na inércia, na mudança e na não mudança; eis aí o paradoxo da complexidade existencial do ser humano, da complexidade da vida e da natureza.

O poder nega o caráter – imprevisível –, o mesmo provoca a indiferenciação dos desejos, das buscas, dos sonhos, acaba tornando-se operacional, manifestando-se numa relação subjulgada de forças, sem unificações. Esse poder reprime, mas, ao mesmo tempo, traz benefícios, produzindo realidades e verdades. Para transgredir o mundo, é necessário transgredir o poder. É preciso reescrever o futuro das fronteiras da humanidade, transformando-as e quebrando-lhes as amarras impostas.

A *racionalidade* humana deve estar voltada para uma visão biocêntrica, preocupada com todos os seres que a cercam, além de verificar que o ser humano não é dono e senhor de tudo, mas parte do todo, além de ser extremamente dependente das relações

ecossistêmicas. A racionalidade encontra-se em uma encruzilhada – da vida e da evolução, da emergência e da novidade, da tecnologia e da história – quando o tempo se cristaliza marcado pela verdade e pelo sentido, pela morte da infinitude e finitude da existência.

O mundo da vida se refigura no sentido da existencialidade, por meio de códigos próprios, de ciclos de realimentação e de reprodução; de valores e de identidades subjetivas. A racionalidade deve evitar a hipertrofia do real, vislumbrando um novo sentido à vida, ao mundo, pela reconstrução da subjetividade, a partir da diferença existente entre o ser e o ter. A racionalidade necessita de um fundamento, de um novo paradigma de existência, de uma nova ótica.

O *consumo*²³ deve ser ordenado para satisfazer as necessidades básicas da humanidade, sem tornar a natureza um meio de comércio. Quando se atingem esses objetivos, chegar-se-á à sustentabilidade, pois todos os fatores inerentes a ela estarão em equilíbrio constante. O consumo permite transformar a vida – para o bem e para o mal –, pode ser chave de luz ou a escuridão dos tempos. O consumo, mal-utilizado pode produzir o abismo que desemboca na exploração e na dependência, na inclusão e na exclusão, enfim, na crise econômica ou no equilíbrio.

A *sustentabilidade* é a porta para que a relação homem/natureza seja completa e harmônica, andando em sincronia; a sustentabilidade é a compreensão do mundo numa visão sistêmica e ecológica da sociedade.

²³ Para Pereira, o conceito de consumidor está atrelado ao conceito de consumir, uma vez que, sem este, não há consumidor. Segundo Aurélio, consumir é gastar ou corroer até à destruição; deostrar, destruir, extinguir. (PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da Ação social e o Direito do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 77). O CDC definiu *Consumidor, fornecedor, produto e serviço*, deixando de definir consumo. Com isso, deixou à doutrina tal tarefa. Parece importante, pois, investigar o conhecimento fornecido pela economia, uma vez que o *consumo* é um dado também ligado à ciência econômica. Embora o consumo receba regulamentação através do Direito, este deve ter presente os conceitos delinados no âmbito da economia, seja em nível de micro ou macroeconomia. (PEREIRA, op. cit., 2003, p. 79).

É de fundamental importância analisar que a natureza não deve ser observada somente sob o aspecto econômico e como um bem de consumo. A relação de consumo evoluiu no decorrer dos tempos, mas é importante que a mesma busque uma racionalidade para atingir a sustentabilidade, da qual poderá haver futuras operações de consumo.

Na concepção de Leff,

a visão mecanicista da razão cartesiana converteu-se no princípio constitutivo de uma teoria econômica que predominou sobre os paradigmas organicistas dos processos da vida, legitimando uma falsa idéia de progresso da civilização moderna. Desta forma, a racionalidade econômica banuiu a natureza da esfera da produção, gerando processos de destruição ecológica e degradação ambiental. O conceito de sustentabilidade surge, portanto, do reconhecimento da função de suporte da natureza, condição e potencial do processo de produção.²⁴

Urge analisar a verdadeira importância do equilíbrio entre o progresso, a relação de consumo e o meio ambiente, para a que as futuras gerações possam usufruir um meio ambiente saudável.

Dessa forma, o crescimento sustentado pressupõe que a economia, em suas diversas faces, busque um equilíbrio e uma estratégia para o meio ambiente.

Penna salienta:

Na realidade, a economia e o meio ambiente formam um sistema único e, como tal, é dinâmico (possui fluidez), dispõe de estoques, sofre realimentação (feedback) e apresenta limites que influenciam o funcionamento do sistema como um todo. É necessário compreender como a mecânica do crescimento – de

²⁴ Idem.

qualquer tipo – desenvolve-se e, mais especificamente, como o crescimento econômico afeta o meio ambiente e é por ele *afetado*.²⁵

Assim, independentemente das evoluções tecnológicas que nos permitirão obter maior eficiência na utilização dos recursos do planeta, no tratamento de rejeitos e no reaproveitamento de materiais, as evidências permitem que se chegue às seguintes conclusões: 1 – A sociedade humana utiliza recursos e produz resíduos a uma taxa insustentável; 2 – Essas taxas excessivas de fluxo de energia e materiais não são necessárias. Progressos tecnológicos, mudanças institucionais e na distribuição de recursos podem reduzi-las enormemente e até mesmo melhorar a qualidade média de vida da população mundial. Mas, mesmo com técnicas e instituições muito mais eficientes, os limites do planeta para abrigar pessoas e capital estão razoavelmente próximos. Caso se deseje evitar uma diminuição irreversível do capital natural na sua dupla função de fonte de matérias-primas e de receptáculo de rejeitos, é preciso manter sob controle esse fluxo de energia e de materiais.²⁶

De certa maneira, estamos em dívida com o planeta. É necessário preservá-lo e buscar melhores formas, por meio de uma verdadeira racionalidade, de sustentabilidade e a uma relação de consumo equilibrada, cujo poder não seja o fator regente da sociedade, mas um fator secundário, ou seja, um fator de sobrevivência. Somente dessa forma, poder-se-á chegar à sobrevivência planetária, mediante conscientização e da quebra de diversos paradigmas, tanto de cunho pessoal como coletivo.

Como verifica Leff,

²⁵ PENNA, Carlos Gabaglia. *O estado do planeta: a sociedade de consumo e degradação ambiental*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 129. (Grifo do autor).

²⁶ *Ibidem*, p. 138-139.

na perspectiva da sustentabilidade não há uma dívida, mas três dívidas. Todas elas surgem do mesmo pecado original, mas levam a diferentes formas de redimi-lo, de saldar o endividamento como contrato assumido, e a diferentes formas de tomar posição como devedores do perdido. Isto abre um rombo que se bifurca entre a dor da morte e a luta pela vida, para recuperar o que não devia ter sido alienado – os recursos e as mentes – a via para deixar de ser devedores permanentes do sistema, para bater-se em duelo para recuperar o próprio. Daí três dívidas e três posições diante da dívida: a) a dívida financeira: assumida ou não assumida, pagável ou não pagável, negociável, refinanciável; b) a dívida ecológica: incomensurável, mas capaz de ser revalorizada, internalizada, redistribuída; c) a dívida da razão: que abre o caminho do dessujeitamento, da ressignificação, da construção de um desenvolvimento alternativo, fundado numa nova racionalidade produtiva.²⁷

Seguindo esse pensamento, nota-se que, é chegado o momento de saudar essa dívida contraída, mesmo que a mesma seja, de certa maneira, impagável. O desenvolvimento sustentável surge como uma ideia inovadora, que pretende promover o equilíbrio e o bem-estar do ser humano com a preservação da natureza. É preciso impor limites ao progresso econômico e à relação de consumo; os recursos naturais devem ser considerados na sua integralidade, pois são de extrema importância para a preservação humana e da natureza.

Como salienta Nalini, só existe economia porque a ecologia lhe dá suporte. A ecologia permite o desenvolvimento da economia. A exaustão da primeira reverterá em desaparecimento da segunda.²⁸

²⁷ LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade racionalidade, complexidade, poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 32.

²⁸ NALINI, op. cit., p. 143.

Por fim, a natureza se levanta da opressão, mostrando ao ser humano sua inferioridade. A realidade é nítida numa sociedade voltada ao consumo, ao poder econômico, ao progresso desregrado. O capitalismo, a globalização e a pós-modernidade trouxeram benefícios, mas também um legado de destruição e uma seqüela de degradação ambiental no planeta.

Em função disso, faz-se necessária a busca de novos paradigmas, a busca de uma nova racionalidade nas relações de consumo, para que se possa chegar a uma sustentabilidade, na qual o homem e a natureza andem lado a lado.

Nessa condição, a racionalidade econômica e a busca desenfreada de poder em suas diversas esferas potencializam uma devastadora ameaça aos ecossistemas naturais. Assim, o almejado desenvolvimento econômico provoca destruições nas condições fundamentais da sustentabilidade, ao passo que os estímulos dos bens de consumo e dos bens naturais provocam catástrofes.

O atual modelo econômico gera um processo de crescimento baseado num consumo desordenado e na estimulação da destruição das condições ecológicas de sobrevivência. O consumo desenfreado e a falta de racionalidade por parte da humanidade levantam as dificuldades na busca de uma sustentabilidade.

A ânsia humana neurótica de criar, de poder e de ascensão não nasce de uma força transformadora, mas da debilidade. A ambição camuflada, incrustada na alma, é um impulsivo desejo de êxito reprimido, que não permitirá ao homem enxergar que ele não é o melhor nem o único que sabe viver.

Aspectos destrutivos se sobrepõem à beleza da complexidade natural, à beleza da sincronia entre os seres que levará, infelizmente, à destruição. Nesse sentido, o projeto da civilização deve buscar a unificação do mundo, a partir dos limites de uma racionalidade sustentável e de um consumo controlado. Somente assim, a História se abrirá para um novo significado do ser, para uma racionalidade produtiva, fundada nas potencialidades da natureza, e na busca do verdadeiro sentido do tempo e do existir.

6 Considerações finais

É preciso um novo sentido para reconstruir a História, levantar-se das cinzas, buscar um novo sentido à vida, vez que a complexidade é parte da sustentabilidade. Sendo assim, faz-se necessário produzir a disjunção entre o ente e o ser, para abrir caminho à racionalidade, criando uma pós-modernidade ordenada e sustentável.

A ciência, a razão, a pós-modernidade, o consumo não são ideais distintos, mas compatíveis, passíveis de adaptação e de sistematização. Assim, aprender a complexidade pode significar desconstrução e a construção do todo.

Juntando novas utopias, pode-se eliminar a poluição do cotidiano – mudança de ideias – racionalidade – voltadas à mecanização do poder, do consumo – e transformar o mundo. Assim, para vencer é preciso preferir a dúvida à certeza. Não existem mudanças sem riscos, não existe vida sem percalços, não existe destruição sem construção.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

BRANCO, Samuel Murgel. *Ecossistêmica: uma abordagem integrada dos problemas do meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: E. Blücher, 1999.

CARVALHO, Carlos Gomes de. *O que é Direito Ambiental: dos descaminhos da casa à Harmonia da Nave*. Florianópolis: Habitus, 2003.

CONDESSO, Fernando dos Reis. *Direito do ambiente*. Portugal: Almedina, 2001.

DERRIDA, Jacques. *O animal que logo sou*. Trad. de Fábio Landa. São Paulo: Unesp, 2002.

DEMARI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito Ambiental Econômico e a ISSO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISSO 14000*. São Paulo: RT, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GABEIRA, Fernando. Poder Legislativo. In: TRIGUEIRO, André (Coord.). *Meio Ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*. Cidade: editora, ano.?

GUATTARI, Élix. *As três ecologias*. Trad. De Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, SP: Papirus, 2004.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade racionalidade, complexidade, poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

LÉVY, Pierre. *A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência*. Trad. de Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Editora 34, 2001.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra pátria*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2002.

NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001.

NASR, Seyyed Hossein. *O homem e a natureza: espírito e matéria*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Portugal: Instituto Piaget, 1995.

PENNA, Carlos Gabaglia. *O estado do planeta: a sociedade de consumo e degradação ambiental*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da Ação social e o Direito do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

WILSON, Edward Osborne. *O futuro da vida: um estudo da biosfera para a proteção de todas as espécies, inclusive a humana*. Trad. de Ronaldo Sérgio de Biasi. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no Direito Privado¹

Jorge Renato dos Reis*

1 Introdução

Busca-se, no presente estudo, verificar as condições de concretização e de efetivação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, em razão de que Bobbio já lembrava que o problema dos direitos fundamentais não é o da sua fundamentação, mas o da sua realização.¹ Dessa forma, não será objeto deste estudo a chamada efetividade *vertical*, ou seja, as relações estabelecidas entre os particulares e o Estado, mas, tão somente, a concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no seu sentido *horizontal*, isto é, nas relações entre particulares.²

Ainda que se tenha a origem e a noção primeira de concretização e efetivação dos direitos fundamentais, baseada na garantia de liberdades do particular frente ao Estado, no seu

* Doutor em Direito pela Unisinos; professor no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc.

¹ BOBBIO, Norberto. *Sobre el fundamento de los derechos del hombre, in el problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: 1982.

² Embora, aqui, neste estudo, utilize-se as expressões eficácia *vertical* e *horizontal*, para designar as relações Estado/particular e particular/particular, respectivamente, como, aliás, é utilizado ordinariamente pela doutrina pátria, Sarlet lembra que a eficácia *vertical* dos direitos fundamentais não se restringe unicamente às relações Estado/particular, porque poderá essa eficácia estabelecer-se, também, nas relações entre particulares, onde houver manifesta desigualdade entre as partes, onde o particular se defronta com os chamados *poderes privados*. (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 128).

sentido *vertical*, o processo histórico, em seu desenvolvimento, alargou o campo da eficácia de tais direitos, tornando, por isso, atualmente corrente o estudo das diferentes dimensões de direitos fundamentais em face de outros indivíduos, determinando a horizontalização da sua eficácia.

Tinha-se, originariamente, o exercício dos direitos fundamentais somente contra o Estado, que se posicionava em condição de superioridade frente aos particulares, ficando, estes, em condição de subordinação frente àquele. Inexistia, portanto, inicialmente, o exercício dos direitos fundamentais entre os particulares, titulares dos direitos, já que, não havia, ordinariamente, relação de subordinação jurídica, entre estes, mas somente de igualdade formal perante a lei.

Por isso, far-se-á necessário que se passem, neste estudo, num primeiro momento, as dimensões dos direitos fundamentais e o conteúdo desses direitos em cada uma das dimensões classificadas doutrinariamente.

Posteriormente, após a análise das dimensões dos direitos fundamentais, estudar-se-á o liberalismo clássico das codificações oitocentistas, caracterizado pela individualidade e pela materialidade, cuja eficácia dos direitos fundamentais concentrava-se na defesa do indivíduo frente ao Estado.

Finalizando, procurar-se-á demonstrar que a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares gerou o fenômeno da constitucionalização do direito privado, determinando, em consequência, a superação, ao menos parcial, da dicotomia Direito Público – Direito Privado.³

³ Fala-se em dicotomia, segundo Bobbio, citado por Facchini Neto, quando houver uma distinção da qual se pode demonstrar a capacidade de dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode estar simultaneamente compreendido na segunda. (Apud FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 13).

2 As dimensões dos direitos fundamentais e seus respectivos conteúdos

É importante que se esclareça, de imediato, que se utiliza, neste estudo, o termo *dimensões*, em substituição ao termo *gerações*, em razão das críticas que vêm sendo feitas a este último termo pela doutrina pátria e alienígena, como adverte Sarlet, sob o argumento de que “o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância”.⁴

Dessa forma, complementa Sarlet: “O uso da expressão ‘gerações’, pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra.” Por isso, igualmente, prefere-se o termo *dimensões* dos direitos fundamentais, em substituição à expressão *gerações*, a fim de evitar o entendimento equivocado de que haja substituição desses direitos ao longo do tempo e, simultaneamente, deixar clara a compreensão de que os direitos fundamentais encontram-se em “permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento”.⁵

À esteira de Sarlet, verifica-se que, embora haja alguma discordância quanto à esfera terminológica dos direitos fundamentais, há uma certa convergência de opiniões no que tange à ideia da classificação tradicional que norteia as diferentes concepções desses direitos, baseadas no critério da evolução histórica.

2.1 Os direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgem, nas primeiras Constituições, com o objetivo de proteger o indivíduo frente ao Estado. Tem sua origem no pensamento liberal-individualista-burguês do direito francês, caracterizado como um direito de defesa, determinando a não intervenção do Estado.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 50.

⁵ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 24-25. v. 1.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.⁶

São direitos fundamentais de primeira dimensão, assim, o direito à: vida, liberdade, propriedade e igualdade perante a lei (igualdade formal). Posteriormente, outras liberdades vêm se incluir nesse rol, as denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e os direitos de participação política, como o direito de votar e ser votado. Igualmente o direito de algumas garantias processuais, como: o devido processo legal, o *habeas corpus* e o direito de petição.

Os direitos de primeira dimensão são, por isso, denominados por Bonavides direitos civis e políticos, que correspondem, em sua grande parte, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.⁷

2.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Diferentemente dos direitos de primeira dimensão, que se caracterizavam por uma conduta negativa do Estado, os direitos fundamentais de segunda dimensão exigem do Estado um comportamento ativo na realização da justiça social.

Embora tenham sido declarados nas Constituições, ainda no século XIX, é somente no século XX, nas Constituições elaboradas posteriormente à Segunda Guerra Mundial e nos pactos internacionais firmados naquele período, que os direitos fundamentais de segunda dimensão têm sua consagração.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

⁷ *Ibidem*, p. 517.

São os direitos econômicos, sociais e culturais, que outorgam ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como: assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., “revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”. Englobam, ainda, as chamadas *liberdades sociais*, como a liberdade de sindicalização, do direito de greve, direito de férias, de garantia de um salário mínimo, etc.⁸

Sarlet lembra, ainda, que a exemplo dos direitos de primeira dimensão, os direitos sociais, de segunda dimensão, reportam-se à pessoa individual, não devendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. Aqui a denominação social justifica-se pela circunstância de que esses direitos de segunda dimensão “podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem às reivindicações de classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária”.⁹

2.3. Direitos fundamentais de terceira dimensão

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são os chamados direitos de fraternidade ou solidariedade. Distinguem-se dos direitos de primeira e segunda dimensões porque não se referem, como regra, à pessoa individual como seu titular, destinam-se à proteção de grupos humanos, como: a família, o povo, a nação, etc., caracterizando-se, assim, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.¹⁰

Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na

⁸ SARLET, op. cit., 2003, p. 52-53.

⁹ Ibidem, p. 53.

¹⁰ Ibidem, p. 54.

esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.¹¹

Sarlet, lembra que se inserem, ainda, entre esses direitos, o da determinação dos povos e à qualidade de vida e que a denominação como direitos de solidariedade ou de fraternidade deve-se “em face de sua implicação universal ou, no mínimo transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação”.¹²

Há, ainda, os que inserem, nessa categoria de terceira dimensão, as garantias contra manipulações genéticas, o direito de morrer com dignidade e o direito à mudança de sexo. Todavia, entende-se que tais direitos correspondem a novas roupagens do princípio da dignidade da pessoa humana, que somente se encontra adaptado às exigências do homem contemporâneo, mas que já se encontra inserido nos direitos de primeira dimensão, com exceção, por lógico, daqueles direitos de titularidade notadamente difusa ou coletiva, como bem lembra Sarlet.¹³

2.4 Direitos fundamentais de quarta dimensão

Defendem a existência da quarta dimensão dos direitos fundamentais, especialmente Bonavides e Sarlet, entre outros:¹⁴ “A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”.¹⁵

¹¹ BONAVIDES, op. cit., p. 523.

¹² SARLET, 2003, p. 54.

¹³ Ibidem, p. 55.

¹⁴ É importante que se destaque que Oliveira Junior preconiza a existência de uma quinta geração de direitos fundamentais. Todavia, a quarta geração difere da preconizada por Bonavides, haja vista que defende como inseridos nesta os direitos relacionados à biotecnologia. (OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 97).

¹⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 524.

Compõem a quarta dimensão dos direitos fundamentais os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Lembra Sarlet que Bonavides, ao apresentar em sua proposta a inclusão desses direitos, como de quarta dimensão, inova, em comparação com as propostas de integrar à quarta dimensão os direitos fundamentais com os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc. Esses direitos arrolados por Bonavides constituem, de fato, uma nova fase de reconhecimentos de direitos fundamentais, qualitativamente diversa dos direitos anteriores, “já que não se cuida apenas de vestir com roupagem novas reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade”¹⁶

3 O liberalismo clássico das codificações oitocentistas

O período aqui denominado de liberalismo clássico compreende todas as concepções que derivam das ideologias do constitucionalismo liberal, do liberalismo político e econômico e, especialmente, dos direitos humanos de primeira dimensão.¹⁷

Nesse período são concebidas as constituições liberais que são verdadeiros “códigos do direito público”, em razão de que eram “diplomas jurídicos que buscavam disciplinar a organização do Estado, a estrutura dos poderes, a competência de seus órgãos, bem como algumas relações entre o Estado e seus súditos”.¹⁸

Os códigos privados, por sua vez – denominados de oitocentistas, porque foram elaborados em sua maioria nos anos de 1800, século XVIII, à esteira do Código Napoleônico, que se caracteriza como verdadeiro baluarte do liberalismo e do individualismo, em contraponto ao regime absolutista que o antecedeu –, eram considerados verdadeiras “constituições de direito privado”, porque eram “estatutos que disciplinavam as relações jurídicas entre os cidadãos, com

¹⁶ SARLET, op. cit., 2003, p. 56.

¹⁷ FACCHINI NETO, op. cit., p. 33.

¹⁸ FACCHINI NETO, loc cit.

exclusão de qualquer intervenção estatal, especialmente na área econômica”.¹⁹

Os códigos daquela época, serviam de proteção do indivíduo frente ao Estado, porque regulavam as relações intersubjetivas privadas, às quais o Estado não tinha acesso. Os códigos, portanto, eram, à época, instrumentos de efetividade dos direitos fundamentais de primeira dimensão, aos seus titulares, que eram os indivíduos.

As constituições liberais, por sua vez, limitavam-se a regular a administração pública, a formatação legislativa e a política do Estado, nada dispondo sobre a regulação das relações interprivadas, que eram da competência dos códigos civis. Limitavam-se, no campo das relações entre particulares, a regular a autonomia privada, a fim de afastar eventual interferência estatal.

Costa define essa dicotomia código/constituição, como “o modelo da incomunicabilidade”:

Constituição e Código Civil andavam paralelos, como mundos que não se tocavam senão sob o aspecto formal, em razão do princípio da hierarquia das leis e dos cânones que guiam a vigência da lei no tempo e no espaço. Afora esses pontos de contato formais, os dois principais estatutos normativos da vida na *civitas* pouco se relacionavam: configuravam campos diversos (um, o estatuto do Estado e do homem político, outro, o estatuto da sociedade civil e do cidadão-proprietário); seus objetivos eram diversos como diversas eram as matérias que continham; conformavam dois mundos apartados, e apartados eram também valorativamente, à Constituição cabendo tratar do interesse do Estado, ao Código Civil, cuidar dos interesses do indivíduo.²⁰

¹⁹ FACCHINI NETO, loc cit.

²⁰ COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 65-66.

Os direitos fundamentais, nesse período, são os de primeira dimensão. Logo são tidos como de defesa do indivíduo contra o Estado, de garantia e salvaguarda de suas liberdades contra o Estado, como o da garantia da propriedade individual e o direito de transferi-la via contrato, pela autonomia da vontade. Tais direitos, como de propriedade e da autonomia da vontade para contratar livremente, são tidos como verdadeiros direitos fundamentais.

Nessa internalidade, para que os direitos fundamentais se concretizassem bastaria, conforme a racionalidade predominante nesse contexto histórico, que se assegurasse a todos a máxima liberdade – que deve ser compreendida formalmente como não ingerência do Estado nessa seara que não lhe compete.²¹

Em razão da relação dicotômica estabelecida entre Direito Constitucional e Direito Privado, constituía uma impossibilidade histórica pretender-se falar em relação entre direitos fundamentais e Direito Privado, ou mesmo, entre direitos fundamentais e relações jurídicas entre particulares.²²

4 A constitucionalização do Direito Privado

Facchini Neto estabelece dois enfoques para que se possa encarar o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado. Por meio do primeiro, verifica-se que diversos institutos, como: família, propriedade, contrato, etc., até então tratados unicamente nos códigos privados, passaram a ser regulados nas Constituições contemporâneas. A Constituição Brasileira de 1988 possui diversos exemplos nesse sentido, basta ver a função social da

²¹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 90.

²² *Ibidem*, p. 67.

propriedade urbana no seu art. 182, parágrafo segundo, e o pluralismo da noção de família, no seu art. 226, parágrafos 3º e 4º, entre muitos outros.²³

O segundo enfoque implica a análise e interpretação das relações entre particulares, com base numa hermenêutica constitucional, ou seja, determina uma interpretação dos atos e fatos oriundos das relações entre particulares, segundo a Constituição. Para tanto, faz-se necessário utilizar-se da força normativa dos princípios constitucionais, estabelecendo distinção entre princípios e regras.

Facchini Neto, citando Walter, refere que “entre muitas possibilidades de interpretação, todas conforme à Constituição, deve-se escolher aquela em que a eficácia dos direitos fundamentais encontra a sua máxima expressão.” Mais adiante, ainda, diz que “as cláusulas gerais constituem as ‘brechas’ através das quais os direitos fundamentais conseguem ingressar no direito civil”.²⁴

Sob esse enfoque, portanto, permite-se que o particular, mediante pedido ao Julgador, em ação judicial que esteja litigando, exerça permanentemente o controle difuso de constitucionalidade de qualquer norma privada infraconstitucional, que esteja em desacordo com os ditames dos direitos fundamentais.²⁵

²³ FACCHINI NETO, op. cit., p. 35.

²⁴ WALTER, Gerhard apud FACCHINI NETO, op. cit., p. 38.

²⁵ O controle difuso de constitucionalidade recebe várias outras denominações pelos diferentes doutrinadores, sendo também denominado de controle aberto, ou por via de exceção, ou de defesa ou incidental. Ocorre pela permissão dada pela própria Constituição ao Poder Judiciário, que, por extensão da jurisdição, chega a qualquer juiz ou tribunal, de realizar no caso concreto a análise e o julgamento, decidindo sobre a compatibilidade da lei ou ato com a Constituição Federal. O controle difuso tem por nascedouro o caso Madison *versus* Marbury, em 1803, quando o Juiz Marschall, da Suprema Corte Norte-Americana, decidiu pela legitimidade da atividade jurisdicional de verificar a conformidade da legislação com a Constituição. Ocorrendo contradição entre a norma inferior e a Carta Magna, deve o juiz aplicar o Texto Constitucional, em razão da supremacia deste sobre aquela. Certamente, o controle difuso é o meio mais eficiente para o controle de constitucionalidade no âmbito do Direito Privado, como, por exemplo, de controle da efetiva função social a ser aplicada ao contrato. Qualquer das partes contratantes poderá pleitear por meio do Judiciário a análise da compatibilidade de eventual norma reguladora do objeto da contratação ou cláusula contratual com os direitos fundamentais constantes da Constituição Federal.

Entende-se, dessa forma, que a Constituição não se restringe a um “programa político a ser desenvolvido pelo legislador e pela administração, mas contém normatividade jurídica reforçada, pois suas normas são qualitativamente distintas e superiores às outras normas do ordenamento jurídico”, devendo servir como “parâmetro de confronto para todo o ordenamento jurídico”.²⁶

Vê-se, assim, que a concretização e a efetivação dos direitos fundamentais, no âmbito das relações jurídico-privadas, passa necessariamente pelo influxo do Direito Constitucional sobre o Direito Privado, ou seja, pela releitura que se deve fazer do Direito Privado à luz do Direito Constitucional, muito especialmente à luz dos direitos fundamentais.

5 Conclusão

Após este breve estudo, pode-se concluir no sentido de que a concretização e a efetivação dos direitos fundamentais dá-se, tanto no sentido *vertical* quanto no sentido *horizontal*, incorporando tanto as relações entre o particular e o Estado como as relações entre particulares ou intersubjetivas.

Dessa forma, os três pilares básicos do Direito Privado, que são a propriedade, a família e o contrato, recebem um redirecionamento, alterando suas configurações, fazendo com que se faça uma releitura de tais institutos, até então baseadas no patrimônio e na abstração, e passam a serem vistos sob outra racionalidade, que se baseia no valor da dignidade da pessoa humana.²⁷

²⁶ FACCHINI NETO, op. cit., p. 39.

²⁷ FACHIN; RUZYK, op. cit., p. 99.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Privado determina que se dê vigência imediata aos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente; para tanto, naqueles casos em que já há lei infraconstitucional positivando, não resta dúvida de que sua aplicabilidade deva ser imediata nas relações interprivadas;²⁸ naqueles casos, outros, em que ainda não há legislação infraconstitucional a implementar a efetivação do direito fundamental, ou mesmo, naqueles casos, em que a norma positivada infraconstitucional impede a efetivação do direito fundamental, defende-se a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais, a título de controle de constitucionalidade.

Para isso, ou seja, para permitir a efetivação e a concretização dos direitos fundamentais nas relações provenientes do Direito Privado, é necessário que a magistratura esteja realmente comprometida com essa efetivação, “consciente da dimensão político-social da jurisdição, a qual tem outros escopos além do estritamente jurídico”.²⁹

Referências

BOBBIO, Norberto. *Sobre el fundamento de los derechos del hombre, in el problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: 1982.

_____. A grande dicotomia: público/privado. In: *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política* [Stato, governo, società. Per una teoria generale della política]. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990 [1987]. p. 13-14.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

²⁸ Ibidem, p. 49.

²⁹ Ibidem, p. 53.

COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In: *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FINGER, Julio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.85/105.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: C. Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 97.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson

(Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro:Renovar, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da Boa-fé objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: S. Fabris, 1997. p. 24-25. v. 1.

UBILLOS, Juan Maria Bibao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Meio ambiente e consumo: tratamento jurídico no Brasil

Eloi Cesar Danieli Brasil**
Liton Lanes Pilau Sobrinho**

1 Introdução

Atualmente vive-se no planeta Terra sob a égide de um problema: como conciliar o consumo e o crescimento populacional com a preservação de um ambiente equilibrado de modo a garantir o acesso aos recursos naturais às gerações futuras?

As mais variadas respostas podem ser dadas, algumas bem radicais, que se dão no sentido de um controle rígido de natalidade. No entanto, tal solução fere, pelo menos nos países democráticos, um dos valores mais importantes: a liberdade.

Por outro caminho há quem considere que o meio ambiente e seus recursos foram criados por um ser divino, com a finalidade exclusiva de suprir as necessidades humanas. Que é o que tem sido aplicado efetivamente até o momento em termos de uma, por assim dizer, política mundial em relação ao uso dos recursos naturais.

Todo esse problema desenvolve-se no seio da chamada sociedade de consumo. De forma sucinta, pode-se descrever tal tipo de sociedade por vários ângulos. Um deles é o caminho

* Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul; membro do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social, Linha de Pesquisa: Direito Tributário e Políticas Públicas de Desenvolvimento e Inclusão Social; advogado; professor convidado de Direito Previdenciário e de História do Direito da Universidade de Passo Fundo.

** Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; professor na Universidade de Passo Fundo; coordenador do Balcão do Consumidor da também Universidade de Passo Fundo; professor de Direito na Universidade do Vale do Itajaí; professor do Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul.

onde só tem dignidade quem consome. O que significa dizer: só consome quem está incluído economicamente.

Sob esse prisma é possível vislumbrar de forma cristalina o ponto no qual o modo de produção da maior parte dos países do planeta se imbrica com o desequilíbrio ambiental existente. Dessa forma, é indubitável que o consumo interfere de forma contundente na utilização dos recursos naturais.

Hoje, com a Constituição da República Federativa do Brasil, estão em vigor leis que amparam e protegem tanto as relações de consumo como um ambiente ecologicamente equilibrado. Não sem muito debate e conflito, eis que ainda persiste uma tradição voltada para o homem como centro do universo em detrimento da diversidade.

O presente artigo está dividido em quatro partes. No primeiro tópico são apresentados de forma sucinta como o meio ambiente e o consumo estão reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro e seu tratamento como direitos transindividuais. Na sequência, são trazidas informações acerca dos marcos históricos e legislativos que impulsionaram sua implementação no Brasil. Por último, são tratados os aspectos conceituais, terminológicos e processuais dos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

2 Meio ambiente e consumo: novo paradigma em termos de direitos

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece, então, a existência dos chamados interesses ou direitos transindividuais. A importância dos interesses transindividuais, para a sociedade contemporânea, é grande em virtude de quão complexa esta se torna a cada dia. Para se ter uma visão mais nítida de tal tipo de direito, faz-se necessária uma busca sobre o significado e o surgimento dos interesses transindividuais.

Os direitos transindividuais estão inseridos no tema jurídico mais amplo denominado “direitos fundamentais e direitos humanos”.¹

Para que se obtenha êxito na busca do momento histórico do surgimento dos interesses transindividuais,² cumpre tecer um breve comentário sobre a tese da historicidade de Bobbio, em que um de seus aspectos versa sobre as várias fases da história dos direitos do homem. A primeira das três fases da história dos direitos do homem, chamada pelo autor *Universal*, é identificada na obra de filósofos, que afirmam ter o homem direitos naturais. A segunda fase, dita *Positiva*, é constatada no momento histórico em que as teorias estabelecidas por filósofos são acolhidas pelo legislador em dois Estados em particular: os Estados Unidos da América em sua Declaração de Direitos e pela França, por ocasião

¹ Para Sarlet, a distinção entre os termos está no fato de os direitos humanos estarem relacionados ao aspecto internacional, ao passo que os direitos fundamentais guardam um aspecto positivo, um reconhecimento constitucional dentro de determinado Estado. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 34).

² Os termos *interesses* e *direitos* serão empregados, para o objetivo deste artigo, como sinônimos. Tem-se, porém, em vista o posicionamento da doutrina em relação à discussão sobre qual das expressões seria a mais adequada. Para ilustrar cabe expor a ideia de Vigliar, que sustenta o uso do termo *interesses* em oposição a *direitos*, uma vez que este designaria uma acepção individualista. (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 60). Também nesse sentido, Morais afirma: “A preferência pela utilização do termo *direito* apenas para o âmbito dos interesses juridicamente protegidos que têm sua titularidade ligada ao indivíduo aponta para os vínculos que se estabelecem entre a noção de direito e sua projeção como direito individual, uma tradição vinculada ao liberalismo. Assim, direito seria aquele fato juridicamente definido para o qual temos uma titularidade e um sujeito definidos, além de um objeto perfeitamente delimitado, ou seja, identifica-se com a noção de direito subjetivo. Há, entre direito e interesse, uma vinculação na qual a preponderância daquele se reflete uma negação deste. Ou seja: a hegemonia do direito subjetivo implica a desqualificação do interesse como portador de alguma relevância jurídica.” (MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 109). Entretanto há outros que rejeitam a *dúplice terminologia*, sob o argumento de que “o que se percebe nas teorias daqueles que diferenciam o direito subjetivo do interesse superindividual é o ranço individualista que marcou a dogmática jurídica do século XIX: o preconceito ainda que inconsciente em admitir a operacionalidade técnica do conceito de direito superindividual.” (GIDI, Antonio. *Cóisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 17-18).

da Revolução Francesa. O terceiro momento, tratado como *Universal e Positivo*, é o da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que tem como característica marcante reconhecer os direitos humanos não só dos indivíduos de um Estado isolado, mas de todos os Estados.³

Nessa incursão histórica, busca-se ressaltar não o momento do nascimento dos interesses transindividuais, mas o da ocasião em que essa espécie de direito passou a ter relevância para seus titulares. Assim, são analisados outros contextos históricos nos quais os fatores determinantes ocorreram. Para Morais, o fundamento primário, ao seu dizer, dos interesses transindividuais está no direito do trabalho e, em especial, na história do sindicalismo. Com grande propriedade, o autor retoma um pouco a História, mostrando que a sociedade feudal evoluiu para uma sociedade burguesa e, assim, evidencia-se uma gama de problemas atinentes aos indivíduos considerados como classes.⁴

O ponto central do qual parte a análise é o momento vivido pela sociedade na época da transição do feudalismo para uma economia capitalista, calcada na produção industrial. Uma das consequências mais relevantes para o surgimento dos interesses transindividuais foi a supressão do regime das corporações de ofício. Tal forma de controle da produção foi sendo gradativamente substituída pelo modelo imposto pelo capitalismo, no qual o detentor do capital contratava com o indivíduo livre e igual aos demais indivíduos membros da sociedade.

Os direitos transindividuais surgiram, conforme afirma Bobbio, após os direitos individuais e sociais com a evolução do Estado, que, ao deixar de ser absolutista, tornou-se liberal evoluindo, em seguida, para o que se chama Estado social e chegando, por fim, ao Estado democrático de direito.

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28.

⁴ MORAIS, *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*, 1996, p. 88.

Também, no mesmo sentido sobressai o argumento de que o Estado liberal, estruturado sobre os postulados da liberdade e da igualdade, vê no associacionismo um óbice à dominação legal. Para contornar tal dificuldade, aquele começou por impedir que as corporações praticassem determinados atos e, num segundo momento, proibiu seu funcionamento sob o fundamento de que “o homem, para atingir a plena liberdade, não poderia ser subordinado a grupos, pois estes tolheriam sua livre e plena manifestação, vinculado que ficava ao predomínio da vontade grupal”.⁵

A essa altura é importante destacar, utilizando-se o raciocínio de Bobbio, que tanto a teoria como a prática dos direitos do homem tiveram um desenvolvimento que se deu em duas direções: no sentido de sua universalização e no de sua multiplicação.⁶ Veja-se que, ao explicar a segunda direção, o autor afirma que os direitos do homem proliferaram de três modos que são: o aumento dos bens a serem protegidos pelo sistema jurídico; o surgimento de sujeitos de direitos típicos do homem, porém diversos dele, e, por fim, o homem passa a ser encarado em sua especificidade, isto é, nas várias formas em que pode se apresentar na sociedade, seja no estado de idoso, de doente ou de infante.⁷

Sendo os direitos transindividuais uma das modalidades dos direitos do homem, tal explicação é de grande valia. Se, por um momento, apenas era reconhecido de forma genérica o direito de liberdade, fundado na natureza do homem, num segundo momento, a própria realidade social, onde está inserido um indivíduo em sua particularidade, passa a lhe garantir direitos.

De acordo com Morais, “o Estado capitalista deixa uma lacuna no ordenamento jurídico no que toca às formas de organização social e toda a sua ação coletiva”.⁸ Afirma ainda que tal lacuna

⁵ MORAIS, op. cit., p. 88-89.

⁶ BOBBIO, op. cit., p. 67.

⁷ *Ibidem*, p. 68.

⁸ MORAIS, op. cit., p. 89.

foi adrede imposta pelo paradigma liberal com o fim de evitar que os indivíduos lutassem unidos, permanecendo dispersos e desarticulados, impotentes ante o poder do capital. Para esse fenômeno o autor deu o nome de “atomização de conflitos”.⁹

Entretanto, na mesma linha de pensamento, o autor explica que, mesmo com as proibições de associacionismo, a classe operária articulava-se e protegia-se e, até mesmo, reivindicava melhores condições de trabalho. O mesmo autor prossegue afirmando que houve uma fase, chamada *fase da tolerância*, iniciada na Inglaterra em 1824, na qual o Estado Liberal passou a reconhecer os sindicatos em razão da forte pressão exercida pela classe e, também, como válvula de escape, com o objetivo de refrear a expansão das ideias socialistas.¹⁰ Com essa tentativa, “o aparato legal-racional incorpora, portanto, em seu interior uma primeira espécie representativa do coletivo, procurando passar a noção de que a ordem jurídica evoluiu e adaptou-se, mais uma vez, aos novos tempos”.¹¹

Constitui o descrito acima um aspecto de grande relevância a ser observado, ao qual Morais chama de “crises cíclicas do modelo liberal”,¹² que podem ser interpretadas como as dificuldades enfrentadas pela sociedade de massas. Assim, as diferentes classes que compõem a sociedade de massas vão se aglutinando com o objetivo de proteção dos direitos conquistados. Nessa conjuntura, surgiu o *Welfare State* (Estado do bem-estar social), que, como ressalta Morais, o Estado liberal responde às reivindicações das classes sociais para garantir um mínimo de renda, saúde, escolaridade e de benefícios, por meio de intervenção na economia e na vida social dos indivíduos, mediante políticas públicas.¹³

⁹ Idem.

¹⁰ MORAIS, op. cit., p. 90-91.

¹¹ Idem.

¹² Ibidem, p. 98.

¹³ Ibidem, p. 92.

Morais chama a atenção para o fato de que:

o desenvolvimento do próprio modelo capitalista determinou o aparecimento de intrincados problemas não resumidos às relações de trabalho, situações que se refletiram no seio da sociedade. A complexificação das relações econômicas pela implantação da produção em larga escala, o crescimento desordenado das cidades, o êxodo rural, a explosão demográfica, etc., foram fatores que não só incrementaram, mas foram diretamente responsáveis pela eclosão de litígios de toda a ordem, envolvendo não mais o indivíduo isolado, como no esquema tradicional liberal-burguês, mas coletividades inteiras, grupos e classes.¹⁴

É nesse contexto histórico que se nutre o germe do que no futuro viria a ser chamado *interesses transindividuais*, que vão ter importância tanto no campo das relações consumeristas, como nas protetivas do meio ambiente. Nos primórdios, como interesse da classe trabalhadora da indústria – que recentemente havia conquistado o direito à liberdade e onde a exploração por parte dos detentores do capital era a causa da lesão dos direitos dos operários –, que se vira obrigada a reivindicar melhorias nas condições em que se encontrava coletivamente. Num segundo momento, em decorrência do próprio desenvolvimento alcançado pela sociedade capitalista, surgem novos problemas, que atingem todos os membros dessa sociedade, fato que os leva novamente a postular melhorias conjuntamente.

É indubitável que, por ocasião da conquista da liberdade pelos indivíduos perante o Estado, este se absteve em parte de intervir na vida daqueles, reduzindo, de certa forma, o controle e deixando os indivíduos decidirem ao seu talento. Por conta desse fato, houve abusos por parte dos setores mais fortes da sociedade, dos mais ambiciosos ou dos mais relapsos, cuja conduta lesiva

¹⁴ Idem.

destes repercutia direta ou indiretamente na vida de muitas pessoas. Pode-se dizer que mesmo na tentativa de garantir os direitos sociais, conquistados pelos indivíduos, ou outorgados como forma de garantir a existência do Estado liberal, com produção orientada pela forma capitalista, deu-se início a um processo em que a conduta de uns acabava por ferir a esfera jurídica de outros não isoladamente. À medida que o homem tornou-se conhecedor desses fatos, novos valores foram acrescentados aos já existentes. A luta empreendida outrora pela liberdade e, depois, pelos direitos sociais, agora se dá no sentido de que não é socialmente satisfatória a liberdade ou as conquistas sociais se, para tornar esses direitos efetivos, deve-se, obrigatoriamente, prejudicar um grande número de pessoas.

Nesse diapasão, o olhar deve estar voltado para o “direito da solidariedade” ou aos “direitos fundamentais de terceira dimensão”,¹⁵ que “trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos”, tais como família, povo e nação.¹⁶

Visto de forma singela e abreviada o que se considera como momento do reconhecimento da importância para a sociedade dos interesses transindividuais, passa-se a descrever o processo que desencadeou a positivação desses interesses na sociedade brasileira.

¹⁵ Para o fim desta pesquisa, adotou-se a terminologia “dimensões de direitos” em oposição à “gerações de direitos”, por influência de Sarlet que, ao proclamar sua opção em perfilhar-se a moderna doutrina nesse sentido, diz: “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais. (SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 50).

¹⁶ SARLET, op. cit., p. 53.

3 Surgimento dos interesses transindividuais no Brasil

Na sequência do raciocínio exposto, os interesses transindividuais surgiram também no Brasil em decorrência da evolução por que passou o Estado; porém, nesse caso, com a peculiaridade de ter ocorrido mais tardiamente e estar inserida num contexto histórico constitucionalista restrito ao campo da formalidade, sob muitos aspectos. Com o objetivo de tornar mais clara a explicação do aparecimento e da importância dos direitos transindividuais no cenário jurídico brasileiro, procede-se primeiro a uma retrospectiva das Constituições do Estado brasileiro. Busca-se, assim, delimitar a época do acolhimento dos diferentes tipos de direitos fundamentais do homem e suas subseqüentes dimensões e, em segundo lugar, analisar os momentos em que efetivamente foram positivados os direitos transindividuais.

Pode-se dizer que o anseio da sociedade por justiça e por democracia, aliado ao fato, este no sentido de um acordo universal,¹⁷ de que o mundo civilizado quer a liberdade, a igualdade e a fraternidade em sua integralidade, conduziu a que os dirigentes políticos inserissem os direitos transindividuais no Texto Constitucional de 1988. Tenha-se presente também que esta Constituição tem um texto considerado eclético em virtude de, por ocasião de sua elaboração, ter ocorrido forte pressão emanada de todos os segmentos da sociedade.

Cronologicamente, para que se guarde uma certa ordem de ideias, demonstra Afonso da Silva o quadro evolutivo político-constitucional pelo qual passou o Estado brasileiro, desde a fase colonial, passando pela fase monárquica e findando na fase republicana.¹⁸ Desde o descobrimento, o Brasil conhecia uma

¹⁷ “Só estamos em presença de um fato, do ponto de vista argumentativo, se podemos postular a seu respeito um acordo universal, não controverso.” (PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: M. Fontes, 1996. p. 75-76).

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 71-93.

ordem social estruturada sobre os postulados do escravismo, na qual os donatários eram verdadeiros senhores feudais, ou seja, a nobreza brasileira assentada sobre grandes latifúndios. Com a proclamação da Independência, em 7 de setembro de 1822, a elite da época, influenciada pelas ideias liberais da Revolução Francesa e da Declaração de Direitos norte-americana, fez inserir na Constituição de 1824 direitos individuais e garantias referentes às liberdades. No aspecto formal, o Brasil efetivamente era um Estado monárquico liberal, porém, no campo fático, estava longe de ser um Estado garantidor da liberdade como direito fundamental do homem.

O Brasil Império estruturava-se numa sociedade escravocrata e num poder monárquico centralizador, incapaz de garantir aos indivíduos a liberdade ostentada em sua Carta Constitucional. Como o liberalismo era a ideia que embalava os pensamentos dos homens da época no Brasil, seus adeptos tentaram por meio de revoluções armadas descentralizar o poder, lutando pela ideia republicana, federalista e democrática.¹⁹ A fase monárquica findou com o advento da República em 15 de novembro 1889, e, em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que, no tocante aos direitos fundamentais do homem, acolheu na íntegra o Texto Constitucional norte-americano.²⁰ Contudo, é inarredável a constatação do descompasso entre o estabelecido na lei fundamental e a realidade então vivida, que ainda era aquela dos tempos coloniais, em que os interesses de uma elite egoísta e excludente preponderavam.²¹

A conclusão óbvia a que se chega é de que os esforços envidados na tentativa de tornar o Brasil um Estado garantidor da liberdade individual nunca foram além do que constava no corpo físico da Constituição, visto que o poder realmente estava nas mãos de latifundiários habitantes do interior do país, que

¹⁹ “rebeliões como as ‘Balaíadas’, as ‘Cabanadas’, as ‘Sabinadas’, a ‘República do Piratini’”. (SILVA, op. cit., p. 79).

²⁰ CALMON, apud SILVA, op. cit., p. 81.

²¹ SILVA, op. cit., p. 82.

controlavam o próprio Estado, restando este inerte aos atos daqueles.

É interessante destacar que, no alvorecer do século XX, o mundo iria enfrentar um conflito bélico de grandes proporções, envolvendo praticamente todas as grandes potências da época. Tal evento acarretou, no Brasil, a eclosão de um grande crescimento industrial, levando o país a evoluir de uma sociedade estruturada na produção primária para o que viria a ser chamada “sociedade de massas”, ao menos no meio urbano de algumas capitais do País.

Ainda no período do início do século XX, como afirma Silva, “o coronelismo fôra o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais traçarem esquemas formais da organização nacional com teoria de divisão de poderes e tudo”.²² Diante de tal afirmação, é de notar-se que houve uma preocupação em garantir o direito de liberdade por parte dos poderes legitimamente constituídos. Entretanto, não houve a efetivação de tal direito, uma vez entendido que, ao contrário do que acontecia na Europa e nos Estados Unidos, no Brasil o Estado não era absolutista nem ditatorial, tanto na fase monárquica como na primeira fase republicana. No entanto, os coronéis eram verdadeiros prepostos do Estado no interior do Brasil e excelentes aliados bélicos e de produção rural.

Em apertada síntese, os rumos políticos e econômicos eram determinados pelas minorias hegemônicas, como os militares, latifundiários e a recente classe dos industriais. A essa altura, a sociedade clamava por direitos sociais como educação, saúde, direitos previdenciários e direitos do trabalhador, situação que proporcionou fértil substrato para a elevação ao poder de um líder populista descomprometido com a minoria até então dominante.²³ Esse líder voltou-se à questão social como meio de refrear o movimento da classe operária, acendendo, assim, o estopim da Revolução de 1930. Nessa empreitada, vencedor,

²² Idem.

²³ SILVA, op. cit., p. 83.

Getúlio fortaleceu-se. Ao lume dos acontecimentos ocorridos no mundo da época, as decisões do governo de Getúlio podem ser interpretadas como tentativa de implantação do Estado do bem-estar social ao caso brasileiro. Promulgada a Constituição de 1934 fôra “um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo”.²⁴

Contudo, com a Constituição de 1937 foi implantado o Estado Novo, que rompeu com o regime democrático e com as liberdades individuais, por ter sido outorgada sob o argumento de proteção da democracia contra os partidos comunista e fascista, que ofereciam perigo ao regime político da época. Na Constituição de 1946, houve “a revisão do quadro esquemático da declaração de direitos e garantias individuais”, bem como “o tratado, em contornos bem definidos, do campo econômico e social”.²⁵ Operou-se, por meio da promulgação dessa Carta Constitucional, um processo de redemocratização das instituições brasileiras, que teve seu final com o golpe de 1964.

No período compreendido pelo golpe de 1964 até a promulgação da Constituição de 1988, a sociedade brasileira viveu uma quase total supressão das liberdades públicas. Nesse passo, o Brasil passou a ser governado por presidentes provenientes das Forças Armadas, que tomaram o poder a pretexto do mantimento da segurança nacional. Ainda, “na vigência do regime militar, em descompasso gritante, o país transformou-se numa sociedade de massas, mas num sistema de supressão de liberdades públicas – algo tão sufocante quanto colocar um adolescente dos dias de hoje num ambiente medieval”.²⁶

Note-se a dificuldade em estabelecer um quadro *evolutivo* definido dos estágios pelos quais passou o Estado brasileiro, que ainda nesse momento não havia vivido plenamente a democracia, como um dos momentos necessários para uma existência humana e social pacífica.²⁷ Vê-se, ainda, que ora eram

²⁴ Ibidem, p. 84.

²⁵ Ibidem, p. 87.

²⁶ SOARES, Lucila. O golpe, 40 anos depois. *Vêja*, São Paulo, ed. 1847, ano 37, n. 13, p. 102-110, 31 mar. 2004.

²⁷ BOBBIO, op. cit., p. 1.

suprimidos direitos fundamentais do homem, ora reconhecidos formalmente, porém sem efetividade prática, tampouco havia o Estado brasileiro alcançado de forma efetiva o Estado do bem-estar social.²⁸

O Brasil erigiu-se em Estado Democrático de Direito com a Constituição de 1988, documento no qual foram inscritos os direitos fundamentais do homem, em resposta aos reclamos advindos da sociedade, sendo a democracia seu elemento orientador. É fácil perceber que o Texto Constitucional supracitado foi o resultado de uma luta pela democracia empreendida contra o autoritarismo do regime militar desde seu início, quando do golpe de 1964, e após o AI 5, momento em que a supressão das liberdades alcançou seu ápice.²⁹ Pode-se dizer que a reconquista da democracia pela sociedade brasileira deu-se de forma gradativa, em parte, pelo pedido reiterado da população, em outra pelo empenho dos dirigentes políticos.

O debate sobre o tema democracia tem, a essa altura, extrema importância para o alcance do objetivo colimado pelo tópico: perquirir sobre o surgimento dos interesses transindividuais no ordenamento jurídico brasileiro. A importância referida reside no fato de que somente uma sociedade orientada por postulados democráticos e detentora de liberdades poderá postular direitos de forma coletiva ou difusa, além de também poder tomar decisões que refletir-se-ão de forma coletiva e difusa.

²⁸ Situação que não se verificou até o momento. Entende Streck que no Brasil não houve o Estado social, ou seja, o Brasil não passou pela etapa do *welfare state* ou Estado Providência. Vale-se de lição de Paulo Bonavides explicitada em nota de rodapé de número 11, citando-o: “Sendo o Estado Social a expressão política por excelência da sociedade industrial e do mesmo passo a configuração da sobrevivência democrática na crise entre o Estado e a antecedente forma de sociedade (a do liberalismo), observa-se que nas sociedades em desenvolvimento, porfiando ainda por implantá-lo, *sua moldura jurídica fica exposta a toda ordem de contestações, pela dificuldade em harmonizá-la com as correntes copiosas de interesses sociais antagônicos, arvorados por grupos e classes, em busca de afirmação e eficácia.*” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 24).

²⁹ SILVA, op. cit., p. 90.

O primeiro diploma legal infraconstitucional que veio a prever a defesa de interesses transindividuais foi a Lei 3.502 de 1952,³⁰ destinada à defesa do patrimônio público diante de enriquecimento ilícito. Essa lei foi concebida no ordenamento jurídico brasileiro por ocasião da vigência da Constituição de 1946, que tinha por objetivo redemocratizar o País. Surgiu num momento em que a predisposição moral do legislador e sua boa vontade com a democracia eram notáveis. Valendo-se de lição de Moreira, pode-se afirmar que a Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29 de junho de 1965) já proporcionava a defesa dos interesses difusos no Brasil³¹. Note-se que tais diplomas legais tiveram seu nascimento muito tempo antes da Constituição Federal de 1988 e da Lei da Ação Civil Pública e, por paradoxal que possa parecer, a Lei da Ação Popular foi publicada num momento em que a democracia não se fazia presente.

É importante notar como, de forma gradativa, o legislador veio incorporando mecanismos de defesa dos interesses transindividuais no ordenamento jurídico. Vale lembrar que, num primeiro momento, o que houve foi apenas a previsão do direito difuso de defesa do patrimônio público diante do enriquecimento ilícito, por meio das leis mencionadas acima. A esta altura é bem-illustrativa a colocação de Vigliar: “Os interesses hoje catalogados pela doutrina como transindividuais, não foram criados, pelo legislador, concomitantemente com o respectivo instrumento de sua defesa em juízo”.³²

³⁰ O autor cita, em nota de rodapé de nº 2, que Mancuso faz importante retrospecto histórico e arrola uma série de diplomas que antes da Lei da Ação Civil Pública já previam uma modalidade de tutela transindividual. Ainda, em tempo, tal lei foi expressamente revogada pela Lei 8.429/92 – Lei da Improbidade Administrativa. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, apud VIGLIAR, op. cit., p. 17). Sem embargo também ter a Consolidação das Leis do Trabalho previsto uma forma de tutela jurisdicional coletiva em matéria trabalhista. Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. (MANNRICH, Nelson (Org.) *Constituição federal, consolidação das leis do trabalho, legislação previdenciária*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (RT-minicódigos); art. 872, Parágrafo único).

³¹ MOREIRA apud VIGLIAR, op. cit., p. 17.

³² VIGLIAR, op. cit., p. 17-18.

O processo evolutivo do Estado e da sociedade brasileira, que experimenta novamente a democracia, tem origem nas tomadas de decisão do Poder Legislativo influenciado por vários segmentos da sociedade, pois são as circunstâncias sociais que propiciam o surgimento dos direitos.

O legislador brasileiro, preocupado com o que Cappelletti e Garth chamam de “acesso efetivo à justiça como um direito social básico”,³³ buscou proporcionar tal direito à população, criando a Lei da Ação Civil Pública e a Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas.³⁴ Com a primeira viabilizou-se a defesa dos interesses transindividuais³⁵ e, com a segunda, facilitou-se o acesso à justiça aos litígios de índole individual de menor expressão econômica.

A essa altura, cumpre expor um pouco as ideias que influenciaram decisivamente no desfecho dos fatos e no modo como vieram a ocorrer. Na primeira metade da década de 80, o Brasil passava por um processo de reinserção das instituições no processo democrático, numa fase marcada por movimentos sociais de vulto, como a mobilização pelas “Diretas Já”. Nessa linha de raciocínio, toda a sociedade queria ter reconhecidos direitos e deveres inerentes a uma sociedade justa e moderna.

³³ A expressão foi desenvolvida pelo autor para fazer notar as transformações por que passou o direito de acesso à justiça, que, no primeiro quadro da evolução do Estado, isto é, o Estado liberal, tinha direito ao acesso à justiça aqueles que pudessem dar suporte financeiro aos seus custos, ao passo que, à medida em que aquele tipo de sociedade concebida pelo modelo imposto pelo Estado Liberal capitalista foi ficando complexa, os direitos humanos também se transformaram e o acesso à justiça em seu sentido efetivo, garantido pelo Estado, foi inevitável. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. Fabris, 2000. p. 15).

³⁴ Respectivamente Lei 7.347/85 e Lei 7.244/84, esta última revogada pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Lei 9.099/95. Considera estes “dois diplomas legais como verdadeiros marcos históricos para o processo civil brasileiro, porque a partir deles eliminavam-se verdadeiros óbices de duas grandes categorias de conflitos de interesses”. (VIGLIAR, op. cit., p. 22).

³⁵ Ainda que de maneira incompleta quando de sua promulgação, a amplitude da Lei da Ação Civil Pública só viria a ser aumentada pelo advento da Lei 8.078/90, a lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Note-se que esse processo restou refletido com a promulgação da Constituição de 1988, na qual houve uma “transmigração da postura individualista para a coletiva”.³⁶ Nessa mesma linha, com o objetivo de facilitar o acesso à justiça, o ordenamento jurídico pátrio foi louvado com o Código de Defesa do Consumidor, que traçou os contornos dos direitos transindividuais de forma positiva.

4 Direitos transindividuais

Delineados os momentos do reconhecimento dos interesses transindividuais, no mundo e no Brasil, procede-se à busca de uma delimitação conceitual do que sejam interesses transindividuais. Feitas as considerações pertinentes ao surgimento e à tutela dos interesses transindividuais no Brasil, bem como às ideias orientadoras desse fenômeno jurídico, passa-se a explicar a classificação e as espécies do gênero.

Três são as modalidades de interesses transindividuais: difusos, coletivos e individuais homogêneos. Entretanto, mesmo que não houvesse disciplina legal, essa seria a classificação das espécies que se distinguem por ensejarem defesa coletiva, os interesses difusos e coletivos e por ensejarem, além da defesa coletiva, também a individual no caso dos interesses individuais homogêneos.³⁷

Outra classificação que merece destaque é a que diferencia os interesses transindividuais em interesses coletivos essenciais e acidentais. Nos primeiros estariam os interesses difusos e coletivos em sentido restrito e, nos segundos, os interesses individuais homogêneos em virtude de um de seus traços marcantes que é a divisibilidade do objeto.³⁸

³⁶ VIGLIAR, op. cit., p. 33-34.

³⁷ *Ibidem*, p. 67.

³⁸ MOREIRA apud VIGLIAR, op. cit., p. 68.

É interessante ainda ressaltar, antes de adentrar em cada espécie de interesse transindividual, os pontos de principal distinção entre as diferentes espécies no que se refere a grupo; à divisibilidade e à origem. É difuso o interesse que tem grupo indeterminável, objeto indivisível e que se origina de uma situação de fato. Será coletivo o interesse em sendo o grupo determinável, seu objeto indivisível e sua origem proveniente de uma relação jurídica. Por fim, o interesse será individual homogêneo quando o grupo for determinável, seu objeto for divisível e sua origem for caracterizada como comum.³⁹ A exata identificação de cada uma das modalidades dos interesses transindividuais tem fundamental importância, pois, “em muitos momentos haverá necessidade de se identificar exatamente a que interesse transindividual se está fazendo referência” e mais “ainda que o autor não indique a modalidade ou o faça de forma equivocada, para que ocorra uma efetiva ‘tutela jurisdicional coletiva’ deverá ocorrer a exata identificação do interesse transindividual”.⁴⁰

Acenadas as principais notas caracterizadoras e quais as espécies de direitos transindividuais, busca-se definir, mais pormenorizadamente cada uma das modalidades delineadas.

4.1 Direitos difusos

O conceito legal extraído do Código de Defesa do Consumidor diz serem direitos ou interesses difusos aqueles de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.⁴¹ Para a conceituação dessa espécie de interesse transindividual, o legislador levou em conta dois aspectos um de ordem subjetiva, onde está saliente o critério da indeterminação dos titulares e a inexistência de relação jurídica-

³⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 50.

⁴⁰ VIGLIAR, op. cit., p. 76.

⁴¹ BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. In: GRINOVER, Ada P. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. Art. 81, I.

base; outro de ordem objetiva, pautado pelo critério da indivisibilidade do bem jurídico.⁴²

A indeterminação dos interessados é nota caracterizadora dos interesses transindividuais ditos *difusos*. Tal ideia, é o que Vigliar chama “fator quantitativo” para diferenciar a espécie dos direitos difusos da espécie direitos coletivos, explicando que, na categoria difusos, os interessados poderão ser até mesmo todos os seres humanos do planeta, quando, por exemplo, o bem jurídico lesado for o meio ambiente. Entretanto, também se deve ter presente que os efeitos da lei estão limitados ao espaço territorial da jurisdição; então, embora o interesse difuso lesado diga respeito a todos os habitantes do planeta, seus efeitos serão sentidos dentro dos limites jurisdicionais de onde foi prolatada a sentença, por exemplo.⁴³

Ainda no aspecto subjetivo, deve ser levado em conta, na identificação do interesse em tela, o “fator qualitativo”,⁴⁴ significando que, na espécie de direitos difusos, o titular do direito é tido pela sua condição de ser humano simplesmente, e aqui já se pode falar sobre a inexistência de relação jurídica básica como caracterizadora do interesse, uma vez que o que se exige na caracterização desse tipo de interesse é apenas uma situação fática.

Quanto ao aspecto objetivo, deve-se ressaltar a indivisibilidade do objeto, que é nota importante na caracterização dos interesses transindividuais essencialmente coletivos; assim, o bem jurídico tutelado não comporta uma divisão entre os interessados, pois todos desfrutam do bem simultaneamente, como, por exemplo, no caso do ar atmosférico.

Os interesses difusos tem ainda uma característica marcante denominada “litigiosidade interna”. Tal expressão significa que, na complexa organização social contemporânea, existem vários grupos de interesses conflitantes, uma vez que nestes grupos os interesses apenas têm “pontos conexos”, inexistindo vínculo que

⁴² Moreira apud WATANABE, Kazuo. Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 625.

⁴³ VIGLIAR, op. cit., p. 71.

⁴⁴ Idem.

os unifique.⁴⁵ Assim, existem interesses que prevalecem sobre outros. Como exemplo tem-se o interesse de todos pela pureza do ar atmosférico em detrimento do interesse de alguns na expansão das áreas de cultivo e criação de animais em grande escala.

Direitos difusos existem onde sua amplitude é de tal ordem que, por vezes, coincide com o interesse público.⁴⁶ Entretanto, o Estado, como gestor do interesse público, por meio de políticas públicas escolhidas de forma participativa, não está autorizado a dispor de qualquer interesse difuso ao seu livre alvitre.⁴⁷

⁴⁵ MAZZILLI, op. cit., p. 46.

⁴⁶ Afirma Bobbio: “Um dos lugares-comuns do secular debate sobre a relação entre a esfera do público e a do privado é que, aumentando a esfera do público, diminui a do privado, e aumentando a esfera do privado diminui a do público; uma constatação que é geralmente acompanhada e complicada por juízos de valor contrapostos.” (1995, p. 14). “Sejam quais forem a origem da distinção e o momento de seu nascimento, a dicotomia clássica entre direito privado e direito público reflete a situação de um grupo social no qual já ocorreu a diferenciação entre aquilo que pertence ao grupo enquanto tal, à coletividade, e aquilo que pertence aos membros singulares; ou, mais em geral, entre a sociedade global e eventuais grupos menores (como a família), ou ainda entre um poder central superior e os poderes periféricos inferiores que, com relação àquele, gozam de uma autonomia apenas relativa, quando dele não dependem totalmente.” (1995, p. 14). Com o objetivo de explicar a importância do conceito do que seja público e do que seja privado, Bobbio (1995, p. 15-19) diz que a relevância conceitual de tal dicotomia aparece quando da análise do fato de existirem outras dicotomias, por ele chamadas de *correspondentes*, que são a dicotomia sociedade de iguais e sociedade de desiguais, a dicotomia existente entre lei e contrato e a dicotomia entre justiça comutativa e justiça distributiva. (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*; por uma teoria geral da política. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. (Coleção Pensamento Crítico, v. 69). Veja-se também VIGLIAR, op. cit., p. 66-67. Interessante também é a lição de Cappelletti, citado por Mazzilli: os interesses transindividuais se situariam numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado. Importante ainda destacar o que torna mais compreensível a coincidência dos interesses difusos com os interesses públicos. (MAZZILLI, op. cit., p. 43). O entendimento de Alessi, citado também Mazzilli, refere que o interesse público desdobra-se em interesse público primário e interesse público secundário, este correspondente ao interesse da administração pública, enfim, do governo, aquele correspondente ao interesse mesmo da sociedade. Daí se constatar da coincidência do interesse difuso com o interesse público, no caso, o primário. (MAZZILLI, op. cit., p. 42-43).

⁴⁷ BRASIL. *Lei 6.938 de 31 agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. (Brasília. DOU 02/09/1981, p. 16509. Art. 9º, inc. III determina que é instrumento da política nacional do meio ambiente a avaliação do impacto ambiental prévia, quando se faz necessário um estudo de impacto ambiental, em sendo este significativo, ou a simples licença ambiental. Essa avaliação se faz necessária até mesmo para as obras realizadas pela administração pública.

É inerente a essa modalidade uma tendência à transição no tempo e no espaço, o que pode ser considerado como um valor a ser defendido no dia de hoje, mas que pode não o ser no futuro, ou, ainda, o que o foi ontem pode não estar sendo no presente.⁴⁸

Mais diretamente, num passado não muito remoto, até a metade do século XX, por exemplo, era por todos considerado como correto, do ponto de vista moral, o desmatamento de áreas para a instalação de lavouras, cidades e estradas. Hoje, entretanto, sem deixar de lado o progresso preza-se pela natureza.

4.2 Direitos coletivos

O Código de Defesa do Consumidor define como sendo direitos transindividuais coletivos “os interesses ou direitos coletivos de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.⁴⁹ No ordenamento jurídico brasileiro, o termo comporta um sentido amplo e outro restrito. Na sua acepção mais larga, designa os direitos ou interesses transindividuais, como sendo o gênero ao qual pertencem as espécies difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. É possível constatar a utilização dessa acepção, também no título II da Constituição Federal, no art. 129, III, e no Código de Defesa do Consumidor, na parte que trata da Ação Coletiva. É também nesse diploma protetivo do consumidor que se encontra delineada a acepção restrita do termo que designa a espécie mesmo do direito transindividual dito coletivo.⁵⁰

Os pontos caracterizadores extraídos do conceito legal desse tipo de direito transindividual, são a determinação dos titulares a indivisibilidade do objeto e uma relação jurídica básica como origem.

⁴⁸ MANCUSO apud VIGLIAR, op. cit., p. 71.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, art. 81, II.

⁵⁰ MAZZILLI, op. cit., p. 47.

Também do conceito legal são extraídas duas modalidades de direitos coletivos, classificadas quanto ao tipo de relação jurídica base. Na primeira modalidade, estabelecida pelo código, a relação jurídica base dá-se entre os próprios indivíduos da classe; nesta estão os “interesses e direitos pertinentes a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base”. Na segunda modalidade – os indivíduos atingidos em sua esfera de interesse não mantêm nenhum vínculo jurídico básico entre si –, que resta respaldada na sequência do texto, são também direitos e interesses coletivos aqueles pertinentes a grupos, categoria ou classe de pessoas ligadas com a *parte contrária* por meio de uma relação jurídica base.⁵¹ Então, tem-se que poderão advir direitos coletivos, isto é, indivisíveis quanto ao objeto e determináveis quanto ao sujeito de relações jurídicas básicas de duas ordens diferentes, quais sejam: uma estabelecida previamente entre o indivíduos da classe, categoria ou grupo, e outra originada a partir da própria relação jurídica lesiva firmada com a parte contrária.

Nos direitos coletivos, a nota da determinação dos titulares é o ponto diferenciador, quando da comparação dessa espécie com a espécie dita *direito difuso*. Aqui o homem é tomado em sua *dimensão corporativa* quando se leva em conta o *fator qualitativo*.⁵² Tal circunstância é constatada quando perquirido um outro, por assim dizer, requisito de identificação, que é a relação jurídica básica. Nesse ponto, pode-se falar na delimitação dos titulares ou no *fator quantitativo*.⁵³

A indivisibilidade do objeto é característica marcante dos direitos *essencialmente coletivos*. É também por meio desta característica que é possível a distinção entre direitos coletivos e direitos individuais homogêneos. É importante ressaltar a relação existente entre as ideias de transindividualidade e de indivisibilidade. Em sendo o interesse transindividual, jamais

⁵¹ WATANABE, R. Disposições Gerais. In: GRINOVER, A. P. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 628.

⁵² VIGLIAR, op. cit., p. 71.

⁵³ Idem.

poderá ser considerado um interesse divisível. Para que se configure a espécie direito coletivo, “é necessário que os interesses sejam, a um só tempo, transindividuais e de natureza indivisível”.⁵⁴

No tocante à relação jurídica base, prevista pelo código, deve ser sempre preexistente em qualquer das modalidades de direitos coletivos descritas neste tópico. Há, ainda, a necessidade de que essa relação jurídica base guarde relação imediata com a lesão.

4.3 *Direitos individuais homogêneos*

São direitos ou interesses individuais homogêneos os interesses transindividuais decorrentes de origem comum. Esse é o conceito legal do que sejam os interesses ora gizados; no entanto, a doutrina os conceitua como interesses transindividuais em que a titularidade cabe a grupo determinável de pessoas, o objeto do interesse é divisível e a origem da lesão é comum.⁵⁵

A figura jurídica dita “direitos individuais homogêneos”, no aspecto legal, constitui espécie do gênero interesse transindividual, porém, doutrinariamente, esse tipo de direito pode ser classificado dentro de uma também espécie do gênero mencionado acima, que são os direitos coletivos.⁵⁶

A nota distintiva dessa modalidade de interesse transindividual, quando comparada aos interesses difusos, é, sem dúvida, a possibilidade de determinação dos titulares. Assim, explica-se que os interesses individuais homogêneos não são essencialmente coletivos, mas acidentalmente coletivos; sua natureza é a de direito subjetivo individual, que foi erigido a direito subjetivo transindividual, protegido por tutela jurisdicional coletiva em razão de sua origem comum.

⁵⁴ “Não se poderá pretender, portanto, a tutela dos interesses ou direitos individuais agrupados com base no dispositivo legal em análise, mormente quando o feixe de interesses individuais se contrapõe a um outro feixe de interesses individuais.” (WATANABE, In: GRINOVER, op. cit., p. 628).

⁵⁵ MAZZILLI, op. cit., p. 50.

⁵⁶ O entendimento do autor deve-se a possibilidade de defesa na forma coletiva dos interessados. (MAZZILLI, op. cit., p. 48).

Sobre a divisibilidade do objeto cumpre dizer que é sua “nota característica e inconfundível”.⁵⁷ Assim, é possível estabelecer quanto cada integrante do grupo tem direito.

No tocante à origem da lesão, o código estabelece que esta deve ser comum a todos os titulares dos direitos individuais homogêneos. Adverte Watanabe que:

“origem comum” não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquiridos por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles.⁵⁸

É importante registrar, no que concerne aos direitos individuais homogêneos, aquilo que Morais chama *conceito intermédio* para descrever o fenômeno onde o interesse, mesmo guardando características de comunitariedade, projeta situações individuais.⁵⁹

Frise-se ainda o modo peculiar como Gidi conceitua a homogeneidade, atribuindo-lhe um caráter *relacional* para tornar inteligível a ideia de que “um direito individual é homogêneo apenas em relação a um outro direito individual derivado da mesma origem (origem comum)”.⁶⁰

Portanto, cumpre repisar, que um dos aspectos em que a diferenciação das diversas modalidades de direitos transindividuais se revela de grande importância, reside nos efeitos decorrentes da sentença. Se o pedido versar exclusivamente pelo reconhecimento de direito, cujo objeto é

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ WATANABE, In: GRINOVER, op. cit., p. 629.

⁵⁹ MORAIS, op. cit., p. 122.

⁶⁰ GIDI, op. cit., p. 30.

indivisível e de sujeitos determináveis, sem que haja manifestação alguma sobre reparação individual, está-se diante de direito coletivo. Ao contrário, se no pedido estiver contida manifestação pela indenização aos prejuízos atinentes à esfera patrimonial individual, o que se têm são direitos individuais homogêneos.

5 Considerações finais

Os direitos do consumidor e a um meio ambiente hígido, como diz a Constituição da República Federativa do Brasil, consubstanciam-se, em verdade, no Direito brasileiro, em direitos transindividuais.

Tais direitos tem lugar, espacial, temporal e culturalmente, num ambiente político-jurídico-econômico dito Estado Democrático de Direito.

Todavia, é de se esclarecer que esse tipo de direito não se perfaz nem com a abstenção do Estado, e, tampouco, com um agir do Estado. As relações de consumo e as relações do homem com o meio ambiente só são equilibradas quando há uma harmonia entre o que se consome e o que é produzido utilizando-se os recursos naturais.

Os hábitos de consumo e, além deles, a demanda do mercado por produção faz com que sejam utilizados meios danosos ao ambiente. A exemplo disso pode-se citar o uso de pesticidas e herbicidas na produção agropecuária; também nesse sentido o desmatamento de florestas naturais para expansão de áreas agricultáveis ou para utilização de madeira como lenha nas mais variada indústria. Tudo em função do consumo.

Em sede de considerações finais, vale lembrar que apenas a positivação dos direitos do consumidor ou de preservação ambiental não são suficientes como garantia de uma existência dos recursos naturais não poluídos. É preciso, além disso, que se consuma de forma responsável.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995 (Coleção Pensamento Crítico, 69).
- BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. In: GRINOVER, Ada P. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998. Art. 81, I.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. Fabris, 2002.
- GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: M. Fontes, 1996. p. 75-76.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SOARES, Lucila. *O golpe, 40 anos depois. Veja*, São Paulo, ed. 1847, ano 37, n. 13, p. 102-110, 31 mar. 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

A publicidade como meio de comunicação e sua regulação jurídica

Leonel Severo Rocha*

Ana Paula Arz**

1 Introdução

A análise dos meios de comunicação simbolicamente generalizados é de extrema relevância para a observação da autopoiese do sistema do Direito. Assim, o estudo da publicidade como forma de produção de sentido na sociedade global, em um cenário em que a comunicação ultrapassou os limites temporais-espaciais, constitui o meio pelo qual diferentes organizações e corporações têm dela feito uso para atingir seus objetivos e formação de opinião, constituindo, assim, num tema preferencial para o Direito.

Nesse sentido, o fenômeno da publicidade muito importa ao Direito sob múltiplos aspectos, como: método comercial e de incitação ao consumo, como fonte de obrigação para o fornecedor que dela se utiliza e como influenciadora dos processos sociais de tomada de decisão, ante o excesso de possibilidades que o mundo nos apresenta. Para tanto, utiliza-se a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, pois inaugura uma nova forma de pensar e observar o Direito e a sociedade. Tem-se, primeiramente, um estudo da comunicação sob um ponto de vista sistêmico, analisando a função dos meios de comunicação, bem como da publicidade que veiculam. Utiliza-

* Doutor em Direito pela EHESS – Paris/França. Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Lecce/Itália; professor no Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul/UCS.

** Bacharel em Direito; mestrandia em Direito Público pela Unisinos; bolsista CNPq.

se a publicidade subliminar, como lócus privilegiado para a obtenção de uma observação de segunda ordem da comunicação e sua interação com o Direito, passando por uma análise da legislação vigente, por meio de um estudo de caso.

2 Comunicação e publicidade

A sociedade define autopoieticamente as suas margens. Para Luhmann, os limites da sociedade não são territoriais, mas construídos pela comunicação. Trata-se do paradoxo do horizonte da observação, que tem como limite o infinito. Para Luhmann, a comunicação seria um meio possível para que possam ser constituídas seleções em comum, como mecanismos de redução da complexidade e superação da dupla contingência.¹

A comunicação somente é provável como evento que transcende a clausura da consciência, como síntese de algo mais que o conteúdo de uma única consciência. Segundo Amado:

a comunicação não se esgota na dimensão psicológica ou individual, pois aquela função da comunicação apenas é cumprida na medida em que a transmissão com pretensões de informação, que um indivíduo leva a cabo, seja seguida da compreensão por parte de, pelo menos, outro indivíduo. Somente assim será realizada a comunicação. Somente assim se constitui a sociedade. [...] Mediante comunicação a sociedade limita aquela complexidade indeterminada e não-manipulável, e configura o campo de possibilidades que podem ser realizadas em sociedade.²

¹ AMADO, Juan Antônio García *In*: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Trad. de Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 303-306.

² *Ibidem*, p. 305-306.

Nesse sentido, conforme Luhmann, a comunicação é a síntese da informação, do ato de comunicação e da compreensão. Assim, sem comunicação, não se pode pensar em sociedade e, somente por meio da sociedade, poderá se estabelecer comunicação. A sociedade é, pois, um sistema fechado, composto unicamente de comunicações entre pessoas.³ Em conformidade, Rocha assevera que “a sociedade como sistema social é possível graças à comunicação. Por sua vez, a comunicação depende da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas”.⁴

Para diferenciar os conceitos de informação, mensagem e compreensão e ressaltando a diferença de funções entre linguagem e sociedade, Luhmann entende que a função da linguagem é promover o acoplamento estrutural entre a comunicação e consciência. Dessa forma, segundo o mesmo autor, a linguagem mantém separadas comunicação e consciência, assim também sociedades e indivíduos.⁵

A comunicação deve ser entendida como operação social e concebida não no sentido de uma transmissão de mensagem, mas no sentido de uma unidade operacional de mensagem, informação e compreensão; ou, melhor dizendo, no sentido de uma unidade que, através de acoplamentos estruturais, ativa mais do que apenas um sistema de consciência.⁶

Portanto, comunicação e consciência são, assim, dois sistemas diferentes, operacionalmente fechados, que conseguem se acoplar por meio da linguagem, apesar dos seus diferentes modos de operar. Assim, Luhmann entende que

³ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 71.

⁴ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 104.

⁵ FEDOZZI, Luciano. A Nova Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Trad. de Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Universidade/UFRGS; Instituto Goethe/ICBA, 1997. p. 29.

⁶ LUHMANN, Niklas. Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da Teoria da Sociedade. In: NEVES; SAMIOS, op. cit., p.70.

⁷ FEDOZZI, Luciano. A Nova Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. In: NEVES; SAMIOS, op. cit., p. 29.

a linguagem realiza isto por salientar-se artificialmente no meio acústico dos ruídos e, a seguir, no meio ótico dos caracteres escritos. Ela pode fascinar e centrar a consciência e simultaneamente reproduzir comunicação. Sua função não reside, conseqüentemente, na intermediação de referência a um mundo exterior, mas exclusivamente no acoplamento estrural.⁷

Por meio da linguagem, assim como de todos os acoplamentos estruturais, provoca-se um efeito de inclusão e de exclusão no sistema social. Assim, a linguagem aumenta a “irritabilidade” da consciência por meio da comunicação e a “irritabilidade” da sociedade por meio da consciência.⁸ A linguagem é o meio que aumenta a compreensão das comunicações, muitas vezes usando generalizações simbólicas para substituir, representar e combinar as percepções, solucionando os problemas que um entendimento parecido representa.⁹

Para Maturana,¹⁰ a realização do ser individual só se torna possível ao viver com outros seres humanos partilhando experiências por meio da linguagem. A autoconsciência, assim como a consciência do outro, só pode surgir por meio de distinções feitas na linguagem. A identidade pessoal, ou o sujeito individual, só pode surgir por intermédio do viver coletivo.

A concepção de sociedade composta de comunicações é tema decisivo para Luhmann. Os seres humanos, sistemas autorreferentes, que têm, na consciência e na linguagem, seu próprio modo de operação autopoietica, constituem o meio da sociedade, não seus componentes.¹¹

⁸ Ibidem, p. 30.

⁹ LUHMANN, Niklas. *A Improbabilidade da comunicação*. Trad. de Anabela Carvalho. 3.ed. Lisboa: Vega, 2001. p. 46.

¹⁰ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *El árbol del conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano*. Buenos Aires: Lumen, 2003.

¹¹ NEVES, Clarissa Eckert Baeta. Niklas Luhmann e sua obra. In: NEVES; SAMIOS, op. cit., p. 17.

Com o conceito de sociedade como comunicação, ultrapassam-se os limites tradicionais das sociedades e dá-se o surgimento de uma multiplicidade de sociedades regionais. Ainda que a comunicação possa ser dependente de relações espaciais, através de seu substrato material, ela, em si mesma, não tem lugar no espaço. Ao contrário do mundo animal, a evolução sociocultural da sociedade atual – em função da linguagem, da escrita, das telecomunicações - restringe o significado das relações espaciais invertendo o princípio: é a comunicação que determina o significado de espaço, e não o contrário. Para Luhmann, a sociedade contemporânea é um único sistema mundial.¹²

Um dos grandes fenômenos que surgiu e contribuiu para uma rede mundial de comunicação foi o advento do ciberespaço. Ciberespaço, segundo Lévy, é “o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores”.¹³ Como consequência desse espaço, existe um irrefreável fluxo de comunicações, gerado pela crescente entrada de informações, que ocorre diariamente na internet.

Com a efervescência cultural, a comunicação adquiriu um espaço para sua universalização: a publicação de diversas obras, jornais e revistas veio promover, de certa forma, abertura ao acesso à informação, iniciando um processo de universalização e de mercantilização da informação.¹⁴ O perfil do consumidor, ante esse fenômeno, tem sofrido alterações significativas não somente na sua maneira de consumir, como também nas formas de exercício da cidadania.¹⁵

¹² FEDOZZI, Luciano. A nova teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. In: NEVES; SAMIOS, op. cit., p.31.

¹³ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: 34, 1999. p. 92.

¹⁴ HOHLFELDT, Antônio. As origens antigas: a comunicação e as civilizações. In: HOHLFELDT, Antônio; MARTINO, Luiz C.; FRANÇA, Vera Veiga (Org). *Teorias da comunicação: conceitos, escolas e tendências*. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 88-93.

¹⁵ CANCLINI, Nestor Garcia. *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. Trad. de Heloísa Pezza Cintrão e Ana Regina Lessa. 4. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006. p. 30-36.

Os meios de comunicação, nesse sentido, viabilizam o trânsito comunicativo, perfazendo-se em um meio de construção da realidade social; os meios de comunicação estariam, cada vez mais, submetidos a uma lógica comercial inimiga da palavra, da verdade e dos significados reais da vida. Assim, segundo Canclini, a interação tornou-se impossível por meio da interrupção do contato direto entre emissor e receptor, obtendo-se, por um lado, o alto grau de liberdade da comunicação.¹⁶ Tais meios atuam sobre um caos comunicativo, viabilizando o êxito de comunicações até então improváveis. Ainda, com o termo simbólico, entende-se que “estes meios proporcionam à comunicação a oportunidade de ser aceita” [tradução livre].¹⁷

Uma das características mais importantes, em se tratando dos meios de comunicação, é a imposição dos temas. Diante disso, Luhmann refere que

os temas servem por isso ao acoplamento estrutural dos meios de comunicação com outras áreas da sociedade, e, agindo assim, eles são tão elásticos e tão diversificáveis que os meios de comunicação, fazendo uso de seus temas, podem atingir cada parte da sociedade, ao passo que sistemas no ambiente intra-social dos meios de comunicação, como por exemplo, a política, a ciência, o direito, geralmente têm muito trabalho em oferecer seus temas aos meios de comunicação. O sucesso dos meios de comunicação em toda a sociedade deve-se à imposição dos temas [...]¹⁸ [tradução livre].

Pelos temas, é possível melhorar as relações dos sentidos, o que dificilmente pode ser ignorado pela comunicação individual. Por isso, a comunicação é um processo dirigido, em geral, mas

¹⁶ CANCLINI, op. cit., p.17.

¹⁷ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara/Universidad Iberoamericana/Iteso, 1993. p. 128: “Estos medios proporcionan a la comunicación la oportunidad de ser aceptada.”

¹⁸ LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Trad. de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005. p. 31.

não necessariamente por temas. Os temas são reduções da complexidade aberta pela linguagem.¹⁹ Nota-se, com isso, que a comunicação, centrada em uma matriz sistêmica e relacionada ao processo de acoplamento do sistema e de seus subsistemas, sendo a comunicação a condutora de mensagens entre eles, possibilita a troca de informações entre os sistemas.

Desse modo, verifica-se a relação existente entre os meios de comunicação de massa e a publicidade que veiculam. Por intermédio dos meios de comunicação, a publicidade transita por todos os sistemas sociais, com um alto grau de aceitação e liberdade na comunicação, no sentido de que ela se coloca subitamente para o receptor, no qual não há uma interação, somente imposição. As necessidades criadas pela publicidade representam, primeiramente, os interesses econômicos das grandes empresas. Secundariamente, baseiam-se nos possíveis sonhos das mais diversas naturezas do chamado público-alvo. Conjuntamente com Debord, poder-se-ia afirmar que se vive, portanto, o *espetáculo*. Ou seja, “o espetáculo é o momento em que a mercadoria ocupou totalmente a vida social. Não apenas a relação com a mercadoria é visível, mas não se consegue ver nada além dela: o mundo que se vê é o seu mundo”.²⁰

Nessa perspectiva, vive-se, atualmente, em um mundo constituído de uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Assim, cada experiência concreta apresenta um conteúdo que remete a outras possibilidades, que são, ao mesmo tempo, complexas e contingentes.²¹

A sociedade do terceiro milênio é dominada pela (hiper)complexidade e dupla contingência. Assim, esclarece Luhmann que,

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamentos para una teoría general*. Trad. de Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 156.

²⁰ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 30.

²¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45.

com complexidade, queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência, entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desmontamento e necessidade de assumir-se riscos.²²

A primeira dificuldade se radica no fato de que a sociedade é caracterizada pela complexidade, ou seja, por um excesso de possibilidades. Mas, como é possível a redução da complexidade? A partir do momento em que há um processo de tomada de decisão (por exemplo, o ato da compra), quando se decide fazer alguma coisa e se realiza alguma coisa. A complexidade que envolve a publicidade, por meio de seus anúncios e, principalmente, a repetição tem por objetivo estabelecer padrões de persuasão, elevando o nível de ruídos pela repetição contínua dos anúncios, que criam, no inconsciente das pessoas, necessidades artificiais. Nesse sentido, Luhmann esclarece que a comunicação

[...] trabalha também com outros dois gêneros, se bem que não tão exaustivamente como o jornalismo: a publicidade e o entretenimento. Para ele, a publicidade não falsifica nada, ela põe, de fato, as cartas na mesa ao declarar seus motivos e suas intenções, apesar de esconder seus meios. Ao receptor é sugerida liberdade de decidir se quer ou não adquirir o bem ou o serviço, mas há uma “opaquização”, pois, mesmo jogando abertamente, a linguagem paradoxal da publicidade é

²² Ibidem, p. 45-46.

enganosa: pode-se economizar gastando dinheiro, o artigo oferecido é exclusivo, etc. Niklas Luhmann acredita que a publicidade, em realidade, atua num plano além do mercado e do consumo, funcionando como mecanismo de equilíbrio entre redundância e variedade, em que comprar o mesmo produto, a mesma marca, é antes um ato de dúvida do que de confirmação; é preciso sempre motivos adicionais, o que se dá pela produção de ilusão. Este seria exatamente o dilema da publicidade, apresentar sempre algo de novo e, ao mesmo tempo, manter fidelidade à marca: variedade e redundância.²³

A questão da repetição também está muito ligada à noção do tempo; assim, Bauman entende que, se retirada a capacidade de espera do querer, a capacidade de consumo das pessoas pode ser estendida para muito além dos limites estabelecidos por quaisquer necessidades naturais.²⁴ Percebe-se, nesse sentido, como é cada vez maior a importância dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, como detentores do poder e da construção do futuro.²⁵ Nesse contexto, insere-se a publicidade como um dos fenômenos mais enigmáticos em todo o domínio dos meios de comunicação. A atenção consciente só é solicitada em um período muito curto, o que dificulta uma apreciação crítica ou uma decisão pensada.²⁶ Esse é o papel da publicidade no sistema industrial atual. Ela permite a comunicação entre o fornecedor e consumidor, visando ao convencimento do consumidor, conferindo-lhe um grande poder social de forma a ser considerada um instrumento de controle social.

Para Luhmann, é indiscutível o refinamento alcançado pelos meios de comunicação de massa para a construção de realidades,

²³ MARCONDES FILHO, Ciro. *O escavador de silêncios: formas de construir e de desconstruir sentidos na comunicação: nova teoria da comunicação II*. São Paulo: Paulus, 2004. p. 500.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999. p. 90.

²⁵ ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, op. cit., p. 44.

²⁶ LUHMANN, op. cit., 2005, p. 83-84.

sobretudo nas últimas décadas, bem como a segurança de seus efeitos, assegurados principalmente pela publicidade.²⁷ Sobre a publicidade, acrescenta ainda:

A publicidade pode estar motivada pela esperança de alcançar êxito nas vendas, mas sua função latente consiste em produzir e consolidar critérios de bom gosto para aquelas pessoas que lhe faltam; ou seja, surtir de segurança de julgamento a respeito das qualidades simbólicas de objetos e modos de conduta. A procura se encontra atualmente ainda e, especialmente, na camada alta, a qual em razão da promoção rápida e as práticas não-reguladas do casamento já não sabem como servir de modelo. Esta função latente da publicidade pode logo ser aproveitada estrategicamente para fomentar deste modo as vendas, embora também surta seus efeitos em quem nada compra.²⁸

Para Luhmann, a publicidade joga com a distinção consciente/inconsciente. O paradoxo consiste, então, em que as decisões conscientes sejam tomadas de forma inconsciente,²⁹ mas novamente na forma de livre escolha.³⁰

²⁷ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007. p. 875.

²⁸ “La publicidad puede estar motivada por la esperanza de alcanzar éxito en las ventas, pero su función latente está en producir y consolidar criterios del buen gusto para aquellas personas que carecen de él; es decir, surtir de seguridad de juicio respecto a las cualidades simbólicas de objetos y modos de conducta. La demanda se encuentra hoy día aún y, sobre todo, en el estrato alto, el cual en razón de los ascensos rápidos y las prácticas no reguladas de casamento ya no sabe cómo servir de modelo. Esta función latente de la publicidad puede luego aprovecharse estratégicamente para fomentar de este modo las ventas, aunque surte también sus efectos en quienes nada compran.” (Idem).

²⁹ Esta forma é resultante do fato de que o material psicológico divide-se em *consciente e inconsciente*. Tal diferenciação utilizada por Luhmann está em concordância tanto com a Psicanálise (Freud), como com a Psicologia Analítica (Jung). Jung, porém, vai mais além, mostrando que o inconsciente também se diferencia, referindo-se à existência de um *inconsciente coletivo*, o qual, em seus níveis mais profundos, “possui conteúdos coletivos em estado relativamente ativo”. (JUNG, C. G. *O Eu e o inconsciente*. Petrópolis: Vozes, 2007. p.13). Vale ressaltar que essa concepção do inconsciente diferenciou determinantemente Jung das escolas de Freud. (FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas*. (1916-1917). Rio de Janeiro: Imago, 1976. v.XVI. e ADLER, Alfred. *Practica y teoria de la psicologia del individuo*. 2.ed. Buenos Aires: Paidós, 1958).

³⁰ LUHMANN, op. cit., 2005, p. 86.

Mas, para o mesmo autor, há limites para se enganar a consciência, estabelecendo barreiras no exercício da publicidade:

Há limites legais para o ato de enganar conscientemente, mas isso não vale quando se trata da costumeira cumplicidade dos destinatários no sentido de se enganarem a si mesmos. Cada vez mais as mensagens publicitárias ocupam-se hoje em dia em tornar desconhecido ao destinatário o motivo daquilo que é anunciado. Ele reconhece que se trata de publicidade, mas não que está sendo influenciado. Sugere-se que o destinatário tenha liberdade de decisão e até mesmo que ele deseje, por si mesmo, aquilo que jamais desejaria.³¹

A publicidade se utiliza de técnicas psicológicas, influenciando o consumidor no ato da compra, através de mecanismos de persuasão, que atuam em diferentes níveis: persuasão racional, emotiva e inconsciente. Assim,

a persuasão racional baseia-se no comportamento lógico que pode esperar-se dos consumidores com relação a aspectos de natureza econômica como melhor preço, maior durabilidade ou qualquer outro benefício do produto. A persuasão emotiva desperta os sentimentos e emoções que influenciam no comportamento das pessoas. O amor, carinho, felicidade entre outras coisas são alguns dos principais sentimentos a que apela a publicidade através de processos associativos. Já na persuasão inconsciente, a mensagem procura exercer sua influência no instinto sexual, de autoconservação e desenvolvimento, de poder, de jogo, de oposição e outros. A sugestão é exercida sobre o indivíduo sem a participação ativa de sua vontade, como consequência da percepção que desencadeia uma sugestão contida na mensagem.³²

³¹ LUHMANN, op. cit., 2005, p. 84.

³² ALMEIDA, Alette Marisa S. D. N. Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 16, jan./mar. 2005.

Trata-se de um falso diálogo, tendo em vista que o indivíduo a ser influenciado é guiado para uma direção objetivada, permanecendo inconsciente em relação aos objetivos reais e aos procedimentos utilizados pelo persuasor. Segundo Luhmann, a tendência às formas belas, presentes tanto nas imagens visuais quanto textuais, serve para mascarar o real motivo daquilo que é anunciado e acrescenta: “A boa-forma destrói a informação.”³³

Disso infere-se que a publicidade procura estabelecer padrões de gosto nas pessoas, buscando criar uma nova conduta de comportamento na sociedade, até mesmo para os que não compram, pela fixação de novos padrões de repetição no seu inconsciente. Há, contudo, outro efeito, já suficientemente estudado, que, com o tempo pode ser fonte de grandes polêmicas, caso seja deixado sem regulação jurídica por parte da sociedade. As tecnologias atuais podem proporcionar àqueles que dispõem dos meios de comunicação de massa a capacidade de influir nos consumidores, sem que estes possam, às vezes, defender-se, ou sequer perceber conscientemente que a estão recebendo. Com o processo chamado percepção subliminar, existe o poder de atingir diretamente o subconsciente, como diz Casado, para “além da consciência individual e da liberdade pessoal”.³⁴

Os métodos capazes de realizar tal influência ainda se encontram em fase de estudos. Mas já há formas sofisticadas dessa técnica, as quais permitem que se envie uma dupla mensagem: uma, para ser recebida conscientemente, e outra para se alcançar diretamente o subconsciente do indivíduo.³⁵ Ocorre que, continua Casado, “às imagens, sons, etc. são transmitidos com velocidades, comprimento de onda, decibéis que nossos sentidos (visão, audição) não logram perceber de modo consciente e ordinário comum”.³⁶ Pois, o comportamento dos

³³ LUHMANN, op. cit., 2005, p. 84.

³⁴ CASADO, Alfredo. *Os meios de comunicação social e sua influência sobre o indivíduo e a sociedade*. Trad. de Atílio Cancian. São Paulo: Cidade Nova, 1987. p. 30.

³⁵ CASADO, op. cit., p.31.

³⁶ Idem.

indivíduos, em um mundo altamente complexo e contingente, necessita de reduções que possibilitem expectativas comportamentais e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas. Segundo Luhmann, “na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização”.³⁷

Nesta linha de ideias, o sistema do Direito engendrou um subsistema do Código de Defesa do Consumidor com a função de erigir um mecanismo de redução de complexidade social, dada a sua função, principalmente nos últimos tempos, de controlar os mecanismos abusivos de incitação ao consumo. Desse modo, Luhmann entende que,

frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações.³⁸

Assim, é imperioso observar como a dogmática jurídica consumerista está respondendo aos problemas atuais gerados em função da publicidade que possuem estreita relação com o Direito.

3 Publicidade e complexidade

A publicidade exerce um papel muito importante nas sociedades complexas, principalmente pela imposição dos sentidos e temas das comunicações. A atividade de comunicar-se por publicidade é uma opção do fornecedor e que, por suas características de atividade profissional (risco próprio) e por seus importantes e irreversíveis efeitos na sociedade faz nascer vínculos obrigacionais, tornando-se hoje de relevância jurídica indiscutível.

³⁷ LUHMANN, op. cit., 1983, p.109.

³⁸ Ibidem, p.110.

A publicidade comunica; logo, é forma de informação, mas também é livre para não trazer nenhuma informação precisa ou mesmo nenhum sentido, podendo chegar à pura ilusão publicitária, como forma de fomento do consumo. A publicidade, por meio da mídia, determina o comportamento dos indivíduos frente ao consumo. Ou seja, a publicidade é destinada a influenciar os consumidores em suas tomadas de decisão, no sentido de adquirir determinado produto ou serviço. Já a sociologia de médio alcance de Merton, dizia que “o propósito evidente da compra de bens de consumo é, naturalmente, a satisfação das necessidades às quais estão explicitamente destinados esses bens”.³⁹ Contudo, criam-se diariamente necessidades artificiais de bens, sendo essas facilmente veiculáveis pelos meios de comunicação. Nessa perspectiva, isso significa que o sucesso comercial depende do nível de inserção de aspectos simbólicos da mensagem publicitária no inconsciente dos indivíduos (que são os sistemas psíquicos, caracterizando, portanto, o entorno social).

No Brasil, antes do CDC, a publicidade era considerada mero convite à oferta (*invitatio ad offerendum*). Isso implica a afirmação de que ela não vinculava o fornecedor ao anúncio, pois, para a concretização do negócio, o consumidor, atraído pela publicidade, deveria comparecer ao estabelecimento e apresentar uma oferta, que seria ou não aceita pelo fornecedor.⁴⁰ A doutrina de um modo geral não atribuía relevância jurídica à publicidade, situando-a no domínio dos meros convites para contratar, momento anterior e estranho à fase negocial.

Assim, tendo em vista a ineficácia das normas existentes na época, os próprios publicitários criaram um Código de Auto-Regulamentação Publicitária (aprovado em 1978, no III Congresso Brasileiro da Propaganda) e um órgão fiscal

³⁹ MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 136.

⁴⁰ CHAISE, Valéria. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2.

denominado Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (Conar). Um dos objetivos da autorregulamentação foi decorrência da necessidade de manter a confiança dos consumidores nas mensagens veiculadas, ou seja, melhorar a imagem social da publicidade. Ocorre que o Conar é uma associação civil formada por agentes do mercado publicitário; por isso, seus atos não têm efeito vinculativo, podendo-se dizer que são apenas recomendações, opiniões, conselhos ou pareceres, totalmente destituídos de força cogente.

O fenômeno da massificação e do consumo trouxe, igualmente, perigo para os consumidores que aderiam globalmente ao contrato sem conhecer todas as cláusulas. A liberdade contratual sempre deu azo a inúmeros abusos, tida como provocadora da discrepância entre a vontade real e a vontade declarada. A ideia da autonomia da vontade estaria ligada a uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo, sem influências externas imperativas.⁴¹

Pode-se dizer que as condutas na sociedade e no mercado de consumo devem fazer nascer expectativas legítimas naqueles em que se desperta confiança, ou seja, os receptores das informações. Assim, para Luhmann, a confiança é um elemento central ou suporte fático da vida em sociedade; ela faz atuar, sair da passividade.⁴² O sentido mais amplo da palavra confiança, para Luhmann, reside na confiança da própria expectativa, nos elementos e na normalidade dos fatos sociais, constituindo, portanto, um fator redutor da complexidade.⁴³ O consumidor, quando se decide por determinado serviço, produto ou oferta, é porque foi despertada sua confiança. Se se confia no parceiro contratual, atua-se de forma mais simples e direta.

⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 168.

⁴² LUHMANN, Niklas. *Confiança*. Trad. de Amanda Flores e Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 1-2.

⁴³ LUHMANN, op. cit., 1996, p. 25-29.

Para Luhmann, na atualidade, caracterizada pela complexidade, e por excesso de possibilidades, quando os mecanismos de interação pessoal ou institucional, para assegurar a confiança básica na atuação, não são mais suficientes, pode aparecer uma crise de desconfiança e, também, da própria efetividade do sistema do Direito.⁴⁴

Foi com esse espírito que coube ao Estado estabelecer limites à publicidade. O primeiro avanço no controle da publicidade veio a acontecer com a Constituição de 1988, que estabeleceu, em seu art. 220, parágrafo 3º, inciso II, e parágrafo 4º,⁴⁵ restrições à veiculação da publicidade de medicamentos, exigindo informações relativas aos seus malefícios sobre o uso dos produtos. Por sua vez, o inciso IX do art. 5º da CF veio determinar: “É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.”⁴⁶

Temos ainda os incisos XXXII e XXXV do art. 5º da CF, que preveem: o primeiro, o direito dos consumidores, e o segundo, a apreciação de toda lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário. Ocorre que o direito de palavra não é assegurado

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrete. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p.132.

⁴⁵ BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. §3º Compete à lei federal: II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. §4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. (BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2008.)

⁴⁶ Ainda há aqueles que se manifestam pela impossibilidade de controle da atividade publicitária, argumentando que se trata de uma atividade de manifestação do pensamento, criativa, artística, de comunicação, que é livre no sentido mais amplo da palavra, e que, por isso, não pode sofrer nenhum tipo de censura ou constrição. (TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. *Direitos publicitários no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 85).

ilimitadamente. A liberdade de criação artística e de difusão de ideias e conhecimento não é absoluta; obrigatoriamente, há de respeitar outras liberdades e direitos também consagrados na Lei Maior. O mercado publicitário sempre usa a liberdade de expressão como bandeira para se proteger das eventuais censuras, o que não prospera, na medida em que o que se quer proteger com a liberdade de expressão é de ordem política; de natureza diversa é a de anunciar, atividade com fim exclusivamente privado.

A Constituição oferece uma possibilidade, pelo menos, aparentemente, de se aprofundar a justiça social. No entanto, a regulamentação da publicidade somente surgiu com o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 11/9/1990, especificamente na Seção III “Da publicidade” (arts. 36 ao 38). A publicidade, em princípio, está adstrita ao conceito de consumidor, para que incidam sobre ela as regras próprias das relações de consumo, ou seja, somente as mensagens publicitárias dirigidas aos consumidores seriam disciplinadas pelo CDC. É importante lembrar que o CDC ampliou a noção de consumidor como destinatário final do produto ou serviço, equiparando-o a todas as pessoas que intervenham nas relações de consumo (art. 2.º, parágrafo único), as vítimas dos acidentes de consumo (art. 17) e todas as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais, incluindo aí a publicidade (art. 29).

Em suma, quer-se dizer que o consumidor na atividade publicitária não é apenas aquele consumidor potencial, mas todos os expostos; assim, mesmo os excluídos do consumo, mas atingidos pelas práticas previstas no art. 29. Vale dizer: pode ser visto concretamente (art. 2.º), ou abstratamente (art. 29). No segundo caso, exige-se simplesmente exposição à prática, ainda que não se consiga apontar, concretamente, um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço.⁴⁷

⁴⁷ Veja-se decisão proferida pelo STF – 3ª. T. – REsp 476.428/SC. Relatora: min. Nancy Andrighi, julgado em: 19.4.2005. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009).

A definição de fornecedor também vale destacar. A responsabilidade da correção das informações passadas cabe a quem as patrocina, mantendo o fornecedor, nesse caso, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem, conforme reza o art. 38 e parágrafo único do art. 36. Quando a publicidade é usada como oferta/informação contratual, a situação é diferente. Foi assim que a obrigação decorrente da publicidade surgiu, pois o CDC, em seu art. 30,⁴⁸ instituiu a hipótese legal e a respectiva consequência jurídica, ou seja, basta a publicidade ser suficientemente precisa para ser caracterizada como fato jurídico. Comparada aos efeitos da oferta, a jurisprudência já está consolidada nesse sentido.⁴⁹

A nova concepção de oferta reside em uma das maiores contribuições do Direito do Consumidor à reforma da teoria clássica da formação dos contratos. A oferta, em tal acepção, é sinônima de marketing incluindo aí todos os métodos, as técnicas e os instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados no mercado pelos fornecedores. Qualquer dessas técnicas, desde que “suficientemente precisa”, tem o condão de transformar-se em veículo eficiente de oferta vinculante. Já dizia muito antes Pontes de Miranda⁵⁰: “A favor do destinatário da oferta revogável ou irrevogável nasce direito formativo gerador: mediante o seu exercício, compõe-se o negócio jurídico bilateral.”

⁴⁸ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

⁴⁹ Apelação Cível n. 70016313587, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Alzir Felipe Schmitz, julgado em: 17/05/2007. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009. Apelação Cível nº 70014175020, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Pedro Celso Dal Pra, julgado em: 27/04/2006. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

⁵⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. p. 242. t. 5.

O art. 30 dá caráter vinculante à informação e à publicidade. Por informação, quis o CDC incluir qualquer tipo de manifestação do fornecedor que não seja considerado anúncio, mas que, mesmo assim, induza ao consentimento do consumidor.⁵¹ Na mesma esteira, segue a lição de Alvim⁵²: “[...] se a proposta publicitária obriga o proponente, o contrato que dela se originar deverá ser lavrado, seguindo estritamente os seus termos.” Vale referir que proposta e oferta publicitária são usadas como sinônimo por parte da doutrina dominante.⁵³

Também se o fornecedor recusar o cumprimento da sua oferta ou publicidade, ou ainda, se não tiver condições de cumprir o que prometeu, o consumidor poderá escolher entre o cumprimento forçado da obrigação ou a aceitação de outro bem de consumo. Caso o contrato já tenha sido firmado, sem contemplar integralmente o conteúdo da oferta ou publicidade, é lícito ao consumidor exigir rescisão contratual, com restituição dos valores já pagos, mais perdas e danos, inteligência do art. 35 do CDC.

A publicidade, sendo ferramenta da economia de uma maneira geral, a exemplo da grande parte das atividades econômicas, “obedece preferencialmente aos imperativos financeiros e às regras técnicas, mais do que às exigências éticas, estéticas e culturais, o que torna necessário o controle de sua atividade”.⁵⁴ Assim, com o intuito de resguardar o consumidor de artifícios considerados ilícitos pelo CDC, é que se submeteu a publicidade a dois princípios básicos: o da identificação e o da veracidade, concretizando um objetivo de transparência. Busca-se a identificação imediata pelo consumidor da publicidade como tal,

⁵¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Coordenado por Juarez da Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 269.

⁵² ALVIM, Thereza et al. *Código do Consumidor comentado*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 190.

⁵³ “A declaração feita em primeiro lugar, visando a suscitar a formação do contrato, chama-se *proposta* ou *oferta*.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 65).

⁵⁴ QUESNEL, Louis. *Os mitos da publicidade*. Trad. de por Hilton Ferreira Japiassu. Petrópolis: Petrópolis, 1974. p. 91.

para que ela seja considerada lícita. Conforme Almeida, “a mensagem publicitária deve surgir aos olhos do público identificada como tal, colocando assim os seus destinatários de sobreaviso acerca das intenções comerciais dos textos ou imagens”.⁵⁵

É por esse motivo que é vedada a chamada publicidade subliminar, por se entender como infração ao princípio da identificação.⁵⁶ Quando isso ocorre, não só o consumidor pode estar sendo enganado, como também pode haver fraude à lei, uma vez que a falta de identificação possibilita a transgressão de regras, como: advertência necessária de restrição ao uso de alguns produtos (cigarros); horário e local de exposição do anúncio (bebidas alcoólicas) ou a proporção de publicidade em relação à programação (rádio e televisão) ou noticiário e reportagens (jornais e revistas). São duas as formas básicas de ilicitude previstas no CDC (art. 37): a publicidade enganosa e a abusiva. Aqui não se perquire a vontade dolosa ou culposa, bastando, para tanto, a atividade. Quanto aos elementos que compõem o tipo enganoso e abusivo, a distinção acerca do seu caráter protetivo é que a “disciplina da propaganda enganosa destina-se à tutela de um interesse econômico do consumidor, enquanto a publicidade abusiva tem em mira a observância de valores fundamentais da sociedade”.⁵⁷

É interessante observar que os danos causados por qualquer espécie de publicidade têm de caráter objetivo, ou seja, responsabilidade objetiva, sendo, em regra, danos materiais, quando publicidade enganosa, e danos morais, quando abusiva. Por enganosa tem-se a informação ou a comunicação falsa, ou, ainda, mesmo por omissão, aquela capaz de induzir ao erro o consumidor quanto a qualquer dado do produto ou serviço. Visa-se proteger a livre e correta manifestação de vontade do

⁵⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 81.

⁵⁶ BENJAMIN, op. cit., p. 332.

⁵⁷ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 125, jul./set. 2000.

consumidor, evitando que este pratique ato jurídico mediante vício de consentimento, causando-lhe um dano patrimonial ou extrapatrimonial. Já o art. 37, § 2.º do CDC, contempla um rol exemplificativo de publicidades consideradas abusivas. Aqui o que está em questão é o espectro cultural da publicidade, o impacto moral da mensagem. Para Marques, a publicidade abusiva é aquela antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo.⁵⁸ A defesa do consumidor contra a publicidade abusiva também será coletiva, posto que o Ministério Público Estadual e Federal e as Associações de Defesa dos Consumidores fazem uso constante de ações civis públicas para evitar esse tipo de publicidade no mercado brasileiro.

Em se tratando de publicidade e sua regulação pelo Direito, mister se faz observar tais fenômenos pelo prisma da comunicação. A comunicação seria um valor máximo da pós-modernidade, sendo que a nova legislação do Direito, da Justiça, estaria na comunicação, associada à valorização extrema do tempo e do Direito, como instrumento de comunicação, de informação. Assim, o consentimento do indivíduo para ser legitimador é só aquele informado e esclarecido.

Efetivamente, o tema da publicidade está intimamente ligado ao da denominada “sociedade de informação”, com o advento das contratações no *ciberespaço* e com o *boom* de mídias sociais, tais como: *blogs*, *Google groups*, *Wikipédia*, *MySpace*, *Facebook*, *YouTube*, *Twitter*, entre outros. Novas ferramentas de mídia social vêm surgindo e se estabelecendo, passando por mutações evolutivas naturais.

Isso constitui uma significativa mudança na estrutura de poder social, pois a possibilidade de gerar conteúdos e influenciar pessoas e decisões deixa de ser exclusividade dos grandes grupos capitalizados, para se tornar comum a qualquer pessoa. Além disso, a redução do custo de publicação a quase zero possibilita a produção de conteúdos muito específicos, também para

⁵⁸ MARQUES, op. cit., p. 808.

pequenos públicos – que antes não justificavam a equação econômica.

4 Publicidade subliminar e direito

O estudo da publicidade e da mensagem subliminar no Brasil tem-se configurado como superficial por parte da doutrina. A questão das tecnologias de comunicação, que fazem uso das mensagens subliminares, necessita de um maior aprofundamento na bibliografia brasileira. Isso se deve, em grande parte, ao fato de as publicidades subliminares serem de difícil identificação, uma vez que podem estar implícitas em diversas formas.⁵⁹

Um dos autores mais confiáveis em matéria de publicidade subliminar é o psicólogo canadense Wilson Bryan Key, quem diz ter encontrado milhares de mensagens ocultas em anúncios publicitários, principalmente relacionados com sexo e morte.⁶⁰ O livro de sua autoria, *Subliminal seduction* (1974), apresenta uma breve história da percepção subliminar. Segundo o autor, as primeiras referências à percepção subliminar remontam aos escritos de Demócrito (400 a.C.), que afirmavam que “nem tudo o que é perceptível pode ser claramente percebido”.⁶¹

Em seu livro, Key também cita Montaigne, em 1580 e Leibniz, em 1968, os quais afirmavam existirem “inumeráveis percepções praticamente inadvertidas, mas que se tornam óbvias por meio de suas conseqüências”.⁶²

Em outra experiência importante, datada de 1974, quando foi realizada oficialmente a primeira inserção subliminar na televisão, Sam McCloud, da rede americana Telecast, teria realizado

⁵⁹ FERNANDES, Daniela Bacellar. *Responsabilidade civil e direito do consumidor em face das mensagens subliminares*. Curitiba: Juruá, 2006.

⁶⁰ CHEN, Adam. *Expert discusses the effects of subliminal advertising*. Disponível em: <<http://tech.mit.edu/V110/N7/lsc.07n.html>>. Acesso em: 25 set. 2009.

⁶¹ Idem.

⁶² KEY, Wilson Bryan apud CALAZANS, Flávio. *Propaganda subliminar multimídia*. São Paulo: Summus, 2006. p. 32.

quatro inserções da frase *get it* (compre-o) num filme publicitário do jogo infantil *Kusker Du*. O comercial foi veiculado antes do Natal, com a mensagem oculta ‘compre-o’, projetada numa fração de segundo (1/30 de segundo) e repetida quatro vezes dentro do anúncio. A esse fato foi atribuído o aumento inesperado e considerável da venda dos brinquedos, depois que McLoud confessou a utilização da técnica.⁶³

Percebe-se que, ao longo da História, as técnicas de utilização de mensagens subliminares foram passando por estágios primitivos como a mídia cinema, televisão e evoluindo até chegar a adaptações em DVDs e programas de computador.

Entende-se que a publicidade subliminar é aquela que pretende atingir o subconsciente, sendo a mensagem projetada a uma velocidade tão rápida que não chega a ser perceptível conscientemente. No momento da compra, o produto aflora no nível da consciência, como se fosse uma escolha espontânea.⁶⁴

É por isso que o tema das publicidades subliminares nas relações de consumo é de grande relevância, pois são técnicas comunicativas ilícitas que tendem a ser mais utilizadas no presente momento, de forma a possibilitar a expansão do poder econômico.⁶⁵

A psicologia apresenta o primeiro conceito, definindo subliminar como qualquer estímulo abaixo do limiar da consciência, estímulo que, não obstante, produz efeitos na atividade psíquica.⁶⁶ Relacionando as teorias com o modo de recepção de mensagens, tem-se que, devido ao grande número de informações que se recebe diariamente, a atenção seletiva filtra e seleciona um único canal sensório, de forma que o restante é transformado em subliminar. Nesse sentido, é a lição de Gade a respeito da percepção seletiva e de suas variáveis condicionantes na pesquisa de subliminares:

⁶³ FERNANDES, 2006. p. 29.

⁶⁴ CABRAL, Plínio. *Propaganda: técnica da comunicação industrial e comercial*. São Paulo: Atlas, 1986. p.162.

⁶⁵ FERNANDES NETO, op. cit., p. 266.

[...] poucos, talvez, conseguirão visualizar a matéria como informe publicitário, como matéria paga que é. Tal percepção seletiva dependerá de diversas variáveis: da capacidade crítica dos destinatários, da reputação da mídia utilizada, dos personagens que participam do merchandising, do tempo de exposição desta publicidade etc.⁶⁷

Para verificação do uso de mensagem subliminar e de sua comunicação, pode-se citar a Ação Civil Pública 02.201.689-9 de São Paulo, como um dos casos de grande repercussão no Brasil.⁶⁸ Trata-se de uma ação conjunta das Promotorias de Justiça do Consumidor e de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e da Juventude, em que o Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação civil pública contra a MTV Brasil em razão da divulgação, por essa emissora de televisão, durante sua rotineira programação, de publicidade abusiva consubstanciada em publicidade institucional com mensagem subliminar dotada de *grosseiras imagens contendo cenas explícitas de perversão sexual (sodomismo)*.⁶⁹

Após denúncia recebida pelo Ministério Público de São Paulo, no sentido de que a emissora, durante sua programação rotineira, exibia publicidade abusiva, foi submetido à perícia fita de VHS contendo a vinheta da MTV. A referida vinheta da MTV⁷⁰ ficou no ar, em todos os horários, de março até setembro de 2002, quando a emissora afirma ter tido conhecimento das imagens subliminares, via denúncia de telespectadores. O laudo do Instituto de Criminalística foi contundente no sentido de que

⁶⁶ CALAZANS, op. cit., p. 39.

⁶⁷ GADE, Christiane. *Psicologia do consumidor*. São Paulo: EPU, 1980. p. 42.

⁶⁸ Excluindo-se peças publicitárias de caráter comercial, a vinheta da MTV é o caso mais contundente de mensagem subliminar na TV brasileira. Até então, eram apontadas apenas situações discutíveis, como *merchandising* comercial e social em novelas da Globo, além de filmes e desenhos animados importados.

⁶⁹ Ação Civil Pública n. 02.201.689-9, distribuída em 29/10/2002 no Fórum Central Cível João Mendes Júnior de São Paulo/SP.

⁷⁰ MTV – Vinheta. In: YOUTUBE. Disponível em: <<http://br.youtube.com/watch?v=Qn-urt3T57c>>. Acesso em: 20 set. 2009.

a fita apresenta cenas do canal de televisão *MTV*, segundo o logotipo que ostentam. Ofereceu interesse à perícia um “clip” que ostenta cenas de sadomasoquismo na forma subliminar, as quais foram observadas no avanço quadro a quadro. Ressaltamos que as referidas cenas possam passar despercebidas pelo nível de consciência do homem médio na velocidade normal da fita, porém, o inconsciente da mente humana percebe e registra as referidas cenas do fato, conforme farta pesquisa a respeito.

Na petição inicial dessa ação, o Ministério Público demonstrou que tal publicidade institucional da citada emissora, se observada com velocidade diminuída, apresentava, dentre outras, cenas de jovens nuas e amarradas em posições grosseiras (conforme figuras acima) e, por isso, violava o direito à dignidade humana, ao respeito, à intimidade, à personalidade e à integridade moral e psíquica das pessoas difusamente consideradas e, especialmente, das crianças e dos adolescentes expostos à sua constante divulgação. Ressaltou, com isso, que a emissora citada tem como público-alvo pessoas jovens, cujo interesse por assuntos ligados à sexualidade é bastante significativo.

Ainda, segundo o Ministério Público, a liberdade de expressão não pode chegar a ponto de ferir outros direitos fundamentais: liberdade de escolha, liberdade de informação, integridade física e psíquica, proteção ao consumidor, todos consagrados na Constituição Federal, no Estatuto da Infância e Adolescência e no Código de Defesa do Consumidor.

Com bases nesses fundamentos, o Ministério Público requereu a antecipação de tutela para que a *MTV* se abstinhasse de veicular a publicidade então questionada, bem como qualquer outra clandestina ou subliminar, especialmente no caso de haver “insinuação de práticas sexuais”. No pedido final, além dessa obrigação de não fazer, requereu indenização para ser revertida ao Fundo de Reparação de Interesses Difusos, no valor que restasse apurado em sede de liquidação de sentença não inferior

a “R\$ 1,00 (um real) para cada um dos 7,4 milhões de espectadores/mês, no período em que o ‘clip’ foi exibido”.

O juiz responsável pelo caso concedeu liminar e afirmou que “a manutenção da publicidade poderá causar danos irreparáveis às pessoas, em especial, aos menores, que assistem à programação”. Ainda, considerando grosseiras as imagens do clipe, registrou o magistrado:

O direito à informação e à liberdade de expressão não se confunde com a falta de observação dos usos e costumes da sociedade e, principalmente, com a falta de observação da dignidade da pessoa humana. A exposição da população e dos menores às imagens veiculadas pela ré, como resultado, poderá criar sérios problemas de comportamento na medida em que as imagens subvertem os valores que a sociedade procura a todo custo salvaguardar.⁷¹

Depois de ter sido concedida a liminar e interposto o respectivo agravo de instrumento contra essa decisão, as partes realizaram um acordo, obrigando-se a MTV a executar diversas ações sociais, desenvolvendo programas, matérias e campanhas de utilidade pública com a temática voltada para “a proteção dos direitos da criança”, na televisão, no *site* da internet e na Revista da MTV, sob pena de pagamento de multas pecuniárias específicas para cada ação.

Diante do caso relatado acima, em que a pornografia foi exaustivamente explorada, se a técnica subliminar realmente não influenciasse o comportamento do consumidor, por que, então, seria utilizada? A ação foi explorada sob diversos aspectos, mas, no que tange ao Direito do Consumidor, há de se comentar alguns aspectos. Os meios de comunicação de massa não são

⁷¹ SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/caoconsumidor/AtuacaoPraticaIniciais/02/570.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009.

apenas formadores de opinião e de imposição de temas na comunicação, mas também se direcionam para ser formadores de desejos de consumo, assim como a publicidade que veiculam. Então, a publicidade, mesmo que gratuita, é remunerada indiretamente, razão pela qual se inclui no art. 3.º, § 2.º, do CDC como relação de consumo. Essas relações “gratuitas” possuem regime especial, como oferta especial que são, remuneradas indiretamente por terceiros ou mesmo pelos fornecedores, mas não deixam de ser reguladas em seus aspectos básicos pelas normas e pelos princípios do CDC, especialmente no que se refere à boa-fé, lealdade e cuidado entre fornecedores e consumidores no mercado de consumo.⁷²

Sabe-se também que o consumidor, afetado por práticas comerciais difundidas nos meios de comunicação de massa, são todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais, previstas no art. 29 do CDC. Nesse caso, o que se exige é a simples exposição à prática, mesmo que não se consiga apontar, concretamente, um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar determinado produto ou serviço.

Na prática, tem-se que os bens e serviços são (pré)comprados por meio da publicidade, sendo difícil, portanto, separar os elementos informativos dos persuasivos. Nesse caso, a publicidade age procurando incutir nas pessoas o desejo de consumir, por intermédio de apelos emocionais.⁷³ A informação passada pela ré, por meio do ‘clip’ em tela, configura o produto essencial de sua atividade, posto à disposição dos milhares de receptores da mensagem, que são os destinatários finais à luz do que dispõe o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Para Ferrés, a televisão por conseguir persuadir o telespectador, deve direcionar sua mensagem à emoção deste, e não ao pensamento racional e lógico. Como bem explica na seguinte passagem:

⁷² PODESTÁ, Fábio Henrique. *Interesses difusos, qualidade da comunicação social e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

A influência da televisão, intencional ou não, consciente ou inconsciente, manifesta-se na esfera da emotividade. É desde a emotividade que a televisão pode condicionar a liberdade humana. É desde a emotividade que a televisão pode burlar a racionalidade. É desde a emoção que incide sob o inconsciente.⁷⁴

Diante disso, a televisão começa a preparar seus produtos, suas imagens, na perspectiva de que elas incidam sobre as emoções e, dessa forma, potencializem seus efeitos. Outra intenção é a de mediante essas imagens, exercer a função de socializar, como afirma o mesmo autor:

Se as emoções (amor, temor, raiva, dor, gozo...) influem nas decisões e nos comportamentos, qualquer imagem que gere emoções será socializadora, no sentido de que terá incidência sobre as crenças e os comportamentos. Isto pretende conseguir – ou conseguem sem pretendê-lo explicitamente – as mensagens subliminares.⁷⁵

Consoante já explanado, o diploma legal consumerista estabelece que toda publicidade deve ser escoreita e honesta, apresentando-se como verdadeira e preservando os valores éticos da sociedade. Ademais, deverá fundar-se em dados fáticos, técnicos e científicos que efetivamente confirmem a informação veiculada, a fim de prevenir que o consumidor seja conduzido a circunstâncias que o prejudiquem.

Para Henriques,⁷⁶ a fantasia e o uso de superlativos não gera, mas pode ocasionar, conforme o caso concreto, a enganosidade,

⁷³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 141.

⁷⁴ FERRÉS, Joan. *Televisão subliminar: socializando através de comunicações despercebidas*. Trad. de Ernani Rosa e Beatriz Neves. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 23.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 43.

⁷⁶ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 73.

tendo em vista que é praxe o fato de a publicidade manipular as fantasias capazes de despertar o interesse do espectador em relação ao produto ou serviço anunciado.

Conforme os autores do anteprojeto do CDC,⁷⁷ o legislador brasileiro não previu expressamente a publicidade subliminar, em razão de essa atividade ferir o princípio da identificação da publicidade, previsto no art. 36 do CDC, bem como os princípios básicos de transparência e boa-fé nas relações de consumo. Da leitura deste artigo, não se pode concluir se a publicidade subliminar é enganosa ou abusiva, referindo somente que a abusiva não afeta diretamente o bolso do consumidor, limitando-se a agredir outros valores. O próprio entendimento dos promotores que atuaram no caso corrobora tal entendimento, segundo o qual a publicidade subliminar é entendida como abusiva.

A publicidade no Brasil é controlada por um sistema misto, ou seja, faz da convivência e da competição normativa e implementadora a sua característica mais marcante. Esse sistema aceita e estimula ambas as formas de controle: tanto aquele executado pelo Estado quanto o executado pelos partícipes publicitários. É um sistema que vige por meio da concomitância da regulamentação exercida pelo Conar,⁷⁸ juntamente com as regras legais que submetem a publicidade ao Poder Judiciário.

Há importante espaço destinado à autorregulamentação da publicidade, que é realizado pelo Conar e pelo respectivo Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, sendo que esses diplomas são estatutos de organismos ligados à classe publicitária e que, reunidos, definem normas de conduta de seus participantes.

O sistema autorregulamentar apresenta vantagens e desvantagens. A principal vantagem seria a garantia ao

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 279.

⁷⁸ “É uma associação civil formada por agentes do mercado publicitário, como anunciantes, agências, veículos, que espontaneamente aderem ao quadro social.” (CHAISE, op. cit., p. 26).

consumidor de solucionar o conflito, mediante a arbitragem e a composição, evitando-se as custas e a morosidade do procedimento judicial. Já, quanto às desvantagens, a mais evidente é a falta de coerção ou de obrigatoriedade de vinculação das empresas e dos profissionais às sanções impostas pelo Conar acerca da publicidade.⁷⁹ Não há dúvidas de que o Código do Conar seja uma boa alternativa, também para o consumidor, a fim de coibir a publicidade enganosa e abusiva, assim entendidas de acordo com as respectivas definições do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, a imposição das sanções trazidas no art. 50⁸⁰ do aludido diploma tem caráter somente moral, porquanto tal código não pode determinar que a publicidade infratora deixe de ser veiculada,⁸¹ por isso, vale dizer que ele não tem efeito vinculativo, já que emitem apenas recomendações, opiniões, conselhos ou pareceres, totalmente destituídos de força cogente.⁸²

Tem-se também que o Código de Publicidade expressamente proíbe a publicidade oculta ou dissimulada. De fato, preceitua, em seu art. 9.º, n. 1, que é vedado o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade, sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem. Já, no n. 3, tem-se a noção de publicidade subliminar, dizendo que se considera como tal a

⁷⁹ Ibidem, p. 25-28.

⁸⁰ Os infratores das normas estabelecidas nesse código e seus anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades: a) advertência; b) recomendação de alteração ou correção do anúncio; c) recomendação aos veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; d) divulgação da posição do Conar com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, através de veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providencias preconizadas. Parágrafo 1.º Compete privativamente ao Conselho de Ética do Conar apreciar e julgar as infrações aos dispositivos deste código e seus anexos, e ao Conselho Superior do Conar cumprir e fazer cumprir as decisões emanadas do Conselho de Ética em processo regular. Parágrafo 2.º Compete privativamente ao Conselho Superior do Conar alterar as disposições deste Código, bem como alterar, suprimir e acrescentar-lhe anexos.

⁸¹ CHAISE, op. cit., p. 28-33.

⁸² RODYCZ, Wilson Carlos, O Controle da Publicidade. São Paulo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 8, p. 61, 1993.

publicidade que, mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência. Como se pode verificar, ele conceitua e veda a técnica subliminar no mercado publicitário.

Com efeito, a própria autorregulamentação estabeleceu que suas regras de autodisciplina da atividade publicitária também destinam-se a ser usadas como parâmetro pelo Poder Judiciário, no exame das causas envolvendo publicidade, sendo fonte subsidiária da legislação vigente. Portanto, a regulamentação da publicidade não está a cargo exclusivo nem do Estado nem dos agentes publicitários, mas de ambos.

5 Considerações finais

O estudo da publicidade, em especial, a subliminar, constituiu um campo privilegiado de observação em relação ao sentido que a comunicação atingiu nos últimos tempos, assegurado, principalmente, pelo advento dos meios de comunicação de massa. Nesse sentido, os meios de comunicação viabilizam o trânsito comunicativo, perfazendo-se em um meio de construção da realidade social, consequência do seu largo alcance em todos sistemas da sociedade. Ademais, por meio da interrupção do contato direto entre emissor e receptor, obtém-se um alto grau de liberdade na comunicação, posto que o receptor não tem como selecionar a informação recebida, podendo-se dizer que o sentido da comunicação se dá através da informação passada pelos meios de comunicação, bem como a publicidade que veiculam.

Apesar dos seus diferentes modos de operar, observou-se, tendo como aporte a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, que a comunicação e a consciência são dois sistemas diferentes, mas que conseguem se acoplar por meio da linguagem. Assim, a linguagem é o meio que aumenta a compreensão das comunicações, muitas vezes, como é o caso da publicidade, que usa generalizações simbólicas para substituir, representar ou combinar diferentes percepções, alcançando o entendimento

desejado. Percebe-se, com isso, que a publicidade ajuda a fazer a passagem das comunicações entre os sistemas.

Nesse sentido, diante da análise da legislação vigente, da Constituição Federal e da dogmática jurídica consumerista, percebe-se a preocupação em tutelar a vontade livre e real do consumidor, que deve se adequar àquela declarada. Ainda, a publicidade, equiparada aos efeitos da oferta, obriga o fornecedor que dela se utiliza, devendo ser honesta e correita nas informações que presta, observando o dever de informar dos anunciantes. Para além dos interesses econômicos, a legislação também se preocupou com a integridade física, psíquica e moral do consumidor, culminando com os dois tipos de publicidade ilícita previstas no CDC, quais sejam, a enganosa e a abusiva e suas derivações.

Com o estudo do caso concreto trazido ao trabalho, verificou-se que efetivamente a publicidade comunica. Ou seja, a partir de sua diferenciação funcional, ela consegue se autorreproduzir a partir do seu código consciente/inconsciente. Ela atua diretamente no inconsciente para uma tomada de decisão consciente, conseguindo, dessa forma, atingir seus objetivos, quais sejam, promover nos consumidores incitação ao consumo, seja pela aquisição de um bem, seja pela utilização de um serviço. Acredita-se terem sido válidas tais observações para as atuais sociedades complexas, caracterizadas principalmente pela informação, com o incremento dos meios de comunicação, e pelo consumo.

Referências

ADLER, Alfred. *Practica y teoria de la psicologia del individuo*. 2. ed. Buenos Aires: Paidós, 1958.

- ALMEIDA, Alette Marisa S. D. N. Teixeira de. A Publicidade Enganosa e o Controle Estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 53, jan./mar. 2005.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.
- _____. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005.
- ALVIM, Thereza et al. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Trad. de Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Coordenado por. Juarez da Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CABRAL, Plínio. *Propaganda: técnica da comunicação industrial e comercial*. São Paulo: Atlas, 1986.
- CALAZANS, Flávio. *Propaganda subliminar multimídia*. São Paulo: Summus, 2006.
- CANCLINI, Nestor Garcia. *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. Trad. de Heloísa Pezza Cintrão e Ana Regina Lessa. 4. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.
- CASADO, Alfredo. *Os meios de comunicação social e sua influência sobre o indivíduo e a sociedade*. Trad. de Atílio Cancian. São Paulo: Cidade Nova, 1987.
- CHAISE, Valéria. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CHEN, Adam. *Expert discusses the effects of subliminal advertising*. Disponível em: <<http://tech.mit.edu/V110/N7/lsc.07n.html>>. Acesso em: 25 de set. 2009.

- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- FERNANDES, Daniela Bacellar. *Responsabilidade civil e direito do consumidor em face das mensagens subliminares*. Curitiba: Juruá, 2006.
- FERRÉS, Joan. *Televisão subliminar: socializando através de comunicações despercebidas*. Trad. de Ernani Rosa e Beatriz Neves. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- FERNANDES NETO, Guilherme. *O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas*. (1916-1917). Rio de Janeiro: Imago, 1976. v. XVI.
- GADE, Christiane. *Psicologia do consumidor*. São Paulo: EPU, 1980.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2007.
- HOHLFELDT, Antônio; MARTINO, Luiz C.; FRANÇA, Vera Veiga (Org.). *Teorias da comunicação: conceitos, escolas e tendências*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- JUNG, C. G. *O eu e o inconsciente*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: 34, 1999.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *Confiança*. Trad. de Amanda Flores e Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Universidad Iberoamericana, 1996.
- _____. *Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general*. Trad. de Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.
- _____. *A improbabilidade da comunicação*. Trad. de Anabela Carvalho. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001.
- _____. *El derecho de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrete. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- _____. *A realidade dos meios de comunicação*. Trad. de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

- _____. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara/Universidad Iberoamericana/Iteso, 1993.
- MARCONDES FILHO, Ciro. *O escavador de silêncios: formas de construir e de desconstruir sentidos na comunicação: nova teoria da comunicação II*. São Paulo: Paulus, 2004.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *El árbol del conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano*. Buenos Aires: Lumen, 2003.
- MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 35, jul./set. 2000.
- MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 5.
- MTV – Vinheta. In: YOUTUBE. Disponível em: <<http://br.youtube.com/watch?v=Qn-urt3T57c>>. Acesso em: 20 set. 2009.
- NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Trad. de Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Universidade/UFRGS; Instituto Goethe/ICBA, 1997.
- PODESTÁ, Fábio Henrique. *Interesses difusos, qualidade da comunicação social e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- QUESNEL, Louis. *Os mitos da publicidade*. Trad. de Hilton Ferreira Japiassu. Petrópolis: Petrópolis, 1974.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- RODYCZ, Wilson Carlos. O controle da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 8, 1993.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/caoconsumidor/AtuacaoPraticaIniciais/02/570.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. *Direitos publicitários no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90*. Curitiba: Juruá, 2007.

O meio ambiente, a produção e o consumo na sociedade de risco de Anthony Giddens e Ulrich Beck

Diogo Petry*

Luiz Fernando Del Rio Horn**

1 Introdução

Talvez de forma única quando comparado a períodos civilizatórios anteriores, a modernidade constitui-se como uma época histórica que teve, ou tem, como principal objetivo, o progresso, em todos os campos e ideias. Ao passo que, ao se desenvolver e progredir, criou e possibilitou cada vez mais tendências de expansão,¹ numa lógica de espiral sem fim.

Esse modelo social emergente de vida desvencilhou-se na quase totalidade de todos os tipos tradicionais típicos da ordem social antes precedente. As mudanças ocorridas durante os últimos séculos foram tão dramáticas e tão abrangentes em seus impactos que, sequer, a sociedade atual detém suficiente conhecimento e capacidade para interpretar e medir os riscos de tais alterações.²

* Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul; pesquisador-membro do Grupo de Pesquisa Direito, Meio Ambiente e Desenvolvimento, certificado pela Universidade de Caxias do Sul e inserido no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq.

** Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul, pesquisador integrante do Grupo de Pesquisas Metamorfose Jurídica, certificado pela Universidade de Caxias do Sul e inserido no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq; assessor técnico-jurídico do Procon Caxias do Sul.

¹ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. A modernidade e a questão da vida. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide (Org.). *O Direito Ambiental e Biodireito: da modernidade à pós-modernidade*. Caxias do Sul: Educus, 2008. p. 236.

² GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 14.

O pensamento comum dominante, em todo o caminhar da História da humanidade, cultivou em níveis distintos os perigos e riscos de maneira a considerá-los sempre presentes, seja na pré-história, ou nos dias atuais.³ Nas antigas culturas pré-modernas – sedentárias por força da grande revolução da agricultura –, a ideia do risco parecia dar-se de forma mais delimitada. A segurança dava-se por intermédio de relações de confiança, especialmente pelo parentesco, pela tradição e pelas crenças religiosas, sendo as formas de riscos e perigos adstritas às circunstâncias e peculiaridades próprias de cada lugar.⁴

Com o surgimento da modernidade, e no embalo do desenvolvimento do conhecimento científico e tecnológico, o homem altera radicalmente seu padrão de convívio com os outros homens, potencializando a relação de domínio. Deixou de somente usufruir dos bens naturais para sua sobrevivência, para agora explorar a natureza em níveis nunca antes vistos. Retirou seu padrão de segurança e confiança na família, deslocando-o para os sistemas peritos, deixou também de temer a ira divina e o pecado, e, assim, passou a acreditar em um paraíso na própria Terra – ganho proporcionado especialmente pelos avanços tecnológicos e produtivos. Com a crença da derradeira dominação da natureza, o homem estabeleceu a falsa imagem da criação de uma sociedade capaz de proporcionar felicidade e satisfação a todos os cidadãos.⁵

O novo desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criariam maiores oportunidades para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante não em sistema anteriormente existente.⁶ Nesse diapasão, em razão dos adventos e conhecimentos da modernidade, a felicidade passou a ser atrelada ao progresso e ao desenvolvimento. O incremento da razão científica, o avanço

³ LENZI, Cristiano Luis. *Sociologia ambiental: risco e sustentabilidade na modernidade*. Bauru: Edusc, 2006. p. 132.

⁴ GIDDENS, op. cit., p. 103.

⁵ PEREIRA; PEREIRA, op. cit., p. 230.

⁶ GIDDENS, op. cit., p. 16.

tecnológico, o progresso da medicina, o aumento da produção, a supremacia do sistema econômico, bem como o hiperconsumo, passam a fazer parte do cotidiano humano.

Porém, as promessas da evolução tecnológica e científica não foram cumpridas em sua plenitude. Com a modernidade, e em substituição à promessa infundável de felicidade, houve um significativo aumento nos danos ambientais; novas pragas e doenças passaram a preocupar o homem, propagando-se o individualismo exacerbado e o apego ao materialismo, sem olvidar o crescimento das diferenças socioeconômicas em uma escala nunca antes registrada, entre tantas outras mazelas.⁷

Esse lado sombrio da modernidade e da evolução tecnológica tornou-se muito aparente no final do último século. A possibilidade de guerras nucleares, calamidades ecológicas, explosões populacionais incontrolláveis, colapsos do câmbio econômico global e demais catástrofes globais potenciais forneceram à humanidade um horizonte inquietante de perigos e riscos para todos.⁸ A sociedade moderna passa a se caracterizar por partilhar de um novo perfil do risco.

Nessa atual ordem global, resultado de tecnologias desenvolvidas e “aperfeiçoadas” pelo próprio homem, sua própria extinção não é fato descartado. A possibilidade de conflitos nucleares, de efeitos das radiações e de danos ambientais irreversíveis impõe à sociedade moderna uma posição de perigo que nenhuma outra geração anterior teve que enfrentar.⁹

Seria então esse novo patamar de riscos entendido como o paradigma de um novo tempo? Teria a trajetória do desenvolvimento social nos remetido para fora das instituições da modernidade, rumo a um novo e diferente tipo de ordem

⁷ “Nesse sentido, tanto a modernidade quanto a globalização podem ser vistas como verdadeiros catalisadores destes acontecimentos. Elas destruíram qualquer possibilidade de subjetividade criada a partir do indivíduo, e passaram a ordenar como se deve ser, viver, pensar, consumir, desejar, sofrer, ansiar, odiar, amar e etc.” (PEREIRA; PEREIRA, op. cit., p. 232).

⁸ GIDDENS, op. cit., p. 127.

⁹ *Ibidem*, p. 112.

social?¹⁰ Estaria a sociedade caminhando para uma fase de pós-modernidade?

Para Giddens, falar da “pós-modernidade como suplantando a modernidade parece invocar aquilo mesmo que é (agora) declarado impossível: dar alguma coerência à história e situar nosso lugar nela”. Em outras palavras, esse estudioso, juntamente com Beck,¹¹ alertou para a perspectiva do risco ou a sociedade de risco, não se vivenciando ainda uma era pós-moderna, mas sim uma época de compreensão mais plena da reflexividade¹² inerente à própria modernidade – uma modernidade radicalizada.¹³

O universo social pós-moderno, na visão de Giddens, ainda não impera. O que se vê em tempos atuais nada mais seria do que relances da emergência de modos de vida e formas de organização social, que divergem daquelas criadas pelas instituições modernas. De acordo com essa análise, pode-se facilmente compreender por que a radicalização da modernidade é tão perturbadora e tão significativa.¹⁴

Outros contrapontos rivalizam tal negação, ao se analisarem as consequências da modernidade e a (des)evolução da sociedade contemporânea, como próprias da pós-modernidade, o que seria talvez um novo tempo, quem sabe uma nova era.

E mais, avançando sobre a temática propriamente ambiental, também foco da sociedade de risco, outras correntes teóricas de compatibilização entre economia e meio ambiente, surgidas fora

¹⁰ Ibidem, p. 52

¹¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

¹² “Nas civilizações pré-modernas, contudo, a reflexividade está ainda em grande parte limitada à reinterpretação e esclarecimento da tradição, de modo que nas balanças do tempo o lado do ‘passado’ está muito mais abaixo, pelo peso, do que o lado do ‘futuro’. Na modernidade, a reflexividade assume um caráter diferente. Ela é introduzida na própria base da reprodução do sistema, de forma que o pensamento e a ação estão constantemente refratados entre si. A reflexividade da vida social moderna consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim constitutivamente seu caráter.” (GIDDENS, op. cit., p. 45).

¹³ Ibidem, p. 53-55.

¹⁴ Ibidem, p. 58.

do bojo da sociologia da teoria da sociedade do risco – como a modernização ecológica¹⁵ ou o desenvolvimento sustentável¹⁶ –, não ficaram isentas de críticas pelos adeptos da Terceira Via, conotação prático-política das teorizações, principalmente oriundas de Giddens, em razão de uma declarada inocência ou impraticabilidade.

Nesse sentido, Jacobs, também defensor e colaborador da Terceira Via, preceitua que não há nada de errado em expressões idealistas como “[...] devemos zelar pelas gerações futuras”, “[...] devemos viver em harmonia com as outras espécies”, “[...] devemos consumir menos”, “[...] produzir com maior eficiência”, etc. Faz crítica pertinente, no entanto, quando denuncia a ausência de um senso de movimento, que poderia nos levar a um mundo melhor. Em outros dizeres, segundo o mesmo, faltariam nas demais correntes teóricas ambientais a criação de modelos plausíveis, adequados a ajustar a atual dinâmica social e econômica com fins realmente ambientalistas.¹⁷

A teoria da sociedade de risco, então a servir de base para a teorização da Terceira Via, revela-se fundamental para que se entenda a atual sociedade pela profundidade que a revela. Funcionaria, sim, como parâmetro para a avaliação das contradições existentes nas relações entre outras correntes de compatibilização entre homem e meio ambiente, como a modernização ecológica e o desenvolvimento sustentável, a servir também de análise dos possíveis problemas e potencialidades ligadas às ciências e à tecnologia, na perspectiva do risco.¹⁸

¹⁵ “A teoria da Modernização Ecológica defende a possibilidade de acomodar a questão ambiental dentro do processo de produção e consumo capitalista. Sua crítica está vinculada ao fato de ser considerada como uma teoria excessivamente restrita em seu conteúdo político e moral, sendo acusada de ser tecnocêntrica e economicista.” (LENZI, 2006, p. 51).

¹⁶ Conforme Lenzi, a teoria e o conceito de Desenvolvimento Sustentável estão envolvidos em controvérsias: a primeira diz respeito ao seu próprio conceito, que se em uma diversidade de visões e interpretações; a segunda controvérsia diz respeito a existir realmente a possibilidade de conciliar *desenvolvimento* (ou crescimento econômico) com meio ambiente. (LENZI, 2006, p. 50).

¹⁷ JACOBS, Michael. Meio ambiente, a modernidade e a terceira via. In: GIDDENS, Anthony. *O debate global sobre a terceira via*. Trad. de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Editora Unesp, 2007. p. 443- 445.

¹⁸ LENZI, op. cit., p. 131.

2 A sociedade de risco, a modernidade reflexiva e o risco ambiental

O carro de Jagrená esmaga os que lhe resistem, e embora ele às vezes pareça ter um rumo determinado, há momentos em que ele guina erraticamente para direções que não podemos prever. A viagem não é de modo algum inteiramente desagradável ou sem recompensas; ela pode com frequência ser estimulante e dotada de esperançosa antecipação. [...] nunca, no entanto, seremos capazes de nos sentir inteiramente seguros, porque o terreno por onde viajamos está repleto de riscos de alta-consequência. Sentimentos de segurança ontológica e ansiedade existencial podem coexistir em ambivalência. (GIDDENS, 1991, p. 140.)

Na maior parte das culturas pré-modernas, mesmo nas grandes civilizações, os seres humanos se viam em continuidade com a natureza. A vida de cada um estava atada aos movimentos e às disposições da natureza; seu sustento estava baseado na prosperidade das plantações e animais, e o impacto dos desastres naturais não era minimizado.¹⁹

O ambiente de risco era dominado pelas vicissitudes de um mundo físico: altas taxas de mortalidade infantil, baixa expectativa de vida, vulnerabilidade dos indivíduos a moléstias e pragas, receio aos efeitos devastadores de eventos naturais – inundações, tormentas, etc. –, atuação de exércitos invasores, saqueadores e piratas, que circundavam as aldeias.

Fora tais riscos, de caráter eminentemente local e regionalizado, havia o risco oriundo da forte influência da própria Igreja: um dos mais temíveis da Antiguidade, o medo de cair em desgraça pelo pecado.²⁰

¹⁹ GIDDENS, op. cit., p. 66.

²⁰ Ibidem, p. 108-110.

Com a industrialização moderna os medos do passado antigo e medievo se dissiparam. A ciência e a tecnologia transformaram o mundo da natureza em maneiras inimagináveis. Os seres humanos passam a viver em um ambiente criado, que é físico, mas não mais natural ²¹ – assim efetivamente logrado para a maior parte da população terrestre, com a migração do homem do campo aos centros urbanos –, e, em substituição à antiga realidade de mitos e crenças do passado, o industrialismo remete o homem a uma condição de senhor de sua própria vida, colocando-o em um patamar de modernidade.

A primeira onda dessa modernidade – representada principalmente pelo surgimento da sociedade industrial – detinha como foco central e organizacional a produção e distribuição de bens. Posteriormente, e em uma segunda fase, deu-se origem a uma sociedade que apresentou em seu eixo axial não mais a distribuição de bens, mas sim a distribuição dos riscos.²²

Nessa nova sociedade tida como sociedade de risco; o processo de disputa não se dava mais em relação ao acesso e à distribuição de bens, mas, antes, ao poder de evitar ou distribuir os males provindos da própria modernização. Cria-se uma igualdade negativa: riscos ecológicos de grande consequência passam a ser democráticos, uma vez que não seguem uma linha de segregação anteriormente vista – escravos, negros, pobres, empregados, etc. As pessoas tornam-se iguais, não mais pelos seus direitos ou benefícios que alcançam, mas pelos males ambientais que compartilham.²³

O planeta em que se vive hoje é um mundo carregado e perigoso. Apesar de o industrialismo ter condicionado decisivamente a própria sensação de viver em *um mundo*, o seu expansionismo radicalizado transformou-o em um sentido mais negativo e ameaçador, formatou este *um mundo* com mudanças ecológicas reais ou potenciais de um tipo daninho, a afetar a todos no planeta.²⁴

²¹ Ibidem, p. 66.

²² LENZI, op. cit., p. 50.

²³ LENZI, op. cit., p. 133-134.

²⁴ GIDDENS, 1991, p. 81.

Evidencia-se que, após anos de degradação e de aplicação de um modelo econômico e social de vida equivocado; da crença cega no benefício dos ganhos tecnológicos e científicos, está-se diante de uma sociedade que fecundou em seu próprio berço perigos e riscos incalculáveis para a sua sobrevivência. Fato que tornou eminente a possibilidade de catástrofes e resultados imprevisíveis quanto à continuidade da vida em esfera global.

Dessa forma, a natureza já não pode mais ser pensada sem a sociedade, e a sociedade já não pode ser pensada sem a natureza. As antigas teorias sociais dos séculos passados que pensavam a natureza como algo dado, destinado a se submeter, não podem mais ser aplicadas.²⁵

Apesar de a primeira vista parecer contraditório, autores como Giddens e Beck, elencam a ciência como uma das principais “fonte de soluções” ou, ao menos, como um passo importante e necessário para a resolução dos problemas ambientais. A ciência,²⁶ a ocupar uma posição ambivalente,²⁷ também detém uma relação com o contexto dos novos riscos da modernidade não unicamente negativa, não se apresentando apenas como grande “fonte de problemas”. A ciência também é reconhecida como condição pelo qual os riscos da modernização podem ser reconhecidos.²⁸

Outra forte crítica à ciência reside na dificuldade de comprovação da relação causal entre modernização e riscos, sendo que, por vezes, essa relação causal é impossível de ser provada, gerando inadequações ao sistema legal.²⁹ Um bom exemplo

²⁵ BECK, p. 89.

²⁶ Giddens (1991, p. 46), apesar de concordar com o importante papel da ciência para o dimensionamento dos riscos, reafirma a ideia de que: “[...] em ciência nada é certo, e nada pode ser provado, ainda que o empenho científico nos forneça a maior parte da informação digna de confiança sobre o mundo a que podemos aspirar. No coração do mundo da ciência sólida, a modernidade vagueia livre. Nenhum conhecimento sob as condições da modernidade é conhecimento no sentido ‘antigo’, em que ‘conhecer’ é estar certo. Isso se aplica igualmente às ciências naturais e sociais”.

²⁷ LENZI, op. cit., p. 137.

²⁸ Idem.

²⁹ Ibidem, p. 141.

disso diz respeito à questão dos níveis de tolerância, que acabam por transformar a sociedade de risco em uma “sociedade laboratório”. Na tentativa de elaborar os níveis aceitáveis de poluição ou de degradação ambiental, depara-se com o problema de não saber antecipadamente se estão ou não contaminando pessoas ou o meio ambiente.³⁰

Outro fator que parece importante sublinhar diz respeito ao fato de que, em uma sociedade contextualizada no risco, o próprio sistema social acaba sendo capaz de gerar novas fontes de riscos. A Sociedade de Risco gera ameaças em si mesma, e propicia a formação de uma crise institucional na sociedade moderna. Surge, assim, um quadro difuso e complexo de riscos que são produzidos e atribuíveis a ninguém, a formatar uma conjuntura de “irresponsabilidade organizada”.³¹

A preocupação com os danos ao meio ambiente está agora difundida, e é foco de atenção e tensão para os governos em todo o mundo.³² Com a explosão social do risco, a irresponsabilidade organizada³³ é colocada em xeque, e as estratégias para ocultar as contradições institucionais tornam-se meta do “escrutínio público”.³⁴

Aqui reside o ponto crucial, pois uma nova forma reflexiva de se ver e entender o mundo precisa ser imposta. A formação da “nova sociedade” exige uma inovadora modalidade de se ver e interpretar o mundo, onde todos os seres vivos são membros de comunidades ecológicas ligadas umas às outras, em uma rede de interdependência.³⁵

³⁰ LENZI, op. cit., p. 142.

³¹ Ibidem, p. 145.

³² GIDDENS, op. cit., p. 169.

³³ Conforme Beck, para combater o atual cenário de riscos e a propagação da “irresponsabilidade organizada”, seriam necessárias medidas em três arenas-chave da subpolítica contemporânea: um sistema legal forte e independente; meios de comunicação livres e críticos, e um processo de autocritica fundado nas diferentes formas de conhecimento sobre riscos. (BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. Londres: SAGE, 1992. p. 234.

³⁴ LENZI, op. cit., p. 149.

³⁵ SCHONARDIE, Elenise Felzke. Direito penal ambiental na sociedade do risco e imputação objetiva. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 5, n. 56, p. 58, 2004.

3 Forças produtivas do e para o mercado

A natureza passa a ser discutida e amplamente debatida quando se constata a relevância dos recursos naturais para o equilíbrio e manutenção do sistema econômico moderno. O bem ambiental começa a ser visto e reparado no instante em que a raça humana percebeu como estes são indispensáveis para a sobrevivência do planeta e do padrão de vida humano empregado. (PEREIRA; CALGARO; GIRON, 2008, p. 15).

A preocupação ambiental, bem como sua proteção por intermédio do Direito, somente ganhou corpo no momento em que se iniciou a discussão sobre a escassez dos recursos naturais, fontes necessárias para as forças produtivas do mercado.

A atual crise ambiental remonta à errônea concepção propagada durante anos a respeito da inesgotabilidade dos recursos naturais. O homem detinha a falsa ideia de ser o senhor supremo da natureza,³⁶ portador de exclusivos direitos sobre esta, podendo do meio usar e utilizar conforme seu bel-prazer, a conferir um tratamento de apenas mais uma mercadoria.³⁷

A competição industrial e a busca incessante pelo acúmulo de riqueza resultaram em um crescimento desenfreado da produtividade e do hiperconsumo. Os anseios capitalistas criaram na mente humana necessidades artificiais, fato que acabou por dar vazão à *sociedade do desperdício*.³⁸

³⁶ Nesse sentido escreve Ost que “[...] o homem tem mandato de gestão dos recursos naturais, os seus poderes não são, contudo, os poderes ilimitados do proprietário soberano, mas antes os do administrador prudente que deverá apresentar contas ao senhor”. (OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 34).

³⁷ “É importante que se analise a natureza não apenas como um bem econômico, ou um bem de consumo, mas como um ente necessário à sobrevivência do homem e do planeta.” (PEREIRA; CALGARO; GIRON, 2008, p. 25).

³⁸ PENNA, Carlos Gabaglia. *O estado do planeta: sociedade de consumo e degradação ambiental*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 34.

A crise ambiental verte então da irracionalidade ecológica dos padrões humanos de consumo: poder, produção e capital, além de um forte ensejo desordenado por crescimento tecnológico, científico e econômico, sem qualquer previsibilidade de seus efeitos futuros.³⁹ O progresso e a promessa moderna de felicidade terrena massificaram a produção e o consumo. O meio ambiente passou a ser depredado, e o planeta acabou por adentrar em um tempo de caos, de variações pluviométricas, climáticas e outros.⁴⁰

É evidente que nem tudo é para ser excluído. Muitos dos ganhos oriundos do desenvolvimento tecnológico foram e são imprescindíveis para a qualidade e dignidade de vida humana. Não parece lógica, e sequer ambientalmente adequada, a volta a um modo de vida pré-moderna. Não há hoje como se conceber – em um caráter generalizante de nossa própria experiência e capitalista existencial, sem nos prendermos à realidade vivenciada em países como da África Subsaariana ou em outras localidades nas quais sequer os tempos pré-modernos chegaram – uma sociedade que não detenha saneamento básico, tratamento médico eficiente para cura de doenças e pragas, produção de alimentos em larga escala, equipamentos de acondicionamento de comida, insumos, e outros. Não se pode esquecer que o homem e a dignidade de sua vida também fazem parte da natureza.

A rejeição à opção por crescimento zero encontra-se fundamentada por óbvias razões sociais. A suspensão do crescimento está fora de questão, pois isso apenas viria a deteriorar ainda mais a já inaceitável situação da maioria pobre, o que tampouco o desenvolvimento sustentável⁴¹ ou a modernização ecológica preceituam. “O ‘antidesenvolvimentismo’ ou a sociedade de decrescimento aparece como um modelo não apenas irrealista, mas também não desejável. Se é

³⁹ PEREIRA; CALGARO; GIRON, op. cit., p. 23.

⁴⁰ Ibidem, p. 30-31.

⁴¹ SACHS, Ignacy. Pensando sobre o desenvolvimento na era do meio ambiente. In: STROH, Paula Yone (Org.). *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 52.

verdade que ‘mais não é melhor’, não concluíamos daí que ‘menos’ seja a solução de nossos males”.⁴²

O ideal da produção a implicar uma significativa alteração no modelo de vida humano não parece de todo um equívoco. Louvável foi o agir humano em busca de melhoria na qualidade de vida em prol de seu sustento, fruto de seu esforço e aplicação de sua “inteligência”. O grande problema encontra-se no modelo produtivo radical implantado.

A crise ambiental obrigatoriamente questiona a racionalidade e os paradigmas teóricos que impulsionaram e legitimaram o crescimento econômico, negando a natureza. É preciso hoje que se faça uso de novos princípios, como o da sustentabilidade, que surge no contexto da globalização para demarcar um limite, e reorientar todo o processo civilizatório da humanidade.

Em tal sentido, a *sustentabilidade ecológica* deve aparecer como um critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como condição para a sobrevivência humana e um suporte para chegar a um desenvolvimento sustentável duradouro, questionador das próprias bases da produção.⁴³

A falha na instituição do modelo social produtivo-desenvolvimentista – ainda empregado na sociedade atual, de custo social e ambiental latente – ocorreu especialmente em razão da maneira equivocada com que se buscaram a prosperidade e o progresso. O homem ainda não havia entendido qual a sua verdadeira função no mundo.⁴⁴

Faz-se exigível, conforme reza a teoria da sociedade de risco, buscar a formatação de uma nova e diferente dialética entre o homem e a natureza, na qual se trabalhe de forma simultânea a tentativa de restauração do equilíbrio ecológico, do sistema econômico, das bases produtivas e da dignidade de vida da pessoa

⁴² LIPOVESTKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Trad. de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 347.

⁴³ LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 15.

⁴⁴ PEREIRA; CALGARO; GIRON, op. cit., p. 27.

humana. Necessário é que ocorra a adequada e prudente análise reflexiva dos reais interesses humanos, de grupos presentes e futuros, bem como das condições necessárias para a própria sobrevivência da vida no planeta.

4 O hiperconsumo

Outro aspecto de relevo a ser apurado neste apanhado engloba o papel do hiperconsumo na degradação dos bens ambientais.

Em conjunto com a produção em larga escala, o requisito prévio da extração dos recursos naturais – então desordenada –, regido pela busca incessante por acúmulo de capital, alinha-se ao consumo e aos ideais de bem viver, a influenciar grandemente o atual cenário de dúvidas e incertezas no qual a sociedade atual se encontra.

Conforme Bauman, o consumo é o valor mais característico da sociedade atual – sociedade de consumidores – e, na verdade, seu valor supremo, em relação ao qual todos os outros são instalados a justificar seu mérito, sendo o primado de uma vida feliz. Essa sociedade de consumidores talvez seja a única na História humana a prometer felicidade na vida terrena. Uma felicidade⁴⁵ instantânea e perpétua.⁴⁶

A extração dos recursos naturais para a simples e suficiente sobrevivência não mais interessa. Não basta mais ao homem – que se enxerga como senhor da natureza – utilizar seus recursos para satisfação de suas necessidades. É preciso agora explorar e retirar todo o possível, para que se produza um acúmulo de “benefícios” e de capital.

⁴⁵ “A felicidade passa a ser vista como a utopia materializada da abundância. É em nome da felicidade que se desenvolve a sociedade hiperconsumista. A ideologia do capitalismo de consumo começa a ser representada na fé otimista da conquista da felicidade pela técnica e pela profusão dos bens materiais.” (LIPOVESTKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Trad. de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 335).

⁴⁶BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008. p. 60.

A magnitude dos riscos nos quais a sociedade atual se encontra imersa não pode ser esquecida. Graves são os problemas dessa *comunidade global* desorganizada e massificada pela propagação de ideais equivocados de consumo. A exposição constante dos indivíduos modernos à criação de novas e superficiais necessidades – inovação de produtos para consumo –, pela força ideológica e mercadológica das campanhas publicitárias, fez crescer exponencialmente a retirada desordenada de insumos da natureza, bem como a produção de dejetos, resíduos e contaminação provindos da cadeia produtiva. Fatores que aumentaram consideravelmente os danos ambientais.

Apesar do contexto de riscos e das degradações vivenciadas, dos diversos problemas que assolam a humanidade, alguns interessantes fatores merecem destaque, e fazem realmente crer sobre a possibilidade de uma guinada no destino, uma mudança para melhor.

Nos dias de hoje, já se encontram diversos consumidores que optam por produtos de origem ecologicamente correta⁴⁷ – produtos integrais, naturais e não modificados geneticamente. Essa nova forma de consumo⁴⁸ diz respeito a um “[...] comprar de maneira ‘inteligente’, como um sujeito, não como um fantoche-consumidor”.⁴⁹ Crescente também é o número de cidadãos, ONGs e empresas que atualmente são vistos participando de programas socioambientais, programas de redução de carbono, auxílio e defesa ao meio ambiente, entre tantas outras atividades.

⁴⁷ Há hoje um bom nicho de mercado para o consumismo verde, indivíduos que buscam um estilo de vida mais verde, mas ele não é, e nem pode ser o motor de mudanças significativas no mercado. (JACOBS apud GIDDENS, 2007, p. 467).

⁴⁸ Dado interessante é notar que esses grupos de consumidores que compram e consomem produtos de origem verde, e fogem de uma tipificação de consumidores padrão – marionetes do consumo – comprovam, ao mesmo tempo, a existência e a imperatividade da própria sociedade do hiperconsumo. Estes acabam gastando inclusive mais que os consumidores normais. (LIPOVETSKY, op. cit., p. 344).

⁴⁹ Idem.

“Os ideais do Bem e do Justo são tudo, menos mortos: mesmo que não construam um mundo à sua imagem, permitem, contudo, julgar, criticar, corrigir certos excessos ou desvios de cosmo individualista-consumista”.⁵⁰ Mesmo essa sociedade hiperconsumista, que prega valores ao individualismo, massificada pelas propagandas generalizantes e ideais de consumo e bem viver, mantém ainda em seu berço valores e princípios morais de fraternidade.

Consumidores, que eram anteriormente vistos como vítimas ou fantoches alienados, passam a ser agora designados como sujeitos a serem educados e informados, para que cumpram também sua missão de salvar o planeta. O princípio da responsabilidade não se dirige mais exclusivamente aos produtores, mas também aos próprios consumidores.⁵¹

Economizar energia, eliminar desperdícios, tomar consciência dos efeitos negativos de nosso modo de vida sobre o meio ambiente são dados que tornam exigível, por parte dos consumidores, uma conduta responsável e cidadã.⁵² São estas, apenas algumas condutas que nos fazem crer sobre a possibilidade de melhoria e readequação da produtividade e do consumo em nome de uma sustentabilidade.

5 A Terceira Via como meio de realização do e para o equilíbrio

[...] sob a pressão da taxação ou regulamentação ambientais, ou graças aos tipos de iniciativa de políticas industriais, as empresas passarão a oferecer novos bens e serviços não apenas mais eficazes ambientalmente, mas melhores em todos os sentidos. Os fabricantes passarão

⁵⁰ Ibidem, p. 358-359.

⁵¹ Ibidem, p. 341.

⁵² Idem.

a organizar a eliminação e a reciclagem dos bens de consumo que anteriormente forneceram. As empresas de serviços de utilidade pública proporcionarão serviços econômicos de vedação e medidas para a eficiência no uso de água, custeados pelas contas futuras (e reduzidas). A coleta seletiva tornará a reciclagem mais conveniente para o atribulado domicílio médio. Compras feitas em casa e serviços de entrega diminuirão a necessidade de viagens – sendo que a motivação para a maioria dos consumidores será simplesmente a conveniência e o tempo poupado. (JACOBS apud GIDDENS, 2007, p. 468).

Não resta dúvida de que o crescimento científico, tecnológico e econômico consiste em fato presente da atual realidade, sendo inclusive desejável e necessário. Porém este, por si, não representa elemento suficiente para garantir a vida na Terra, tampouco a garantia de boa qualidade de vida.⁵³

Lenzi filia-se a Giddens ao compartilhar a preocupação daqueles que veem o processo de acumulação capitalista como ecologicamente problemático. Porém, afirma que, mesmo em um sistema pós-escassez, não se poderia descartar a possibilidade de o período moderno – ou pós-moderno – vir a manter o objetivo de crescimento econômico.⁵⁴

Exigível parece ser, no entanto, a procura por uma nova racionalidade, bem como uma nova estratégia de produção e desenvolvimento que possa conciliar e preservar a natureza e o ser humano como um todo.

Uma das alternativas que ganha força, nessa seara, é a Terceira Via, conjunto de práticas políticas focadas para o desenvolvimento global, a qual não busca propagar uma desvinculação com a modernidade, mas sim remodelar as instituições modernas, tornando-as mais reflexivas, a fim de reduzir os impactos ambientais danosos.

⁵³ PEREIRA; CALGARO; GIRON, op. cit., p. 26.

⁵⁴ LENZI, op. cit., p. 157.

De início, deve-se esclarecer que a definição Terceira Via é antiga, e já emergiu por muitas vezes na história do pensamento e da prática política. Por vezes, foi mais ou menos usada por alguns grupos de esquerda, ou por alguns grupos de direita. Seu regresso ao cenário moderno atual se deu por intermédio de Bill Clinton e do Conselho de Liderança Democrática dos Estados Unidos, no final da década de 80, e, em seguida, foi adaptada por Tony Blair e o Novo Partido Trabalhista na Grã-Bretanha.⁵⁵

Em que pese seu uso com outras acepções, Giddens insiste no seu uso por este tratar-se de uma útil expressão emblemática, que se refere à renovação da democracia social, em condições da sociedade contemporânea. Tratar-se-ia de uma corrente ideológica em que deságuam vários afluentes.⁵⁶

A atual concepção de modernização ambiental, propagada pela Terceira Via, desenvolveu-se sobre cinco elementos centrais, quais sejam: a adoção e promoção da tendência de maior produtividade ambiental, cumprindo metas ambientais da nova economia; o reconhecimento da tendência de individualização e compreensão do papel do consumo na vida moderna, desde que estimule o consumo em formas ambientalmente benéficas; a função de conferir um lugar central a percepção do risco e da incerteza científica; o combate às tendências de desigualdade e exclusão ambiental e, finalmente, o dever de seguir com um projeto modernista reflexivo, que tenha como papel central a ciência e a tecnologia para enfrentar as questões ambientais e contribuir para elas.⁵⁷

Além disso, defendem os propagadores da Terceira Via a necessidade de formatação de um novo contrato social, que venha a redescobrir o papel ativista do governo,⁵⁸ em que se vincule direitos a responsabilidades, e que se crie um princípio geral de

⁵⁵ GIDDENS, op. cit., p. 18.

⁵⁶ GIDDENS, op. cit., p. 19.

⁵⁷ JACOBS apud GIDDENS, 2007, p. 458.

⁵⁸ “Na prática, reformar o Estado está longe de ser fácil, mas a meta deve tornar o governo e as agências estatais transparentes, voltadas ao consumidor e ágeis.” (GIDDENS, op. cit., p. 23).

cidadania. Direitos e deveres aplicados a todos os indivíduos e grupos, ricos e pobres, poderosos e menos poderosos, “nada de direitos sem responsabilidades”, a significar a aceitação de obrigações sociais, morais e inclusive as fiscais.⁵⁹

Fundamental, nesse sentido, parece ser a necessidade de modelagem de um plano ordenado ao crescimento e ao desenvolvimento, que apresente adequadas estratégias de apoio às práticas sociais e econômicas, a fim de se construir o propósito final: um desenvolvimento sustentável justo, igualitário e realmente benéfico a todos.⁶⁰

A modernização ecológica não é relevante apenas para países desenvolvidos. As novas tecnologias envolvidas podem permitir que sociedades carentes se desenvolvam mais rapidamente do que com o uso das tecnologias ambientalmente problemáticas. “[...] é do interesse geral que certas práticas conducentes ao aumento da poluição e à degradação ambiental sejam reduzidas.”⁶¹ Nesse viés, para começar a reduzir o nível total de dano, é necessária uma mudança significativa em direção a uma produção industrial eficiente.⁶²

Em tempos modernos, a sustentabilidade⁶³ e a participação cidadã em uma democracia reflexiva parecem ser a chave-mestra da manutenção e da possibilidade de continuidade de vida, tanto das espécies quanto do planeta. Em nada adianta ao homem se considerar acima de tudo um contemporâneo e sequer conseguir enxergar os problemas e defeitos que o cercam. É preciso olhar o mundo e perceber que este se encontra na mão do capital e do consumo, e compreender o poder que isso representa.⁶⁴

⁵⁹ GIDDENS, op. cit., p. 26.

⁶⁰ PEREIRA; CALGARO; GIRON, op. cit., p. 28.

⁶¹ GIDDENS, op. cit., p. 37.

⁶² JACOBS apud GIDDENS, op. cit., p. 451.

⁶³ A sustentabilidade pressupõe que a economia, em suas diversas faces, busque estratégias para conciliar progresso com meio ambiente. (PEREIRA; CALGARO; GIRON, op. cit., p. 26). Para Backer, a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável requerem, dentre outras atitudes, que se venha a administrar a natureza de maneira responsável, integrando a ela uma gestão também responsável por parte das empresas. (BACKER, Paul de. *Gestão ambiental: a administração verde*. Trad. de Heloísa Martins Costa. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1995. p. 1).

⁶⁴ PEREIRA; CALGARO; GIRON, op. cit., p. 27.

Nesse trilhar, visualiza-se que algumas medidas já veem sendo eficazmente aplicadas. O aumento da preocupação pública em relação aos danos ambientais e ao futuro das espécies acaba por afetar diretamente a demanda dos consumidores e a própria imagem corporativa das empresas.

Como resultado, os últimos anos testemunharam a adoção, entre as grandes empresas, de programas ambientais e socioambientais. Inserem-se pesados investimentos de capital na formação de novas equipes de funcionários, novos sistemas de administração e de auditorias. Hoje, qualquer empresário reconhece que nenhuma empresa de porte significativo pode se dar ao luxo de ignorar fatores ambientais em suas tomadas de decisão.⁶⁵

Outra tendência que merece destaque, e que mais uma vez comprova a possibilidade de mudanças para melhor, diz respeito à produção estar se tornando menos intensiva materialmente. Isso ocorre devido à crescente competitividade dos mercados, fato que obriga as empresas a melhorarem constantemente sua produção, em busca de aperfeiçoamento e inovações. A eficiência na utilização de recursos e energia pela indústria está aumentando, e os resíduos desnecessários estão sendo gradualmente reduzidos.⁶⁶

Os produtos estão ficando menores e mais leves. Em muitos casos, o valor econômico de um produto está mais longe do *design* – ou no selo do *designer* – do que em sua simples massa. Muitos dos setores de mais rápida expansão das economias modernas produzem coisas imateriais: programas para computadores, programas de televisão, serviços financeiros, pesquisa genética, serviço de internet. Hoje, os serviços representam de longe a maior parte da economia.⁶⁷

⁶⁵ JACOBS apud GIDDENS, op. cit., p. 449.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Idem.

A implementação de uma produção reflexiva pode dar vazão a significativos ganhos qualitativos de produtividade. Ao ocorrer uma melhora na eficiência com que os recursos são usados, estes podem reduzir também os danos ambientais. Desse modo, a atividade econômica e a produção passam a ser um produto de duas forças correntes. O crescimento econômico, que à primeira vista aumenta o nível de danos ao ambiente – pois teoricamente, uma produção maior exige extração de mais recursos, e, conseqüentemente a produção de mais resíduos –, pode acabar por gerar novos e positivos contornos.

6 Considerações finais

Vários mitos acompanham o grande cenário do quase infindável imaginário humano. Caso adotássemos o mundo das ideias de Platão, num exercício meramente referencial, certamente poder-se-ia afirmar que a ideia-mito do controle rígido do mundo pelo homem cedeu lugar a uma visão mais acertada de mundo, agora repleto de perturbações e incertezas a dinamitar as grandes promessas de felicidade terrenas da modernidade. O descontrole da natureza apenas rivaliza em força com o próprio descontrole sobre nosso próprio destino.

Esse pode ser direcionado, mas não dirigido. A teoria da sociedade de risco concebe com primazia tal condição do social, reveladora, inclusive, dos verdadeiros desafios da humanidade. E vai além ao indicar paradoxalmente serem os mesmos elementos tecnológico, produtivo e científico, os quais deveriam propiciar certezas e avanços no conhecimento humano, os principais catalisadores das incertezas e imprevisibilidades contemporâneas.

Caso a modernidade seja um campo de experiências, a modernidade radicalizada, ou a pós-modernidade, traz consigo as conseqüências inafastáveis dessas práticas.

A propósito, a filiação à modernidade reflexiva, ou radicalizada, e a pós-modernidade são desnecessárias. O relevante

é avançar nos argumentos-cerne das teorias explicativas da realidade contemporânea e fazer compor, no processo permanente de autodescoberta, os renovados parâmetros.

Importante, por ora, é reconhecer uma nova fase, independentemente da nomenclatura recebida; é não ignorar outras teorias, além da sociedade de risco, que se dedicam igualmente à problemática.

E mais, é imprescindível compreender que outras teorias de compatibilização entre economia e meio ambiente, ao deterem suas peculiaridades únicas, podem, em sinergia de raciocínio de pensamento, fazer o novo. Esse é o avanço da ciência da ciência.

Modernização ecológica ou desenvolvimento sustentável apresentam perspectivas complementares em muitos pontos, inclusive com a teoria da sociedade de risco, e, em que pese abordagens diferentes, perde-se e muito no caso de se conformar com posicionamentos estanques, uma vez que cada uma das teorias traz contribuições específicas e significativas para a seara de debates ambientais.

Nesse contexto, uma reestruturação da sociedade industrial capitalista não pode e não deve possuir apenas um viés econômico, mas compartimentado a outras áreas do grande sistema social. Alterações no padrão econômico isoladas pecam pela insuficiência.

A Terceira Via, expressão política a se valer da teoria da sociedade de risco, por sua vez, muito embora invoque inúmeros preceitos válidos e ora reconhecidos, também acaba pecando em outros, como no não reconhecimento do relativismo cultural onipresente. Este se expressa de formas distintas, por meio dos indivíduos, de grupos, classes, regiões, nações, países ou grupo de países, nos quais o (meu) conhecimento válido e legitimado muitas vezes é distinto daquele globalizado ou do vizinho ao lado. A busca de uma universalidade na justiça, e assim por diante, pode representar por si uma injustiça.

A ciência e a tecnologia, como já destacado, não são imparciais aos próprios resultados advindos. A produção tem assento

naquelas, mas carece de consumo. A exacerbação destes numa espiral de crescimento econômico, desassociado do social e ambiental, é a grande marca negativa da modernidade: os novos riscos, o da modernidade radicalizada ou pós-modernidade.

Um novo tratamento adequado ao meio ambiente passa necessariamente pelo repensar da produção e do consumo, mas, acima de tudo, pela exigência da opinião pública daqueles que realmente contam, ou seja, daqueles que carregam consigo parcelas de poder de decisão nos países que concentram tanto riquezas como produção e impacto ambiental.

Frente aos riscos em que a sociedade atual se encontra imersa, é impostergável o realinho nas formas de consumo e produção engajada e consciente. O equilíbrio nas relações humanas, bem como na relação entre homens e natureza passa por uma readequação nas relações de poder, uma reorganização social profunda, moral e ética, e, acima de tudo, civilizacional.

Referências

- BACKER, Paul de. *Gestão ambiental: a administração verde*. Trad. de Heloísa Martins Costa. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1995.
- BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito Ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- _____. Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. Londres: Sage, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.
- CAPPELA, Vicente Bellver. Título do capítulo. In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo (Org.). *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. Título do capítulo? In: FERNANDES, Paulo Silva (Org.). *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.
- 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.
- GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *O direito fundamental ao ambiente como direito a prestações em sentido amplo: os desafios dos direitos sociais*. Título da revista? Porto Alegre, n. 51, ano XI, 2008.
- GIDDENS, Anthony. *O debate global sobre a terceira via*. Trad. de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Unesp, 2007.
- _____. *As conseqüências da modernidade*. Trad. de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.
- JACOBS, Michael. O meio ambiente, a modernidade e a terceira via. In: GIDDENS, Anthony. *O debate global sobre a terceira via*. Trad. de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Unesp, 2007.
- LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 3 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- LENZI, Cristiano Luis. *Sociologia ambiental: risco e sustentabilidade na modernidade*. Bauru: Edusc, 2006.
- LIPOVESTKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Trad. de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PENNA, Carlos Gabaglia. *O estado do planeta: sociedade de consumo e degradação ambiental*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; GIRON, Jerônimo. Direito ambiental, sustentabilidade e pós-modernidade: os paradigmas da reconstrução. In: O direito ambiental e biodireito: da modernidade à pós-modernidade. PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO Cleide (Org.). Caxias do Sul: Educus, 2008.

_____. A modernidade e a questão da vida. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO Cleide (Org.). *O direito ambiental e biodireito: da modernidade à pós-modernidade*. Caxias do Sul: Educs, 2008.

SACHS, Ignacy. Pensando sobre o desenvolvimento na era do meio ambiente. In. STROM, Paula Yone (Org.). *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Ed. da Fundação Peirópolis, 2007.

SCHONARDIE, Elenise Felzke. Direito penal ambiental na sociedade do risco e imputação objetiva. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 5, n. 56, p. 58, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável, que bicho é esse?* Campinas: Autores Associados, 2008.

WINTER, Georg. In: CALLENBACH, E. et al. *Ecomangement: gerenciamento ecológico*. Trad. de Carmen Youssef. São Paulo: Cultrix, 1993.

Educação ambiental à luz dos direitos fundamentais à educação e à proteção do consumidor

Vinícius Borges Fortes*

Rafael Luiz Ferronato**

Manuela Rösing Agostini***

1 Introdução

O propósito deste trabalho é apresentar a ideia de educação ambiental, como medida de formação educativa em um contexto de transição para um novo despertar socioambiental.

Para tanto, aborda as construções principiológicas do direito educacional, no que se refere à sua base de formação e, a partir dessa visão inicial, estabelece uma relação com os princípios basilares do Direito do Consumidor. É indispensável a aplicação concreta destes, no tocante a uma estrutura político-organizacional da própria sociedade e o seu desdobramento social e cultural.

A partir dessa construção, é estabelecida a relação da dimensão educacional existente atualmente à educação ambiental com seus

* Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; membro do Grupo de Pesquisa Direito, Meio Ambiente e Desenvolvimento, certificado pela UCS e inserido no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq.

** Mestrando em Direito pela UCS; membro do Grupo de Pesquisa Direito, Meio Ambiente e Desenvolvimento, certificado pela UCS e inserido no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq.

***Mestranda em Administração pela Universidade de Caxias do Sul; membro do Grupo de Pesquisa Multidisciplinar em Administração e do Grupo de Pesquisa Modelagem de Informações e Conhecimentos para Apoio ao Processo de Desenvolvimento de Produtos, ambos certificados pelo CNPq; professora do Curso de Administração da FABE/Marau, nas áreas de Gestão da Qualidade e Gestão Estratégica.

desdobramentos na construção de uma sociedade que tenha consciência de seus atos para as presentes e futuras gerações.

Por fim, demonstra os mecanismos legais de implementação da educação ambiental no Brasil e sua conceituação. Sendo que, no decorrer de toda essa abordagem a respeito do tema, enfrenta-se o questionamento da importância da educação e sugestões a esse respeito.

2 Princípios de Direito Educacional

O direito educacional consolida-se no status de novo ramo da ciência jurídica, amparado por normas, princípios e institutos próprios, que o configuram numa interface jurídica. Outrossim, o objeto do direito educacional constitui-se pelos diversos instrumentos preventivos de jurisdição, na composição da proteção a esse direito fundamental, a educação, o que merece um aprofundamento que lhe é digno no decurso deste trabalho.

Uma vez compreendido o direito educacional como um ramo autônomo da ciência do Direito, um dos pressupostos dessa condição é o fato de possuir princípios que lhe são peculiares.

Dessa forma, este estudo seguirá o conceito de princípio adotado por Alexy¹, que ensina

Princípios são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem via de regra não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas e, habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios. Em vez de serem introduzidos na discussão como proposições normativas, os princípios também podem ser introduzidos como descrições de estados de coisas em que são considerados bons.

¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 248.

O estudo tem como seu marco teórico o princípio do direito à educação. Entretanto, para que se possa buscar a efetivação desse direito social, surge o rol de princípios lógicos, quais sejam, o princípio da liberdade acadêmica, o princípio da igualdade de oportunidades, o princípio da educação compulsória, e o princípio da educação gratuita.

No que diz respeito ao princípio da liberdade acadêmica, pode-se afirmar que é este o instrumento assecuratório da liberdade de educar e aprender sem fronteiras para a cognição na relação mestre-aprendiz. Além disso, é priorizada por esse a pluralidade de concepções pedagógicas que vislumbrem o aprimoramento e a eficácia da relação de ensino e aprendizagem. Na sede do princípio da igualdade de oportunidades, segundo Goldschmidt², afirma-se ser esse o elemento que vislumbra a garantia irrestrita e indistinta da igualdade plena de condições para o acesso à educação, oportunizando aos seres humanos maior dignidade na sociedade em que vivem, sobretudo em relação ao exercício de seus próprios direitos.

O mesmo doutrinador³ afirma que, em relação ao princípio da educação compulsória, evidencia-se ser esse o princípio que vai ao encontro da teoria da educação, como direito fundamental indisponível e irrenunciável pelos cidadãos. Por fim, o princípio da educação gratuita se constitui enquanto elemento agregador dos referidos princípios, visando à garantia do direito à educação como direito fundamental e de responsabilidade do Estado.

Relembra-se, com isso, a relação existente entre o princípio do direito à educação e o princípio da universalidade, que tem como pressuposto a educação como um direito de todos, fulcro nos artigos 6º e 205 da Carta Magna, vislumbrando, sobretudo, o pleno desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e a qualificação da pessoa para o trabalho. Do dispositivo constitucional referido no artigo 205 originam-se três princípios de significativa relevância: o princípio do dever

² GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 61-62.

³ Idem.

estatal, o princípio da participação sociofamiliar e o princípio da máxima finalidade ética do ato educacional. Na visão de Horta⁴,

a enunciação da família como devedora de prestação educacional visa permitir ao poder público inequívocas ações no sentido de coagir a unidade familiar a assumir um papel de co-participação e compromisso perante, sobretudo, às crianças e adolescentes a eles cometidos, mas também no co-financiamento educacional, arcando com os custos educacionais quando quiser matricular seus filhos no ensino particular.

Outrossim, a colaboração social explicitada no Texto Constitucional é indispensável para o encontro do escopo da educação para o desenvolvimento da nação brasileira. Nessa linha, a educação preconiza o pleno desenvolvimento dos indivíduos, assegurando-lhes preparação para o exercício da cidadania e capacitação para o mundo do trabalho, oportunizando, com isso, a garantia fundamental da dignidade da pessoa humana; vai, portanto, ao encontro do princípio da máxima finalidade ética do ato educacional.

Nesse sentido, a educação voltada à formação de indivíduos capazes de compreender o contexto dos problemas ambientais é imprescindível, sendo inevitável que se concebam, sob os prismas pedagógico e jurídico, os meios de conscientização da coletividade e do comprometimento do cidadão com o consumo sustentável pela via da educação ambiental, conforme se analisará posteriormente.

De acordo com Petter⁵ o direito educacional possui como princípios, ainda, a livre iniciativa, a autonomia universitária e a proporcionalidade. Nesse contexto, o princípio da livre iniciativa

⁴ HORTA, José Luiz Borges. *Direito constitucional da educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 125.

⁵ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 163.

é de extrema relevância para o direito educacional, estando capitulado no artigo 209 da Constituição Federal. A livre iniciativa não se consubstancia tão-somente sob a égide dos direitos de ordem econômica, mas também na esteira dos direitos fundamentais, visto que a Constituição brasileira incumbiu-se de elencar o direito à liberdade no rol de garantias fundamentais. Logo, resta evidente que a liberdade para o exercício e qualquer atividade econômica está assegurada no artigo 170 do Diploma Constitucional.

Por essa razão, segundo Goldschmidt⁶, a declaração da Constituição brasileira de que o ensino é livre à iniciativa privada, significa que o legislador constituinte nada mais fez do que dar expressão e aplicação do princípio constitucional da livre iniciativa na órbita educacional, atribuindo também às instituições de ensino particulares a prestação do direito fundamental à educação, a fim de dar a todos os indivíduos um mínimo para sua existência digna. Contudo, ao mesmo tempo que o Estado permitiu que o serviço educacional fosse prestado pela iniciativa privada, condicionou a realização de tal atividade ao atendimento de duas condições indispensáveis, quais sejam, o cumprimento das normas gerais da educação nacional e a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

O princípio da autonomia universitária tem sua capitulação legal no artigo 207, *caput*, da Constituição Federal. Considera Silva⁷ que, “se se consagrou a liberdade de aprender, de ensinar, de pesquisar e de divulgar o pensamento, a arte e o saber, como um princípio basilar do ensino (art. 206, II), a coerência exigia uma manifestação normativa expressa em favor da autonomia das Universidades”.

Supletivamente, no ano de 1997 a LDB estabeleceu novas diretrizes para a educação básica, profissional e superior para o

⁶ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 69.

⁷ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de defesa do consumidor anotado e legislação complementar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 818-819.

País. Dentre as medidas adotadas, foi ampliado o universo de atuação das instituições de Ensino Superior, sendo estendido o direito à livre iniciativa às instituições com fins lucrativos, ficando delimitados, por outro lado, os parâmetros da autonomia universitária outorgada pela Carta constitucional de 1988.

Diante disso, Goldschmidt⁸ demonstra que

o reconhecimento da autonomia universitária como princípio constitucional representou, sem dúvida nenhuma, um grande avanço não só para a educação brasileira, mas também para a consolidação do Estado democrático de direito, uma vez que a liberdade de aprender, ensinar e de divulgar o conhecimento, bem como a garantia do pluralismo de idéias e concepções filosóficas, princípios esses determinantes de um Estado democrático de direito, só são possíveis diante de uma universidade verdadeiramente autônoma.

O reconhecimento desse princípio alinha-se a própria determinação do Estado Democrático de Direito, que se funde no estabelecimento de princípios e preceitos que garantem a educação, e da gestão da educação como parâmetros de auto-organização da sociedade. Para tanto, essa autonomia assegura o livre desenvolvimento do pensar, do agir e do cultivar a ciência da educação, propiciando, portanto, o desenvolvimento de uma sociedade dotada de autonomia cultural, social e econômica.

Entretanto, aduz Goldschmidt⁹, que as instituições de Ensino Superior devidamente constituídas sob a tutela do princípio da livre iniciativa e munidas da autonomia universitária, preconizada pelo princípio correspondente, devem respeitar as relações juspedagógicas com a observância de um terceiro princípio, qual seja, o da proporcionalidade. Este, por sua vez, “constitui um

⁸ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 62.

⁹ *Ibidem*, p. 119.

instrumento que orienta a interpretação e a aplicação do direito, de modo a garantir a realização dos interesses e aspirações individuais com o mínimo sacrifício dos interesses e aspirações sociais e vice-versa.”

Com efeito, as relações entre os sujeitos do Direito Educacional devem se dar sob a égide do referido princípio, visando à ponderação criteriosa entre eventuais ônus impostos e benefícios obtidos por quaisquer das partes, a fim de alcançar, portanto, situações estáveis sob a primazia da razoabilidade humana.

3 Princípios de Direito do Consumidor

Desde que os indivíduos passaram a organizar-se em grupo, de maneira coletiva e cooperativa, estabelecendo, com isso, vínculos sociais, a relação de consumo passou a integrar o conjunto de atividades cotidianas de cada pessoa e da coletividade propriamente dita. Além disso, sabe-se que, quando do surgimento de novas demandas na vida social, dotadas de direitos e obrigações, há a necessidade, por parte dos próprios indivíduos, de normatizar essas novas situações, a fim de tutelar as relações jurídicas e delimitar garantias e deveres aos seus sujeitos.

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro apresentou, no rol de direitos fundamentais, art. 5º, XXXII, a defesa e proteção do consumidor. Nesse sentido, seguindo uma tendência de outras nações, em 1990 nasceu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), com a finalidade de positivizar as garantias fundamentais de proteção aos consumidores brasileiros, constituindo, para tanto, conceitos, diretrizes e parâmetros de tutela do consumidor. Nesse diapasão, o direito do consumidor construiu-se no ordenamento jurídico brasileiro, como um ramo autônomo, assim como o já exposto Direito Educacional, dotado de doutrina, jurisprudência, legislação e princiologia próprios, que serão abordados a seguir.

É com o desenvolvimento da sociedade mercantil e do crescimento das relações de consumo, que estas passaram a ser

disciplinadas pelos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, já que surge, concomitantemente, a necessidade de tutelar os direitos do homem consumidor.

Nesse sentido, Filomeno¹⁰ observa, ao longo da História, diversos ordenamentos jurídicos que trataram das relações de consumo e dos direitos do consumidor, a exemplo do Código de Hammurabi, na antiga Babilônia, da Constituição de Atenas na Grécia e de diversos documentos da época colonial no Brasil, os quais regulamentavam as relações de consumo no comércio local e nos serviços prestados, independentemente da sua complexidade.

Outrossim, vislumbra-se no final do século XIX a ascensão do denominado “movimento consumerista” nos Estados Unidos, que, para o mestre Filomeno¹¹, possuía “[...] plena consciência dos interesses a serem defendidos e definição de estratégias para protegê-los [...]”. De acordo com o autor, o movimento consumerista uniu-se ao movimento dos trabalhadores e fundou a “Consumer’s League”, que evoluiu para a atual “Consumer’s Union”, que se apresenta como movimento representativo de toda a população consumerista daquele país.

No Brasil, segundo o mesmo doutrinador¹², essa representatividade foi assumida por duas organizações distintas, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO), os quais direcionaram suas atividades no mesmo sentido adotado pelos movimentos norte-americanos, enfatizando, sobretudo, a qualidade e segurança dos produtos, tendo em vista a vulnerabilidade do indivíduo-consumidor.

Assim, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu artigo 5º, XXXII, que o Estado tem o dever de promover a defesa do consumidor. Ao encontro disso, o artigo 170, V, do mesmo diploma legal reiterou essa tutela ao afirmar que a ordem

¹⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2-3.

¹¹ Op. cit., p. 4.

¹² Idem.

econômica, sob a égide da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, deve assegurar a todos os cidadãos dignidade mínima, devendo ser observada a defesa do consumidor enquanto princípio.

Diante disso, surgiu a lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, diploma legal que se destinou à proteção e defesa do consumidor, assegurando os termos dos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal de 1988. De acordo com Goldschmidt,¹³ em razão de possuir um sistema normativo próprio, o Direito do Consumidor é concebido como microssistema jurídico⁴, visto que a ele são conexos conceito, princípios, doutrina e jurisprudência que lhe são peculiares.

Há que se falar, portanto, em uma *ciência consumerista*, que, para Filomeno¹⁴, consiste “muito mais do que um conjunto de normas e princípios que regem a tutela dos consumidores de modo geral, direciona-se à implementação efetiva de instrumentos que os coloquem em prática”.

Assim, a legislação específica de tutela e proteção do consumidor passa a vigorar nas diversas relações jurídicas advindas das atividades comerciais e econômicas que envolvam as figuras de consumidor e de fornecedor. Para tanto, essas relações são precedidas de princípios que informam e regem essa ciência, denominada de *consumerista*.

O Direito do Consumidor, compreendido como microssistema e, conseqüentemente, como um ramo autônomo do direito, por meio do Código de Defesa do Consumidor, traz em seu bojo diversos princípios fundamentais que se encontram elencados nos artigos 1º a 7º, os quais têm por objeto auxiliar a realização da hermenêutica da tutela protetiva do homem-consumidor. Diante disso, é possível identificar na lei protetiva

¹³ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos educacionais*. Passo Fundo: UPF, 2005. p. 36.

¹⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 9.

um elenco de princípios fundamentais, dentre os quais o princípio da igualdade, o princípio da liberdade, o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da vulnerabilidade, o princípio da transparência, o princípio da repressão eficiente aos abusos e o princípio da harmonia do mercado de consumo.

O CDC, no que se refere ao princípio da igualdade, veio regulamentar de modo específico um princípio já positivado na Constituição de 1988, concretizando, sobretudo, o objetivo de igualar de maneira uniforme os cidadãos brasileiros nas relações de consumo por estes estabelecidas. De acordo com Bonatto e Moraes¹⁵, “o consumidor, no mundo moderno, foi obrigado a estar submisso aos fornecedores de produtos ou de serviços, como única forma de satisfazer suas necessidades básicas [...]”, sendo essa circunstância prejudicial para o convívio harmônico como um todo nas relações de consumo, visto que ferida constantemente a dignidade da pessoa humana. Foi por esse motivo, portanto, que o CDC possui pertinência inegável no ordenamento jurídico pátrio, visto que munuiu o consumidor brasileiro de instrumentos de proteção e respeito de seus direitos.

Na esteira do princípio da liberdade, segundo os mesmos doutrinadores¹⁶, pode-se afirmar ser este um desdobramento imediato daquele supradelineado, visto que à liberdade está pressuposta a igualdade. Nesse sentido, a liberdade importa na plena possibilidade de ação social sem que sejam atingidos, para tanto, o direito de liberdade referendado pela Carta constitucional e estendido a todos os cidadãos brasileiros.

A liberdade aduzida no Código de Defesa do Consumidor conecta-se diretamente com a problemática da agressão à autonomia da vontade dos indivíduos consumidores. A partir disso, o princípio da liberdade voltou-se ao CDC como paradigma hermenêutico capaz de assegurar a plena eficácia deste diploma legal. Há que se dizer ainda que o princípio da liberdade

¹⁵ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 30.

¹⁶ Op. cit, p. 35.

é significativamente relevante para a aplicabilidade eficaz da lei protetiva do consumidor, contudo, necessariamente aliado aos princípios da igualdade e da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva traduz, por sua vez, de acordo com Bonatto e Moraes,¹⁷

a necessidade de que as condutas sociais estejam adequadas a padrões aceitáveis de procedimento que não induzam a qualquer resultado danoso para o indivíduo, não sendo perquirido da existência de culpa ou de dolo, pois o relevante na abordagem do tema é a absoluta ausência de artifícios, atitudes comissivas ou omissivas, que possam alterar a justa e perfeita manifestação de vontade dos envolvidos em um negócio jurídico ou dos que sofram reflexos de uma relação de consumo.

Esse princípio traz em seu bojo, segundo os doutrinadores,¹⁸ a expressa contribuição que o CDC apresentou aos consumidores brasileiros pela manifestação expressa do dever de completa transparência; de integral informação ao consumidor; da não-aceitação de linguagem complexa; da interpretação em favor do consumidor em caso de dúvida em cláusulas contratuais (princípio da vulnerabilidade e hipossuficiência); do dever de cooperação, entre outros. Assim, de acordo com Rosado, o princípio da boa-fé objetiva, além das já referidas funcionalidades hermenêutica e constitutiva de deveres secundários, traz consigo “a função de limitadora de direitos, evitando que as teses voluntaristas, que pregam a liberdade contratual total, possam levar a maiores situações de desequilíbrio social”.

Não obstante a positivação dos princípios da igualdade, liberdade e boa-fé objetiva, a lei 8.078/90 preencheu, ainda, a lacuna existente no abismo de desigualdades nas relações de

¹⁷ *Ibidem*, p. 37-38.

¹⁸ *Ibidem*, p. 42.

consumo entre consumidor e fornecedores ou prestadores de serviço. Todavia, isso só se fez possível pela definição daquele enquanto indivíduo vulnerável e hipossuficiente perante estes. Com efeito, Bonatto e Moraes¹⁹ aduzem que o indivíduo consumerista pode ser atacado de várias maneiras, quais sejam, a pressão sobre sua privacidade, o convencimento e a manipulação psíquicas, principalmente por meio de técnicas e métodos de *marketing*, capazes de induzir o consumidor a aceitar ou simplesmente acatar o objetivo desses mecanismos persuasivos, ou seja, a criação de necessidades de consumo antes inexistentes para determinado grupo de consumidores. Nessa lógica, Baumann²⁰ afirma que

o consumismo de hoje [...] não diz mais respeito à satisfação das necessidades [...]. Já foi dito que o *spiritus movens* da atividade consumista não é mais o conjunto mensurável de necessidades articuladas, mas o *desejo* – entidade muito mais volátil e efêmera, [...].

Diante disso, resta evidente que a instituição de instrumentos de educação ambiental oportuniza uma contribuição com a constituição de uma nova concepção de consumo, comprometida com a sustentabilidade do meio ambiente e o uso responsável dos recursos naturais, os quais representam matéria-prima dos bens de consumo.

O princípio da vulnerabilidade consiste, essencialmente, na proteção do consumidor, tendo em vista sua fragilidade técnico-profissional diante das relações de consumo. Nesse afã, é o indivíduo-consumidor considerado hipossuficiente em relação ao fornecedor do produto ou serviço, os quais, na visão de Bonatto e Moraes²¹, “detêm os conhecimentos técnicos e

¹⁹ Op. cit., p. 43.

²⁰ BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001. p. 88.

²¹ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 44.

profissionais específicos e atinentes às suas atividades, o que induz à óbvia aceitação de que o consumidor deve ser protegido”. Outrossim, Alvim²² afirma ser a “vulnerabilidade, qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de consumidor pessoa jurídica ou consumidor pessoa física”. Logo, o princípio da vulnerabilidade é o instituto que representa a tutela dos princípios da Constituição Federal inseridos no art. 170, principalmente da defesa do consumidor.

Diante da aceção vulnerável do consumidor no CDC, surge o princípio da repressão eficiente aos abusos como elemento agregador aos demais institutos principiológicos na tutela do homem-consumidor. Conforme ensinamento de Alberton,²³ “sempre que um titular de direito escolhe o que é mais danoso para outrem, não sendo mais útil para si ou adequado ao espírito da instituição”, ocorre aparente abuso ao exercício de um direito. O referido princípio não visa à exclusiva proteção do consumidor, já que este também pode ser agente ativo no cometimento de abusos, mas à tutela de todos os sujeitos envolvidos nas relações de consumo.

Arelados a este princípio estão os da superioridade ou prepotência econômica, para os quais a abusividade origina-se do fato de o fornecedor ser o detentor das regras do negócio, e o princípio do estado de necessidade, que neutraliza definitivamente a arguição de que o consumidor assinou determinado contrato por simples e mero ato volitivo. Resta evidente, portanto, que o princípio da repressão eficiente aos abusos é imprescindível para a eficácia das finalidades a que se destina o Código de Defesa do Consumidor, sendo, ainda, instrumento de suporte aos demais princípios que fundamentam e subsidiam o CDC e a tutela do consumidor.

²² Idem, p. 47.

²³ Idem, p. 48.

Por fim, surge o princípio da harmonia do mercado de consumo, com a finalidade de atender aos paradigmas da atividade econômica do País e possibilitar a obtenção de um cenário favorável para o seu desenvolvimento. Entretanto, para que isso ocorra, há que se buscar a harmonia entre os sujeitos das relações de consumo, visto que, reciprocamente, necessitam uns dos outros, consumidores e fornecedores ou prestadores de serviço. Desse prisma, explica Amaral,²⁴ que “os clássicos direitos fundamentais de natureza econômica [...] já não são individuais a serviço de interesses pessoais, [...], mas meios para fins mais justos e humanos: o bem-estar comum”. Diante disso, afirma-se que a harmonia do mercado de consumo deve ser reciprocamente alcançada entre os sujeitos das relações consumeristas, com o objetivo de auto-ajustar o mercado de consumo, tendo em vista a insuficiência do Poder Público para aplicar instrumentos repressivos às abusividades cometidas por quaisquer partes.

Há, ainda, dois fatores relevantes que contribuem para o desequilíbrio nas relações de consumo: a existência insuficiente de associações e órgãos representativos dos consumidores, que postulem pela eficácia da lei consumerista e a timidez dos fornecedores e prestadores de serviço na defesa e proteção de seus próprios consumidores, visto que é ainda ineficaz a implementação de unidades de relacionamento que solucionem e conciliem efetivamente os problemas encontrados e apontados pelo cliente. Nesse mister, atingir a harmonia do mercado consumidor representa a concretização da totalidade dos princípios de ordem econômica ensejados pelo art. 170 da Carta de 1988, oportunizando, portanto, o apaziguamento entre indivíduos reciprocamente dependentes, ou seja, consumidores e fornecedores ou prestadores de serviço.

Diante do exposto, indubitável é a relevância do Código de Defesa do Consumidor e dos princípios que trouxe consigo, visto que permitem não apenas a interpretação das normas

²⁴ BONATTO; MORAES, op. cit., p. 55-56.

inseridas nesse diploma legal, mas a organização de toda a sociedade consumerista. Outrossim, o nascimento da lei especial atendeu às expectativas do legislador constituinte quando em 1988 outorgou a tutela do indivíduo-consumidor sob a compreensão de direito fundamental. O CDC é, sobretudo, uma lei ordinária de ordem pública e interesse social, representando, portanto, um compêndio de princípios e regras que fazem do direito do consumidor um ramo autônomo da ciência jurídica nos dias atuais.

Inegavelmente, as atividades desempenhadas pelas instituições de ensino enquadram-se como prestação de serviços educacionais. Assim, torna-se imprescindível verificar as peculiaridades e implicações da natureza dessa atividade, bem como a correlação entre os serviços educacionais e a relação de consumo preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Conforme aludido anteriormente, as relações sociais, de um modo geral, oportunizam o estabelecimento da relação de consumo dos mais diversos graus de complexidade. As relações de consumo não são apenas aquelas que envolvem bens, produtos ou serviços entregues ao destinatário final, mas todas as relações de fato oriundas das relações entre seus sujeitos, quer sejam ativos ou passivos, principalmente decorrentes de relações jurídico-contratuais.

Segundo Duarte,²⁵ o CDC não se restringe em proteger as relações de consumo entre fabricantes ou fornecedores de determinadas mercadorias, mas vai muito além, visto que referencia a prestação de serviços na qualificação das atividades que compõem as relações de consumo como um todo.

É a relação jurídica de consumo o vínculo estabelecido entre um consumidor, destinatário final, e antes a ele equiparados e um fornecedor profissional, em virtude de um ato de consumo

²⁵ DUARTE, Clotildes Fagundes. *A qualidade dos serviços educacionais e a proteção do Código de Defesa do Consumidor*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista, Franca, 2001. p. 106.

ou como resultado de um acidente de consumo, a qual sofre a incidência da lei especial, com o objetivo de concretizar o princípio da harmonia do mercado consumidor, segundo Bonato e Moraes²⁶.

Resta evidente, portanto, segundo Silva²⁷, que numa relação de consumo estão conectados sujeitos de direito, consumidores e/ou fornecedores/prestadores, um objeto, o produto ou o serviço e uma finalidade. Corroborando Silva assinalando que o Código de Defesa do Consumidor buscou normatizar a relação jurídica de consumo, a qual envolve como sujeito ativo o fornecedor, como sujeito passivo o consumidor, como objeto os produtos ou serviços e, como finalidade, a aquisição destes pelo consumidor, destinatário final.

Nesse sentido, o mesmo doutrinador²⁸ aduz que se observa no art.o 2º do CDC a conceituação de consumidor, compreendido não apenas como pessoa natural, mas também jurídica, desde que faça parte de uma relação de consumo na qual adquira ou utilize determinado produto ou serviço na condição de destinatário final. Considerando o referido dispositivo legal, afirma Silva que “o consumidor, sujeito passivo que é da relação jurídica de consumo, não é somente o adquirente, mas também o usuário do produto ou serviço, não sendo pressuposto, para sua caracterização, a existência de vínculo contratual com o fornecedor”.

Nesse diapasão, pode-se dizer que a definição conceitual de consumidor é meramente objetiva, não sendo relevante o fato de a pessoa física ou jurídica ter ou não a finalidade lucrativa na circunstância em que adquire um produto ou utiliza determinado serviço. Assim de acordo com Oliveira²⁹, o consumidor nada mais é do que aquele que retira o produto do mercado e o utiliza

²⁶ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 63.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positiva*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 104.

²⁸ Op. cit., p. 6.

²⁹ OLIVEIRA, José Carlos. *Código de Defesa do Consumidor: doutrina, jurisprudência e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002. p. 12

como destinatário final. Em sentido similar, afirma Filomeno³⁰ que se entende “por consumidor qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.” (2005, p. 26).

O CDC elucidava, ainda, em seu art. 3º, o conceito de fornecedor, configurando-se como tal toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, que desenvolva atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Em consonância com o dispositivo da lei consumerista, afirma Filomeno³¹ que é o fornecedor “qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual.”

Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor define, em seu art. 3º, §2º, o conceito de *serviço* que, na visão de Rizzardo³², corresponde não exclusivamente a um trabalho, mas à prestação de um esforço físico ou mental cujo resultado representa um benefício para outrem; ou a uma atividade prestada em troca de uma contraprestação pecuniária, a remuneração, consistente numa obrigação de fazer ou empreender uma conduta que beneficiará, conseqüentemente, o destinatário final, isto é, o consumidor.

Ao encontro disso, afirma Nunes³³ que o serviço é, tipicamente, atividade, a qual corresponde à ação humana que tem em vista uma finalidade, sendo exercida em si mesma, configurando-se o serviço como um bem não durável, portanto.

³⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 26.

³¹ Op. cit., p. 36.

³² RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 410.

³³ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 96.

Contudo, o mercado acabou constituindo novos nichos dos serviços, tidos como duráveis, tais como os serviços contínuos, que correspondem àqueles que tiverem continuidade no tempo em decorrência de uma estipulação contratual.

Desta maneira, é imprescindível a conceituação de serviço, que, segundo Dias³⁴, “é um bem intangível, podendo ser entendido como uma ação ou um desempenho que cria valor por meio de uma mudança desejada no cliente ou em seu benefício”.

Ainda, Dias³⁵ enumera onze características essenciais e específicas dos serviços, quais sejam, a intangibilidade, para a qual o serviço é abstrato, não tem aparência nem consistência física; variabilidade, pela qual o serviço não pode ser padronizado, uma vez que é realizado por pessoas; perecibilidade, pela qual o serviço não pode ser armazenado; ausência de estoque, que decorre da perecibilidade; impossibilidade de transferir a propriedade do serviço para o cliente; a produção e o consumo que ocorrem ao mesmo tempo (simultaneidade); há o envolvimento do cliente no processo; as pessoas são parte integrante do serviço; há uma dificuldade na avaliação final do cliente; o tempo é fator relevante; o sistema de entrega pode ocorrer fisicamente ou por meio eletrônico (internet).

Segundo Corrêa³⁶, as instituições de ensino podem ser definidas como organizações prestadoras de três tipos diversos de serviços: serviços de ensino, pois corresponde ao fato de transmitir conhecimento ao aluno; serviços de pesquisa, uma vez que produz novos conhecimentos dentro da instituição, e, por fim, serviços de extensão, por ser entendida como transmissora desses conhecimentos à sociedade.

³⁴ DIAS, Sérgio Roberto (Coord.). *Gestão de marketing*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 106.

³⁵ *Ibidem*, p. 108.

³⁶ CORRÊA, A. C.; JÚNIOR, V. F. S. *Gestão da qualidade na universidade: um estudo de caso do perfil da divulgação da produção científica em medicina veterinária – UFSM*. Anais do ENEGEP, 1999. p. 10.

No que tange às relações de consumo e sua conexão com o direito educacional, ou seja, a relação de consumo estabelecida entre alunos e estabelecimentos de ensino, Duarte³⁷ esclarece:

Os serviços relacionados com o ensino podem ou não inserirem como relações de consumo. Se público e gratuito, não se insere como relação de consumo. A *contrario sensu*, porém, quanto a relação Escola ou Universidade privadas/estudante e seus representantes legais, caso menores, a sua caracterização como relação de consumo não apresenta maior problema. [...] Quando, no entanto, prestada pela iniciativa privada, esta sob o manto do CDC, consoante as disposições consumeristas, pelo fato de ser grafada pela contraprestação direta, imediata, como forma de remuneração do serviço prestado. (p. 40).

No compasso da análise das noções teóricas expostas no decorrer do estudo, reiteram-se as ideias já mencionadas, as quais permitem concluir que a educação é a base de qualquer sociedade, já que pode ser considerada como elemento transformador dos indivíduos, assegurando-lhes a valorização do trabalho e a existência digna, visando, essencialmente, à eficácia da justiça social, principalmente por meio do princípio da defesa e proteção do consumidor.

Nesse diapasão, o direito à educação e o direito do consumidor foram inseridos no texto constitucional no rol de direitos e garantias fundamentais. Vislumbra-se, com isso, que a garantia fundamental à educação e a proteção indispensável ao consumidor, apresentam-se como direitos basilares, que se relacionam e se complementam com a finalidade de alinhar o escopo da ordem econômica expressa no art. 170 da Constituição Federal de 1988.

³⁷ DUARTE, Clotildes Fagundes. *A qualidade dos serviços educacionais e a proteção do Código de Defesa do Consumidor*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista, Franca, 2001. p. 109.

4 Educação ambiental e a contribuição para a sustentabilidade

“Assim Educação Ambiental teria como finalidade promover a compreensão da existência e da importância da interdependência econômica, política, social e ecológica da sociedade; proporcionar a todas as pessoas a possibilidade de adquirir conhecimentos, o sentido dos valores, o interesse ativo, e as atitudes necessárias para proteger e melhorar a qualidade ambiental; induzir novas formas de conduta nos indivíduos, nos grupos sociais e na sociedade em seu conjunto, tornando-a apta a agir em busca de alternativas de soluções para os seus problemas ambientais, como forma de elevação da sua qualidade de vida.

Dessa forma, a Educação Ambiental acabara de estabelecer um conjunto de elementos que seriam capazes de compor um processo através do qual o ser humano pudesse perceber, de forma nítida, reflexiva e crítica. Os mecanismos sociais, políticos e econômicos que estavam estabelecendo uma nova dinâmica global, preparando-os para o exercício pleno, responsável e consciente, dos direitos de cidadão, por meio dos diversos canais de participação comunitária, em busca da melhoria de sua qualidade de vida e, em última análise, da qualidade da experiência humana.³⁸

Verifica-se nessa citação que o objetivo da análise da educação ambiental é uma transformação da sociedade, não apenas em espectadores de uma realidade alheia e distante, mas atores de uma realidade presente, onde todos tenham plenas condições de igualdade de recursos ambientais.

³⁸ DIAS, Genebaldo Freire. *Educação ambiental: princípios e práticas*. São Paulo: Ed. Gaia, 1991. p. 83.

O saber ambiental surge das lacunas deixadas por um saber fragmentado, da falta de análise socioambiental, ou seja, somente se percebe a necessidade da educação ambiental, quando a crise ecológica é eminente.

Assim segundo Carvalho,³⁹ as práticas da Educação Ambiental, à medida em que o debate ecológico se expande, estão atravessadas por campos que resultam em dois vetores: i) a complexidade e as disputas do campo ambiental com seus diversos atores; ii) os vícios e as virtudes das tradições educativas com as quais estas práticas se agenciam.

Para superar esse momento ambiental de dificuldades, Freire⁴⁰ afirma que os seres humanos são seres de relações múltiplas, capazes de se na organizarem reflexivamente, renunciando à condição de objetos: para serem simplesmente sujeitos. Para isso precisa desvelar o mundo de opressão mediante um caminho dialógico, ativo e crítico.

Assim, Freire⁴¹ aduz que verifica-se uma relação de igualdade entre os sujeitos que se relacionam em uma sociedade, que tem por base uma matriz crítica, cunhada em um saber que envolve as mais claras emoções humanas e, assim, pode-se chamar de comunicativa, “se fazem críticos na busca de algo. Instala-se, então, uma relação de simpatia entre ambos. Só aí há comunicação.”

É por essa comunicação que serão identificados os modelos vigentes de sociedade, que levam diretamente à degradação ambiental. Por meio dessa educação, e somente por meio dela, é que o homem irá perceber o quanto ele é parte desse projeto de mudança, mas é necessária uma mudança de visão, de atitudes, pois só com a conscientização é que se conseguirá chegar aos objetivos propostos.

³⁹ CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. Qual educação ambiental? Elementos para um debate sobre educação ambiental e extensão rural. *Agroecol. e Desen. Rur. Sustent.*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, abr./jun.2001. p. 2.

⁴⁰ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 13. ed. Rio de Janeiro, RJ: Paz e Terra, 1974/1983. p. 10.

5 A educação ambiental no Brasil

No Brasil, o marco da educação ambiental foi regulamentada pela Lei 9.795/99, que refere-se aos processos educativos que ocorrem dentro das escolas, em todos os níveis e modalidades de ensino. Sendo que trouxe em seu bojo o conceito de educação ambiental

Entende-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem como o uso comum do povo, essencial a saúde qualidade de vida e sua sustentabilidade. (Art. 1).

Antunes⁴² argumenta que, mediante essa conceituação, o objeto da educação ambiental está em promover a conservação ambiental e

A definição constante do artigo 1 é extremamente importante, pois por ela se pode perceber que os processos de educação ambiental devem ter finalidade a plena capacitação do indivíduo para compreender adequadamente as implicações ambientais do desenvolvimento econômico e social. (...) A lei, de forma correta, assimilou o conceito existente em nossa Lei Fundamental.

Conclui-se então que o conceito de educação ambiental é dinâmico, pois tem por características acompanhar a evolução do conceito de meio ambiente, que não busca outro conceito senão formar o sujeito com consciência ecológica e promover o desenvolvimento sustentável, sobretudo a partir da formação

⁴¹ FREIRE, Paulo. *Educação como prática de liberdade*. Rio de Janeiro, RJ: Paz e Terra, 1967/2000. p. 115.

de indivíduos que compreendam o conceito de consumo sustentável e uso responsável dos recursos naturais.

6 Considerações finais

Este estudo constituiu-se numa contribuição para uma melhor compreensão do processo de educação ambiental, com base na conceituação da garantia principiológica do direito à educação e do direito à proteção do consumidor, bem como seus fundamentos aplicáveis a todas as relações advindas das relações de consumo.

A defesa e proteção do consumidor, além de amparadas no rol de direitos fundamentais da Carta de 1988, encontram-se positivadas numa codificação própria promulgada em 1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com a finalidade de assegurar as garantias fundamentais de proteção aos consumidores brasileiros, constituindo, para tanto, conceitos, diretrizes e parâmetros de tutela do consumidor. Nesse sentido, o Direito do Consumidor construiu-se no ordenamento jurídico brasileiro, como um ramo autônomo, assim como o direito educacional, dotado de doutrina, jurisprudência, legislação e principiologia próprios.

Nesse sentido, é de significativa relevância a construção de mecanismos de formação do consumidor-cidadão, utilizando-se, para tanto, os princípios do direito educacional e do direito do consumidor, aliados aos pressupostos pedagógicos da educação ambiental.

A partir dessas considerações acerca do objetivo da discussão suscitada, em momento algum o objetivo foi de esgotar o tema, tendo em vista sua complexidade. Mais que isso, em razão do papel fundamental no que se refere ao futuro da sociedade, uma vez que somente pela educação que haverá uma sociedade consciente da intrínseca relação homem/ambiente.

⁴² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. ed. Ver. ampl. atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 251.

Referências

- 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.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. Ed. Ver. ampl. Atual. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controversas no Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 de outubro de 2009.
- CARDOSO, Wille Muriel. *Curso de marketing para instituições de ensino superior*. Carta Consulta, 2005.
- CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. *Qual educação ambiental? Elementos para um debate sobre educação ambiental e extensão rural*. Agroecol. Desenv.Rur.Sustent.,Porto Alegre, v.2, n.2, abr./jun.2001.
- CORRÊA, A. C.; JÚNIOR, V. F. S. *Gestão da qualidade na universidade: um estudo de caso do perfil da divulgação da produção científica em medicina veterinária – UFSM*.Anais do ENEGEP, 1999.
- DIAS, Sérgio Roberto. (coord.) *Gestão de Marketing*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- Dias, Genebaldo Freire. *Educação Ambiental. Princípios e Práticas*. São Paulo: Ed. Gaia, 1991.
- DUARTE, Clotildes Fagundes. *A qualidade dos serviços educacionais e a proteção do Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista, Franca, 2001.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- FREIRE, Paulo. *Educação como prática de liberdade*. Rio de Janeiro, RJ: Paz e Terra, 1967/ 24 ed. 2000.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 13 ed. Rio de Janeiro, RJ: Paz e Terra, 1974/1983.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*. Passo Fundo: UPF, 2003.

_____. *A aplicação do código de defesa do consumidor nos contratos educacionais*. Passo Fundo: UPF, 2005.

HORTA, José Luiz Borges. *Direito constitucional da educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, José Carlos. *Código de defesa do consumidor: doutrina, jurisprudência e legislação complementar*. 3.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002.

PESSOA, Carlos. *Escola: conceito de prestação de serviço em educação*. Rio de Janeiro: Senac, 2007.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: lei n.º 10.406, de 10.1.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de defesa do consumidor anotado e legislação complementar*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

Decisão jurídica e as fronteiras da normatividade: os suplementos da argumentação jurídica no campo do direito ambiental e do direito do consumidor¹

Rafael Lazzarotto Simioni*

1 Introdução

O estilo de fundamentação das decisões jurídicas mudou muito no decorrer do século XX. O positivismo jurídico de Kelsen inaugurou um *script* teórico importante para a argumentação jurídica da segunda metade do século XX. Entretanto, esse modo de justificação das decisões jurídicas começou a apresentar insuficiências, especialmente a partir da década de 80, quando surgiram as primeiras exigências de conformação normativa dos assim chamados “novos direitos”.

O Direito Ambiental e o Direito do Consumidor são, por excelência, novos direitos. E não se trata apenas de diplomas legais “novos” em relação aos “velhos” direito civil, comercial, processual, etc. O Direito Ambiental e o Direito do Consumidor inauguram também um novo modo de justificação das decisões jurídicas, uma nova forma de fundamentação e argumentação,

* Doutor em Direito pela Unisinos; Mestre em Direito pela UCS; professor e pesquisador no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM).

¹Esta pesquisa faz parte do Projeto Decisão Jurídica e Democracia (PPGD/FDSM).

que apresenta exigências muito mais sofisticadas do que aquelas desenvolvidas no século XX até a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

As decisões jurídicas no campo do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor exigem um “saltar fora” do sistema de referência, para buscar em outros sistemas de referência os elementos capazes de justificar a decisão. As decisões jurídicas, nesse campo, constroem argumentos baseados em valores lógicos exteriores ao direito, que ultrapassam aquela lógica do *dever-ser* que caracteriza a matriz neokantiana do direito.

Nesta pesquisa, procura-se demonstrar como isso acontece, observando quais são os valores lógicos mais recorrentes e quais são os elementos de referência externos ao Direito que são, paradoxalmente, incluídos na argumentação e nas decisões jurídicas no âmbito do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor.

Para tanto, é importante estabelecer um breve retrospecto histórico dos modos de argumentação jurídica do século XX, para compará-los com as atuais exigências do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor. Utilizando como fio condutor a diferença entre casos fáceis e casos difíceis, isso permitirá observar qual é o valor de orientação à justificação das decisões nesse âmbito da experiência jurídica que, por hipótese, parece ser uma orientação às consequências ou aos efeitos colaterais da própria decisão jurídica – que coloca em questão o próprio estilo normativo de orientação da decisão jurídica.

A questão principal desta investigação, portanto, é a de se existe um único padrão lógico de argumentação e de decisão jurídica no Direito Ambiental e no Direito do Consumidor. E naturalmente, para se atingir esse nível de abstração, torna-se necessário utilizar conceitos capazes de articular altos graus de complexidade. Nessa perspectiva, utilizam-se alguns conceitos da teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann, a qual permitirá transitar, também, pelas principais teorias da argumentação e da decisão jurídica da contemporaneidade.

2 Casos fáceis e casos difíceis

Inicialmente, quer-se demonstrar que não existe realmente uma diferença entre casos fáceis e casos difíceis.¹ O que existe são casos sempre complexos passíveis de simplificação e casos que não são passíveis de simplificação. E pretende-se demonstrar que essa diferença entre simplificação e não simplificação está relacionada com a suficiência do paradigma positivista do Direito para a decisão de alguns casos e a sua insuficiência para a decisão de outros. Assim, sustenta-se que os casos fáceis são aqueles sempre complexos, mas que encontram nos esquemas teóricos do positivismo jurídico uma estrutura que os simplifica – redução de complexidade. Enquanto os casos difíceis são aqueles igualmente complexos, para os quais as estruturas teóricas do positivismo jurídico são insuficientes.

Primeiro é necessário ter presente a diferença tradicional entre casos fáceis e casos difíceis, porque as preocupações das teorias da argumentação jurídica se referem apenas aos casos difíceis. Os casos fáceis podem ser decididos mediante as técnicas tradicionais de argumentação jurídica, que são aquelas baseadas na subsunção de um fato a uma norma, seguindo-se a lógica aristotélica da premissa maior (a norma geral e abstrata), da premissa menor (o fato concreto) e da conclusão.

O problema é que os casos fáceis podem ser argumentativamente dotados de complicações. Questões envolvendo simples contratos de compra e venda podem ser bastante complicadas, se a argumentação jurídica introduzir valores externos às regras e aos princípios positivos das obrigações civis. Como também questões envolvendo simples exercícios de posse ou de domínio podem ser igualmente complicadas se a argumentação jurídica tiver que considerar as exigências do Direito Ambiental.

¹ Uma crítica a essa distinção entre casos fáceis e difíceis também pode ser lida em: NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 143 ss.

Didaticamente, seguindo uma sugestão de Atienza² a partir dos estudos de Dworkin,³ pode-se falar de casos fáceis, casos difíceis e casos trágicos. Os *casos fáceis* são aqueles para os quais o ordenamento jurídico oferece uma resposta correta que não é discutida. Os *casos difíceis* seriam aqueles que podem encontrar, no ordenamento jurídico, pelo menos duas respostas juridicamente corretas, isto é, pelo menos duas respostas diferentes, mas ambas passíveis de fundamentação no Direito. E os *casos trágicos* seriam aqueles em que qualquer solução juridicamente possível implica a negação de direitos fundamentais, isto é, aqueles casos nos quais, para se afirmar um direito fundamental, deve-se, ao mesmo tempo, negar outro direito igualmente fundamental.

Naturalmente, essa distinção entre casos fáceis, difíceis e trágicos é uma distinção artificial. Sua finalidade é apenas classificatória. Pois não existem verdadeiramente casos fáceis: o que existe são descrições simplificadas e inquestionadas de uma realidade que é sempre muito complexa. Casos fáceis são simplificações de casos sempre difíceis. A diferença entre casos fáceis, difíceis e trágicos, portanto, somente se justifica para fins didáticos. Pois, por trás da simplicidade dos casos fáceis, sempre há uma complexa estrutura de argumentação jurídica convencional que mantém essa simplicidade na forma de uma complexidade reduzida.

Precisamente essa redução de complexidade argumentativa foi uma das grandes conquistas do positivismo jurídico. Antes do positivismo, o jusnaturalismo permitia uma grande quantidade de fundamentos para justificar decisões jurídicas. A legitimidade da decisão jurídica estava baseada mais na autoridade místico-religiosa da organização que detinha o monopólio da jurisdição

² Cfe. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002. p. 335.

³ Cfe. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2002; e _____. *Uma questão de princípios*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2001.

da época do que nos argumentos utilizados para justificar a decisão. O mistério das razões jurídicas, que não era dado a qualquer um saber, era suficiente para legitimar a decisão como decisão correta. A argumentação jurídica, no jusnaturalismo, tinha apenas que estabelecer referências aos fundamentos daquele direito jusnaturalista, que eram a ideia cristã de vontade de Deus e a ideia platônica e aristotélica de perfeição da natureza.

No jusnaturalismo, bastava argumentar que o que foi decidido assim o foi porque é a vontade de Deus ou porque “é da natureza das coisas”. E precisamente contra essa total indeterminação das razões do Direito insurgiram-se Savigny, Jhering e Windsheid.

Já sob a influência de Hobbes e Pascal, para os quais a validade da lei é ditada pelo Príncipe e não por Deus, ou pela ideia de perfeição da natureza, Savigny acreditava que a validade do direito devia ser encontrada na consuetude.⁴ A interpretação do sentido dos textos legais se alcançaria através de pesquisas históricas sobre a consuetude, isto é, sobre a história dos costumes que originaram a formação das leis. Assim, a argumentação jurídica das decisões, no contexto da teoria de Savigny, pode ser entendida como uma referência à consuetude histórica. E a decisão jurídica estaria correta na medida em que decidisse em conformidade com os costumes e tradições históricas de cada comunidade.

No contexto do pensamento de Savigny, a argumentação jurídica adequada seria aquela que fundamenta a decisão nos costumes históricos de determinada comunidade. E essa estratégia teórica pode ser observada como um embrião daquilo que até hoje é realizado na prática das decisões jurídicas, sob a perspectiva da matriz hermenêutica do direito.

Por outro lado, Jhering preferia ver o fundamento da validade do Direito – e portanto também as linhas válidas de argumentação jurídica – mais no Direito, como resultado de conquistas sociais obtidas através de lutas – os interesses

⁴ Cfe. SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. de Vittorio Scialoja. Napoli, Roma, Milano: Torino Unione Tipografica, 1893. v. 5.

juridicamente protegidos –, do que nos costumes.⁵ Os costumes, para Jhering, podem estar carregados de formas de opressão e o Direito não pode servir de instrumento para manter essas formas de opressão. Por isso que a argumentação jurídica, em Jhering, pode ser entendida como uma referência à luta pelo direito, isto é, como uma referência aos interesses que devem prevalecer, porque são resultados de conquistas sociais obtidas com muito custo.

A perspectiva de Jhering também pode ser observada na práxis forense contemporânea. Especialmente no campo do Direito do Trabalho e dos direitos humanos, quando a linha de argumentação pressupõe os direitos como conquistas sociais obtidas mediante muito sacrifício e que, exatamente por isso, não podem deixar de ser aplicados: “Muita gente morreu para que esse direito fosse reconhecido, por isso ele deve ser incondicionalmente aplicado.” Também no Direito Ambiental e no Direito do Consumidor aparece esse estilo de argumentação de Jhering: ambos os direitos são entendidos como conquistas sociais obtidas a muito custo e, exatamente por isso, não podem ser desconsideradas, relativizadas ou esvaziadas em seu conteúdo normativo.

Mas é em Windscheid que se pode encontrar uma das primeiras relações lineares entre fundamentação da validade do direito e argumentação da validade das decisões jurídicas. Para Windscheid, a validade do Direito está nas leis do Príncipe e em nenhum outro lugar. Direito válido é o direito que vem daquele tipo de Estado da época.⁶ E assim começa a inauguração de uma técnica

⁵ Cfe. IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 18. ed. Trad. de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁶ Cfe. WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Trad. de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Milano; Napoli; Palermo; Roma: Torino Unione Tipografico, 1902, p. 49. v. 1, (§ 14): “Quando è controverso se una legge sia stata emanata o debitamente pubblicata, non s’applicano quelle regole, che sono decisive per il caso in cui, in una controversia giuridica, un fatto è disputato fra le parti contendenti. Vigee inecce la massima che il giudice deve d’ufficio conoscere ed applicare il diritto. Se però la condizione delle cose fa che non si possa esigere dal giudice la cognizione della legge controversa, spetta alla parte che si richiama alla legge, di procurargliene la necessaria notizia, se vuole che essa sia posta a base della decisione della controversia”. E por isso, a respeito

de argumentação jurídica que permite isolar o âmbito de cognição das decisões jurídicas, tornando-as simples.

Kelsen então dá o grande passo rumo a essa técnica de isolamento cognitivo – redução de complexidade – das decisões jurídicas. Com os aportes teóricos do neopositivismo lógico⁷ e dos avanços no campo da pragmática linguística, Kelsen constrói uma racionalidade linguístico-normativa para o Direito, a partir da qual o direito válido é o direito que foi produzido em conformidade com os procedimentos definidos pelo próprio direito válido.⁸ E para a pergunta pela validade do direito válido, Kelsen colocou a ideia da norma fundamental como uma hipótese científica que constitui o vetor da racionalidade normativa desse sistema jurídico hierárquico.

O sistema kelseniano seria quase perfeito, se não houvesse o problema das lacunas. Mas mesmo para as lacunas o normativismo neokantiano de Kelsen preenche aquele espaço vazio de anomia através da introdução de argumentos baseados na analogia, nos princípios gerais, no costume ou na equidade (art. 5º da LICC). E assim o normativismo neokantiano se impõe com pretensões de superioridade ao jusnaturalismo. Porque, a partir da Teoria Pura do Direito, argumentos corretos são aqueles baseados em normas jurídicas válidas. Logo, a decisão correta é aquela justificada com base em argumentos corretos, que são aqueles baseados em normas jurídicas válidas. E somente no caso de lacunas a decisão fica autorizada a buscar argumentos

do direito consuetudinário, Windscheid conclui que “Quindi la legislazione attualmente è la fonte giuridica di gran lunga più importante; il diritto consuetudinario, di fronte al diritto legislativo, non occupa che un posto subordinato.” (ibidem, p. 53). Essa sensibilidade de Windscheid à posituação do direito o colocou em colisão com Savigny, Puchta, Böhlau, Bruns, Pfaff e Hofmann, para os quais o direito consuetudinário ocupa a primazia de fonte de direito diante do direito do Estado. Veja-se também, nesse contexto histórico, a discussão que Ihering faz contra Savigny e Puchta a respeito da origem do direito como “luta de interesses”. (IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*, p. 8-9).

⁷ Ver-se, especialmente: BARONE, Francesco. *Il neopositivismo logico*. Roma: Laterza, 1986. t. 2.

⁸ Cfe. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 2003, p. 11; _____. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 58.

fora da normatividade positiva do Direito, e, ainda assim, obedecendo a uma ordem hierárquica, que começa com, primeiro, a analogia, depois os princípios gerais, os costumes e a equidade.

Depois disso pode-se concluir que casos fáceis são aqueles que podem ser decididos dentro dessa esquematização da Teoria Pura do Direito de Kelsen. Ou seja, não há casos realmente fáceis, mas sim casos sempre difíceis que encontram, na matriz neokantiana do direito, uma simplificação, um *script* lógico de decisão, uma esquematização, uma organização da complexidade na forma de uma complexidade reduzida, organizada e, assim, passível de decisão simples. O que existe, portanto, são casos sempre difíceis, mas facilitados, simplificados, pela teoria do direito da matriz neokantiana de Kelsen, Bobbio, entre outros.

Por isso, didaticamente, quer-se propor uma distinção diferente da de Atienza. Ao invés de distinguir os casos fáceis, difíceis e trágicos, segundo o critério da resposta questionável no Direito, propõe-se distinguir casos fáceis, como aqueles que cabem nas esquematizações do normativismo neokantiano, e os casos difíceis e trágicos, como aqueles que escapam dessas esquematizações. Em outras palavras, casos difíceis são aqueles para os quais as técnicas de argumentação e decisão do positivismo jurídico são insuficientes. E os casos fáceis são aqueles igualmente complexos, mas que se encaixam nas estruturas de redução de complexidade do positivismo jurídico, que os simplificam para as decisões jurídicas.

3 Casos difíceis como insuficiência do positivismo jurídico

Quer-se chamar a atenção para esse fato importante na história do Direito. O normativismo neokantiano de Kelsen deu certo, dentre outros motivos, porque ele foi uma proposta teórica que resolveu um problema fundamental da práxis do Direito, qual seja, o problema do controle da coerência e consistência das decisões. Afastando a ideia de justiça como uma ideia

irracional,⁹ Kelsen concentrou seus esforços na dotação de racionalidade lógica ao Direito, permitindo formas muito mais abstratas de argumentação jurídica, muito mais desvinculadas, autônomas, “puras”, em relação a toda aquela complexidade bruta que qualquer fato social carrega consigo.

Depois do positivismo jurídico não importam mais os motivos que levaram uma pessoa a praticar uma determinada conduta, a não ser que o próprio Direito Positivo considere esses motivos como uma informação relevante para a decisão. Quer dizer, o positivismo criou estruturas de argumentação jurídica que permitem decisões simples sobre uma realidade que é sempre muito complexa. E permitiu também que essas estruturas pudessem ser ensinadas nas Faculdades de Direito, como técnicas profissionais, que não dependem mais de dons ou de uma sabedoria genérica dos mais velhos, do papa ou do imperador.

A decisão e a argumentação jurídica passaram a ser ensinadas e praticadas como técnica profissional, com seus controles de correção, com sua organização hierárquica e com a justiça e demais princípios morais, como valores exteriores ao sistema jurídico, quer dizer, como valores contaminados por influências políticas, econômicas e religiosas, que ameaçam a “pureza” da ciência rigorosamente normativa – e linguística – do Direito.

Assim, no contexto da matriz neokantiana do Direito – conforme a classificação de Rocha,¹⁰ – a argumentação jurídica correta é aquela que estabelece referências às normas jurídicas válidas. E ainda que em alguns casos ocorra a possibilidade de duas ou mais normas serem igualmente passíveis de aplicação, gerando decisões possivelmente diferentes, a decisão jurídica será correta desde que fundamentada dentro da “quadratura” do

⁹ Ibidem, p. 21: “Apenas com o sentido de legalidade é que a justiça pode fazer parte de uma ciência do Direito.”

¹⁰ Cfe. ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: _____; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2001. p. 126; _____. Três matrizes da teoria jurídica. In: _____. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 89-100.

Direito,¹¹ isto é, dentro daquela margem de discricionariedade admitida pelo próprio sistema normativo de referência para a argumentação jurídica.

Mas, quando a práxis das decisões jurídicas começa a oferecer casos que não se enquadram perfeitamente nos *scripts* teóricos da matriz neokantiana do Direito, começam também a aparecer as insuficiências do positivismo jurídico.

O positivismo jurídico resolveu uma série de problemas das decisões jurídicas baseadas no jusnaturalismo. Pode-se dizer que o positivismo tornou possível a tomada de decisões com o adjetivo “jurídicas”. Pois, antes dele, sequer poder-se-ia distinguir com suficiente precisão as decisões jurídicas das decisões políticas, religiosas ou morais. Um julgamento jurídico não tinha condições de ser distinguido dos julgamentos morais. E essa contribuição do positivismo foi muito importante para os desenvolvimentos do Direito, no sentido da sua autonomia autopoietica e diferenciação funcional.

Um dos grandes problemas do positivismo jurídico foi observado pelo *Critical Legal Studies* norte-americano, no final da década de 60. A questão estava na constatação da impossibilidade real de uma pureza científica ou técnica na práxis das decisões jurídicas. As decisões jurídicas estão, inevitavelmente, submetidas a uma série de influências ideológicas que são inafastáveis da práxis do Direito. Um juiz, filho de um grande fazendeiro, jamais decidirá uma questão agrária do mesmo modo que um juiz, filho

¹¹ Cfe. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 390: “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas

de camponeses, etc. Do mesmo modo que um juiz filho de comerciantes não decide uma questão de Direito do Consumidor do mesmo modo que outro, filho de profissionais liberais por exemplo. E pensa-se também na decisão de um juiz filho de engenheiros sobre a supressão de uma área de preservação permanente. O *Critical Legal Studies* procurou demonstrar exatamente essas influências ideológicas que são obliteradas nas decisões jurídicas, decorrente do próprio contexto de vivências prévias do decisor.

Revigorando o materialismo histórico de Marx, sob os aportes de uma tradição crítica bastante sofisticada, o *Critical Legal Studies* colocou à mostra que o positivismo jurídico falha exatamente lá onde ele se justifica como o paradigma jurídico mais adequado: o ideal de rigor científico baseado na linguagem, de um lado, e a certeza e a segurança jurídica, de outro, não são possíveis na práxis do Direito exatamente porque há influências ideológicas que atuam sobre as decisões em níveis bastante sutis.

4 Questões técnicas e questões teóricas

A diferença entre questões técnicas e questões teóricas permite ilustrar de um modo bastante claro essa importante questão levantada no final dos anos de 60 pelo *Critical Legal Studies*. Pode-se fazer uma aproximação entre a teoria e a prática do Direito, segundo o critério do lugar onde elas acontecem com mais intensidade. Assim, há questões técnicas que surgem predominantemente na práxis forense e há questões teóricas que são mais discutidas no âmbito da doutrina e da teoria jurídica.

As questões técnicas geralmente se constituem na forma de controvérsias sobre fatos e doutrinas. E as perguntas das questões técnicas geralmente são: Qual a norma adequada? Qual o procedimento judicial adequado? Qual o argumento convencional? Qual a prova adequada? Essas questões acontecem com bastante frequência na práxis forense, isto é, no dia a dia de advogados, juízes, promotores, delegados de polícia, etc. Trata-se de questões técnicas porque as soluções também são técnicas.

Dizem respeito à atividade profissional na área do direito e estão orientadas a objetivos e metas estratégicas.

Já as questões teóricas se constituem na forma de controvérsias conceituais. As perguntas das questões teóricas geralmente são: A norma é justa ou adequada ao caso? Ainda que eficaz? O que significa o conceito da lei? O que é princípio e o que é regra? São essas questões, dentre outras mais complexas, que são trabalhadas no âmbito da teoria. Tanto que os advogados e juízes, quando alguém levanta uma questão dessa natureza, muitas vezes escapam da questão afirmando: “Isso é uma questão para os teóricos ou para os doutrinadores.” E até mesmo no campo da dogmática jurídica se pode ler, especialmente nos civilistas mais técnicos, que não cabe à lei definir conceitos e sim à doutrina. Ou seja, há uma distinção que ocorre na práxis do Direito entre, de um lado, questões técnicas e, do outro, questões teóricas, como se existisse também uma necessidade de blindagem ou de isolamento recíproco desses dois campos de questões.

É importante entender isso com suficiente precisão: não se está afirmando que deve existir essa diferença. Afirma-se que essa diferença acontece na práxis do Direito. E as razões dessa diferença estão, precisamente, na necessidade daquele isolamento cognitivo – redução de complexidade – indispensável para possibilitar a tomada de decisões simples sobre a realidade bruta da sociedade, que é sempre muito complexa. A práxis comunicativa do Direito denuncia as suas próprias estruturas de organização: separam-se questões, dividem-se temáticas, distinguem-se argumentos convencionais, de modo a tornar possível a tomada de decisões em campos de complexidade bastante reduzidos.

Até porque uma decisão que levasse em consideração todas as questões possíveis seria impossível. Pensa-se, por exemplo, nas infinitas possibilidades de decisão, quando se transita de um sistema de referência para outro, quer dizer, quando se procura observar os aspectos do caso do ponto de vista do Direito, da Economia, da Política, da Ciência, da Ecologia, da Religião, da

Moral, da Cultura, etc. E essa complexidade – e junto com ela um grau incalculável de contingência – pode ser multiplicada se se considerar cada uma dessas perspectivas possíveis nos aspectos de tempo e espaço: pensa-se, por exemplo, no deslocamento da argumentação jurídica para elementos do passado (o que aconteceu, a norma que existe) ou para elementos do futuro (os possíveis impactos ou efeitos colaterais da decisão, o risco e o perigo das consequências futuras). E pensa-se também na possibilidade de vincular essas relações com os aspectos espaciais, que levam em consideração o local, o regional e o global.

Naturalmente, todas essas infinitas e incontroláveis possibilidades se dão de modo simultâneo na decisão jurídica. Mas elas não aparecem no âmbito das questões técnicas. E exatamente essa cegueira epistêmica, essa blindagem estrutural, essa redução de complexidade, é indispensável para ser possível a decisão jurídica simples. Ou no mínimo para torná-la mais fácil de ser decidida.

Nessa perspectiva, pode-se observar que uma das características mais importantes das decisões jurídicas, no campo do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor, é exatamente a impossibilidade de se fazer essa tradicional separação entre questões técnicas e questões teóricas. E, precisamente por isso, as decisões no âmbito do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor apresentam-se geralmente como casos difíceis.

As decisões jurídicas, nesse âmbito, apresentam sempre as questões técnicas do Direito, mas sempre apresentam também questões teóricas, questões conceituais, questões de fundamento que ultrapassam a estrutura teórica – já previamente fundamentada – do positivismo jurídico.

A práxis forense do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor ilustra esse fato. A atuação nesse campo exige muito mais do que apenas questões de prova, de procedimento ou de se encontrar o argumento convencional adequado, capaz de ser repetido e reproduzido para novas decisões. A argumentação e a decisão jurídica no Direito Ambiental e do Consumidor utilizam muitas controvérsias conceituais como estratégia de solução dos

casos. E isso acontece especialmente porque a orientação da decisão e da argumentação encontra-se orientada também para o futuro.

Observa-se a diferença em relação a outros ramos do Direito: enquanto os direitos tradicionais são direitos que disponibilizam seus fundamentos normativos na lei ou na jurisprudência que já existe, na prova de um fato que já aconteceu no passado e segundo procedimentos já previamente estabelecidos, os direitos ambiental e do consumidor trabalham sob essa mesma lógica mas vão além. No Direito Ambiental e do Consumidor, a argumentação e a decisão jurídica também devem levar em consideração o futuro, os impactos, os efeitos colaterais da própria decisão.

Trata-se de direitos que não operam apenas com referência ao passado da norma e do fato. Operam também com referência ao futuro: ao direito das futuras gerações, à precaução e à prevenção diante de riscos e perigos ecológicos, ao reequilíbrio de relações jurídicas desequilibráveis por motivos econômicos, à segurança futura da incolumidade física, psíquica e jurídica do consumidor, etc.

O Direito Ambiental e o Direito do Consumidor inovam muito o estilo tradicional de argumentação e de decisão jurídica. Enquanto todo o direito tradicional estava orientado a uma argumentação baseada no passado, naquilo que já aconteceu, nos fatos já provados e nas normas já previamente em vigor, esses dois novos direitos orientam a argumentação jurídica também para o futuro, um futuro que ainda não aconteceu e que é, assim, projetado ou imaginado como um fundamento real e atual para a justificação das decisões jurídicas.

E precisamente essa novidade, radicalmente importante, em termos de estrutura da decisão jurídica, que coloca a questão das regras de decisão. Que regras são seguidas no Direito Ambiental e no Direito do Consumidor já que o futuro, que ainda não aconteceu e que sempre pode acontecer de modo diferente, pode constituir um fundamento imaginado para dotar o presente da decisão jurídica de uma argumentação válida, ainda

que sempre se possa não verificar a ocorrência do próprio fundamento no futuro?

5 As regras do direito positivo e as técnicas profissionais de decisão

Tradicionalmente, as teorias da argumentação jurídica afirmam que, para os casos fáceis, seguem-se as regras do Direito Positivo. Seguem-se as técnicas, as receitas definidas e reproduzidas no âmbito da práxis forense e da dogmática jurídica. Mas, para os casos difíceis, seguem-se quais regras? Que regras devem ser seguidas nos casos difíceis de Direito Ambiental e de Direito do Consumidor? Já que a técnica profissional se torna insuficiente quando o caso já não se enquadra nos esquemas do positivismo jurídico?

Uma resposta positivista para essa questão poderia ser: seguem-se igualmente as normas estabelecidas positivamente, como por exemplo, os princípios do Direito Ambiental ou os do Direito do Consumidor. Mas logo surgiria a questão: Que argumentos suplementares são então necessários? Porque diante de casos difíceis, não há uma solução unívoca no direito. E logo se torna necessário suplementar a argumentação jurídica com valores exteriores ao sistema normativo de referência, ultrapassando os limites da normatividade do direito.

Outra resposta à questão de que regras devem ser seguidas nos casos difíceis poderia ser: seguem-se os princípios implícitos. Entretanto, também aqui logo surge a pergunta pelos fundamentos desses argumentos baseados em princípios implícitos do ordenamento jurídico. Especialmente porque, no Estado Democrático de Direito, a justificação de uma decisão em argumentos implícitos deve poder ser contestada, deve poder ser passível de discussão. E isso só se torna possível se há uma referência clara ao fundamento do argumento que procura afirmar um princípio implícito no Direito.

Também se poderia responder à questão com as opções políticas do governo ou com a consciência moral da comunidade. Mas, do mesmo modo que a referência argumentativa a princípios implícitos, também as opções políticas do governo ou a consciência moral deveria ser fundamentada para ser passível de controle democrático, para ser passível de crítica, para justificar a decisão com um mínimo de legitimidade dentro do seu âmbito de aplicação.

Chama-se a atenção para um fato importante que acontece aqui. Seja qual for a resposta à questão de quais regras devem ser seguidas em casos difíceis, todas elas precisam de suplementos argumentativos. Todas elas exigem formas de argumentação mais sofisticadas, capazes de justificar a correção da decisão jurídica. Mas, mesmo assim, continuaria sempre aberta a questão do *Critical Legal Studies*: Quem define essas regras, as influências políticas que atuam sobre os decisores e a origem econômica, social ou cultural dos decisores? Então essas são as regras para os casos difíceis como aqueles do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor?

O Realismo Legal, no entanto, não se preocupou em concentrar seus esforços para uma solução a esse importante problema de controle democrático das decisões jurídicas. Poder-se-ia apenas lamentar e aceitar isso como inevitável ou aplaudir como dinâmico. Talvez isso faça parte, precisamente, da máquina propulsora da evolução do sistema jurídico. De qualquer modo, essa crítica desencadeou importantes desenvolvimentos no campo da teoria do direito e da argumentação jurídica, que permitiram pensar em novas formas de controle da consistência e da coerência das decisões jurídicas.

Não se tem condições, até o momento, de estabelecer uma proposição normativa a respeito de um modelo ou de um padrão ótimo de decisão jurídica para o Direito Ambiental e para o Direito do Consumidor. Mas se pode observar que padrão ou que padrões mais recorrentes a práxis forense tem utilizado nesse campo.

6 Os suplementos da decisão jurídica

Luhmann observou que, quando não há uma solução fácil no Direito, a decisão procura, por meio da argumentação jurídica, buscar elementos ou valores fora do Direito para justificar a própria decisão.¹² A decisão jurídica se depara então com a necessidade de encontrar em outros lugares os complementos da argumentação jurídica, capazes de garantir a consistência e a coerência da decisão. E mais: esse “saltar fora” do sistema jurídico, muitas vezes, é a condição de legitimidade da própria decisão jurídica.

Quer-se chamar de “suplementos” esses recursos argumentativos externos ao sistema jurídico. Adota-se, portanto, uma expressão de Derrida.¹³ Encontram-se “suplementos” não apenas nas formas gerais do conhecimento metafísico, mas também em todas as decisões jurídicas que recorrem a valores externos ao sistema do Direito, para fundamentar a sua legitimidade e a sua correção. Em outras palavras, encontram-se “suplementos” em todas as decisões jurídicas que recorrem a valores lógicos exteriores ao sistema jurídico para suplementar a ausência de um fundamento jurídico unívoco na decisão, para tornar “presente” o fundamento “ausente”, para completar a falta de justificação com um suplemento argumentativo.

Esses suplementos, na prática das decisões judiciais, podem ser observados quando a decisão recorre a princípios morais, valores éticos ou religiosos, etc. E também podem ser observados quando a decisão recorre àquilo que se convencionou chamar “orientação às conseqüências”,¹⁴ isto é, o uso do recurso à

¹² Cfe. LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES Junior, Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Trad. de Dalmir Lopes Junior, Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-107.

¹³ Cfe. DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. 2. ed. Trad. de Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 178.

¹⁴ Cfe. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito ambiental e sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 155.

previsão dos prováveis efeitos colaterais ou impactos da decisão jurídica na economia, na ciência, na política, na educação, etc.

Um dos aspectos mais interessantes dessa operação, segundo nosso ponto de vista, é que sobre esse uso de suplementos argumentativos não há nenhum tipo de controle. Não há nenhuma regra ou princípio positivo que permita controlar, nem mesmo há um procedimento que permita monitorar o uso legítimo desses suplementos argumentativos na práxis das decisões jurídicas.

Certamente, pode-se pensar nas exigentes condições dos discursos racionais de Alexy,¹⁵ Günther¹⁶ e Habermas,¹⁷ como procedimentos capazes de garantir graus suficientes de legitimidade de decisões jurídicas difíceis. Mas também se poderia, igualmente, pensar na conveniência prática dos modelos de fundamentação baseados na diferença entre princípios e regras, tais como trabalhados por Dworkin¹⁸ e MacCormick.¹⁹ E ainda assim várias críticas importantes poderiam ser sempre realizadas pelas perspectivas da tópica de Perelman²⁰ e, especialmente, pela filosofia hermenêutica de Heidegger e pela hermenêutica filosófica de Gadamer, como faz com muita propriedade Streck.²¹

Todas essas perspectivas teóricas permitem entender a argumentação jurídica de modos diferentes, com aspectos

¹⁵ Cfe. ALEXY, Robert. *Teoría dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*. Trad. de Massimo La Torre. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998; e _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

¹⁶ Cfe. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

¹⁷ Cfe. especialmente: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

¹⁸ Cfe. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2002; e _____. *Uma questão de princípios*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2001.

¹⁹ Cfe. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. de Waldéa Barcelos. São Paulo: M. Fontes, 2006.

²⁰ Cfe. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: M. Fontes, 2002.

²¹ Cfe. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

diferentes e possibilitam também a construção de modelos ou técnicas de argumentação jurídica diferentes – com exceção da hermenêutica, que não pode ser considerada uma técnica. E, exatamente por isso, pode-se observar uma disputa política entre essas diferentes perspectivas teóricas, todas elas procurando dar uma boa resposta ao problema da fundamentação legítima das decisões jurídicas.

Em comum, essas perspectivas têm o problema da fundamentação da resposta correta no Direito. E a diferença entre elas está, precisamente, nos suplementos que são recomendados para a argumentação jurídica justificar, com legitimidade, as decisões sobre casos difíceis.

Denominamos “suplementos” os recursos argumentativos a valores exteriores ao sistema de referência.²² Em termos lógicos, o suplemento é um terceiro paradoxalmente incluído. E, em termos ontológicos, o suplemento é um valor transcendente presentificado na decisão: é um ser que está e não está ao mesmo tempo na decisão. É um valor transcendente que presentifica o ausente, operando aquilo que Derrida chama “cumplicidade metafísica”.²³ Poder-se-ia dizer também que o suplemento é uma simbolização do fundamento ausente no sistema de referência. É um símbolo que torna presente, na decisão, o fundamento que só pode ser encontrado mais além de si mesmo.

²² Cfe. DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. 2. ed. Trad. de Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 178, “[...] acrescentando-se ou substituindo-se, o suplemento é exterior, fora da positividade à qual se ajunta, estranho ao que, para ser por ele substituído, deve ser distinto dele. Diferentemente do *complémento*, afirmam os dicionários, o suplemento é uma ‘adição exterior’”. Veja-se também: DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 109-110: “Sem estar aí imediatamente presente, ela [a violência] aí está substituída (*vertreten*), representada pelo suplemento de um substituto. O esquecimento da violência originária se produz, se abriga e se estende nessa *différance*, no movimento que substitui a presença (a presença imediata da violência identificável como tal, em seus traços e em seu espírito), nessa representatividade *différentielle*.”

²³ Cfe. DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. 3. ed. de Trad. Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2002. p. 233.

Naturalmente, o nível de abstração dessa explicação é inusitado. Precisamente porque a lógica da decisão jurídica sempre foi pensada a partir do princípio lógico aristotélico do *Tertium non datur*, do terceiro excluído. E o que o suplemento realiza é exatamente uma afronta a esse princípio: o suplemento é um *tertium datur*, um terceiro paradoxalmente incluído, que força a observação a adotar uma postura pós-ontológica, diferencialista, conexionista. De qualquer modo, pode-se aproximar essa explicação abstrata a partir de uma ilustração concreta.

Por exemplo, para decidir sobre o despejo de uma senhora locatária com 80 anos de idade, que mora na praia do Leme, no Rio de Janeiro, a decisão jurídica pode considerar, como referência argumentativa, somente as regras do Direito Positivo. E as regras são claras: atrasou o pagamento do aluguel, cabe o despejo. Mas a decisão jurídica pode considerar os aspectos subjetivos da pessoa, como a idade da inquilina, que não tem previsão na Lei no Inquilinato ou no Código Civil. A consideração da idade é um recurso argumentativo exterior ao sistema de referência, um suplemento, portanto. Observa-se que se pode buscar no Estatuto do Idoso ou em princípios Constitucionais argumentos suplementares às regras da Lei do Inquilinato para decidir não ser juridicamente correto o despejo dessa inquilina imaginária, com base em argumentos suplementares, isto é, em valores lógicos exteriores ao sistema de referência.

Mas se pode, do mesmo modo, argumentar que essa decisão pelo não despejo da inquilina com 80 anos de idade abre um precedente perigoso, diante do qual o mercado imobiliário pode reagir encarecendo os preços para compensar os riscos da inadimplência, violando um dos objetivos do direito à habitação, que é o seu acesso mais generalizado possível. Nesse caso, utilizou-se um outro suplemento, que é a orientação às consequências econômicas da decisão. E poder-se-ia também utilizar outro suplemento argumentativo, baseado no custo social que um despejo dessa natureza provocaria.

Em todos esses casos ocorreu, na decisão ilustrativa, o estabelecimento argumentativo de referências a valores externos ao sistema de referência, para suplementar a ausência de fundamento da decisão com a introdução de justificações externas. O suplemento funciona, assim, como um “terceiro incluído”. Um terceiro valor que é introduzido e, portanto, passa a ser incluído ao mesmo tempo que continua sendo um terceiro alheio ao sistema de referência. Com referência ao princípio do *Tertium non datur* da lógica aristotélica, o suplemento é um *tertium datur*, um terceiro paradoxalmente incluído. Por isso que qualquer argumentação que busca fundamentar a decisão recorrendo a valores transcendentais ao Direito parece fazer com que esses valores pertençam ao Direito. A referência é externa, mas, uma vez incluída argumentativamente, ela passa a estar e não estar ao mesmo tempo no sistema de referência. Ou, em termos ontológicos: a referência é e não é ao mesmo tempo. Portanto, um paradoxo.

7 O caso especial do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor

Quando os paradigmas jurídicos começam a revelar suas insuficiências, surge também a necessidade de as decisões jurídicas buscarem suplementos argumentativos fora do sistema de referência. Quando os casos já não cabem mais nas estruturas de simplificação de cada matriz teórica, então a decisão tem que se autotranscender, tem que buscar suplementos argumentativos em outros lugares, em outros sistemas de referência exteriores ao *script* teórico do paradigma vigente. Mas, ao mesmo tempo, tem-se que garantir a coerência e a consistência das decisões. Não se pode argumentar qualquer coisa. Já que não há resposta fácil no positivismo jurídico, isso não pode significar que se possa decidir qualquer coisa.

Tendo essas exigências de coerência e consistência das decisões jurídicas, pode-se observar que, na práxis forense, as linhas de argumentação das decisões jurídicas sobre casos difíceis

de Direito Ambiental e Direito do Consumidor seguem, geralmente, referências suplementares baseadas na probabilidade de eventos futuros.

Trata-se de decisões, portanto, que têm como suplemento argumentativo a referência a prováveis acontecimentos futuros. A decisão introduz, como justificção de si mesma, a probabilidade de acontecimentos futuros. E posto que o futuro sempre ainda não aconteceu, esse tipo de suplemento argumentativo não é mais que uma dotação de realidade a um futuro imaginado, ausente, mas paradoxalmente tornado presente na decisão.

No campo do Direito Ambiental, esse padrão é facilmente observável. A referência ao direito das futuras gerações, por exemplo, utiliza uma ideia de futuro que ainda não existe – mas que tem probabilidade de existir –, a despeito de o Direito Civil dizer que só têm direitos subjetivos as pessoas que nasceram com vida. A mudança de perspectiva, como se vê, é radical. Enquanto tradicionalmente a decisão jurídica tem que estar baseada na norma preexistente ao fato e no fato preexistente à decisão, no Direito Ambiental a decisão jurídica pode basear sua justificção também na norma preexistente ao fato, mas pode basear-se inclusive em um juízo de probabilidade de fatos que só acontecerão no futuro. Com base nos princípios da precaução e da prevenção, torna-se muito clara a demonstração desse padrão de argumentação e decisão jurídica no Direito Ambiental: decide-se hoje um determinado comando normativo para evitar riscos e perigos futuros, que podem não acontecer mas que, exatamente por ser objeto da decisão, eles *devem* não acontecer. E, mesmo que não aconteçam, essa falta superveniente de fundamento não invalida a decisão. Pois a não ocorrência do acontecimento futuro que fundamentou a decisão jurídica é visto como um resultado da própria decisão, como um efeito causal imputado ao comando normativo.

Pode-se observar esse mesmo padrão também no âmbito do Direito do Consumidor. As exigências normativas de respeito à dignidade, saúde, segurança, interesse econômico e qualidade de

vida dos consumidores também abrem a decisão e as correspondentes linhas de argumentação jurídica para referências futuras. Basta que um produto ou um serviço apresente-se potencialmente perigoso ou nocivo aos consumidores: isso é suficiente para justificar a decisão de determinar a imediata retirada desse produto ou serviço do mercado de consumo. Quer dizer, ainda que um produto ou serviço perigoso não cause danos, o simples fato da probabilidade de danos futuros, que ainda não aconteceram, é suficiente para justificar a decisão. Tal como no Direito Ambiental, o futuro é introduzido na decisão jurídica como principal linha de argumentação. Diante da qual a questão clássica da subsunção fica como uma mera questão técnica.

Como isso é possível? Como é possível justificar a dotação de realidade a um futuro imaginado como provável? Como é possível que uma decisão jurídica assim justificada conquiste legitimidade? Já que no fundo, trata-se da dotação de realidade a um imaginário sobre o futuro que sempre pode acontecer de modo diferente?

A sofisticação desse tipo de decisão jurídica chama a atenção. Ela trabalha com um paradoxo que se considera muito importante a esse novo estilo de fundamentação típico dos novos direitos. Ao introduzir referências ao futuro da decisão, a decisão estabelece fundamentos baseados em acontecimentos que ainda não aconteceram e que *devem* não acontecer, que devem ser evitados ou no mínimo, mitigados em seus efeitos colaterais. Se, no futuro, não se verificar a ocorrência dos fatos que fundamentaram a decisão, a decisão não perde o fundamento. Pelo contrário! Pois o objetivo da decisão era proferir um comando normativo exatamente para evitar os acontecimentos que justificaram a decisão.

Assim a decisão conquista coerência e consistência sistemática, ainda que estabelecida com fundamento a acontecimentos futuros que ainda não ocorreram. Se o fato usado pela decisão para justificar-se a si mesma não ocorrer, não caberá ação rescisória. Precisamente porque sempre se poderá dizer: só não aconteceu por que a decisão decidiu de modo a evitar a sua

ocorrência. Embora se saiba que sempre poderá ser igualmente provável que a decisão pode não ter concorrido para o desencadeamento fático dos acontecimentos futuros. E mais: ao dotar de realidade um futuro imaginado como provável, essa dotação de realidade já se torna um fato presente, o qual já pode ser usado como se fosse real para novas referências sistêmicas.

E, ao lado dessa sofisticação argumentativa, as decisões no âmbito do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor também utilizam uma estratégia complementar, necessária para se compatibilizar com o sistema processual e com as garantias fundamentais do devido processo legal, qual seja, a utilização de informações a respeito do futuro produzidas pela comunicação da ciência, quer dizer, a utilização das perícias técnicas.²⁴ As perícias técnicas é que afirmam as probabilidades e improbabilidades fáticas a respeito do futuro. A decisão jurídica então toma essas afirmações como se fossem fatos provados, reais, de certo modo confundindo a diferença entre a realidade física da perícia e a imaginação que ela propõe como forma de observação do futuro. Pois uma coisa é o acontecimento real de uma perícia, outra é o acontecimento real daquilo que a perícia previu como provável de acontecer no futuro.

Precisamente essa sofisticação das linhas de argumentação do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor parece constituir o padrão que os torna diferentes, que os torna “novos direitos”. A introdução de referências ao futuro na justificação das decisões jurídicas abrem a decisão para valores lógicos que não existem no presente, e que são portanto suplementos de primeira linha. Valores lógicos exteriores ao sistema de referência que são, paradoxalmente, incluídos na decisão jurídica. E por isso, aqui, o clássico princípio aristotélico do *Tertium non datur* ganha a beleza e a complexidade do paradoxo: *tertium datur*, o terceiro paradoxalmente incluído no sistema de referência. Um

²⁴ Cf. ROCHA, Leonel Severo; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Perícias técnicas, decisões jurídicas e gestão em sistemas setoriais no contexto dos novos direitos. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 37, n. 101, p. 81-106, 2005.

terceiro que, ontologicamente, existe e não existe ao mesmo tempo no sistema de referência. Um terceiro que permite à decisão saltar sobre si mesma para buscar, no futuro que ainda não aconteceu, o acontecimento necessário para a sua própria realização.

8 Crítica aos suplementos das teorias da argumentação jurídica

Obviamente, essa complexa e sofisticada operação lógica de argumentação jurídica não é realizada de modo consciente nas decisões jurídicas. Isso porque o paradoxo não se deixa observar facilmente. Ele sempre fica invisibilizado por outros valores lógicos, por outros suplementos, que tornam a operação paradoxal inofensiva tanto do ponto de vista lógico quanto do ponto de vista ontológico.

As teorias da argumentação jurídica mais sofisticadas recomendam, normativamente, suplementos de segunda ordem. Quer-se agora classificar essas teorias – ao menos as mais conhecidas entre nós – segundo o tipo de suplemento de segunda ordem que cada uma delas recomenda para a justificação argumentativa de decisões jurídicas. E, apesar de ser possível observarem-se – como acima destacado – suplementos argumentativos relacionados à questão da validade do Direito em toda a história da teoria jurídica, quer-se concentrar a análise apenas nas teorias contemporâneas.

É importante, contudo, ter presente a existência de uma relação quase linear entre valor/símbolo de justificação argumentativa da decisão e valor/símbolo de validade do Direito. Isso porque os critérios históricos de validade do Direito correspondem, precisamente, aos critérios históricos de argumentação correta nas decisões jurídicas. Assim, à medida que o Jusnaturalismo tinha o fundamento de validade do Direito na ideia grega de perfeição da natureza ou na ideia cristã de vontade de Deus, também a argumentação jurídica correta era aquela que estabelecia referências a esses valores. Já no contexto do positivismo jurídico, para o qual o fundamento de validade

do Direito está na norma fundamental ou na vontade do povo, também o critério de correção da argumentação jurídica segue esses valores: a norma jurídica.

Contemporaneamente, contudo, podem ser encontradas propostas teóricas mais sofisticadas para as decisões jurídicas que já não se satisfazem mais com aquelas técnicas tradicionais de justificação. Aqui aparecem os suplementos de segunda ordem, quer dizer, os suplementos de suplementos, os suplementos que suplementam as ausências nos suplementos de primeira ordem: os suplementos que são necessários para suplementar a falta de justificação da decisão baseada apenas na norma jurídica. Por exemplo, quando o suplemento argumentativo da orientação às consequências coloca em discussão a própria realidade dessas consequências, idealizadas na decisão, surge a necessidade de novos suplementos, isto é, novos valores exteriores ao sistema de referência para assimetrizar a diferença simétrica – e por isso indecível – entre consequências reais e consequências imaginadas.

Uma categoria muito forte de suplementos de segunda ordem é aquela que recomenda referências à *moral* como limite da argumentação jurídica. Encontra-se essa referência nas teorias de Alexy,²⁵ Günther,²⁶ Dworkin²⁷ e Habermas das *Tunmer Lectures*²⁸ –, que posteriormente abandonou essa proposição ao ver que a moral não pode ser um critério de correção normativa acima do direito criado legitimamente.²⁹ Essas teorias entendem que, no limite da argumentação jurídica, deve-se recorrer a argumentos

²⁵ Cfe. ALEXY, Robert. *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*. Trad. de Massimo La Torre. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998; e _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

²⁶ Cfe. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação do direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

²⁷ Cfe. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2002; e _____. *Uma questão de princípios*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2001.

²⁸ Cfe. HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Trad. de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, s./d.

²⁹ Cfe. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 138. v. I.

morais: para Alexy e Günther, dentro das regras dos discursos práticos, e, para Dworkin, argumentos de princípio na práxis empírica dos tribunais, do qual se aproxima também, de certo modo, MacCormick (2006).

A moral funciona aqui como um suplemento de segunda ordem porque é exatamente quando não há mais justificações jurídicas suficientes à decisão que se deve recorrer a princípios morais. E logo se pode observar que a própria discussão moral também vai levantar novas necessidades de justificação – novos suplementos –, especialmente em face dos problemas do multiculturalismo da sociedade global.

Outra categoria bastante forte de suplementos de segunda ordem é aquela que segue a perspectiva da teoria discursiva do direito de Habermas.³⁰ Baseada em uma pragmática formal com pretensões de universalidade, Habermas utiliza distinções como significado/validade e faticidade/validade para constituir uma forma de produção de direito e decisões jurídicas passíveis de um controle democrático radical. Estabelecendo referências a pretensões de validade tanto à verdade epistêmica quanto à correção normativa e à sinceridade de quem profere um discurso, a teoria discursiva de Habermas coloca como suplemento um procedimento formal, deontologicamente neutro, segundo o qual a responsabilidade pela decisão se desloca das instituições estatais tradicionais, para todos os participantes da discussão pública. O resultado prático disso é a substituição daquela ideia tradicional de um decisor solipsista com presunção de acesso privilegiado à verdade e à correção normativa, por uma ideia de decisão conquistada a partir de uma discussão pública racional, em que todos os possíveis afetados pela decisão devem participar performativamente.³¹

³⁰ Cfe. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988; _____. *De l'éthique de la discussion*. Trad. de Mark Hunyadi. Paris: CERF, 1992. p. 19; e _____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

³¹ Para fins propedêuticos e uma discussão crítica dessa teoria, veja-se: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007.

Essa categoria de suplemento procedimental é formal. E exatamente por isso ela é difícil de ser criticada. Poder-se-ia dizer, como todos, que esses procedimentos são inexequíveis na prática. Mas o transcendentalismo fraco dessa perspectiva sempre poderá responder que é exatamente esse o motivo pelo qual esses procedimentos merecem ser juridicamente institucionalizados no âmbito do Estado Democrático de Direito. Quer dizer, o que só tem forma, só pode ser contestado a partir da experiência de outra forma melhor ou mais adequada aos ideais democráticos. Pois o conteúdo desse suplemento procedimental deve ser o resultado do consenso obtido pela força do melhor argumento.

Já a hermenêutica filosófica, face a sua profundidade intelectual, não pode ser vista como uma receita ou uma técnica de argumentação e de decisão jurídica dotada de suplementos recomendados normativamente. Até porque a própria ideia de suplemento, tomada de Derrida, tem muito da perspectiva hermenêutica aberta por Heidegger. À primeira vista, poder-se-ia apontar a referência às tradições autênticas – como diferença das tradições inautênticas –, como o suplemento de segunda ordem da hermenêutica. Mas essa diferença entre tradições autênticas e inautênticas não está simplesmente dada como um objeto passível de ser conhecido por um sujeito informívoro. A diferença é, ao mesmo tempo, constitutiva e constituinte da própria compreensão dessa diferença.³² De modo que a dinâmica lingüística entre o círculo hermenêutico e a fusão de horizontes³³ é condição de possibilidade da própria interpretação da norma jurídica que será realizada no âmbito da decisão. O suplemento, aqui, seria o sentido. Mas o que é o sentido senão um estado de potência que desde sempre carregamos em nossos modos de vida?³⁴

³² Cfe. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14. ed. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade de São Francisco, 2005. p. 68: “[...] da própria investigação resulta que o sentido metódico da descrição fenomenológica é interpretação.”

³³ Cfe. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 389-392.

³⁴ Cfe. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14. ed. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade de São Francisco, 2005. p. 208:

Por isso não nos parece adequado ver na hermenêutica filosófica um suplemento argumentativo. Antes disso, a hermenêutica permite entender exatamente como esses suplementos são definidos a partir de nossas pré-compreensões. Os suplementos argumentativos têm uma historicidade linguística, que é condição de possibilidade do próprio suplemento.

9 Considerações finais

Independentemente da teoria adotada ou do suplemento recomendado para uma boa argumentação jurídica na decisão, na prática uma boa argumentação é aquela que se orienta pela razão, evitando ao mesmo tempo os erros. Por isso, a negação do erro, por si, já constitui uma boa razão para bons argumentos. Adotado um esquema de observação que vem da matemática de Brown,³⁵ pode-se dizer que a argumentação permite a um observador traçar uma distinção entre argumentos corretos e argumentos errados – ou como Dworkin, argumentos de peso e argumentos sem peso. O problema é que o juízo de correção ou erro dos argumentos segue critérios de racionalidade na prática das decisões jurídicas. Para controlar os erros, aplica-se a lógica. E, para controlar a razão, aplica-se a razão mesma.

Aqui está então o paradoxo da argumentação jurídica: não há uma razão superior ou mais fundamental a partir da qual alguém poderia julgar se o argumento é racional ou não. O outro lado da razão só pode ser a “não razão”, que não tem sentido sem a razão. Razão é aquilo que a razão mesma diz que é razão, excluindo todo o resto, quer dizer, excluindo toda a não razão. A razão, portanto, é uma evidente autologia, porque só a razão é

“Sentido é a perspectiva em função da qual se estrutura o projeto pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia. É a partir dela que algo se torna compreensível como algo.” Veja-se também: GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 67, 392.

³⁵ Cfe. SPENCER-BROWN, George. *Laws of form*. New York: Dutton, 1979.

racional e é impensável um critério fora da razão para justificar a racionalidade do racional.

Diante desse paradoxo, as teorias da argumentação introduzem distinções para torná-lo inofensivo, invisível. A distinção entre boas e não muito boas razões cumpre então essa função de desdobramento do paradoxo da argumentação que se fundamenta a si mesma. Distinguindo as boas das fracas razões, a teoria da argumentação então cria os critérios para essa distinção. O paradoxo da argumentação, contudo, continua lá: os próprios critérios de distinção do que podem ser considerados bons argumentos e do que podem ser considerados argumentos fracos precisam ser fundamentados, quer dizer, precisam de argumentação. Logo se pode ver, portanto, que novamente aqui a argumentação sobre os critérios de uma boa argumentação buscam fundamento na razão.³⁶ Uma razão que se fundamenta a si mesma para uma argumentação que se argumenta a si mesma.

Há, pois, um padrão lógico de justificação das decisões jurídicas no campo do Direito Ambiental de do Direito do Consumidor? Se se parte das formas de distinção e dos suplementos recomendados normativamente pelas teorias da argumentação jurídica, a resposta a essa questão será negativa, pois cada teoria da argumentação induz a observação a constituir uma imagem da realidade sobre a qual se precisa decidir de um modo diferente. E, por esse motivo, não há como se definir um padrão normativo de justificação da decisão jurídica.

Mas, se se parte da análise sistêmica da operação de decisão, pode-se observar um padrão de justificação, que é a introdução de um valor lógico externo ao sistema de referência da decisão. Um “décimo segundo camelo”, para utilizar a alegoria de Malba Tahan,³⁷ no sentido da ilustração de Luhmann.³⁸ Mas essa

³⁶ Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Flipe Segura. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005. p. 407.

³⁷ TAHAN, Malba. *O homem que calculava*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009. p. 21-23.

³⁸ Cfe. LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Trad. de Dalmir Lopes

operação é estritamente formal, quer dizer, esse padrão de operação de decisão não informa o conteúdo da decisão. Apenas informa o padrão lógico utilizado.

Observa-se que, geralmente, nos casos difíceis de Direito Ambiental e de Direito do Consumidor, o conteúdo desse padrão formal de decisão está no estabelecimento de referências à probabilidade de acontecimentos futuros. A decisão introduz, por meio da argumentação jurídico, valores exteriores ao sistema de referência buscados no futuro e justificados no presente, com base nas perícias técnicas, de modo a compatibilizar as exigências de justificação da decisão jurídica com as garantias processuais. Mas o conteúdo da decisão ou um modelo técnico de resposta correta que a decisão deve decidir não é possível de ser construído. Pois, como observado, trata-se sempre de uma operação paradoxal que, exatamente por isso, exige criatividade. Exige um saltar sobre si mesma, uma autossuperação pela própria decisão que não pode ser controlada, senão apenas submetida à crítica.

Pode-se observar, portanto, um padrão lógico nas linhas de argumentação jurídica das decisões sobre casos difíceis em Direito Ambiental e Direito do Consumidor. Esse padrão lógico está no estabelecimento de referências comunicativas a acontecimentos futuros, que são introduzidos na decisão como justificações paradoxalmente presentes. Mas esse padrão é formal, não informa conteúdos, não é um padrão deontológico. E isso significa que não há como se definir o conteúdo desse elemento futuro. Certamente trata-se de riscos ou perigos, mas não é possível estabelecer um padrão prévio ou um modelo normativo de conteúdo.

As teorias da argumentação jurídica procuram estabelecer esses padrões normativos. Elas recomendam procedimentos para justificar de modo correto as decisões jurídicas. A prática da argumentação e das decisões jurídicas, no entanto, sempre garante

JUNIOR, Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-107.

a liberdade de observar o mesmo fato sob vários pontos de vista, sob várias perspectivas com referências sistêmicas diferentes e reciprocamente contingentes, que tornam exageradamente difícil a definição prévia de um modelo normativo de justificação de decisões.

Referências

ALEXI, Robert. *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*. Trad. de Massimo La Torre. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

BARONE, Francesco. *Il neopositivismo logico*. Roma: Laterza, 1986. t. 2.

DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. 3. ed. Trad. de Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2002.

_____. *Gramatologia*. 2. ed. Trad. de Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípios*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Trad. de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, s./d.

HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. Trad. Mark Hunyadi. Paris: Cerf, 1992.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

_____. *Direito e moral*. Trad. de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, s./d.

_____. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14. ed. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade de São Francisco, 2005.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 18. ed. Trad. de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 2003.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Trad. de Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

MAcCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. Trad. de Waldéa Barcelos. São Paulo: M. Fontes, 2006.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: M. Fontes, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: _____; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Anuário do Programa de Pós-*

Graduação em Direito: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

_____. Três Matrizes da Teoria Jurídica. In: _____. *Epistemologia jurídica e democracia.* São Leopoldo: Unisinos, 1998.

_____; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Perícias técnicas, decisões jurídicas e gestão em sistemas setoriais no contexto dos novos direitos. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 37, n. 101, p. 81-106, 2005.

SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema del diritto romano attuale.* Trad. de Vittorio Scialoja. Napoli; Roma; Milano: Torino Unione Tipografico, 1893. v. 5.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito ambiental e sustentabilidade.* Curitiba: Juruá, 2006.

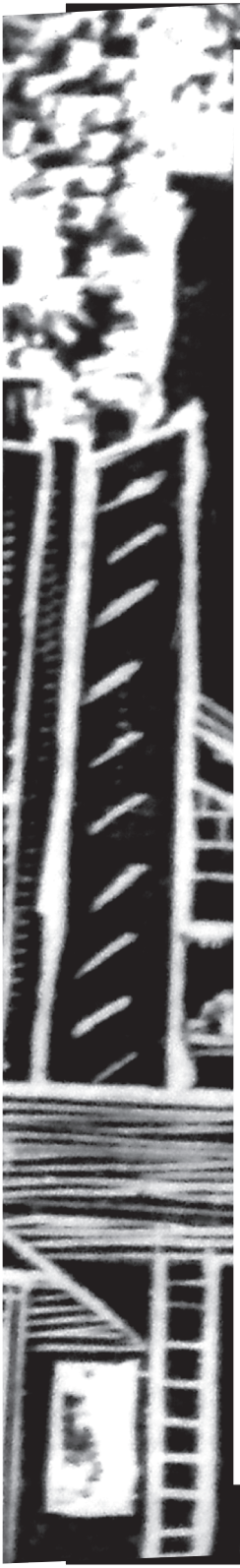
_____. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas.* Curitiba: Juruá, 2007.

SPENCER-BROWN, George. *Laws of form.* New York: Dutton, 1979.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAHAN, Malba. *O homem que calculava.* Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette.* Trad. de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Milano; Napoli; Palermo; Roma: Torino Unione Tipografico, 1902. v. 1.



Um sentimento de insatisfação persegue os pesquisadores da academia ao se depararem com questões humanas e suas vicissitudes, não sendo diferente para aqueles debruçados às relações de consumo. Nestas reside, de forma elástica, um universo próprio de temas, os quais se entrelaçam ao pensamento comum dominante de cada época e às suas costuras de crenças, cristalizadas nos preconceitos correntes. É dever do investigador científico escrutinar desses elementos sociais o relevante e enfrentar os fundamentais problemas, de modo a fazer surgir a voz destoante, a própria voz. Neste livro, os colaboradores, por meio dos seus artigos, lançaram-se em tal empreitada, para focar as relações de consumo em igualdade de atenção ao



ISBN 978-85-7061-559-6



9 788570 615596