

DIREITO AMBIENTAL

um transitar pelos direitos humanos e o processo

Marcia Andrea Bühring
Leonardo da Rocha de Souza
Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira
Organizadores



EDUCS

Direito ambiental: um transitar pelos direitos humanos e o processo

**Anais do XII Congresso Interdisciplinar do CCJU da
Universidade de Caxias do Sul – 2015**

Marcia Andrea Bühring
Leonardo da Rocha de Souza
Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira
organizadores



FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Presidente:

Ambrósio Luiz Bonalume

Vice-presidente:

Carlos Heinen

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Reitor:

Evaldo Antonio Kuiava

Vice-Reitor e Pró-Reitor de Inovação e

Desenvolvimento Tecnológico:

Odacir Deonísio Graciolli

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação:

José Carlos Köche

Pró-Reitor Acadêmico:

Marcelo Rossato

Diretor Administrativo:

Cesar Augusto Bernardi

Chefe de Gabinete:

Gelson Leonardo Rech

Coordenador da Educus:

Renato Henrichs

CONSELHO EDITORIAL DA EDUCUS

Adir Ubaldo Rech (UCS)

Asdrubal Falavigna (UCS)

Cesar Augusto Bernardi (UCS)

Jayme Paviani (UCS)

Luiz Carlos Bombassaro (UFRGS)

Márcia Maria Cappellano dos Santos (UCS)

Paulo César Nodari (UCS) – presidente

Tânia Maris de Azevedo (UCS)

Direito ambiental: um transitar pelos direitos humanos e o processo

Anais do XII Congresso Interdisciplinar do CCJU da Universidade de Caxias do Sul – 2015

organizadores

Marcia Andrea Bühring

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2013). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) (2002). Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí) (1999). Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí) (1996). Advogada. Professora no PPGD – Mestrado em Direito Ambiental na Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professora de Direito Constitucional e Ambiental, na Pontifícia Universidade Católica (PUCRS). Professora nas especializações da Escola Superior da Magistratura Federal do RS (Esmafe). Atuação em direito constitucional e ambiental.

Leonardo da Rocha de Souza

Pós-doutorando em Direito (UFRGS). Doutor e Mestre em Direito (UFRGS). Bacharel em Direito (Unisinus). Especialista em Ética e Filosofia Política (UCS). Diplomado pela Escola Superior da Magistratura (Ajuris). Procurador no Município de Caxias do Sul-RS. Professor na graduação e no mestrado em Direito, na Universidade de Caxias do Sul. Pesquisador no Grupo de Pesquisa CNPq "Cultura Política, Políticas Públicas e Sociais". Editor científico da revista *Juris Plenum Direito Administrativo* (Qualis B2). Principais áreas de atuação, pesquisa e docência: direito ambiental, direito administrativo, teoria do direito e direitos fundamentais, utilizando como linha condutora a democracia deliberativa de Jürgen Habermas.

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira

Doutor em Direito (2011) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), área de concentração Direito, Estado e Sociedade, com estágio Doutorado-Sandwich / Capes, na Universidade Lusitana (Porto/Portugal). Mestre em Direito (2005) pela UFSC, área de concentração Teoria e Filosofia do Direito. Bacharel em Direito (2002) pela UFSC. Professor Doutor Adjunto na Universidade de Caxias do Sul (UCS), atuando nos cursos de Graduação e Mestrado Acadêmico em Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito e Teoria Política, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Ambiental e Novos Direitos, Direitos Difusos, Ecologia Política, Filosofia Jurídica e Política.



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

C749 Congresso Interdisciplinar do CCJU da Universidade de Caxias do Sul
(12. : 2015 : Caxias do Sul, RS)

Direito ambiental [recurso eletrônico] : um transitar pelos direitos humanos e o processo : anais do XII Congresso Interdisciplinar do CCJU da Universidade de Caxias do Sul, 2015 / organizadores Marcia Andrea Bühring, Leonardo da Rocha de Souza, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira. – Caxias do Sul, RS : Educs, 2016.

Dados eletrônicos (1 arquivo).

Apresenta bibliografia.

Modo de acesso: World Wide Web.

ISBN 978-85-7061-803-0

1. Direito ambiental - Congressos. 2. Direitos humanos. I. Título. II. Bühring, Marcia Andrea. III. Souza, Leonardo da Rocha de. IV. Silveira, Clóvis Eduardo Malinverni da.

CDU 2. ed. : 349.6(062.552)

Índice para o catálogo sistemático:

- | | |
|-----------------------------------|----------------|
| 1. Direito ambiental - Congressos | 349.6(062.552) |
| 2. Direitos humanos | 342.7 |

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Roberta da Silva Freitas – CRB 10/1730



EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – Bairro Petrópolis – 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

Home Page: www.ucs.br – E-mail: educs@ucs.br

Sumário

Apresentação	9
---------------------------	----------

1 GTs – Grupos de trabalho

I – DIREITOS HUMANOS

1 Direito à cidade e direitos humanos: construir a proteção através do planejamento urbano participativo.....	10
George Niclaides de Moraes Pires Sandrine Araujo Santos	
2 O direito a não discriminação do trabalhador por motivo de deficiência.....	21
Amanda Cereza Zanatta Fernanda Maria Francischini Schmitz	
3 O direito humano à liberdade religiosa: a garantia constitucional brasileira	32
Patricia Noll Grazielle Pellizzari Meggiolaro	
4 Uma teoria de justiça para os Direitos Humanos: reconhecimento e redistribuição em Fraser e Honneth	42
César Augusto Cichelero Eduardo Brandão Nunes	
5 Direitos sociais: O que são?.....	52
Marcia Andrea Bühring Maria Eugênia Londero Deggeroni	
6 Formação do orçamento público e realização dos Direitos Humanos: aspectos sociojurídicos.....	65
Leonardo da Rocha de Souza	

II – PROCESSO CIVIL

7 A ação popular como instrumento legal da cidadania ecológica.....	84
Moisés João Rech Renan Zenato Tronco Wolmer Rogério da Cunha Nunes	
8 A legitimidade na proteção do ambiente por meio da ação civil pública: jurisprudência e perspectivas	95
Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira Bianca Amoretti Fachinelli Larissa Wegner César	

- 9 Das crises do estado à crise jurisdicional: um olhar sobre a judicialização de políticas públicas104**
Nelson Gularte Ramos Neto
- 10 Bacia Hidrográfica do Barracão e o Princípio da Precaução: uma análise do julgamento proferido na Ação Civil Pública 00722.00064/2012 de tutela de proteção ambiental da bacia hidrográfica de abastecimento de água em Bento Gonçalves118**
Magda Cobalchini
Adir Rech

III – DIREITO AMBIENTAL

- 11 A aplicabilidade do princípio do desenvolvimento sustentável através do ecoturismo133**
Moisés João Rech
Renan Zenato Tronco
Wolmer Rogério Da Cunha Nunes
- 12 Abuso de direito e função social na proteção ambiental em face do risco ecológico139**
Larissa Wegner Cezar
Sandrine Araújo Santos
Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira
- 13 A jurisdição administrativa e a defesa do ambiente perante o procedimento de licenciamento ambiental150**
Thaís Alves da Silveira
Jamile Brunie Biehl
Karina Borges Rigo
- 14 A superação do paradigma processual individualista para a relativização da coisa julgada na tutela do bem ambiental160**
Augusto Antônio Fontanive Leal
Grayce Kelly Bioen
- 15 Democracia, participação popular e controle social na proteção do meio ambiente169**
Luciano Marcos Paes
- 16 Desenvolvimento sustentável: histórico, conceito e a banalização da expressão181**
Bianca Amoretti Fachinelli
- 17 Mediação: uma alternativa legal para a participação da comunidade na construção de cidades resilientes.....192**
Susanna Schwantes

18	O âmbito de proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à luz do dano ambiental	202
	Nelson Gularte Ramos Neto	
19	Participação popular ambiental: breve teorização acerca dos recursos Hídricos	213
	Paulo Roberto Polesso	
20	Prevenção e precaução frente a riscos e perigos da sociedade Contemporânea	225
	Patricia Noll Gabrielle Trombini	
21	(In)segurança alimentar à luz da Lei n. 11.105/2005: a necessária tutela do bem ambiental.....	236
	Marcia Andrea Bühring Querli Polo Suzin	

2 Palestrantes

1	Leneamentos nas obrigações de dar ou entregar, de fazer e não fazer	246
	Arnaldo Rizzardo	
2	O <i>habeas corpus</i>: garantia contra o risco de constrangimento ilegal	271
	Lúcio Santoro de Constantino	

Apresentação

A presente obra é resultado dos trabalhos apresentados no XII CONGRESSO INTERDISCIPLINAR DO CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, realizado pelo Centro de Ciências Jurídicas (CCJU) da Universidade de Caxias do Sul (UCS), nos dias 22 a 24 de outubro de 2015, na Cidade Universitária da Universidade de Caxias do Sul – UCS, nestes três Eixos Temáticos: I – Direitos Humanos; II – Processo Civil e III – Direito Ambiental.

Atualmente, o caráter interdisciplinar impera, visto que o direito ambiental, por meio do Mestrado em Direito Ambiental e Sociedade da Universidade de Caxias do Sul (UCS), em conjunto com a Graduação em Direito, por meio do CCJU, viabilizou esse encontro, resultando na apresentação de trabalhos, nesse importante evento, e sua publicização por meio de *Ebook*.

Estes trabalhos foram apresentados por alunos da graduação, especialização, mestrado, doutorado, solidificando ainda mais o caráter interdisciplinar com as temáticas apresentadas, vinculando as três grandes áreas, dentro das duas Linhas de Pesquisa do Mestrado: “Direito Ambiental e Novos Direitos” e “Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico”, solidificando os quatro Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq): 1 – Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente, Líder: Adir Ubaldino Rech; 2 – Ambiente, Estado e Jurisdição – ALFAJUS, Líder: Jeferson Dytz Marin; 3 – Metamorfose Jurídica, Líder: Agostinho Oli Koppe Pereira; 4 – Cultura Política, Políticas Públicas e Sociais, Líder: Mara de Oliveira.

Nesse sentido, agradecemos a todos os que colaboraram, expuseram, palestraram, assistiram ou coordenaram os trabalhos, pois teceram importantes reflexões e contribuições sobre os temas.

Os organizadores.

1 GTs – Grupos de trabalho

I – DIREITOS HUMANOS

1

Direito à cidade e direitos humanos: construir a proteção através do planejamento urbano participativo

George Niclaides de Moraes Pires* – Sandrine Araujo Santos**

Resumo: Iniciou-se o presente trabalho observando a evolução dos novos direitos, nos quais se insere o Direito à Cidade, em consonância com um tema sempre atual no cenário brasileiro e mundial, qual seja, os direitos humanos. Tomando por base o contexto brasileiro, as cidades, hoje, ainda refletem a desigualdade na ocupação do espaço urbano, no acesso a bens comuns e serviços públicos, bem como no acesso ao meio ambiente sadio e equilibrado, situação esta que, somada a outras vulnerabilidades, pode ferir a qualidade de vida dos cidadãos, sua dignidade, portanto, direitos humanos. Pretende-se, assim, submeter à análise a possibilidade de uma mitigação dessa desigualdade, através da efetivação dos preceitos contidos na Lei 10.257, de 10 de Julho de 2001, no que se refere à participação popular no planejamento urbano, ou seja, uma gestão democrática do espaço em prol do desenvolvimento igualitário. **Palavras-chave:** Direito à Cidade. Direitos Humanos. Planejamento Urbano Participativo.

1 Introdução

No presente artigo pretende-se demonstrar brevemente, destacando-se dentre os novos direitos, o avanço do direito à cidade. Neste contexto, quer-se ressaltar como o Direito à Cidade se desenvolveu a partir de um caráter privatista, em que a cidade é vista como uma mercadoria. Vista desta forma, sua disponibilização com qualidade é condicionada à classe e condição social do seu habitante.

Partindo da concepção da cidade como bem comum, tem-se que o acesso a locais seguros, a infraestrutura de qualidade, as condições ambientais equilibradas, devem ser igualitários, permitindo seu alcance a todos os cidadãos que nela habitam.

Todavia, o que se vislumbra nas cidades, no contexto brasileiro, é a desigualdade, resultado de um déficit habitacional, da ausência de um planejamento urbano adequado, entre outros fatores, nos quais à grande parte da população é imposta a árdua tarefa de habitar em áreas de risco, em precárias condições, com saneamento básico ausente ou

* Mestrando em Direito – Área de Concentração: Direito Ambiental e Sociedade. Universidade de Caxias do Sul – UCS, Caxias do Sul/RS. Possui Especialização em Direito Administrativo pela Universidade de Caxias do Sul – UCS, Caxias do Sul/RS. Policial Militar.

** Mestranda em Direito – Área de Concentração: Direito Ambiental e Sociedade, da Universidade de Caxias do Sul – UCS, Caxias do Sul/RS. Bolsista Capes. Advogada.

inadequado, gerando efeitos que atingem diretamente a dignidade humana, contribuindo para o quadro de violação dos direitos humanos.

O método utilizado é o analítico-dedutivo, em que se verificará, através de dados bibliográficos e documentais, a eficácia do presente trabalho.

Pretende-se, assim, analisar a viabilidade de mitigação dessas desigualdades, a partir de um planejamento urbano adequado, que contemple solucionar as deficiências da cidade real, bem como prevenir que estas venham a ocorrer nas situações futuras. Além disso, quer-se responder a: Um melhor alcance de resultados para este planejamento urbano e a proteção dos direitos humanos, passa pelos termos da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, efetivando uma gestão democrática do espaço urbano, com igualdade de condições e oportunidades de acesso ao bem comum?

2 O direito urbanístico e o bem comum

As cidades são fruto da necessidade do ser humano em interagir entre si. A partir desse aglomerado de pessoas e bens é que se insurge a necessidade de um ramo do Direito que toma a feição de regular os interesses da comunidade como um ente coletivo.

Já reconhecido como ramo do Direito Público, ao Direito Urbanístico incumbe a tarefa de fornecer instrumentos hábeis à prática de uma política ambientalista, culminando no Direito à Cidade. Ainda assim, travam-se discussões sobre a autonomia do Direito Urbanístico. Não há dúvida que a problemática contemporânea que permeia o tema torna nítida a força do Direito Urbanístico, o qual preenche os requisitos de possuir um conjunto sistêmico de princípios e regras que lhe garantem a autonomia contestada, o que inclusive permite sua diferenciação dos demais ramos do Direito.¹

Prova disso é a consignação de muitos preceitos na Lei 10.257, de 2001,² o Estatuto da Cidade. Tal diploma se alicerça de princípios, consigna conceitos típicos da urbe, e ainda prevê alguns instrumentos, a fim de beneficiar exclusivamente o desenvolvimento urbano.

O Direito Urbanístico se constitui de um emaranhado de normas, sendo elas gerais (onde a União é competente para legislar) – Estatuto da Cidade, por exemplo; normas hierarquicamente inferiores, que possuem a finalidade de suplementação ou regulação de atos da lei maior (de competência dos Estados), e as leis de competência municipal,

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 760.

² BRASIL. *Lei 10.257*, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

que nos moldes das normas estaduais visam suplementar ou facilitar a aplicação das normas gerais.³

Explanar sobre Direito Urbanístico, sem fazer apontamentos relacionados ao meio ambiente, não teria sentido. Primeiramente, o indivíduo deve se destituir e abandonar a visão até então romântica de meio ambiente, relacionando-o somente ao verde, à natureza. Deve, sim, é imaginar que contemporaneamente a ação humana tem alcançado espaços inimagináveis.

Mesmo assim, o privatismo e o individualismo predominam e ainda apresentam óbices quando se levanta a “bandeira” do meio ambiente. O que aqui se pretende tratar é a existência de um meio ambiente artificial, oriundo das relações sociais em comunidade, alvo do Direito Urbanístico.

No decorrer dos últimos trinta anos, foram disponibilizados ao ordenamento jurídico brasileiro uma série de diplomas relacionados ao Direito Urbanístico, em todas as esferas. Decorrente da necessidade de planejamento urbano desses espaços, que cresciam desenfreadamente, massacrados pelo aumento demográfico absurdo das últimas décadas, algumas dessas leis passaram a ser debatidas veementemente.

Considerando que o Direito Urbanístico está umbilicalmente ligado aos interesses das cidades, sendo verdadeiramente o bem comum o objetivo, e que há necessidade de reconhecimento desta como um todo, através de um coletivo reconhecido juridicamente, Pilati retrata como se deve fazer a quebra do paradigma moderno:

A ruptura com o paradigma moderno: propriedade/indivíduo e direitos reais – para incluir a dimensão coletiva, redimensiona o exercício e a tutela dos direitos. Em primeiro lugar porque as propriedades coletivas são, essencialmente, propriedades especiais procedimentais; em contraposição à propriedade privada individual, exercida ao alvedrio de um indivíduo, *erga omnes* e nos vazios da lei, elas são exercidas pela via de procedimentos democráticos de inclusão. Em segundo lugar, porque elas rompem com a estratégia da modernidade de cooptar o novo com o público/estatal do paradigma individualista, autocrático e excludente.⁴

Atualmente, o que se busca é a intervenção do Poder Público em favor de um bem maior. A consideração de um direito à cidade como um direito coletivo, decorre da desfragmentação desses direitos, antes tratados separadamente. A qualidade de vida do ser humano decorre de uma cidade sustentável, o que obriga o atendimento do direito à cidade e do meio ambiente como sendo um só. Não haveria nexos na busca de uma cidade que melhor atendesse um ou outro direito separadamente.

³ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 44.

⁴ PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 159.

Tem por prioridade, o Direito Urbanístico, a coordenação e o planejamento das cidades, intervindo através do Estado em diversas áreas relacionadas às cidades. Em voga e nitidamente fundamental também é a sua função primordial: a proteção ambiental, que perante o Direito Urbanístico também pode ser compreendida como o direito fundamental, a dignidade da pessoa humana.

Uma das principais missões do Direito Urbanístico contemporaneamente é a reconfiguração ou retomada dos verdadeiros conceitos de bem comum. Ou melhor, é desfazer os conceitos e relativizar as ideias de propriedade que o Direito Moderno procurou consagrar. A ideia de privilegiar o interesse privado em detrimento do público já não é mais bem vista, tanto pelo ponto de vista legal como pelo ponto de vista moral.

É do Poder Público a incumbência de promover políticas públicas e projetos que objetivem a regularização e organização do aglomerado urbano. Também se demonstra que os atos relacionados ao urbano são, via de regra, de controle exclusivo do Poder Público. Consequente a essas duas afirmações, presume-se que a aplicação das políticas relacionadas ao meio ambiente urbano decorrem única e exclusivamente desse Poder, o qual é nitidamente manchado de interesses particulares e incentivado por interesses econômicos da globalização moderna.

Referindo-se aos bens comuns e em busca de atendimento eficaz do interesse público, Silveira cita que “com o gradual desmantelamento do controle público sobre a riqueza comum, o dito interesse público é fragmentado, reduzido a um conjunto de direitos privados individuais”.⁵

É direito fundamental reconhecido pela Constituição Federal de 1988⁶ o direito à cidade. Oriundos da Constituição Federal insurgem, assim, direitos relacionados à habitação, ao meio ambiente, saneamento básico, à infraestrutura e saúde. Todavia, reflexo do contexto histórico de que é decorrente, esses direitos sofreram interferência do caráter privatista, em que a particularização dos pensamentos em prol do direito individual, do atendimento às ânsias próprias, acarretaram perdas ou falta de reconhecimento de um bem maior, ou seja, em detrimento de direitos da coletividade.

Por exemplo, a prática do atual modelo de economia utilizado pela sociedade permite compará-la a uma condição idêntica ao mercado. Poderíamos determinar a sociedade, enquanto cidade, como sendo o próprio mercado. A triste lógica de tudo isso é a mercantilização do espaço urbano e comercialização dos bens comuns.⁷

⁵ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014. p. 158.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁷ RICOVERI, Giovanna. *Bens comuns versus mercadorias*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2012. p. 61-67.

A pós-modernidade procura, em suma, em relação às cidades, desfazer o caráter mercantil imposto pela especulação imobiliária. Foi permitido pelo ordenamento jurídico até então, seguido de políticas públicas neste sentido, fazer do meio urbano um grande mercado. Vê-se a divisão espaçotemporal entre classes sociais, deixando nítida a segregação das classes mais pobres em relação às mais abastadas.

A necessidade de desfragmentar esses direitos que são tratados até então de maneira individual, acarretará necessariamente na personalização de um ente coletivo, o qual estará legitimado a pleitear o direito à cidade como um todo, como um feixe de direitos. É a necessidade de retomar o Direito Urbanístico como um todo, como retrato do bem comum, objetivando maior qualidade de vida para o habitante daquele espaço.

Ou seja, é a partir dessa afirmação que o Direito Urbanístico ressurge como um mecanismo ou instrumento de aplicação também de uma política ambientalista. Como referido anteriormente, uma política desvinculada do romantismo, que sugere o verde como bem ambiental. É o atendimento das necessidades do ser humano em relação à urbe, que deve ser idealizado como de uma “Cidade Sustentável”.

3 Dos direitos humanos no contexto das cidades

A proteção dos direitos humanos, embora já antes presente no cenário internacional, ganhou força normativa após a Segunda Guerra Mundial, em especial com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com a consagração da dignidade humana e das liberdades fundamentais. A proteção desses direitos configurou-se também como uma reação contra o predomínio elitista responsável pela opressão daqueles desprovidos de bens, para os quais o Estado não destinava proteção.

Diante da relevância de se compreender seu conceito, destacam-se as palavras de Santos, ao dizer:

Considero um entendimento convencional dos direitos humanos como tendo as seguintes características: os direitos são universalmente válidos independentemente do contexto social, político e cultural em que operam e dos diferentes regimes de direitos humanos existentes em diferentes regiões do mundo; partem de uma concepção de natureza humana como sendo individual, autossustentada e qualitativamente diferente da natureza não humana. [...].⁸

Firmando-se a partir da Declaração Universal acima citada, a temática dos direitos humanos passou a permear as discussões acerca dos conflitos mais relevantes envolvendo o desenvolvimento da humanidade, que, ao longo dos anos, ganhou o adjetivo *sustentável*, destacando-se entre os objetivos a erradicação da pobreza, defesa

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013. p. 54.

da igualdade, promoção da justiça e da paz, preservação dos recursos naturais para as presentes e futuras gerações, entre outros, nos quais o direito à cidade desponta na sociedade contemporânea.

Com a Constituição Federal de 1988 e, mais tarde, com a Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, os olhares direcionaram-se também ao Direito à Cidade, destacando-se, em ambos, a abertura para a participação popular na tomada de decisões.

Os debates, porém, ganharam força com a introdução da Carta Mundial pelo Direito à Cidade, que ampliou o foco para a necessidade de tutela dos direitos humanos no espaço urbano, servindo de diretriz para o planejamento urbano, visando o interesse da coletividade.

A relação entre os Direitos Humanos e o planejamento urbano tem especial relevância. Isso porque, com o crescente aumento populacional das cidades, a desigualdade passa a ser uma constante, mediante ocupação de subúrbios, habitações improvisadas em péssimas condições, espaços com infraestrutura precária, sem saneamento básico, situações que afetam diretamente a dignidade humana. Desta forma, o planejamento urbano torna-se ferramenta essencial na diminuição destas desigualdades sociais, de acesso aos bens e recursos de direito da coletividade e de cumprimento da função social das cidades. Planejar o espaço urbano para diminuir desigualdades; garantir o acesso aos bens e serviços, e evitar ocupações irregulares deve ser um guia para a gestão democrática da cidade sustentável.

A Declaração Universal, em seu art. 1º, afirma “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”⁹ Pelo teor do referido artigo, observa-se a defesa dos ideais de liberdade, igualdade e dignidade, que deveriam resguardar a vida de todos os cidadãos brasileiros, uma vez que o Brasil é signatário da Declaração.

Porém, em contraponto a isto, embora decorridos quase quinze anos do Estatuto da Cidade, observa-se, no território brasileiro, que a segregação urbana e ambiental traduz-se como um dos exemplos mais nítidos da desigualdade quanto ao acesso a serviços e à infraestrutura.¹⁰

Os direitos humanos, via de regra, são relacionados a direitos individuais dos cidadãos. Todavia, o que se pretende aqui observar é justamente que a segregação do espaço urbano, igualmente, atinge os Direitos Humanos inerentes à moradia, ao

⁹ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

¹⁰ MARICATO, Ermínia. Metrópole, legislação e desigualdade. *Estudos avançados*, v. 17, n. 48, p. 152, 2003. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9928>> Acesso em: 30 set. 2015.

saneamento básico, entre outros, ou seja, quer-se alargar a concepção no sentido de abarcar a preocupação tanto com o Direito à Cidade, quanto ao Direito do Meio Ambiente; convergem na proteção dos Direitos Humanos.

A desigualdade na ocupação do espaço urbano acaba sendo assim tanto uma afronta aos direitos humanos quanto uma ameaça à proteção ambiental, pois a ausência de espaços adequados a custo acessível, o déficit habitacional e a especulação imobiliária impõem a muitos cidadãos a ocupação de áreas inadequadas para habitação e convívio. Neste sentido, Maricato,

É nas áreas rejeitadas pelo mercado imobiliário privado e nas áreas públicas, situadas em regiões desvalorizadas, que a população trabalhadora pobre vai se instalar: beira de córregos, encostas dos morros, terrenos sujeitos a enchentes ou outros tipos de riscos, regiões poluídas, ou... áreas de proteção ambiental (onde a vigência de legislação de proteção e ausência de fiscalização definem a desvalorização).¹¹

Neste contexto, parece que proteção ambiental e proteção dos direitos humanos se fortalecem, como esclarece Klaus Bosselmann: “Até certo ponto, a preocupação com a proteção dos direitos humanos e a preocupação com a proteção do meio ambiente se reforçam reciprocamente. Tanto os direitos humanos, quanto a legislação ambiental são necessários para proporcionar melhores condições de vida para os seres humanos”.¹²

Proporcionar melhores condições de vida às populações, mitigando desigualdades sociais, culturais e econômicas, é hoje um dos grandes desafios da proteção dos Direitos Humanos, que não se dissocia do desenvolvimento sustentável, ainda mais ao se considerar as projeções da Carta Mundial pelo Direito à Cidade de que, no ano de 2050, a taxa de urbanização no mundo chegará a 65%.¹³

Visando a sustentabilidade das cidades e igualmente a proteção dos direitos humanos, a Carta Mundial pelo Direito à Cidade preconiza, em seu art. 1º, o direito à cidade a todo e qualquer cidadão, sem qualquer discriminação. Estabelece ainda que,

[...] 2. O Direito à Cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia e justiça social; é um direito que confere legitimidade à ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente e inclui os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais Inclui também o direito à liberdade de

¹¹ Ibidem, p. 154.

¹² BOSSELMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 75.

¹³ *Carta Mundial do Direito à Cidade*. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2015.

reunião e organização, o respeito às minorias e à pluralidade étnica, racial, sexual e cultural; o respeito aos imigrantes e a garantia da preservação e herança histórica e cultural.¹⁴

Sem a observância destes princípios, se as previsões acima se concretizarem e sem um planejamento urbano adequado, corre-se o risco de que a maioria da população continue sendo destinada a assentamentos em condições desumanas. Antecipando-se ao caos, o que se quer é justamente adequar as cidades para que ofereçam moradias dignas, com acesso aos serviços públicos de saúde, transporte e educação em todas as localidades, com políticas públicas inclusivas, capazes de mitigar as desigualdades, através de um planejamento urbano democrático e participativo.

4 Do planejamento urbano participativo

A legislação caminha para um aprimoramento da participação. Pode-se citar, novamente, a Lei 10.257, de 2001,¹⁵ o Estatuto da Cidade, que através da implantação da obrigatoriedade de confecção de Planos Diretores Municipais, privilegiou e contemplou o acesso democrático dos munícipes às decisões do Poder Público sobre as cidades. Referida lei estabelece que os Planos Diretores serão os instrumentos-base de planejamento da cidade quanto ao uso e à ocupação do solo, gestão dos recursos naturais e ao cumprimento da função social da propriedade urbana; e estabelecer-se-ão a partir da construção participativa dos diversos atores sociais, estabelecendo regras para adequar a cidade real e planejar novos espaços, em prol da proteção dos direitos humanos, em especial dos mais vulneráveis.

O Direito Constitucional mais recente se aproveitou dos anseios da Teoria Pós-Moderna do Direito,¹⁶ o qual permitiu que uma parcela do poder do Estado fosse transmitida à sociedade, independentemente da esfera de poder. Ainda neste sentido, a segunda parte do artigo primeiro da Carta Republicana implicou o rompimento do paradigma da representação política utilizado até então.¹⁷ Ou seja, até então podia-se definir que somente o Estado era detentor desse poder de decisão, inserindo os ditames urbanísticos na sociedade. A grande vitória da pós-modernidade foi rever conceitos que foram desvirtuados com o decorrer da História, ensejando a necessidade de utilização dos mesmos com a sua verdadeira essência.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ BRASIL. *Lei 10.257*, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

¹⁶ PILATI, op. cit., p. 15.

¹⁷ SILVEIRA, op. cit., p. 11.

Não se pode negar o fato de que possibilitar ao particular que participe das decisões do Poder Público, enquanto detentor do direito fundamental de soberania popular, obviamente afetará as relações de poder, principalmente as econômicas, pois causará desvio no percurso natural do desenvolvimento atual, fixado em critérios econômicos e individuais.¹⁸

Reafirmando a participação, a Carta Mundial acima citada prevê, em seu art. 3º, no rumo da Lei 10.257/2001, que as cidades devem resguardar espaços institucionalizados para a “participação ampla, direta, equitativa e democrática dos cidadãos” nas etapas do planejamento urbano, contemplando elaboração, aprovação, gestão e avaliação de políticas e orçamentos, enfim, nas diversas etapas que contemplem o planejar do desenvolvimento urbano.¹⁹ Segue corroborando a Lei 10.257/2001, em especial, na previsão constante do inciso II, do art. 2º, ao estabelecer a gestão democrática da população na formulação, aprovação e execução de planos, programas e projetos em prol do desenvolvimento urbano, como diretriz da política urbana.

Observa-se assim, que, para a consecução da proteção dos direitos humanos, no âmbito do Direito à Cidade, tanto o Estatuto da Cidade, quanto a Carta Mundial se edificam sobre o princípio da participação. Isso porque,

a cidade é uma construção coletiva, com múltiplos atores e processos. Deve ficar garantido o controle e a participação de todas as pessoas que moram na cidade, através de formas diretas e representativas no planejamento e governo das cidades, privilegiando o fortalecimento e a autonomia das administrações públicas locais e das organizações populares.²⁰

Para Klaus Bosselmann, no que se refere aos direitos ambientais procedimentais, o envolvimento da sociedade na tomada de decisões parece fortalecer as preocupações com a sustentabilidade ecológica.²¹ Ao se imaginar a participação popular como ferramenta de encaixe às necessidades humanas básicas e proteção dos direitos humanos essenciais, é possível se estabelecer uma cultura de proteção dos recursos naturais, que ficava relegada a segundo plano, configurando uma relação de mútua proteção.

Assim, vê-se que aproximação dos cidadãos na construção de decisões que “envolvem o planejamento e a gestão de bens coletivos – a cidade, por exemplo, mediante a gestão municipal democrática”, pode se configurar em importante

¹⁸ Idem, p.11.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Direito Humano à Cidade Plataforma Desca 2010. Disponível em: <<http://www.mobilizacuritiba.org.br/files/2014/01/Cartilha-Direito-%C3%A0-Cidade-Plataforma-Dhesca.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2015.

²¹ BOSSELMANN, op. cit., p. 80.

ferramenta tanto nesta gestão quanto na proteção dos direitos humanos e proteção dos bens ambientais.²²

5 Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 permitiu fazer-se um *link* entre os conceitos de relação interdisciplinar entre o direito urbanístico e o meio ambiente, obrigando o Poder Público a criar políticas públicas específicas em relação à urbe. A constante crise da democracia representativa trouxe à tona instrumentos poucos utilizados pelo cidadão. Os mecanismos de participação tornaram-se de conhecimento da população; o pleito para ter sua vontade realmente atendida passou a ser explícito através dos movimentos sociais.

Em face da dignidade da pessoa humana, e assim pela proteção dos direitos humanos, é que se pleiteia um melhor planejamento urbano, com vistas à manutenção do bem comum ambiental. Ao contrário do que se detinha no privatismo das condutas humanas, já não é mais permitido tratar os conceitos de Direito Urbanístico e de Direito ambiental separadamente.

A visão dos direitos às cidades como um todo passou a ser um objetivo. A desfragmentação dos direitos até então vistos de forma individual também é plausível. A coletivização de direitos, como realidade, dá-se em vista das catástrofes já anunciadas, oriundas do descontrole da humanidade decorrente do seu excesso de individualismo.

Assim, tem-se, na construção de um planejamento urbano participativo, uma abertura para os cidadãos pleitearem decisões e políticas públicas que desaguem no acesso igualitário do espaço urbano por todos os cidadãos, afastando-se a ocupação de locais precários, de risco e deficiente de serviços públicos, mitigando assim desigualdades e, por conseguinte, a violação de recursos humanos e o agravamento da degradação ambiental. A gestão democrática participativa do espaço urbano, a proteção dos direitos humanos e dos bens ambientais confluem na configuração de uma cidade sustentável a todos os cidadãos.

²² SILVEIRA, Karine Grassi Malinverni da. *O regime legal das audiências públicas na gestão democrática urbana: análise crítica da legislação com aporte do banco de experiências dos planos diretores participativos do sul do Brasil*. 2015. 185 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

Referências

BOSELTMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

BRASIL. *Lei 10.257*, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em 30 set. 2015.

BRASIL. Ministério das Cidades. *O Estatuto da Cidade Comentado*. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/PlanelamentoUrbano/EstatutoComentado_Portugues.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.

CARTA MUNDIAL DO DIREITO À CIDADE. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

DIREITO HUMANO À CIDADE. *Plataforma Desca 2010*. Disponível em: <<http://www.mobilizacuritiba.org.br/files/2014/01/Cartilha-Direito-%C3%A0-Cidade-Plataforma-Dhesca.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RICOVERI, Giovanna. *Bens comuns vs. mercadorias*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos Processos Coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014.

SILVEIRA, Karine Grassi Malinverni da. *O regime legal das audiências públicas na gestão democrática urbana: análise crítica da legislação com aporte do banco de experiências dos planos diretores participativos do sul do Brasil*. 2015. 185 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

O direito a não discriminação do trabalhador por motivo de deficiência

Amanda Cereza Zanatta* – Fernanda Maria Francischini Schmitz**

Resumo: A proposta deste artigo é verificar as normas que visam garantir o direito ao trabalho de pessoas com deficiência, coibindo qualquer tipo de discriminação neste sentido, tanto na maneira de contratação como na forma de pagamento dessas pessoas. Verifica-se, em especial, quem são as pessoas abrangidas legalmente pela norma, quais os conceitos de pessoa deficiente, deficiência permanente e incapacidade, para que assim, o indivíduo consiga buscar auxílio na norma adequada ao seu caso. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 foi um marco na conquista dos direitos das pessoas com deficiência, por ter o objetivo de construir uma sociedade que respeite e assegure o exercício dos direitos sociais e individuais, coibindo então qualquer forma de violação dos direitos humanos fundamentais, violação do direito ao trabalho. Após a nossa Constituição Cidadã, diversas outras leis específicas foram formuladas, como a importante Lei de Cotas que informa a porcentagem reservada para que empresas contratem pessoas com deficiência, e também prevê a aplicação de multa para as que não alcançarem o percentual exigido. Por vezes, vê-se, também, que as normas garantidoras de direitos a pessoas com deficiência apresentam-se como assistencialistas, facilitando certa acomodação dessas pessoas ao entrarem no mercado de trabalho. Para tanto foram utilizados doutrinadores que se dedicam a escrever sobre o tema, como Paulo Ricardo Ross, Maria Aparecida Gugel, Andrea Schwarz e Jaques Haber.

Palavras-chave: Deficiência. Direito do Trabalho. Discriminação. Trabalhador.

1 Introdução

O objetivo deste artigo é analisar as previsões legais que garantam o direito ao trabalho de pessoas com deficiência, em igualdade de direitos com os demais trabalhadores; demonstrar que há proibição legal em relação à discriminação em critérios de admissão e pagamento de trabalhadores com deficiência, em relação aos demais.

O marco dos direitos das pessoas com deficiência aconteceu com o advento da Constituição Federal de 1988, inclusiva e garantidora dos direitos individuais, mantendo uma sociedade justa e livre de preconceito. Após, diversas leis passaram a garantir esses direitos, como a promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sob o Decreto 6.949/2009.

A violação do direito ao trabalho de pessoas com deficiência configura-se violação dos direitos individuais e violação dos Direitos Humanos fundamentais; por isso, há a previsão de percentuais reservados a essas pessoas tanto em vagas de concurso público quanto em vagas em empresas privadas, visando assim uma minimização da exclusão social sofrida por essas pessoas, durante tantos anos de história.

* Aluna da Graduação em Direito UCS – Nufar.

** Mestre em Direito pela UFPR. Graduada pela UCS – Caxias do Sul. Advogada. Professora. Diretora do Centro de Ciências Jurídicas de Caxias do Sul (CCJU).

A conceituação de deficiência é necessária para identificar quem é abrangido pela norma específica, demonstrando os direitos do trabalhador deficiente e até previsões de multas a empresas que os desrespeitem. Há entendimento dos tribunais, no sentido de que a violação da dignidade humana do trabalhador deficiente enseja o pagamento de danos morais, e a dispensa injustificada poderá ocasionar sua reintegração.

2 A humanização pelo trabalho

O homem humaniza-se através do trabalho, visto que as potencialidades não nascem prontas no indivíduo. A sociedade em conjunto deve contribuir para desenvolver e aprimorar intelectualmente os seus cidadãos. É assim o entendimento de Ross: as limitações se produzem socialmente, em um contexto de interesses que acabam por não priorizar a inclusão e a humanização de segmentos humanos historicamente excluídos.¹

Para Marx,² o trabalho tem um caráter “naturalmente humano e humanamente natural”. Conforme cita Ross,³ todo homem é um trabalhador em potencial, o trabalho é atividade vital do homem. É através do trabalho que o homem transforma produtos em capacidades e necessidades suas para superar os recursos naturais, produzindo sua existência material e humanizando-se.

O trabalho torna o homem mais forte e “[...] antes de revelar limitações de uma pessoa portadora de deficiência e de convertê-las em limitações eternas e inerentes à pessoa dessa condição tornando-a inútil, contraditoriamente, permite sua superação”.⁴

Ross entende que o grau de necessidade e capacidade humana é determinado no modo como o homem produz sua existência, ou seja, as formas específicas de trabalho é que determinam historicamente um tipo de homem. E que é, então, através das relações sociais que se ampliam as capacidades individuais, pois ninguém se humaniza voluntariamente, ninguém supera suas limitações com espontaneísmo. As potencialidades do indivíduo não nascem prontas, são desenvolvidas com o meio social.

Quando se fala em capacidade e potencialidade do indivíduo, Vygotsky⁵ entende que não basta conhecer a idade mental de uma criança, mas o que ela pode fazer quando ajudada por uma pessoa competente. Ross afirma que as limitações relativas à

¹ BIANCHETTI, Lucídio; FREIRE, Ida Maria (Org.). *Um olhar sobre a diferença: interação, trabalho e cidadania*. 11. ed. São Paulo: Papyrus, 2010. p. 83.

² Marx apud BIANCHETTI, Lucídio; FREIRE, Ida Maria (Org.). *Um olhar sobre a diferença: interação, trabalho e cidadania*. 11. ed. São Paulo: Papyrus, 2010. p. 77.

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ Vygotsky apud BIANCHETTI, Lucídio; FREIRE, Ida Maria (Org.). *Um olhar sobre a diferença: interação, trabalho e cidadania*. 11. ed. São Paulo: Papyrus, 2010. p. 78-79.

comunicação com o mundo social dos portadores de uma distinção biológico-físico-sensorial não são decorrentes de uma incapacidade inata, mas apenas de uma potencialidade não desenvolvida por uma carência de recursos educativos.

Para o homem lidar com um defeito físico ou condição biológica distinta, é imprescindível que o trabalho educativo, dotado de disciplina e método, desenvolva outras funções e habilidades que possibilitem a esse homem realizar atividades na mesma condição e qualidade exigidas socialmente dos demais indivíduos.⁶

Como o homem não nasce com suas potencialidades desenvolvidas, será conjuntamente com os demais indivíduos que desenvolverá suas habilidades e, através do trabalho, a pessoa com deficiência se tornará mais forte e poderá superar-se como indivíduo.

3 A deficiência e seu conceito

A pessoa com deficiência tem diminuídas suas faculdades físicas ou mentais, e por isso a possibilidade de adquirir ou se manter em um emprego se torna restrita. A Convenção 159 da Organização Internacional do Trabalho e o Decreto 5.926 do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência dispõem sobre o conceito de pessoa deficiente e algumas especificidades como a diferenciação entre deficiência permanente e incapacidade.

A definição de “pessoa com deficiência” para a Organização Internacional do Trabalho (OIT) já leva isso em conta: “É o indivíduo cujas perspectivas de obter emprego apropriado, reassumi-lo, mantê-lo e nele progredir são substancialmente reduzidas em virtude de deficiência física, auditiva, visual, intelectual ou múltipla, devidamente reconhecida, agravadas pelas dificuldades locais de inclusão no mundo do trabalho”, conforme consta do capítulo Definições do livro *Gestão de Questões Relativas a Deficiência no Local de Trabalho* (OIT, 2004).⁷

A Convenção 159/1983 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que foi ratificada pelo Brasil com o Decreto 129/1991, dispõe sobre reabilitação e emprego de pessoas com deficiência, e em seu art. 1º tem-se o significado de pessoa com deficiência:

Entende-se por “pessoa deficiente” todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.

⁶ Ibidem, p. 79-80.

⁷ Ibidem, p. 40.

Complementando o conceito de deficiência, tem-se o que dispõe o Decreto 5.926/04 do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (Conade):

Art. 3º. Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I – deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II – deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III – incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem estar e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

O conceito de pessoa deficiente é importante para demonstrar quem serão as pessoas abrangidas pela legislação específica, como no caso das cotas para trabalhar em empresas, percentual para conseguir vagas em cargos públicos, a possibilidade de ser contratado como aprendiz, sem o limite de idade que é de 24 anos, entre outras previsões legais.

4 A discriminação conforme entendimento dos tribunais

A discriminação é uma conduta preconceituosa que ofende o direito individual e causa lesão potencial a todos os empregados, que possam passar por aquela situação no futuro. Ela pode se dar de forma direta, que acontece quando o tratamento desigual está proibido pela legislação; ou de forma indireta, que tem aparência de igualdade, todavia cria situação de desigualdade.

O art. 2º da CDPD contém algumas definições importantes, como as referentes à comunicação e discriminação por motivo de deficiência, que são indispensáveis para as relações de trabalho e emprego, pois permitem reconhecer se a pessoa com deficiência pode gozar plenamente de todos os direitos humanos de todas as liberdades fundamentais.

Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.⁸

⁸ Ibidem, p. 413.

O elemento da adaptação razoável presente na CDPD é importante para a concepção de discriminação por motivo de deficiência e está diretamente relacionado à acessibilidade.⁹ Assim, se o empresário nega fazer a adaptação razoável na empresa, ajustes necessários que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, está cometendo discriminação por motivo de deficiência.

Isso demonstra que o objetivo da norma internacional é assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, e que a discriminação uma vez perpetrada configura violação direta à dignidade e aos valores inerentes da pessoa.¹⁰

Há jurisprudência nesse mesmo sentido:

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. PESSOA COM DEFICIÊNCIA OU REABILITADO. Restando incontroverso que a empresa autora não cumpria a cota prevista no art. 93 da lei nº 8.213/91 e que ainda **discriminava tais trabalhadores quando da seleção**, restam irretocáveis as punições administrativas impostas pela fiscalização do trabalho. A posterior adequação da conduta não tem por condão anular multa pretérita. Recurso ordinário da União a que se dá provimento. (PROCESSO nº 0020323-06.2013.5.04.0205, TRT 4ª Região, 13/08/2015).

Assim, a empresa que não cumprir a cota de contratação de deficientes prevista em lei, discriminando-os nos critérios de seleção, será punida administrativamente, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e o Ministério Público do Trabalho (MPT), agindo separadamente, têm legitimidade para fiscalizar e aplicar as multas devidas às empresas irregulares.

VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR. DISCRIMINAÇÃO POR SER DEFICIENTE FÍSICO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CARÁTER PEDAGÓGICO. A discriminação ao deficiente físico no emprego é preconceito que fere o princípio de igualdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal e que deve ser erradicada, eliminada, combatida, ficando sempre garantido ao trabalhador o pleno exercício da cidadania. Esta discriminação gera dano moral, que deve ser indenizado, e cujo montante deve buscar mais que a reparação imediata do ofendido, através de seu caráter educativo, coibir a repetição de práticas discriminatórias e violadoras da dignidade da pessoa humana do trabalhador. (PROCESSO nº 1109008220085050009, TRT 5ª Região, 16/03/2010).

Discriminar a pessoa com deficiência no ambiente do trabalho demonstra violação da dignidade humana do trabalhador, ensejando a indenização por dano moral, ferindo o princípio da igualdade, que tanto preza a nossa Constituição Cidadã. Além do mais, como demonstra a jurisprudência acima, essa restituição a título de danos morais tem

⁹ Ibidem, p. 414.

¹⁰ Idem.

caráter educativo, a fim de coibir repetição de atos discriminatórios a trabalhadores com deficiência.

EMPREGADA COM DEFICIÊNCIA FÍSICA. ADAPTAÇÃO DO AMBIENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR.

O aproveitamento da força de trabalho do empregado com deficiência física, através do regime de cotas instituído pelo art. 93 da Lei 8.213/91, não se esgota com a mera inserção do trabalhador na empresa, exigindo que o empregador garanta a viabilidade da execução dos serviços contratados, o que inclui fornecer meios de acesso e mobilidade para o trabalhador e a adaptação do local de trabalho, sob o ponto de vista ergonômico, às condições da deficiência física. **Logo, a adequação do meio ambiente de trabalho é dever da empresa que contrata empregados com deficiência física.** A tutela legal em questão visa a tornar viável a inserção desse trabalhador no mercado de trabalho e a sua inclusão social, impedindo atos discriminatórios que decorram das limitações físicas do portador de deficiência. Nesse ponto, o art. 93 da Lei n.º 8.213/91, ao estabelecer as cotas a serem observadas pelas empresas que possuam cem ou mais empregados, preenchidas por beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência, habilitadas, e prevendo a contratação de empregado substituto portador de condição semelhante, cria um critério para a dispensa desses empregados, impondo nítida restrição ao poder potestativo de rescisão do empregador, pois exige que, antes de ser concretizada a dispensa do empregado reabilitado ou com deficiência, outro trabalhador, em condição semelhante, seja contratado para ocupar o mesmo cargo do dispensado. **DISPENSA DO EMPREGADO COM DEFICIÊNCIA FÍSICA.** A rescisão do contrato de trabalho do empregado com deficiência descumpre o objeto da lei se a substituição do trabalhador é feita sem considerar uma equiparação entre as necessidades especiais do empregado dispensado e daquele que assumirá o posto de trabalho. Sob essa óptica é que deve ser interpretada “a contratação de substituto de condição semelhante” prevista no artigo 93, § 1º, da Lei nº 8.213/91. (PROCESSO nº 00779201206903000 0000779-16.2012.5.03.0069, TRT 3ª Região, 03/06/2014).

É dever do empregador contratar trabalhadores com deficiência e seguir o percentual disposto na Lei de Cotas, o que não o exime da responsabilidade de adaptar o ambiente de trabalho, a fim de viabilizar o desenvolvimento do potencial do trabalhador. A não adaptação do ambiente de trabalho, a dispensa do trabalhador com deficiência e a não contratação de pessoa em condição semelhante para ocupar o seu lugar caracteriza discriminação por motivo de deficiência, motivando indenização ao trabalhador.

DISPENSA IMOTIVADA – EMPREGADO DEFICIENTE – INOBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 93, § 1º, DA LEI N. 8.213 /91 – REINTEGRAÇÃO.

Em sintonia com o avanço do princípio da igualdade, passando de uma defesa passiva contra as discriminações para uma ação afirmativa visando à promoção de oportunidades, surgiram diversos documentos legislativos no Brasil favorecendo as pessoas com deficiência. Dentre eles, o artigo 93 da Lei n.º 8.213 /91, ao estabelecer a obrigação das empresas que contam com 100 ou mais empregados de reservar em seus quadros funcionais um percentual mínimo para fins de admissão de trabalhadores deficientes (ou beneficiários reabilitados), conforme o número de empregados na empresa. O § 1º do referido dispositivo ainda determina que a dispensa sem justa causa do empregado deficiente somente pode ser efetivada se atendidos cumulativamente dois requisitos: 1. se o empregador contar com o número de empregados reabilitados ou deficientes habilitados pelo menos no limite

do piso estabelecido; 2. admissão prévia de outro empregado em condição semelhante. Trata-se de modalidade de estabilidade provisória sem prazo certo, que limita o exercício do direito potestativo do empregador referente à dispensa, decorrente de seu poder diretivo. Assim sendo, na hipótese de não restarem preenchidos tais requisitos, o empregado deficiente dispensando imotivadamente faz jus à reintegração ao emprego. (PROCESSO nº 01925201100803003 0001925-18.2011.5.03.0008, TRT 3ª Região, 18/12/2012).

O entendimento dos tribunais é no sentido de que o empregador responsável pela contratação de trabalhadores com deficiência é também responsável pela adaptação do meio ambiente do trabalho, a fim de viabilizar o desenvolvimento do potencial do trabalhador, e se não o fizer, revela motivos discriminatórios. Em caso de o empregador dispensá-lo sem contratar outro trabalhador em condição semelhante, é pacífico o entendimento de que deverá indenizar o ofendido ou reintegrá-lo no emprego.

5 A garantia legal para o trabalhador com deficiência

O trabalhador com deficiência, sem as leis de proteção, tem suas chances reduzidas no momento de obter ou se manter em um emprego. A Constituição Federal de 1988 felizmente é inclusiva, abrindo margem para diversas outras leis específicas tratarem sobre o tema, assim contribuindo para a construção de uma almejada sociedade destinada a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

A legislação brasileira é bem abrangente quando se fala em direito do trabalho visando à inclusão de pessoas com deficiência, porém algumas leis são paternalistas, e isso acabou favorecendo a acomodação das pessoas com deficiência que recebem benefícios da Assistência Social e relutam ingressar no mercado de trabalho.¹¹

Há países como Estados Unidos, Alemanha, França, Itália, Panamá, Nicarágua, dentre tantos outros, que tutelam sobre o direito dessas pessoas há cerca de 50 anos. Conforme demonstram Schwarz e Haber, o Brasil está avançando aos poucos nesse processo de conscientização, a fim de valorizar a diversidade humana para que a sociedade evolua como uma Nação Inclusiva.

No Brasil, a reserva de postos de trabalho em setores públicos e privados está prevista em diversos dispositivos desde a Constituição Federal de 1988; porém, a sua aplicabilidade e aplicação do Ministério do Trabalho e Emprego só teve início após o Decreto 3.298 de 1999, trazendo a definição de quem será beneficiado por essa lei.¹²

Schwarz e Haber demonstraram as leis que garantem o direito ao trabalho das pessoas com deficiência por ordem cronológica:

¹¹ SCHWARZ, Andrea; HABER, Jaques. *Cotas: como vencer os desafios da contratação de pessoas com deficiência*. São Paulo: i.Social, 2009. p. 40.

¹² *Ibidem*, p. 48.

Primeiramente a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37 dispõe:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VIII – A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

A Constituição Federal de 1988 modificou o tratamento da pessoa com deficiência, dando importância à inclusão social. Já no Preâmbulo demonstra que o propósito é construir um Estado Democrático fraterno, pluralista e sem preconceitos, assegurada a igualdade como fundamento de alicerce da sociedade brasileira. No art. 1º, III, tem-se o valor da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, e no art. 3º e incisos tem-se os objetivos da República Federativa do Brasil, como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Determina ainda em seu art. 4º, II, a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios a reger as relações internacionais. E o art. 5º, *caput* e § 1º, assegura o princípio da igualdade como o valor mais alto dos direitos fundamentais, e funciona como regra-mestra de toda hermenêutica constitucional e infraconstitucional.¹³

A não discriminação por motivo de deficiência especificamente também encontra amparo na Constituição Federal, em seu art. 7º, XXXI: “Proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.”

Posteriormente, a Lei 7.853, de 1989, dispõe sobre política nacional para integração da pessoa com deficiência:

Art. 2, parágrafo único, III-d: “Ao Poder Público e seus órgãos cabem assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.”

III – Na área da formação profissional e do trabalho: “Adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho em favor das pessoas portadoras de deficiência nas entidades da Administração Pública e do setor privado e regulamente a organização de oficinas congêneres integrados ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência.”

A Lei de Cotas 8.213, de 1991, em seu art. 93, estabelece o percentual de contratação reservado para pessoas com deficiência ou para pessoas que sofreram algum

¹³ CAVALCANTI, Wanderley et al. (Coord.). *Direitos da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 310.

tipo de acidente de trabalho. Essa obrigação de reservar essas vagas vale para empresas com, no mínimo, cem funcionários e as cotas variam de acordo com o número total de empregados contratados:

I – de cem a 200 empregados: 2%.

II – de 201 a 500: 3%.

III – de 501 a 1.000: 4%.

IV – de 1.001 em diante: 5%.

O Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e o Ministério Público do Trabalho (MPT) fiscalizam a contratação de pessoas com deficiência, e a Lei de Cotas em seu art. 133 prevê multa a serem aplicadas a empresas que não cumpram o percentual exigido.

O Decreto 3.298, de 1999, regulamentou a Lei 7.853/89, permitindo assim a aplicabilidade das políticas de integração, definindo quem são as pessoas enquadradas como “portadoras de deficiência”.

Se interpretar o reconhecimento desses direitos com a garantia de respeito e visando o princípio da igualdade de oportunidades na sociedade, estarão ocasionando a inclusão de pessoas com deficiência, respeitando suas peculiaridades, em todas as políticas públicas sociais.¹⁴

O Decreto 5.296/2004 regulamentou duas leis federais, a Lei 10.048 e 10.098 ambas do ano 2000, a primeira dá prioridade ao atendimento de pessoas com deficiência e mobilidade reduzida, e a segunda estabelece normas para promover a acessibilidade. O que trouxe importantes modificações, com relação às pessoas com deficiência abrangidas pelo sistema de cotas, as mais importantes são as redefinições de deficiência visual, auditiva e física, incluindo o nanismo em uma legislação.¹⁵

Com a redefinição dos tipos de deficiência, a Lei de Cotas buscou incluir pessoas com deficiências consideradas mais severas, porque até então a maioria das pessoas incluídas nessa Lei possuía deficiências leves. A partir do Decreto 5.296/2004, pessoas cegas de um olho, ou surdas de um ouvido, por exemplo, não são mais contempladas pela cota.¹⁶

A cota é calculada pelo número total de funcionários da empresa, mesmo que ela tenha sede em vários estados do Brasil, poderá se quiser contratar o percentual de pessoas deficientes em uma única sede da empresa, o importante é alcançar o percentual de lei.

Nota-se que parte das pessoas com deficiência que estão no contingente considerado para preencher essas vagas não teve equiparação de oportunidade no decorrer de

¹⁴ SCHWARZ, Andrea; HABER, Jaques. *Cotas: como vencer os desafios da contratação de pessoas com deficiência*. São Paulo: i.Social, 2009. p. 52.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Ibidem, p. 53.

suas vidas, faltando atendimento de reabilitação, concessão de órteses e próteses ou mesmo acesso aos serviços de capacitação e reabilitação profissional.¹⁷

Para Maior e Oliveira,¹⁸ o governo federal é um grande incentivador da inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho, com a Agenda Social de Inclusão lançada em 2007, e encontra amparo na Lei 11.180, de 2005, inserindo o § 5º do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), prevendo a não existência de limite de idade para pessoas com deficiência. O empregador pode efetuar aprendizagem com essas pessoas, mesmo que o limite de idade para aprendiz seja de 24 anos. O empregador deve respeitar o limite percentual de 5 a 15% para contratação de aprendizes.

Gugel¹⁹ menciona a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), Decreto 6.949, de 2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em Nova Iorque, no ano de 2007. Em seu art. 1º tem-se o objetivo da norma e mais um conceito de pessoa com deficiência:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

A legislação brasileira se preocupou não só com a inclusão de pessoas com deficiência no ambiente de trabalho, mas também com a não ocorrência de discriminação nesse meio, principalmente no tocante ao modo de admissão e ao pagamento de salários a essas pessoas, com previsão legal na Constituição Federal de 1988.

6 Considerações finais

Após a análise da legislação e o estudo dos doutrinados sobre o direito do trabalho e a não discriminação de pessoas com deficiência, pode-se perceber quanto o direito evoluiu com a necessidade de inclusão dessas pessoas no meio do trabalho e que seria necessária a tutela do Estado, a fim de garantir a não violação da liberdade individual, da dignidade da pessoa humana.

¹⁷ Izabel de Loureiro Maior e Lilia Novais de Oliveira apud SCHWARZ, Andrea; HABER, Jaques. *Cotas: como vencer os desafios da contratação de pessoas com deficiência*. São Paulo: i.Social, 2009. p. 61-62.

¹⁸ Idem.

¹⁹ FERRAZ, Carolina Valença. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 412.

A evolução do direito, com a formulação de novas leis advindas após a Constituição Federal de 1988, foi de fato importante, como a Lei de Cotas, que reserva um percentual destinada à contratação de pessoas com deficiência.

Apesar das leis garantidoras de direitos aos deficientes serem paternalistas e assistencialistas e por vezes causar a inércia dessas pessoas a entrarem no mercado de trabalho, algumas medidas, como a multa prevista para empresas que não cumpram o percentual reservado a contratação de pessoas deficientes, a contratação de deficientes como aprendizes sem o limite de idade, incentivam a inclusão dessas pessoas no ambiente de trabalho.

Referências

BIANCHETTI, Lucídio; FREIRE, Ida Maria (Org.). *Um olhar sobre a diferença: interação, trabalho e cidadania*. 11. ed. São Paulo: Papirus, 2010. Disponível em: <<http://ucs.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/8530805151/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

CAVALCANTI, Wanderley et al. (Coord.). *Direitos da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência*. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522486021/pages/107301024>>. Acesso em: 2 out. 2015.

CONVENÇÃO sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, Decreto 6.949 de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei 5452/43.

FERRAZ, Carolina Valença. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502170322/pages/78788846>>. Acesso em: 2 out. 2015.

MINISTÉRIO do Trabalho. Disponível em: <http://www2.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao/default.asp>. Acesso em: 3 out. 2015.

OIT. *Convenção 159*. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/505>>. Acesso em: 15 set. 2015.

SCHWARZ, Andrea; HABER, Jaques. *Cotas: como vencer os desafios da contratação de pessoas com deficiência*. São Paulo: i.Social, 2009.

O direito humano à liberdade religiosa: a garantia constitucional brasileira

Grazielle Pellizzari Meggiolaro* - Patrícia Noll**

Resumo: Trata o presente artigo do estudo acerca da liberdade religiosa como garantia inserida pela Constituição Federal de 1988, a qual assegura a todo cidadão o direito à livre escolha de crença, a exteriorização da fé; o respeito e a igualdade de tratamento a todas as religiões que tenham como lema os bons costumes, a promoção do bem-estar social e, também, a não infração de norma legal. Com o intuito de ter essa garantia, como um dos direitos fundamentais elencados no art. 5º, precisou o País separar-se de toda e qualquer interferência religiosa, caracterizando sua laicidade e, assim, cumprir um dos requisitos para formar um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o Brasil apresentou-se como defensor da liberdade religiosa, trazendo grande avanço na seara dos direitos humanos e demonstrando a necessidade da proteção ampla e eficaz deste direito constitucional.

Palavras-chave: Direito constitucional. Liberdade religiosa. Direitos Humanos.

1 Introdução

Anteriormente à garantia da liberdade religiosa assegurada na Constituição Federal de 1988, a religiosidade, apesar de sempre existente na cultura do homem, era reservada ao íntimo da pessoa, pois era imposta uma única e aceitável religião como verdadeira.

Tal uniformidade trouxe grandes prejuízos a toda sociedade, conforme observa-se através dos dados históricos como, por exemplo, o Tribunal da Inquisição, as Cruzadas, as evangelizações forçadas, dentre outras atitudes, que tinham como objetivo eliminar determinados indivíduos que não aceitassem a fé imposta.

Com o objetivo da construção de uma sociedade fraterna, justa e pluralista, é que o Brasil tomou posicionamento favorável à democracia assegurando a liberdade de religião e a esta incluiu-se a liberdade da livre manifestação de culto religioso e que este culto fosse realizado em seu próprio templo, disposição singular até então. A exteriorização do direito de escolha a um culto, foi possível com a garantia constitucional efetivada pela Constituição Brasileira de 1988, Carta Constitucional que efetivou o direito humano à liberdade religiosa no Brasil.

2 A liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988

* Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – RS.

** Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – RS. Professora na Graduação e Pós-Graduação da Universidade de Caxias do Sul (UCS) e da Pós-Graduação da Escola Superior da Magistratura Federal (Esmafe). Advogada.

O Brasil sempre manteve uma estreita relação com uma religião oficial, conforme pode ser observado no texto da primeira Constituição Política do Império do Brasil,¹ de 25 de março de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, que estabeleceu a Religião Católica como religião oficial, permitindo apenas que as outras religiões tivessem seu culto doméstico, mas não poderia haver forma alguma exterior de templo. Assim, dispunha a legislação do Império:

Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.

Todavia, após a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, o cenário brasileiro, no tocante à liberdade religiosa, começa a modificar-se. Em 7 de janeiro de 1890, é estabelecido pelo Decreto 119-A que o Brasil é um estado laico, o que é reafirmado na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 24 de fevereiro de 1891, a qual tinha como finalidade a organização de um regime livre e democrático. A Constituição de 1891 estabeleceu o direito de culto externo a todas as religiões.²

Por conta do novo ideal republicano, como afirma Silva,³ não havia mais como viver com as restrições à liberdade religiosa: “A República principiou estabelecendo a liberdade religiosa com a separação da Igreja do Estado. Isso se deu antes da constitucionalização do novo regime, com o Decreto 119-A, de 1890, da lavra de Ruy Barbosa, expedido pelo governo provisório.”

Após esta legislação constitucional, as constituições posteriores ratificaram a liberdade religiosa, garantindo a todos os indivíduos, sem discriminação, a liberdade de manifestação de crença religiosa, bem como a permissibilidade da livre associação dos cultos religiosos, de acordo com o atual artigo 5º da Constituição Federal vigente:⁴

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias;

[...]

¹ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil de 1824*. (Grafia original).

² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 244.

⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília.

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Da leitura do disposto em lei, extrai-se que todo ser humano tem o direito de aderir a qualquer crença religiosa, como também o direito de recusar qualquer uma, bem como o de criar sua própria. Nesse passo, para os doutrinadores a palavra *religião* tem diversos significados, anota-se o posicionamento de Moraes:

[...] sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual.⁵

Mais do que definir a palavra religião é necessário desmembrá-la em toda a sua origem para que a interpretação desta garantia seja plena. Dessa forma, Nalini⁶ cita Pontes de Miranda mencionando que esta liberdade religiosa está garantida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e compreende a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa. Contudo, ressalta que, na liberdade de crença, há também a liberdade de não crer: “O descrente também tem liberdade de consciência e pode pedir que se tutele juridicamente tal direito.”

De acordo com Bobbio, com a adoção do modelo de separação entre Igreja e Estado, o Brasil se dirigiu a uma condição de país laico, ou seja, não confessional; significando que mantém uma postura de indiferença frente às diversas religiões que podem constituir livremente sua igreja:

[...] ao tratar do Estado máximo e mínimo, na esfera religiosa, aparecem as figuras do Estado confessional e do Estado laico. Estado confessional é aquele que assume uma determinada religião como religião do Estado e preocupa-se com o comportamento religioso de seus membros, e com esse propósito lhes controla os atos externos, as opiniões, os escritos, impedindo qualquer manifestação de dissenso e perseguindo os dissidentes. Já o Estado laico seria a mais larga expressão da liberdade religiosa.⁷

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 41.

⁶ NALINI, José Roberto. Liberdade religiosa na experiência brasileira. In: SORIANO, Aldir Guedes; MAZZUOLI, Valerio Oliveira (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum: 2009. p. 46.

⁷ BOBBIO, Norberto apud SABAINI, Wallace Tesch. *Estado e religião: uma análise à luz do direito fundamental à liberdade de religião no Brasil*. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2010. p. 80.

Conforme se denota, com a liberdade de crença se tem a liberdade de escolha da religião, isto é, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, ou o direito/liberdade de mudar de religião, compreendendo ainda a liberdade de não aderir à religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. Todavia, não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros. Silva conceitua a liberdade de culto:

[...] a religião não é apenas sentimento sagrado puro. [...] sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida. Na síntese de Pontes de Miranda: “Compreendem-se na liberdade de culto a de orar e a de praticar os atos próprios das manifestações exteriores em casa ou em público, bem como a de recebimento de contribuições para isso.”⁸

Assegurado o livre exercício de cultos religiosos, a proteção aos locais de cultos e a liturgia, própria através do art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, o jurista finaliza seu entendimento definindo o que é liberdade de organização religiosa: “Diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado”.⁹

Partindo do pressuposto do direito, da garantia das liberdades até agora mencionadas (consciência, crença religiosa e convicção filosófica) deriva o direito individual de escusa de consciência, ou seja, o direito de recusar a prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas do interessado, conforme pode ser observado em leitura do art. 5º, VIII, da Constituição Federal atual, o qual menciona que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, o que deve ser preservado e garantido pelo Estado Democrático de Direito.

3 Tolerância e limites como forma de assegurar a liberdade religiosa de todos os cidadãos

Não é suficiente que os cidadãos tenham a liberdade de professar sua fé, é necessária uma postura do Estado que proporcione condições que permitam às pessoas de praticar sua crença, porque se assim não for, não há liberdade de religião e letra morta e se configura o art. 5º, incisos VI e VIII da Carta Magna.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 248.

⁹ SILVA, op. cit., p. 250.

Neste diapasão, entra-se em dois temas de grande relevância e repercussão tanto no Brasil quanto no mundo, da tolerância religiosa e dos limites que precisam ser impostos para que a sociedade possa ser ordenada, a fim de que os indivíduos, praticantes e não praticantes de fé, possam viver pacificamente.

Inexiste liberdade religiosa se o cidadão não puder manter dignamente a vida em decorrência da inexistência de condições para a prática de sua religião. Evidentemente a crença religiosa não deve ser obstáculo ao acesso a mercado de trabalho e à educação, em virtude de preconceito como, por exemplo, afirma Soriano:

[...] Enfim, ninguém pode ser privado de seus direitos civis, sociais e políticos, em razão de uma discriminação religiosa. Não se pode conceber a existência de liberdade religiosa, quando, por motivos religiosos, se negam os direitos fundamentais inerentes à cidadania. O exercício pleno da cidadania não pode subsistir com violações aos direitos humanos fundamentais.¹⁰

Na opinião do estudioso,¹¹ o maior problema dos Direitos Humanos, na atualidade, não é o de fundamentá-los, mas, sim, de protegê-los, mesmo estando eles protegidos, assegurados e garantidos pela Carta Magna: “A Constituição brasileira de 1988 consagra a liberdade como um direito e um princípio fundamental.”

No art. 1º da Constituição Federal está disposto que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, a dignidade da pessoa humana que, na visão de Soriano,¹² “[...] apresenta-se como um princípio importante em sede de liberdade religiosa, uma vez que o cerceamento à liberdade constitui, indubitavelmente, um duro golpe à dignidade humana”.

A tolerância perpassa a aceitação das diferenças religiosas; o acatamento às formas de culto; o respeito ao proselitismo; a coibição do proselitismo abusivo, como o emprego de formas de pregação que ultrapassem os limites da liberdade individual, da intimidade, da privacidade e da autodeterminação. Para Martins:¹³ “Respeitar-se a liberdade religiosa é enaltecer a igualdade do homem em face de seu semelhante. Ter uma forma de crença constitui-se em direito fundamental que identifica, une e valoriza cada homem de per si.”

Não existem direitos civis e políticos sem democracia, tampouco sem liberdade religiosa. A democracia é o principal fundamento que permite o exercício da liberdade

¹⁰ SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 23.

¹¹ *Ibidem*, p. 86.

¹² *Ibidem*, p. 88.

¹³ MARTINS, Humberto. *Liberdade religiosa e Estado Democrático de Direito*. In: SORIANO, Aldir Guedes; MAZZUOLI, Valerio Oliveira (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum: 2009. p. 110.

religiosa e, também, dos demais direitos fundamentais da pessoa humana. Assim, a liberdade está subordinada à vontade estatal; desse modo, a liberdade não é um direito absoluto, conforme menciona Soriano:¹⁴ “Todas as práticas religiosas devem ser permitidas pelo Estado, exceto as que envolvem atos anti-sociais e hostis ao próprio ser humano. Não é permitido matar, roubar ou praticar fraudes em nome da religião.”

Ao se reconhecer o pluralismo como elemento insuperável da sociedade contemporânea e democrática, a tolerância deve ser fomentada no sentido de se respeitar a liberdade religiosa a despeito das divergências existentes. Nem sempre é possível encontrar pontos em comum em matéria religiosa. Ateus, agnósticos e religiosos, contudo, não precisam entrar em acordo sobre as suas convicções para se respeitarem mutuamente nem para trabalharem juntos a favor da liberdade de consciência de todos.

Inegavelmente, as ideologias totalitárias apresentam ameaças à democracia e à liberdade humana e, nesse sentido, vale à pena refletir que as religiões contribuem para a paz no mundo, entretanto também têm sido utilizadas para criar divisão e alimentar hostilidades, veja-se o que diz a Cartilha Diversidade Religiosa e Direitos Humanos sobre o assunto:

[...] o nosso mundo está assolado pela violência, guerra e destruição, por vezes perpetradas em nome da religião; não haverá paz verdadeira até que todos os grupos e comunidades reconheçam a diversidade de cultura e religiões da família humana, dentro de um espírito de respeito mútuo e compreensão.¹⁵

A liberdade religiosa é tão importante para o cidadão que está entre os direitos fundamentais do homem, tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XVIII) quanto na Constituição Brasileira, referida anteriormente Soriano:

É fundamental, mas, ao mesmo tempo, tão desrespeitada a liberdade religiosa no mundo inteiro que em vários momentos da história os líderes espirituais e religiosos se reúnem para firmar um compromisso pela Paz, como fizeram no ano 2000, em Nova York. Mas o primeiro evento inter-religioso oficial aconteceu ainda no século XIX, em 1893, em Chicago, com a participação de líderes de apenas 16 religiões. Em 2004, em Barcelona, já eram centenas de religiões presentes ao encontro promovido pelo Parlamento das Religiões do Mundo. Além do Parlamento, também a Iniciativa das Religiões Unidas (URI) se dedica ao diálogo inter-religioso no mundo, aos Direitos Humanos e à cultura da Paz, reunindo 88 tradições espirituais.¹⁶

¹⁴ SORIANO, Aldir Guedes. MAZZUOLI, Valerio Oliveira. *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum: 2009. p. 164.

¹⁵ BRASIL, *Diversidade religiosa e direitos humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_sedh_diversidade_religiosa.pdf>. Acesso em: 27/09/2010.

¹⁶ SORIANO; MAZZUOLI, op. cit., 2009, p. 125.

No final da IX Conferência Nacional de Direitos Humanos, ocorrida em Brasília em 2004, representantes dos diversos setores religiosos do Brasil assinaram o seguinte documento: “Declaramos a necessidade de se buscar, por meio do diálogo inter-religioso, a valorização do ser enquanto sujeito de sua própria história, independente de credo religioso. Somos unânimes em repudiar qualquer ato de perseguição e intolerância religiosa.”¹⁷

Ninguém desconhece que a convivência e o respeito mútuo entre religiões diferentes refletem a pluralidade e a diversidade do Brasil e dos brasileiros, porém mais importante que conhecer é colocar em prática essa busca do diálogo, o respeito às diferentes crenças e acima de tudo a tolerância em respeitar a maneira de professar a fé que cada indivíduo tem. A liberdade religiosa não deve ser apenas algo legalmente previsto, mas será a eficácia da norma a assegurar a liberdade de convicção religiosa.

4 O direito humano à liberdade religiosa

O artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos [...]”¹⁸ Silva¹⁹ afirma que a dignidade da pessoa humana, princípio que nasce a partir do referido artigo, “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Aristóteles²⁰ já afirmava que “não é somente para viver, mas para viver felizes, que os homens estabeleceram entre si a sociedade civil”. Na busca desta felicidade, o homem em muito errou, mas em outro ponto acertou. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 é uma demonstração dos acertos humanos. A liberdade de expressar a sua fé, é base para a felicidade humana, ou até mesmo à possibilidade de não ter fé, mas o direito à escolha e o direito de expressar essa escolha são direitos fundamentais.

A separação entre o Estado e a Igreja garantiu ao Brasil o exercício dos Direitos Humanos, conforme nos advertem Piovesan e Pimentel citadas por Gadino:

¹⁷ BRASIL. *Diversidade Religiosa e Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_sedh_diversidade_religiosa.pdf>. Acesso em: 27 set. 2010.

¹⁸ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>> . Acesso em: 10 ago. 2012.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed., rev. atual. Até a Emenda 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 105.

²⁰ ARISTÓTELES. *A Política*. Introdução de Ivan Lins. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.

Confundir Estado com religião implica a adoção oficial dos dogmas incontestáveis, que, ao imporem uma moral única, inviabilizam qualquer projeto de sociedade pluralista, justa e democrática. A ordem jurídica em um Estado democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral católica ou da moral de qualquer religião. [...] Os católicos e outros religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito de pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico.²¹

Semelhantemente a isto, Sabaini²² destaca uma terceira característica desse desligamento: “A laicidade do Estado brasileiro determinada pela Constituição Federal de 1988 é a base ideológica do regime da liberdade de religião e do direito fundamental daí decorrente.”

Na XVI Sessão Ordinária do Conselho dos Direitos Humanos da ONU, Tomasi, em seu discurso, afirma:

No centro dos direitos humanos fundamentais estão as liberdades de religião, de consciência e de crença: elas influenciam a identidade pessoal e as escolhas essenciais, além de tornar possível beneficiar de outros direitos humanos. Como afirma a Declaração da ONU sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e de discriminação baseadas na religião ou crença, a dimensão espiritual da vida é uma parte imprescindível da existência humana.²³

Para que a liberdade religiosa possa ter efetividade, a postura do Estado deve ser a de abstenção quanto à criação de leis que restrinjam o direito à liberdade religiosa, como por exemplo, à instituição de religião oficial, a proibição do livre exercício de determinada crença, a restrição da liberdade de palavra ou de imprensa, o direito do povo de se reunir pacificamente e de dirigir petições ao governo, para a reparação de suas lesões. Neste sentido, afirma Tomasi:

O Estado tem o dever de defender o direito à liberdade religiosa e, por conseguinte, a responsabilidade de criar as condições que tornam possível usufruir deste direito. Como está proclamado na Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e de discriminação baseadas na religião, no credo e noutros elementos, o Estado tem que cumprir várias obrigações no governo quotidiano da sociedade. [...] A liberdade de religião é um valor para a sociedade na sua totalidade.²⁴

²¹ GADINO, Elza. *Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 81.

²² SABAINI, Wallace Tesch. *Estado e religião: uma análise à luz do direito fundamental à liberdade de religião no Brasil*. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2010. p. 109.

²³ TOMASI, D. Silvano. *Discurso sobre liberdade religiosa e direitos humanos*. Proferido na XVI Sessão ordinária do conselho dos Direitos Humanos da ONU. Genebra, 2011. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2011/documents/rc_seg-st_20110302_religious-freedom_po.html>. Acesso em: 1º out. 2015.

²⁴ Idem.

Com isso, a sociedade possui a certeza de uma vivência pacífica com todos os indivíduos e obtém uma segurança do próprio Estado, que permite a diversidade de crenças religiosas e assegura a cada uma sua manifestação.

5 Considerações finais

Devido à religião ultrapassar os sentimentos mais profundos e escondidos do ser humano e ir além de tudo o que se pode explicar ou até mesmo perguntar, ela possui importância para o homem, pois para muitos tem o condão de ser fonte de vida, de prazer, de alento, são ensinamentos que mudam a vida de pessoas que acreditam no poder divino.

Tais religiões têm seus fundamentos arraigados na promoção do bem-estar de toda a coletividade, defendendo o respeito mútuo, lançando fora todas as diferenças, sejam elas de crenças, origens e tantas outras. A religiosidade faz parte da dignidade humana.

O Brasil sendo um país laico favorece a liberdade das mais diferentes crenças, daí sua importância de se abster de professar qualquer fé, pois com isso promove a igualdade, o respeito e a tolerância a todos que desejam ter sua religião e àqueles que são desprovidos da mesma.

O que se conclui é que a liberdade religiosa é parte fundamental da proteção constitucional, que deve empenhar-se na proteção da própria liberdade, da dignidade da pessoa, e a implementação do direito humano fundamental à liberdade religiosa.

Referências

ARISTÓTELES. *A Política*. Introdução de Ivan Lins. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824.

BRASIL. *Diversidade religiosa e direitos humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_sedh_diversidade_religiosa.pdf>. Acesso em: 27 set. 2010.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

GADINO, Elza. *Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Humberto. Liberdade religiosa e Estado Democrático de Direito. In: SORIANO, Aldir Guedes; MAZZUOLI, Valerio Oliveira (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum: 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NALINI, José Roberto. Liberdade religiosa na experiência brasileira. In SORIANO, Aldir Guedes; MAZZUOLI, Valerio Oliveira (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum: 2009.

SABAINI, Wallace Tesch. *Estado e religião: uma análise à luz do direito fundamental à liberdade de religião no Brasil*. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SORIANO, Aldir Guedes. *Entrevista à revista Consulex em 15 de junho de 2009*. Disponível em: <<http://www.bapvarzea.com/dierito/7-alessandro-p-muniz/152-universalidade-dos-direitos-humanos-e-liberdade-religiosa>> Acesso em: 10 jul. 2010.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SORIANO, Aldir Guedes; MAZZUOLI, Valerio Oliveira. *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum: 2009.

TOMASI, D. Silvano. *Discurso sobre liberdade religiosa e Direitos Humanos*. Proferido na XVI Sessão ordinária do conselho dos Direitos Humanos da ONU. Genebra, 2011. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2011/documents/rc_seg-st_20110302_religious-freedom_po.html>. Acesso em: 1º out. 2015.

Uma teoria de justiça para os Direitos Humanos: reconhecimento e redistribuição em Fraser e Honneth

César Augusto Cichelero* – Eduardo Brandão Nunes**

Resumo: O tema deste artigo é propor uma alternativa ao conceito abstrato de justiça que permeia o plano dos Direitos Humanos, para que se consiga melhor efetivar a aplicação destes direitos. Para essa alternativa, estuda-se a Teoria de Reconhecimento, atualmente muito recorrente nas pesquisas do meio jurídico-acadêmico. A metodologia aplicada é a pesquisa bibliográfica em torno dos direitos humanos e da teoria de reconhecimento. Essa teoria tem no debate entre Nancy Fraser e Axel Honneth acerca do binômio *reconhecimento x redistribuição*, o principal ponto focal. O problema apresentado é tecer um elo entre as teorias sobre reconhecimento e redistribuição de Fraser (baseada no princípio da paridade de participação) e a de Honneth (uma teoria baseada na noção de autorrealização), apontando seus acordos e divergências e como estes autores elaboram sua justiça a partir do reconhecimento, na forma de um resultado ao tema proposto.

Palavras-chave: Reconhecimento. Redistribuição. Direitos Humanos. Justiça.

1 Introdução

Os Direitos Humanos, como nós os reconhecemos na atualidade, podem ser pensados a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Esta Declaração, que é o documento jurídico mais traduzido no planeta, foi o apogeu do humanismo no século XX, trouxe a positivação da ideia de que o homem é detentor de direitos naturais inalienáveis, imprescritíveis e sagrados. É importante ressaltar nesse ponto a teoria tridimensional dos direitos humanos apresentada por Karel Vasak.¹ Baseado no lema da Revolução Francesa, esse jurista categorizou os Direitos Humanos da seguinte forma: os direitos de *primeira* geração estão ligados à ideia de liberdade, os de *segunda* geração, tratam de igualdade, e de *terceira*, com a ideia de solidariedade. Há ainda alguns novos pensadores que consideram a existência de uma *quarta* geração

* Graduando em Direito na Universidade de Caxias do Sul. Mestrando em Direito Ambiental. Bolsista Voluntário de Iniciação Científica na pesquisa “Identidade, Comunidade e Desenvolvimento Sustentável: A participação das Mulheres na Conservação da Biodiversidade no Brasil e a Posição do Conselho Municipal do Meio Ambiente e do Conselho Municipal de Mulheres”, que é financiada pelo CNPQ e também vinculada ao Núcleo de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas e Sociais (NEPPPS), da Universidade de Caxias do Sul.

** Graduando em Direito na Universidade de Caxias do Sul. Mestrando em Direito Ambiental. Bolsista de Iniciação Científica na pesquisa “Identidade, Comunidade e Desenvolvimento Sustentável: A participação das Mulheres na Conservação da Biodiversidade no Brasil e a Posição do Conselho Municipal do Meio Ambiente e do Conselho Municipal de Mulheres”, que é financiada pelo CNPQ e também vinculada ao Núcleo de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas e Sociais (NEPPPS), da Universidade de Caxias do Sul.

¹ Teoria Proposta por Karel Vasak na aula inaugural de 1979 dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo.

(direitos coletivos, como o direito a meio ambiente) e até a *quinta* geração (direito à paz).

Os Direitos Humanos para a Constituição brasileira de 1988 estão conexos com a ideia de direitos fundamentais, sendo possível conceituar estes como os Direitos Humanos positivados na esfera normativa de um Estado. Estes direitos são aqueles que recebem maior proteção e segurança de um Estado, através de uma Constituição,² são em essência os direitos do homem livre em face do Estado. Dessa forma, nos encontramos como sujeitos constitucionais dotados de direitos humanos fundamentais.

Essa transformação de Direitos Humanos para Direitos Fundamentais não supera a discussão acerca do que eles são *in essentia*. Esses direitos não possuem um conceito literal, são uma construção histórico-social, que pode ser explicada pela teoria do sujeito constitucional de Michael Rosenfeld, como um processo entre o sujeito sob a norma, o sujeito legislador e o sujeito conteúdo normativo. Como aponta Caroline Ferri ao analisar o livro “A identidade do sujeito constitucional” do referido autor:

O texto de uma constituição é, portanto, incompleto e sujeito às mais variadas interpretações plausíveis. Assim, essas interpretações não podem ser pré-definidas, marcadas por características imutáveis. A interpretação da constituição deve se constituir em um fenômeno constante, passível das mais diversas mudanças e percepções. Significa, então, que a constituição deve ser considerada aberta a todas as interpretações conflitantes que possam parecer defensáveis dentro das disposições que o texto constitucional vem a possibilitar.³

Quando se fala em direitos humanos, não se pode ficar afastado do ensinamento de Bonavides, de que os Direitos Humanos são universais, pois a universalidade procura:

subjetivar de forma concreta e positiva os direitos [...] na titularidade de um indivíduo que antes de ser homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.⁴

Entretanto, é visível que a mera previsão desses direitos, no campo internacional, não constitui obrigação de um Estado em efetivá-los, assim como a positivação na forma de direitos fundamentais também não garante a concretização do direito. Essa dicotomia entre a titularidade de direitos naturais e sua rejeição ou alienação aos mesmos, no campo prático, podem impedir a harmonia social de um povo. Faz-se válido citar o exemplo trazido por Fraser em relação aos homossexuais, que ainda que

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 561.

³ FERRI, Caroline. *A (in)compreensão do paradoxo da soberania popular na democracia contemporânea*. 2012. 239 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2012. p. 211.

⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 574.

sejam pessoas com os mesmos direitos naturais previstos a qualquer outro, no campo prático, não encontram em diversas instituições o aporte estatal necessário para a efetivação dessa universalidade.

Falta nesse caso, e em tantos outros, um conceito tangível de justiça que dê suporte a efetiva universalidade dos Direitos Humanos. Seguimos a máxima aristotélica de que a justiça é a base da sociedade, logo, um fator determinante para a efetivação das questões acerca dos Direitos Humanos. Como visto acima Michel Rosenfeld ensina que o conceito dado aos Direitos Fundamentais depende de características intrínsecas dos agentes que os transpassam ao plano real.

Não há pré-classificação do que seriam esses conceitos de direitos humanos ou mesmo de justiça em um âmbito concreto, pois até então os mesmos têm uma textura considerada aberta. Isso faz com que haja relatividade nos Direitos Humanos; Pois, se refletidas as condições do agente que vier a ler estes conceitos e mesmo ainda o tempo ou contexto social em que o mesmo se encontra, a interpretação pode ser realizada de diferentes maneiras, não impedindo equívocos em relação ao que de fato deveria ser tutelado.

Assim, é necessário incorporar uma noção de justiça que seja um referencial para a concretização dos Direitos Humanos e seu respectivo viés universalista. Em vista disso, a pretensão deste artigo é abordar uma forma de justiça baseada na teoria de reconhecimento, que tem como seus principais expoentes Nancy Fraser e Axel Honneth, ambos ligados à filosofia da escola da Teoria Crítica. Para conceber os Direitos Humanos através dessas teorias, faz-se necessário explanar e compreender as semelhanças e diferenças entre estas teorias da filosofia social, para que se possa então compreender o plano teórico e prático referente à efetivação da justiça e então, consequentemente, dos Direitos Humanos como um todo.

A justiça, a partir da teoria de reconhecimento, é entendida tendo como base o livro *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*⁵ escrito por Nancy Fraser e Axel Honneth. Nesta obra em forma de debate,⁶ os dois autores expõem suas visões sobre o que é o reconhecimento ora compartilhando uma visão, ora distanciando-se. Embora ambos concordem em alguns pontos, veremos que, mesmo as duas teorias fazendo-se valer do reconhecimento, a forma para sua aplicação é demasiadamente diferente.

⁵ O livro foi utilizado na versão original em inglês por não apresentar-se edição traduzida. Todas as traduções constantes neste artigo, de trechos do mencionado livro, são de autoria dos autores.

⁶ O livro consta de uma introdução escrita em conjunto pelos dois autores. Após o debate acontece na forma de propositura, réplica e tréplica com cada um deles sendo responsável individualmente por dois capítulos do livro.

2 O modelo bidimensional de Nancy Fraser⁷

A visão fordista-keynesiana pensava que uma justiça distributiva seria suficiente para levar direitos para todos; entretanto, nesta modalidade, os fatos de direito discutidos tinham uma relação direta com questões econômicas, para então uma aplicação de justiça. Com um mundo cada vez mais globalizado, com troca de culturas e choques de diversidades, o modelo de justiça distributiva aportado até então precisou ser repensado; isto trouxe o surgimento de uma nova luta, por um modelo mais apto à realidade, que veio a ser a luta por reconhecimento.

Nancy Fraser primeiro nos leva a imaginar o que seriam as lutas por redistribuição e as lutas por reconhecimento de forma separada, pois uma visão popular destes conceitos levam a uma aparente antítese. O problema comumente abordado na parte da redistribuição seria os problemas socioeconômicos enraizados na estrutura econômica da sociedade, os sujeitos prejudicados seriam aqueles pertencentes a classes menos abastadas, as que não detêm os meios de produção e por isso são exploradas pelo processo capitalista; essa diferença entre as pessoas não seria natural, seria uma construção ocasionada por políticas econômicas injustas ao longo do tempo. A forma de levar a justiça distributiva a esses grupos é reconstruir o sistema econômico, abolindo essa diferença classista na sociedade.

Já o reconhecimento, para Fraser, é um problema cultural, pois por reiteradas práticas de padrões sociais é negada a representatividade, a participação de determinados grupos na comunidade. Esses grupos não se confundem com as classes marxistas, devendo ser vistos na visão weberiana como agrupamentos de pessoas com características similares. O início do “desreconhecimento” para Fraser acontece de duas formas: na primeira, a diferença entre os grupos é anterior à construção de uma hierarquia de valor; na segunda forma, as diferenças entre os grupos são construídas justamente com a desvalorização de alguns destes. A solução para essa injustiça de reconhecimento é cultural ou uma mudança simbólica, mais sutil que isso. Fraser diz que para a primeira forma de “desreconhecimento” é necessário reavaliar a injusta percepção dos traços individuais destes grupos. Para a segunda forma, essa percepção é contraprodutiva, o que deve ser feito é desconstruir os termos em que se baseiam as diferenças.

⁷ Nancy Fraser tem teorizado atualmente como a justiça pode ser tridimensional, somando a participação política ao binômio reconhecimento e redistribuição. Não desconhecemos esta inovação proposta pela autora, mas como a teoria bidimensional possui um acervo bibliográfico tanto da autora, como de observações por parte de Axel Honneth mais denso, optou-se nesse momento por essa teoria bidimensional. Reservando aberta a possibilidade de um futuro estudo discutir a teoria tridimensional.

Assim, Fraser tenta logo apontar que reconhecimento e redistribuição são uma falsa antítese – diferentemente do que pensam outros teóricos sociais – e que é possível pensar em uma construção dualista da injustiça. Ela aponta a existência de grupos que sofrem tanto mal distribuição quanto pelo não reconhecimento, de forma que apenas uma das duas abordagens não é suficiente para trazer justiça. Esses grupos “bidimensionalmente” subordinados necessitam de ambos. Gênero é o primeiro grupo que Fraser aponta como exemplo de injustiça bidimensional, e conclui que essa forma de injustiça é uma regra, podendo se aplicar à raça, a classes, ao homossexualismo e quase a qualquer grupo excluído.

A mesma ainda aponta que ninguém é membro de apenas uma única coletividade. Aponta que indivíduos que são subordinados em determinada divisão social podem ser dominantes em outras, o que faz necessário tanto reconhecimento quanto redistribuição, ainda que em diferentes medidas, sendo preciso a mutualidade entre estes conceitos, para uma efetivação prática de justiça social.

Para tanto, Fraser tenta aproximar tanto a redistribuição como o reconhecimento da moral kantiana. Por poder alinhar ambos os conceitos, devido à universalidade desse entendimento de moral, afasta-se da ética hegeliana, que pode ser de difícil universalidade, sendo o enfoque de outros pensadores. O entendimento trazido é que reconhecimento é matéria de justiça.

É injusto, então, que a qualquer indivíduo ou grupo seja negado o *status* de parceiro integral na interação social. O nome dado para tanto é modelo de *status* de reconhecimento, tendo foco não em reparar os danos causados, mas, sim, em sobressair a subordinação causada pela falta de participação equalitária, devido a padrões de cultura que preveem exclusão; desinstitucionalizando os mesmos, e os substituindo por padrões que englobem estas pessoas ou grupos. O padrão utilizado como remédio para essas injustiças é uma avaliação prática destes conflitos, sendo a paridade de participação tanto o critério de julgamento como o fim a se alcançar. Nas palavras da autora, “o núcleo normativo da minha concepção é a noção de paridade de participação. De acordo com essa norma, justiça requer arranjos sociais que permitem a todos (adultos) membros da sociedade a interagir uns com os outros como pares”.⁸

Logo, diferentemente do modelo previsto na ética, que é preciso autorrealização ou visar o bom – algo que pode ser de extrema subjetividade e intrínseco –, a concepção

⁸ FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. New York: Verso, 1998. p. 36. Trad. livre pelo autor. No original: “The normative core of my conception is the notion of parity of participation. According to this norm, justice requires social arrangements that permit all (adult) members of society to interact with one another as peers”.

de justiça que Fraser propõe deve ser utilizada justamente por aqueles que diferem no entendimento do bom, logo pela sociedade. Uma sociedade é injusta na medida em que suas normas impedem a paridade de participação, independentemente de distorcer a subjetividade do oprimido.

Dessa maneira, uma teoria de justiça que eleve os Direitos Humanos, baseada nestes termos, deve não apenas combater os padrões culturais, mas examinar a própria estrutura econômica e se essas estruturas, que deveriam operar de forma relativamente autônoma e dissociadas de prestígio ou estima social, de alguma forma impedem a participação na vida social.

3 A visão de Axel Honneth sobre o reconhecimento

Havendo um foco no fenômeno do multiculturalismo, a ideia de política de identidade se torna dominante em discussões para compreender quais minorias constantemente se encontram lutando por reconhecimento perante a coletividade, e que precisam ter seus valores e convicções acomodados por toda a sociedade. Entretanto, isto torna-se um limitador da discussão, na medida em que apenas experiências de injustiça, que já possuem uma atenção pública de massa confirmadas, tornam-se moralmente relevantes. Partindo da limitação exposta acima, é indagável quais formas de privação e sofrimento (que são vistas como injustiça para Honneth) são moralmente relevantes para discutir o fato de, realmente, estarmos enfrentando lutas por reconhecimento na esfera cultural.

Ou seja, há relatividade no que se é discutido em relação ao reconhecimento. É apontado que o próprio debate sobre reconhecimento de minorias precisa primeiro se tornar relevante na esfera pública, como forma de conflito social, sendo até mesmo preciso atingir-se um nível organizacional de movimento político, para ser então levada a sério a discussão e suas questões morais.

O erro parece ser proveniente por pensar-se que esses movimentos sociais servem para diagnosticar problemas relevantes nas mais diversas áreas, tendo-os como forma empírica de fonte a teoria crítica social. Quando se limita a discussão com este tipo de procedimento, ignora-se o fato de que a própria designação de movimento é o resultado de *underground struggles* conduzido por grupos ou indivíduos afetados por sofrimentos sociais, para tentar fazer com que a esfera pública perceba e registre o problema em si. Portanto, o autor preocupa-se em desenvolver os conceitos no plano teórico, pois não se preocupa em apenas replicar problemas sociais relevantes agora ou aqueles em ascensão, mas sim produzir uma maneira de lidar com conflitos sociais, que existem ou existirão, norteando aquilo que se refere à esfera do reconhecimento.

Em vista disso, procura-se dar um entendimento maior à social do que apenas àquilo tipicamente encontrado na sociedade, mas, no seu contexto explanar que o sentimento de sofrimento e descontentamento, até então tido como algo social e comum, coincide com a experiência de que a sociedade comete atos injustos e injustificáveis. A experiência de injustiça social se dá a partir do momento em que não se pode explicar racionalmente por que uma norma institucional está em conformidade com padrões já aceitos de exclusão ou “desreconhecimento”. A razão de legitimação de tais normas depende de indivíduos que as considerem apropriadas e das expectativas morais da sociedade.

Todavia, Honneth não teoriza como Fraser, sobre uma posição dualista de reconhecimento e redistribuição; para ele, o reconhecimento é a categoria principal da qual a redistribuição é derivada. Nas palavras do autor, “parece ser muito mais plausível para mim, ao de, interpretar conflitos de redistribuição como um tipo específico de luta por reconhecimento na qual a avaliação apropriada da contribuição social de indivíduos ou grupos é contestada”.⁹ Ao contrário do que parece a visão de Honneth não é reducionista, pois, embora a teoria seja monista, o conceito, o reconhecimento, ultrapassa o concebido por Fraser, o reconhecimento é visto como a categoria moral fundamental.

A premissa de Honneth é que relações não distorcidas, bem-estruturadas entre os agentes levaria à justiça social; o desrespeito leva ao mau reconhecimento e às patologias sociais. A luta decorrente desse desrespeito é a verdadeira luta pelo reconhecimento, que traduz a força moral que leva aos desenvolvimentos sociais. O reconhecimento assume uma concepção hegeliana e psicanalítica a respeito da construção do sujeito e da intersubjetividade e acontece em três dimensões de conflito, amor, direito e solidariedade.

A primeira dimensão do amor é a fundamental para a estruturação da personalidade do sujeito. Nesse conflito amoroso, que Honneth aborda nas relações entre mãe e filho, o sujeito constrói *a si e por si e não no/pelo outro*, diferenciando-se dos outros e aprendendo a viver de forma autônoma, criando um elemento de *autoconfiança*. Na segunda dimensão, os sujeitos reconhecem-se reciprocamente como titulares de direitos. Esse conflito na relação jurídica é baseado em princípios morais universais e vê todos os sujeitos de forma igualitária, a relação jurídica gera o *autorrespeito*, uma consciência de poder respeitar a si mesmo, porque ele merece o

⁹ HONNETH, Axel. Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. New York: Verso, 1998. p. 171. Trad. livre pelo autor; no original: “It seems much more plausible to me, to the contrary, to interpret redistribution conflicts as a specific kind of struggle for recognition in which the appropriate evaluation of the social contributions of individuals or groups is contested.”

respeito de todos os outros. Por fim, a dimensão da solidariedade diz respeito ao conflito em que os mais diversos agentes buscam afirmar o valor de suas capacidades associadas à sua forma de vida. Nessa terceira dimensão, é gerada a *autoestima*, que permite aos sujeitos referirem-se positivamente as suas propriedades e capacidades concretas.

O não reconhecimento em qualquer uma destas três dimensões priva o sujeito de pré-requisitos essenciais para a sua formação como indivíduo, pois impede que este forme uma visão positiva de si mesmo, algo que deve ser criado intersubjetivamente. Assim, o reconhecimento torna-se para Honneth uma questão de ética, ligada à ideia de realização plena de uma *boa vida*. Esse não reconhecimento pode atingir as três dimensões. Na primeira, afetando a integridade física dos sujeitos e, assim, sua autoconfiança básica; na segunda, negando a eles os direitos universais, impedindo-os de verem-se como iguais na sociedade, diminuindo seu autorrespeito e, na terceira dimensão, alguns sujeitos faria juízos de valor negativos a outros indivíduos ou aos seus comportamentos, o que incide sobre a autoestima destes sujeitos. Para Honneth, uma teoria de justiça deveria defender todos os sujeitos nas relações de reconhecimento; em suas palavras:

uma teoria de justiça que procede reconstrutivamente está hoje colocada diante do desafio de defender em nome da autonomia individual não apenas um princípio normativo, mas logo três destes princípios: dependendo da esfera social a que ela se volta, ela deve destacar e fortalecer o ponto de vista da igualdade deliberativa, da justiça das necessidades ou da justiça do desempenho.¹⁰

4 Considerações finais

Ambos os autores partem do mesmo ponto, a necessidade de uma teoria que ultrapasse o entendimento marxista da luta classista pela distribuição de recursos; eles rejeitam a visão de que a luta distributiva abarcaria a luta por reconhecimento. Assim, ambos acreditam que é pelo reconhecimento que se chegará à justiça baseada em uma concepção de natureza igualitária das pessoas, mas o caminho a ser trilhado difere em suas teorias.

Nancy Fraser acredita que reconhecimento e redistribuição são dois elementos irreduzíveis de uma única teoria de justiça. Ambos os conceitos são de fundamental importância, não podendo um ser apenas parte do outro. Há uma alocação das injustiças em todas as relações sociais que são governadas pelos padrões culturais de

¹⁰ HONNETH, Axel. A textura da justiça: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE JUSTIÇA, 4., 2009, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Civitas, 2009. p. 345-368.

representação, com base no impedimento de participação de outrem. O entendimento dado é que a paridade de participação independe da subjetividade de cada um, sendo a institucionalização de qualquer maneira de exclusão uma forma de injustiça. Percebe-se aqui que há a possibilidade de a questão participativa ser tão importante quanto os próprios conceitos de redistribuição e reconhecimento.

É dado foco à sociedade como um todo, e não ao indivíduo em si – diferentemente de Honneth –, que se fosse o foco, na opinião de Fraser, causaria um excessivo e personalíssimo senso de injúria, injustiça. E é visto como positivo o fato de manter-se afastada da subjetividade, e de fatores emocionais que poderiam causar a opressão da própria vítima, internalizando ou culpando a si mesmo pelo dano sofrido, em vez de as condições materiais e culturais que a mesma se encontrava enquanto oprimida.

Por outro lado, Honneth crê que as questões distributivas são passíveis de explicação dentro das problemáticas de reconhecimento, situando a luta pela redistribuição principalmente na terceira dimensão (solidariedade). Ele aponta que mesmo as disputas por redistribuição são reduzidas a uma forma de clamor por valorização social de um grupo ou indivíduo com características específicas, como, por exemplo, até mesmo maior acesso e igualdade aos postos de trabalho. Para ele, os sujeitos percebem injustiças institucionalizadas na medida em que veem aspectos da sua personalidade sendo desrespeitados, e os mesmos acreditam que têm direito a esse reconhecimento. Todos os desafios feitos à ordem social existente partem da experiência moral de uma falha em receber o reconhecimento que o respectivo sujeito entende como necessário.

Os autores divergem na forma de separar as lutas justas das injustas, e Fraser guia-se pela *paridade de participação*; já Honneth, fala do *bem da autorrealização pessoal*; aqui a solução dada por Fraser tem um condão mais prático e de averiguação empírica que o apresentado pelo outro autor. Outro ponto de divergência é o fato de Honneth acreditar que Fraser limita a discussão e sua teoria àquilo que já foi levado à esfera pública. É necessário não apenas discutir o *status quo*, mas identificar os futuros padrões sociais de resistência, indo além do presente. Ser hábil e achar o descontentamento social deve ser feito independentemente do reconhecimento, sendo preciso considerações de cunho moral e psicológico. É pelas expectativas individuais frustradas de cada um que as novas demandas por reconhecimento viriam a ocorrer, e não pelos padrões de significados culturais que situam os sujeitos atualmente.

Por fim, a teoria de Honneth tem enfoque principal no interior do indivíduo e, por isso, tem capacidade de explicar as lutas pré-políticas de reconhecimento. Por acreditar que o falso reconhecimento é uma forma de opressão entre os indivíduos, sua teoria ganha um grande aspecto de eticidade, para ele o debate está na diferença que parte das

experiências individuais de injustiça, enquanto Fraser, da origem social da injustiça. Fraser refuta esse nível de debate; para ela a identificação das injustiças existentes não pode partir de experiências subjetivas de desrespeito, mas somente da identificação dos mecanismos sociais que geram impedimentos à participação paritária de todos na interação social; assim, o foco do debate está dentro de uma teoria social.

Como já exposto, o direito à justiça é fundamental na concretização dos direitos humanos; não o simples acesso ao Poder Judiciário, mas, principalmente, à tutela efetiva e de constante presença. Não ser reconhecido implica, então, ver negada sua capacidade como ator de uma sociedade. Isto significa dizer que o Estado, e mesmo a sociedade, deve ser considerado responsável pelos prejuízos que causar quando não observar as injustiças sociais. Assim, os conceitos expostos tanto por Honneth quanto por Fraser trazem maior ótica sobre como é ser um indivíduo de direitos no século XXI, aportando um modelo de justiça que não apenas identifica essas injustiças, mas, também, as soluciona – ainda que de diferentes formas –, apresentando um modelo que, a partir do reconhecimento, possa levar a uma sociedade mais justa para todos, o que por si nos leva mais perto da efetivação dos direitos que todos possuímos. É um olhar que ultrapassa as questões objetivas de uma justiça apenas equalizante e busca compreender as relações cada vez mais complexas e fragmentadas no mundo globalizado.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRI, Caroline. *A (in)compreensão do paradoxo da soberania popular na democracia contemporânea*. 2012. 239 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2012.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética. *Theory, Culture & Society*, v.18, p. 21-42, 2001.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. New York: Verso, 1998.

HONNETH, Axel. A textura da justiça: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE JUSTIÇA, 4., 2009, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Cívitas, 2009. p. 345-368.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

MATTOS, Patrícia. *A sociologia política do reconhecimento: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser*. São Paulo: Annablumme, 2006.

NOBRE, Marcos. Luta por reconhecimento: Axel Honneth e a Teoria Crítica. In: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 7-19.

5

Direitos sociais: o que são?

Marcia Andrea Bühning* – Maria Eugênia Londero Deggeroni**

Resumo: O foco principal do presente artigo é apresentar ao leitor diferentes conceitos de direitos social, assim como apontar o fundamento constitucional. O objetivo é informar quais são os direitos sociais elencados pela Constituição Federal de 1988, ou seja, estão expressamente previstos pela Constituição nos arts. 6º ao 11, no rol de direitos fundamentais sociais e também na ordem social, arts. 193 a 232, e são por isso mesmo prestações positivas. Também são considerados direitos de segunda dimensão, visto seu caráter de norma programática. Os direitos sociais, atualmente, têm uma abertura material, portanto, não são taxativos, em termos práticos, direito à saúde, educação e seguridade, entre outros, são justamente os mais reconhecidos no âmbito das constituições latino-americanas. Na presente pesquisa, utilizou-se o método dedutivo e revisão bibliográfica. Como conclusão parcial, percebe-se que todos os direitos sociais são direitos fundamentais, porque providos da fundamentalidade.

1 Introdução

Os direitos sociais, de segunda dimensão, exigem atuação positiva do Poder Público para que na prática se verifique sua efetividade, a fim de buscar para todos a almejada igualdade social, que é própria do Estado Social de Direito, “não se identifica com a garantia de igualdade perante a lei, mera igualdade formal”, mas material,¹ que quer dizer a “superação da igualdade jurídica do liberalismo”, vez que o próprio Estado se obriga “mediante retificação na ordem social, a remover as injustiças encontradas na sociedade”, por meio da elaboração legislativa, “que irá refletir as demandas dos excluídos dos benefícios da sociedade liberal”,² sendo que, atualmente, é inconcebível uma estrutura social que seja estática, desvinculada do processo histórico, já advertia Miguel Reale,³ e cujo direito é uma determinação do futuro pelo passado.

* Doutora pela PUCRS-Brasil. Mestre pela UFPR. Professora na UCS e PUCRS. Ver também: BÜHRING, Marcia Andrea. *Direitos humanos e fundamentais, migração nas fronteiras Brasil e Uruguai: uma análise dos déficits do direito social à saúde da mulher nas cidades gêmeas: Santana do Livramento-BR/Rivera-UR e Chuí-BR/Chuy-UR*. Tese (Doutorado) – PUCRS, Porto Alegre, 2013. Universidade de Caxias do Sul – UCS, Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito Ambiental e Sociedade, **Linha de pesquisa:** Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico; **Grupo de pesquisa:** Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente. Líder: Dr. Adir Ubaldo Rech, Caxias do Sul, RS, Brasil. E, projeto de pesquisa PUCRS: Migrantes/Deslocados/Refugiados Ambientais – caso dos haitianos.

** Aluna da Graduação em Direito da PUCRS.

¹ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 129.

² Idem.

³ Refere: “Quando, porém, se fala na ‘estrutura tridimensional do direito’, neste conceito já está implícita a nota essencial da temporalidade, pois é inconcebível uma estrutura social estática, desvinculada do processo histórico: o direito, como a realidade social toda da qual participa, é, fundamentalmente, uma estrutura tridimensional e histórica, distinguindo-se das demais por possuir uma nota específica, que é a

Farse-a uma análise geral sobre o significado do que se entende por direitos sociais e o que representam.

2 Direitos sociais: o que são?, ou melhor, o que representam

Os direitos sociais estão expressamente previstos pela Constituição Federal de 1988, nos arts. 6º ao 11, no rol de direitos fundamentais sociais e também na ordem social, arts. 193 a 232, e são por isso mesmo prestações positivas, como aduz Silva:

Os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.⁴

Como dito, a Constituição Federal de 1988 elencou diversos direitos sociais, esses, por sua vez, são direitos concernentes a uma prestação, pois têm por objeto uma conduta positiva estatal, para fornecer uma prestação de natureza fática, criando-a ou colocando-a à disposição daquele que detém esse direito.⁵ Existe, assim, o reconhecimento do dever estatal na criação de pressupostos materiais, “essenciais à efetivação de tais garantias, e, simultaneamente, a faculdade do indivíduo de exigir imediatamente as prestações” que constituem seu direito.⁶ Vez que, normas constitucionais que reconhecem (direitos sociais de caráter positivo) implicam proibição de retrocesso, pois quando “uma vez dada satisfação ao direito, esse se transforma, nessa medida, em direito negativo ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele”.⁷

bilateralidade atributiva inerente a todas as formas de ordenação jurídica da conduta humana. Essas três características essenciais de tridimensionalidade, temporalidade e bilateralidade-atributiva, penso estarem sintetizadas quando conceituo o Direito como realidade histórica-cultural tridimensional de natureza bilateral atributiva”. [...] “Na realidade, os três aspectos ora examinados reduzem-se a uma questão única: à da temporalidade do direito, quer se focalize um modelo jurídico particular, quer se estude a totalidade do ordenamento, pois, as relações sociais só são jurídicas enquanto processo histórico ordenado segundo valores realizáveis em termos de intersubjetividade ou de bilateralidade atributiva. No mundo do direito, de certo ponto de vista, tudo é história: o erro consiste em absolutizar esse ponto de vista, confundindo-se o direito histórico com todo o direito, esquecendo-se, assim, que o fato histórico não teria significado se não houvesse sempre história por fazer” [...] (REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 218-222).

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 286-287.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 281-282.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Portugal – Coimbra: Almedina, 2003. p. 477.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p.131.

Destaca Sarlet, por um lado, que os direitos a prestações, em sentido amplo, são os “referentes à defesa da liberdade e igualdade, devendo o Estado atuar na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos contra intervenções impróprias por parte dos poderes públicos e particulares”. E, por outro lado, destaca o sentido estrito das prestações “que se vinculam aos ideais basilares de um Estado Social e consistem, basicamente, nos direitos a prestações materiais aos indivíduos destinatários”.⁸ Tanto que ao Estado cumpre o dever de atuar, “quando o indivíduo não pode adquirir um bem ou serviço no mercado (saúde, educação, etc.) ou se é um serviço monopolizado e oferecido a todos (por exemplo, segurança pública)”.⁹

É um erro dizer que direitos de liberdade são negativos e direitos sociais e econômicos são positivos, enfatiza George Marmelstein Lima, observe-se:

Essa falsa distinção, repetida sem muito questionamento por quase todos os juristas, é a responsável pela principal crítica que pode ser feita à teoria das gerações dos direitos fundamentais, já que enfraquece bastante a normatividade dos direitos sociais, retirando do Poder Judiciário a oportunidade de efetivar esses direitos. É um grande erro pensar que os direitos de liberdade são, em todos os casos, direitos negativos, e que os direitos sociais e econômicos sempre exigem gastos públicos. Na verdade, todos os direitos fundamentais possuem uma enorme afinidade estrutural. Concretizar qualquer direito fundamental somente é possível mediante a adoção de um espectro amplo de obrigações públicas e privadas, que se interagem e se complementam, e não apenas com um mero agir ou não agir por parte do Estado. [...] Por isso, é fundamental que se afaste essa equivocada dicotomia de que os direitos de liberdade são direitos negativos, não onerosos, e que os direitos sociais são direitos a prestações, onerosos.¹⁰

O ideal mesmo seria considerar que todos os direitos fundamentais pudessem ser analisados e compreendidos em suas múltiplas dimensões, ou seja,

a multidimensionalidade dos direitos fundamentais permite a superação da classificação dos direitos por status, desenvolvida por Jellinek, que é uma das responsáveis pelo entendimento de que os direitos sociais não seriam verdadeiros direitos, mas simples declarações de boas intenções destituídas de exigibilidade.¹¹

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.187-189, 198.

⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 60-61.

¹⁰ George Marmelstein Lima afirma: “Essa falsa divisão afeta diretamente a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, contribuindo para reforçar a odiosa tese de que os direitos sociais são meras normas programáticas, cuja aplicação ficaria a depender da boa vontade do legislador e do administrador público, não podendo a concretização desses direitos ser exigida judicialmente”. (LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

¹¹ Idem.

De maneira divergente, aduz Torres, que existem obstáculos, entraves à consideração dos direitos sociais como sendo fundamentais, vez que, “sua dependência legislativa e do fato de que não fazem nascer, por si só, uma pretensão a prestações positivas estatais, uma vez que os direitos sociais são desprovidos de eficácia *erga omnes* e encontram-se subordinados a ideia de justiça social”, pois afirma:

Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de *policy*, sujeitos sempre à *interpositio legislatoris*, especificamente na via do orçamento público, que é o documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados.¹²

Portanto, os direitos sociais, pela própria natureza, invocam ao Poder Político uma “demanda de recursos para sua aplicabilidade plena, o que gera fortes pressões ideológicas e envolve escolhas políticas”, que a própria Constituição Política, de 1988, refere enquanto objetivos, de uma sociedade livre, justa e solidária.¹³

A própria evolução constitucional contemporânea (em matéria de direitos fundamentais e do sistema internacional de tutela dos direitos humanos) tem demonstrado que “muitas constituições seguem refratárias à inserção de direitos sociais em seus textos”;¹⁴ chega-se a ponto, de a própria negação da existência de direitos sociais, como o faz Fernando Atria,¹⁵ ser um absurdo, e nesse sentido o respaldo do argumento de Sarlet, quando refere que os direitos sociais são tanto prestacionais (portanto positivos) como defensivos (portanto negativos),¹⁶ e define os direitos sociais,

¹² TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 273.

¹³ ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. *Inclusão Social*, Brasília, v. 2, n.1, p. 118, out. 2006/ mar. 2007.

¹⁴ “Com isto não se está a dizer – é bom enfatizar – que os níveis de proteção social, concretizados pela via da legislação ordinária e das políticas públicas, não sejam em vários casos até mesmo mais altos do que em países onde a opção foi pela constitucionalização dos direitos sociais, o que, por sua vez, acaba, para alguns, servido de argumento adicional para justificar não apenas a desnecessidade e mesmo inconveniência da inserção de direitos sociais nas Constituições. Da mesma forma, segue acesa a controvérsia na esfera doutrinária e jurisprudência, seja no que diz respeito à própria fundamentação e legitimação dos direitos sociais, seja no que concerne ao seu conteúdo e regime jurídico. Assim, resulta evidente que, mesmo à vista da expressa previsão de direitos sociais, no catálogo constitucional dos direitos fundamentais, também entre nós tais temas têm sido objeto de crescente e cada vez mais intenso (em termos quantitativos e qualitativos) debate”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, p. 163-206, 2008).

¹⁵ ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.09-46.

¹⁶ Aduz: “Partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão ‘positiva’ (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao

informando que não estão vinculados única e exclusivamente à atuação positiva, mas também à negativa;¹⁷ portanto, os direitos sociais são, sim, fundamentais, em prol da dupla “fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional” nacional. Veja-se:

Em síntese, firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais. Como corolário desta decisão em prol da fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira, e por mais que se possa, e, até mesmo (a depender das circunstâncias e a partir de uma exegese sistemática, por mais que seja possível reconhecer eventuais diferenças de tratamento, os direitos sociais – por serem fundamentais), comungam do regime da dupla fundamentalidade (formal e material) dos direitos fundamentais.¹⁸

Ademais, os direitos sociais têm propósitos compensatórios; como refere Faria, são “direito das preferências e das desigualdades”, quer dizer, direito discriminatório com finalidade compensatória.¹⁹ Dessa feita, os direitos sociais constituíram categorias-chave: “Graças à mobilização da sociedade, as políticas sociais tornaram-se centrais, nessa década, na agenda de reformas institucionais que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988.” Tanto que os conceitos de direitos sociais, assim como universalização, ou mínimos sociais, dentre outros, “passaram, de fato a constituir categorias-chave norteadoras da constituição de um novo padrão de política social a ser adotado no país”.²⁰

Inaugura-se, pois, pós-Constituição de 1988, um leque de direitos sociais, rompendo com o modelo vigente de Estado e cidadania, com a extensão (ampliação) dos direitos sociais;²¹ são avanços para corrigir injustiças sociais, pautadas em duas características principais, de abertura, não são *numerus clausus*,²² permitem, a inclusão

passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas ‘negativas’, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, p.163-206, 2008).

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

¹⁹ FARIA, José Eduardo (Org.). O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p.105.

²⁰ PEREIRA, I. S. S. D. Promoção da saúde: algumas notas. *Revista Desafios Sociais*, Natal, n. 2, p. 152, jan./jul. 2002.

²¹ BRAVO, Maria Inês Souza. Política de Saúde no Brasil. In: BRAVO, Maria Inês Souza et al. (Org.). *Serviço Social e saúde: formação e trabalho profissional*. Brasília: ABEPSS, 2006. p. 96-97.

²² *Numerus clausus* vem de clausura, vem de fechado, são números restritos.

de outros direitos sociais que não estejam expressamente previstos na Constituição; e de implementação progressiva, cuja verificação prática deve respeitar os limites de orçamento existente.²³

Vale a ressalva de que os direitos sociais, atualmente tem uma abertura material, portanto, não são taxativos, em termos práticos, direito à saúde, educação e seguridade são justamente os “mais reconhecidos no âmbito das constituições latino-americanas”, com expressiva referência à família, às crianças e à cultura.²⁴

Dessa forma, pode-se mencionar que os direitos sociais são direitos fundamentais, ou seja, determinado direito é elevado à categoria de fundamental, de acordo com as opções do legislador, sopesando bens jurídicos e atribuindo a positivação correspondente às normas de direitos fundamentais.²⁵ Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 trouxe um conceito “materialmente aberto de direitos fundamentais”, de modo que é possível a inclusão de direitos não previstos no rol do art. 5º, como é o caso dos direitos sociais.

Para Sarlet, todos os direitos sociais são direitos fundamentais, porque providos da fundamentalidade,²⁶ tanto formal quanto material, em razão da própria permissão

²³ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 799-800.

²⁴ O autor traz Peter Häberle. In: *Costituzione e diritti sociali*, cit. p. 99, e se utiliza aqui também de forma exemplificativa. “Dentre as constituições latino-americanas que contemplam cláusulas de abertura a outros direitos (embora não especificamente em matéria de direitos sociais), citam-se, em caráter exemplificativo: Constituição da Nação Argentina de 1853 (amplamente reformada em 1994): art. 33; Constituição Política do Estado da Bolívia de 2009: art. 13, II; Constituição Política da República do Chile de 1980 (com a reforma de 2005): art. 5º; Constituição Política da Colômbia de 1991 (com a reforma de 2005): art. 94; Constituição Política da República da Guatemala de 1985 (com a reforma de 1993): art. 44; Constituição Política da República da Nicarágua de 1987 (com a reforma de 2007): art. 46; Constituição Política do Paraguai de 1992: art. 45; Constituição Política do Peru de 1993 (com a reforma de 2005): art. 3º; Constituição da República do Uruguai de 1967 (com as reformas até 1996): art. 6º; Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999: art. 22. Importante sinalar que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, além de uma cláusula geral de abertura a outros direitos (art. 5º, § 2º), refere expressamente uma abertura a outros direitos dos trabalhadores (art. 7º, caput)”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo Latino-americano*. Rev. TST, Brasília, v. 75, n. 3, p. 117, jul./set. 2009. Disponível em: [http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312882/7.+notas+sobre+a+assim+designada+proibi% c3% a7% c3% a3o+de+retrocesso+social+no+constitucionalismo+latino-americano](http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312882/7.+notas+sobre+a+assim+designada+proibi%c3%a7%c3%a3o+de+retrocesso+social+no+constitucionalismo+latino-americano). Acesso em: 10 abr. 2013).

²⁵ Exemplificativamente, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à saúde é, para a maioria dos juristas, um direito fundamental, porém, na Espanha (Constituição Espanhola de 1978), a situação é diferente, pois o direito à saúde não tem o mesmo tratamento dos direitos fundamentais. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 76-77).

²⁶ Ingo Wolfgang Sarlet aduz em defesa da fundamentalidade dos direitos sociais: “que, embora existam possíveis distinções de tratamento, este fato não afasta a elevação dos direitos sociais à categoria de fundamentais, pois se sujeitam à lógica do art. 5º, §1º, da CF, no significado de que, por serem imediatamente aplicáveis todas as normas de direitos fundamentais, deverá ser buscada a máxima eficácia e efetividade possível, inclusive no tocante aos direitos sociais, com a ressalva de que é evidente que a eficácia e efetividade irão variar conforme o direito em questão, pois as circunstâncias do caso concreto são fatores determinantes. Na medida em que certos valores são tidos como universais, como a vida e a

concedida pelo art. 5º, §2º, da CF, para inclusão de direitos fundamentais não constantes do rol do art. 5º, aliado ao fato de que os direitos sociais localizam-se, no texto constitucional, no título relativo aos direitos fundamentais.²⁷

Interpretando-se o espírito do legislador à luz do art. 5º, §2º, da Carta Magna, verifica-se a intenção de que os direitos fundamentais não ficassem limitados aos expressamente previstos no texto constitucional, mas sim que houvesse um processo contínuo de extensão desses direitos.²⁸ A República Federativa consiste num Estado Social e Democrático de Direito, razão pela qual lhe é intrínseca a existência e garantia de direitos fundamentais sociais, com vistas ao alcance da igualdade material, vez que direitos fundamentais não podem existir “sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada”.²⁹

Afirme-se: Os direitos sociais não são meras normas programáticas (muito embora, haja quem considere),³⁰ não se pode encarcerar os direitos fundamentais sociais no conceito frágil e patético de normas programáticas, “uma vez que os valores sociais são os pilares do Estado Democrático de Direito”.³¹

Até porque, entende-se por norma constitucional programática aquelas que não receberam do constituinte uma “suficiente normatividade para que possam ser aplicadas, quando se faz necessário que a produção ordinária complete as matérias nelas

dignidade da pessoa humana, mesmo que fiquem sujeitos à realidade fática, para que se verifique sua concretização, não pode ser afastada sua característica de fundamentalidade. Neste contexto, a ligação entre direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana, que se traduzem em necessidades existenciais de qualquer indivíduo,[...]” (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos fundamentais & justiça*, Porto Alegre, 2007, ano 1, n. 1. p.177-178, out./dez. 2007 – trimestral).

²⁷ Idem.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 82-83.

²⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. p.8.

³⁰ Há quem considere direitos sociais como meras normas programáticas (**mas não são**). Roger Stiefelmann Leal refere: “A inexistência, em termos práticos, de tutela judicial aos direitos sociais colocados em confronto com a própria idéia de direito fundamental. Afirma Loewenstein que os direitos sociais não são direitos em sentido estrito, já que não podem ser exigidos judicialmente do Estado antes de terem sido institucionalizados por uma ação estatal. Impõe-se, desta forma, o preceito inscrito no art. 75 do Código Civil de que para todo direito há uma ação correspondente que o garante. Não se está pretendendo interpretar a Constituição a partir de uma lei infra-constitucional – o que seria a priori incorreto – mas extrair a lógica intrínseca desse enunciado normativo. Ora, não há de se falar em direito se não há como assegurá-lo judicialmente, pois qualquer violação a este suposto direito não poderia ser, desde logo, sancionada ou compensada. A previsão de determinados reclamos da sociedade como direitos sociais acaba por tentar transformar metas, objetivos a serem atingidos em direitos fundamentais sem atentar para os seus elementos conceituais. Não há como qualificar objetivos como direitos, são conceitos estruturalmente incompatíveis”. (LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. 2008. Acesso em: 8 abr. 2013).

³¹ ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. *Inclusão Social*, Brasília, v. 2, n.1, p. 119, out. 2006/ mar. 2007.

traçadas”,³² ou seja, aquela em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos, mas sim, limita-se a definir princípios que sejam cumpridos pelos três poderes “como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado”,³³ pois, nem pelo fato de uma regra constitucional “contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isso, programática”.³⁴ Vale a menção de que regras³⁵ são diferentes de princípios jurídicos,³⁶⁻³⁷ ou seja, tomando como ponto de partida a

³² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Necessidade de regulamentação constitucional. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, p. 63.

³³ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3. p. 371.

³⁴ A título de exemplo: “Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao ‘seguro desemprego’ em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (CF, art. 226). No primeiro caso, existe um verdadeiro direito. Há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente, frustrada pelo legislador ordinário. No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem a ‘desproteção’ da família”. O mesmo exemplo pode ser aplicado à saúde. (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 120).

³⁵ “Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e, neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 39).

³⁶ Tradução livre de: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla”. (ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5. p. 139-151, 1988. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras?portal=0&urlPropia=15290>>. Acesso em: 4 fev. 2013. p. 143-144).

³⁷ Alexy, aduz: Tradução livre de: “No es fácil una comparación entre la teoría del Derecho de Dworkin y la mía. Ciertamente, hay muchas cosas comunes, pero el armazón conceptual de ambas teorías es bien distinto. Quizás pudiera decirse incluso que ambas teorías son relativamente semejantes en lo substancial, pero bastante distintas en lo formal. De todas formas, también hay diferencias sustanciales. Así, aunque el concepto de principio jurídico juega su papel en ambas teorías, el manejo que se hace del mismo varía. En mi concepción, los principios tienen el carácter de mandatos de optimización. Además, los bienes colectivos pueden también ser objeto de regulación de los principios. Eso lleva a que en la contestación a la pregunta de si se ha lesionado un derecho fundamental juegue un papel central el principio de proporcionalidad y, con ello, la ponderación. Las cosas son distintas en la visión de Dworkin de los derechos como triunfos (*trumps*). También hay diferencias en la determinación de las relaciones entre libertad e igualdad. Yo considero la libertad y la igualdad como principios del mismo rango que pueden entrar en colisión. Pero eso queda excluido en la visión de Dworkin de la igualdad (*equal concern*) como la virtud suprema (*sovereign virtue*) de la comunidad política. Para mí, el concepto que expresa la

concepção de Alexy, os princípios são mandados de otimização; cabe, portanto, interpretação de acordo com o caso concreto, enquanto as regras vêm previamente definidas (no texto constitucional) e não cabe qualquer interpretação. Dito de outra maneira, a Constituição Federal, além de ter a “tarefa de apontar para o futuro”, mas principalmente tem função de proteger direitos arduamente conquistados, e por meio dos princípios constitucionais, sejam eles implícitos ou explícitos, “é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade”.³⁸

Os direitos e as garantias individuais expressos no art. 60, § 4º, inc. IV, da Carta Magna, incluem, portanto, os direitos sociais, direitos de nacionalidade, cidadania e são alcançados pela proteção das cláusulas pétreas, mesmo de “titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde”.³⁹

Isso levou a uma luta pela democratização do Estado, que intensificou debates sobre políticas públicas – de corte social, como informa Raquel Raichelis, vez que “este movimento põe em discussão não apenas o padrão histórico que tem caracterizado a realização das políticas sociais em nosso país – seletivo, fragmentado, excludente e setorizado”, mas também, e principalmente a “necessidade de democratização dos processos decisórios responsáveis pela definição de prioridades e modos de gestão de políticas e programas sociais”.⁴⁰

Dir-se-ia mais, os direitos fundamentais custam dinheiro, e grandes são os desafios, no âmbito de suas concretizações, pois envolve pressupostos e requisitos de múltiplas variáveis, sejam elas econômicas, de disponibilidade orçamentária, de políticas públicas específicas às demandas, das deliberações por parte dos parlamentares, além de ações do próprio Poder Executivo.

armonía a la que se aspira no es el de igualdad, sino el de corrección. Tanto la libertad como la igualdad están subordinados a esta idea regulativa.” (ATIENZA, Manuel. *Entrevista com Robert Alexy*. Doxa-Publicaciones periódicas. n. 24, 2001. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2010. p. 674).

³⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 53.

³⁹ “Caso fôssemos aferrar-nos a esta exegese de cunho estritamente literal, teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais (arts. 6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13), bem como os direitos políticos (arts. 14 a 17) fatalmente estariam excluídos da proteção outorgada pela norma contida no art. 60, § 4º, inc. IV, de nossa Lei Fundamental. Aliás, por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do art. 5º não seriam merecedores desta proteção. Já esta simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 430).

⁴⁰ RAICHELIS, Raquel. Gestão pública e a questão social na grande cidade. *Lua Nova*, São Paulo, n. 69, 2006. p.13-48. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n69/a03n69.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

Nesse sentido pergunta Queiroz, qual o limite:

Os Direitos Fundamentais Sociais colocam quase sempre um problema quantitativo, relacionado ao fato de saber: quantos meios de subsistência? Quanta instrução? Quanto trabalho? Quanta habitação? Quanta saúde? Quanta educação? No limite, a questão constitucional refere-se estritamente a um problema de delimitação: como traçar os limites de um direito subjetivo sem violar o princípio da igualdade?⁴¹

E justamente a eficácia ao implemento de políticas públicas faz com que a população tenha, nas suas expectativas, uma promessa de concretização, uma vez que os direitos sociais “surgiram juridicamente como prerrogativas dos segmentos mais desfavoráveis – sob a forma normativa de obrigações do Executivo”, além da intervenção proativa e subsequente dos poderes públicos. O que não pode acontecer é que os direitos sociais sejam puros e “simplesmente sejam ‘atribuídos’ aos cidadãos”, necessário sim que o Estado assuma o seu papel, que estabeleça políticas públicas “dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação”.⁴²

As políticas públicas são metas a serem atingidas, são programas de ação estatal, que têm “como escopo a coordenação dos recursos disponíveis pelo Estado e também no que tange às atividades privadas com a finalidade de ações que possuam relevância que sejam politicamente determinados”, ao que chama também de “metas coletivas conscientes”.⁴³

Para tanto, Canotilho bem afirma, que a positivação, restou importante neste sentido:

- 1) positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais sob a forma de *normas programáticas* definidoras de tarefas e fins do Estado (*Staatszielbestimmungen*) de conteúdo eminentemente social;
- 2) positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais na qualidade de *normas de organização* atributivas de competência para a emanação de medidas relevantes [...];
- 3) positivação dos “direitos sociais”, através da consagração constitucional de *garantias institucionais* (*Institutionelle Garantien*), obrigando o legislador a proteger a essência de certas instituições (família, administração local, saúde pública) e a adotar medidas estritamente conexas com o “valor social eminente” dessas instituições;

⁴¹ QUEIROZ, Cristina M. M. *O Princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 67.

⁴² FARIA, José Eduardo (Org.). O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 105.

⁴³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

4) positivação dos direitos sociais como *direitos subjectivos públicos*, isto é, direitos inerentes ao espaço existencial dos cidadãos.⁴⁴

Essa positivação vem associada à reserva do possível, à dependência socioeconômica, ou ainda aos direitos na medida da lei, ou seja, constituem “direitos relativos por desencadearem sua plena eficácia e se tornarem exigíveis tão somente depois de concretizados pelo legislador”.⁴⁵

Por outro lado, sinaliza Miranda que os direitos sociais não têm aplicação ou execução imediata, mas diferida, ou seja, são mais que

comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem *elasticidade* ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único o *legislador*; a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em eu vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoque já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *máxime* os direitos sociais, têm mais natureza de expectativa que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados.⁴⁶

Em vista disso, necessário se torna, sim, a implementação progressiva de execução das políticas públicas para a realização desses direitos, depende da disponibilidade dos meios.

3 Conclusão

Contemporaneamente, fala-se também em crise dos direitos fundamentais, e não apenas dos direitos sociais, com o aumento dos índices de exclusão social, crescente marginalização e criminalidade e “violência nas relações sociais em geral, acarretando, por sua vez, um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, vida, integridade corporal, intimidade, dentre outros bens jurídicos fundamentais”.⁴⁷ É o que Flávia Piovesan chama de movimento de “esfacelamento de direitos sociais”, mais precisamente uma violação constitucional, “são direitos intangíveis e irredutíveis, que

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 37-38.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 290.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 218.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 8.

são providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los”.⁴⁸

Referências

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5. p. 139-151, 1988. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras?portal=0&urlPropia=15290>>. Acesso em: 4 fev. 2013.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. *Inclusão Social*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 118-124, out. 2006/ mar. 2007.

ATIENZA, Manuel. Entrevista com Robert Alexy. *Doxa-publicaciones periódicas*, n. 24, 2001. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2010.

ATRIA, Fernando. “Existem direitos sociais?” In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRAVO, Maria Inês Souza. Política de saúde no Brasil. In: BRAVO, Maria Inês Souza et al. (Org.). *Serviço social e saúde: formação e trabalho profissional*. Brasília: ABEPSS, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Portugal – Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo (Org.). “O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira”. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Necessidade de Regulamentação Constitucional. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, Revista dos Tribunais, v. 18.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. Não à desconstitucionalização dos direitos sociais. *Revista Consultor Jurídico*, 2 de jun. 2000. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/2843/>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. 2008. Acesso em: 8 abr. 2013.

PEREIRA, I. S. S. D. Promoção da saúde: algumas notas. *Revista Desafios Sociais*, Natal, n. 2. p. 126-139, jan./jul. 2002.

QUEIROZ, Cristina M. M. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Não à desconstitucionalização dos direitos sociais. *Revista Consultor Jurídico*, 2 de jun. 2000. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/2843/>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

RAICHELIS, Raquel. Gestão pública e a questão social na grande cidade. *Lua Nova*, São Paulo, n. 69, p.13-48, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n69/a03n69.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo Latino-americano. *Rev. TST*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 117, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312882/7.+notas+sobre+a+assim+designada+proibi%3%a7%c3%a3o+de+retrocesso+social+no+constitucionalis+mo+latino-americano>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos fundamentais & justiça*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 177-178, trimestral, out./dez. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Formação do orçamento público e realização dos direitos humanos: aspectos sócio-jurídicos

Leonardo da Rocha de Souza *

Resumo: Este texto¹ tem como objetivo enfrentar um problema recorrente na realização dos Direitos Humanos: a escassez dos recursos públicos. O diferencial, no entanto, está na forma como é tratado o tema, pois, ao invés de tratar do mínimo existencial, propõe a participação da população na formação do orçamento público. Note-se, porém, que não se trata de abordar o tema do orçamento participativo, mas, sim, a implementação de um planejamento orçamentário mais amplo, que envolva a essência do orçamento público. Para isso, propõe-se uma abordagem sociojurídica, partindo-se da sociologia da burocracia, passando-se pelas análises micro e macro da realização dos direitos humanos, para chegar-se à proposta de planejamento estratégico do orçamento público.

Palavras-chave: Democracia. Cidadania. Direitos Humanos. Orçamento Público. Administração Pública.

1 Considerações iniciais: fragmentos de Direitos Humanos

Analisando o papel do Poder Judiciário na história recente, Santos encontra duas espécies de comportamentos, o conservador e o progressista, cada um com suas consequências peculiares, mas em ambos apontando a forte influência do sistema judicial nos rumos da sociedade.

Para demonstrar a atuação conservadora do Poder Judiciário, o sociólogo português destaca os seguintes momentos: (i) após 1918, na República de Weimar, o Supremo Tribunal da Alemanha julgava com critérios diferentes a “punição da violência política da extrema esquerda (comunistas e anarquistas) e da violência política da extrema direita (fascistas e nazistas)”, punindo mais duramente a extrema esquerda, o que foi o primeiro prenúncio do que aconteceria, “anos mais tarde, com o nazismo”; (ii) na década de 1930, nos Estados Unidos da América, o Supremo Tribunal de Justiça julgava atos do presidente Roosevelt, com base em concepções individualistas de Direito Civil e de propriedade, bloqueando, sistematicamente, as grandes reformas desejadas por aquele governo; (iii) na década de 70, no Chile, os Tribunais foram contrários aos atos do presidente Allende, baseados em leis em vigor nos anos 30

* Doutor em Direito. Professor na Graduação e na Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, da Universidade de Caxias do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPq “Cultura Política, Políticas Públicas e Sociais”, desenvolvendo o projeto de pesquisa “Democracia Deliberativa e Proteção Ambiental”. Procurador do Município de Caxias do Sul-RS. Coordenador da Revista *Juris Plenum Direito Administrativo*.

¹ Versão inicial deste texto foi publicada em: SOUZA, Leonardo da Rocha de. O planejamento do orçamento público como Instrumento de Realização dos Direitos Humanos. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *Cultura e prática dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 105-123.

(período em que houve brevíssima república socialista), impedindo o governo de promover importantes lutas democráticas.²

Essa atuação conservadora do Poder Judiciário passaria a mudar de foco em dois outros momentos: (i) na década de 60, nos Estados Unidos da América, o Tribunal Supremo (*Warren Court*) “foi um baluarte na luta contra o racismo ao atender as reivindicações do movimento negro na luta pelos direitos cívicos”, consubstanciando-se em um início de atuação mais social (*progressiva*) do Poder Judiciário; (ii) na década de 90, na Itália, ocorreu a prisão “de várias centenas de grandes empresários e políticos” envolvidos com corrupção (“Operação Mãos Limpas”), desestruturando o corrupto “sistema político italiano do pós-guerra”.³

Nos países da América Latina, o protagonismo do Poder Judiciário passou a ser sentido na década de 80. Antes desse período, a atuação do Poder Judiciário era considerada fraca, tendo como função precípua a mera aplicação da “letra da lei emprestada do modelo europeu”, sem poder para controlar os atos do Poder Executivo. Duas realidades eram vislumbradas: as elites não queriam que o Judiciário interferisse nos seus atos e a esquerda revolucionária não via o Judiciário como mecanismo importante para promover a justiça social.⁴

O final dos anos 80 significaram uma mudança de paradigma: o sistema judicial adquire uma forte proeminência e as agências de ajuda internacional passam a “dar prioridade aos programas de reforma judicial e de construção do Estado de Direito, em muitos países em desenvolvimento”.⁵

O protagonismo do Poder Judiciário, no entanto, provém da ineficiência do Estado/Executivo. Suécia e Holanda, que têm excelentes sistemas de Estado de bem-estar, têm baixas taxas de litigância. A litigância (e o protagonismo do Poder Judiciário), portanto, tem a ver com a cultura jurídica e política; com um nível de efetividade da aplicação dos direitos; e com a (in)existência de estruturas administrativas que sustentam a aplicação dos direitos.⁶

Essa realidade não é diferente no Brasil. Santos destaca a Constituição de 1988 como “símbolo da redemocratização brasileira”, ampliando o rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e aqueles que considera como sendo os de terceira geração (meio ambiente, qualidade de vida e direitos do consumidor). Além dos

² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 13-14.

³ Op. cit., p. 14.

⁴ Op. cit., p. 11-12.

⁵ Op. cit., p. 12.

⁶ Op. cit., p. 17.

direitos, a Constituição de 1988 ampliou, também, os instrumentos e as instituições legitimadas para buscar sua implementação junto aos Tribunais.⁷

Deve-se admitir, porém, que “Constituições que crescem organicamente são muito melhores do que as que são feitas. Nenhum legislador sábio pode construir a melhor república; isso vem com a imitação da natureza, ‘em uma ampla duração de tempo e por uma grande variedade de acidentes’”.⁸ No entanto, na realidade brasileira, um mesmo ato constitucional consagrou direitos⁹ que, em outros países, foram conquistados num longo processo histórico.

Os Direitos Humanos são um fenômeno social e sua proliferação, para Bobbio, ocorreu em virtude do aumento dos “bens considerados como merecedores de tutela”; do aumento dos sujeitos considerados titulares de direitos; da mudança do *status* do sujeito de direito, que passou de homem em abstrato (ser humano) para homem concreto (criança, idoso, mulher, pessoa com deficiência...)¹⁰

A consagração de direitos por meio de um documento constitucional¹¹ criou, na sociedade, grande expectativa de que o Poder Executivo pudesse atender esses direitos e as garantias. O governo, porém, não teve tempo suficiente para consolidar políticas públicas e sociais para atender a essas expectativas, o que gerou a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais, já que, mesmo que a norma seja um instrumento válido, ela é “insuficiente para a determinação dos direitos e da cidadania”.¹²

Como resultado, a sociedade, frustrada com o Executivo, transfere suas expectativas ao Judiciário, buscando-o como forma de coagir o atendimento dos seus direitos. E pior: como deixar de conceder judicialmente tais direitos quando o trágico e o dramático se colocam cara a cara com o operador do direito, com seu sentimento de culpa e de responsabilidade por salvar a humanidade?¹³ A via judicial passou, assim, a ter credibilidade enquanto alternativa para alcançar direitos, diante das semelhanças ontológicas entre o que pede (sujeito de direitos) e que concede (juiz).

⁷ Op. cit., p. 17-18.

⁸ STRAUSS, Leo. *Natural rights and history*, p. 314 apud DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 167.

⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-588.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 68.

¹¹ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 136.

¹² Ibidem, p. 78.

¹³ DOUZINAS, op. cit., p. 253.

Em um primeiro momento, o Judiciário atendeu essas expectativas, passando a fazer a prestação social que a Administração Pública não fazia (determinando a concessão de medicamentos, de tratamentos médicos especializados e de exames médicos gratuitos, p. ex.). Em um segundo momento, porém, devido à morosidade, o Judiciário passa a ficar ineficiente no atendimento das reivindicações de direitos, devido à falta de condições financeiras e instrumentais¹⁴ e à dificuldade de lidar com uma Constituição compromissária, imbuída de “uma pluralidade de valores e princípios muitas vezes conflitantes”.¹⁵ Como resultado, os destinatários da Constituição de 1988 frustram-se com o Judiciário e sobre ele passa a recair a crítica da sociedade e dos meios de comunicação social.¹⁶ O protagonismo do Poder Judiciário passou a ser a causa de sua ineficiência.

O problema do protagonismo do Poder Judiciário tem sido o modo de implementação de políticas públicas, já que “vivemos uma lógica da emergência sob a camisa-de-força de uma lógica da racionalidade burocrática que tudo dificulta”, de forma que “quando a sociedade necessita de algo, em função do sistemismo e da burocracia, busca caminhos alternativos à política e ao direito tradicionais”.¹⁷ Os direitos sociais são tratados como um crédito que os cidadãos têm perante o Estado devedor, como no exemplo do direito à saúde: “Se uma pessoa não tem acesso a um determinado tratamento médico ou a um determinado medicamento, então é tarefa do Judiciário garantir que essa pessoa receba o tratamento e o medicamento necessários”.¹⁸

Em pesquisa realizada por estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sobre concessão de remédios para o tratamento de AIDS, constatou-se que, no período de janeiro 1997 a junho de 2004, em 93% das decisões o direito à saúde foi considerado como *individual*.¹⁹ Silva entende que esse estudo, mesmo sendo pontual, “reflete bem o enfoque que os juristas dão em geral à justiciabilidade dos direitos sociais”, ou seja, “como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados a direitos individuais”, ignorando seu caráter coletivo.²⁰

Assim, quando os juízes distribuem “tratamentos médicos de forma individual [...] sem considerar as políticas governamentais na área [...], podem estar prejudicando

¹⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 124.

¹⁵ Ibidem, p. 132.

¹⁶ SANTOS, op. cit., p. 18-21.

¹⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 131.

¹⁸ SILVA, op. cit., p. 588.

¹⁹ Ibidem, p. 594, 595.

²⁰ Ibidem, p. 595-596.

outras políticas públicas na área da saúde (ou em outras áreas), mesmo que eles consigam resolver alguns casos isolados”.²¹

Não se pode negar a importância dos direitos concedidos pelo Poder Judiciário nos casos individuais. No entanto, como esse atendimento individualizado significa uma microvisão²² dos casos individuais, deve-se atentar para o risco de que os Direitos Humanos sejam realizados em fragmentos, sem a totalidade que merecem. O aumento da quantidade de direitos torna impossível o atendimento de todos ao mesmo tempo, tornando normal a necessidade de recusar certa quantidade de direitos que deveriam ser essenciais e, portanto, sempre atendidos.²³ A hiperinflação de normas criando direitos, e de decisões judiciais concedendo-os, está limitando a atuação do Poder Executivo a atender aqueles que tiveram acesso à justiça!

O que fazer então? Se o Poder Judiciário não tem instrumentos suficientes para a eficiência de seu protagonismo, como fazer que os direitos humanos ultrapassem o caráter de *promessa constitucional*?²⁴

2 A sociologia da burocracia e a eficiência do Poder Público

É inegável o tamanho que qualquer Estado-Nação possui no que se refere à sua estrutura de serviços, pessoal, prédios e demais instrumentos voltados à consecução de direitos conquistados e garantidos. Para o funcionamento dessa estrutura, é necessária uma organização burocrática, sem a qual não ocorre eficiente atendimento a esses direitos.

Nesse sentido, Weber identificou a administração burocrática como a “moderna forma de organização”, sendo o “tipo monocrático de burocracia” o meio capaz “de atingir o mais alto grau de eficiência”.²⁵ O desenvolvimento da administração burocrática seria “o mais crucial fenômeno do moderno Estado ocidental”.²⁶

Weber trabalha, assim, com o conceito de racionalização que, na síntese de Oliveira Júnior,

²¹ SILVA, op. cit., p. 596. E acrescenta o autor: “Ainda que não se queira discutir o que é mais importante combater, o certo é que os juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, não têm em mente a dimensão global das políticas de saúde, como seria importante ter. Assim, se não há recursos para tudo, e se a decisão do juiz deve ser cumprida, o dinheiro terá de sair de outras áreas.” (op. cit., p. 597).

²² “Microvisão”, aqui, não quer significar “mente pequena”, nem miopia, mas a visão de uma parte destacada do todo.

²³ HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Trad. de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 55.

²⁴ SILVA, op. cit., p. 592.

²⁵ WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: construção do tipo ideal. In: CAMPOS, Edmundo (Org.). *Sociologia da burocracia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 24.

²⁶ *Ibidem*, p. 25.

trata-se de um processo [...] que tende essencialmente a realizar um tipo de organização da vida social segundo o qual as relações dos homens entre si e com seu ambiente são diferenciadas e coordenadas de tal modo a fazer com que os meios empregados sejam previsíveis em seus efeitos e sejam, portanto, aptos a alcançar os objetivos desejados.²⁷

Os exageros na utilização da burocracia, no entanto, levaram-na a tornar-se um fim em si mesma e a ser apontada, no “consciente coletivo”, como instrumento do Estado para atrasar o atendimento dos anseios dos governados. Merton destaca que a “sociedade, em grande parte [...] realça as imperfeições da burocracia, como se deduz do fato de que a palavra ‘burocracia’ se converteu em um insulto”.²⁸

Weber considerava, porém, que “seria ilusão imaginar que o trabalho administrativo contínuo pudesse ser executado, em qualquer setor, sem a presença de funcionários trabalhando em seus cargos”, de forma que a administração burocrática tornou-se “indispensável para o atendimento das necessidades da administração de massa”.²⁹ “A administração burocrática significa, fundamentalmente, o exercício da dominação baseado no saber. [...] Através da atividade no cargo [as organizações burocráticas] ganham um conhecimento especial dos fatos e dispõem de uma bagagem de material documentário, exclusiva deles”.³⁰

Uma das vantagens do administrador burocrático é, assim, o conhecimento técnico que, aliado ao desenvolvimento tecnológico, aos métodos econômicos³¹ e ao planejamento estratégico, permite maior eficiência na consecução dos fins a que se propõe. Prova disso é que a organização das três esferas de governo obedece aos princípios burocráticos. A Constituição Federal brasileira preocupou-se, nesse sentido, em prever até com certo detalhe a repartição de competências no acesso à justiça, na elaboração de leis e na cobrança de tributos. Sem o “aparato burocrático [...] uma sociedade como a nossa [...] deixaria de existir”.³²

Weber aponta: dentre as “categorias fundamentais da autoridade racional legal”, a definição de uma “área específica de competência”, que permite benefícios como a divisão de trabalho e a prévia definição de instrumentos para o desempenho dessa competência. Isso permite maior racionalidade do dinheiro público: a divisão do trabalho permite o treinamento e a especialização de pessoal, que se torna mais apto

²⁷ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Revisitando Max Weber: em busca de raízes da diversidade cultural e do pluralismo jurídico. In: _____ (Org.). *Faces do multiculturalismo: teoria – política – direito*. Santo Ângelo: Ediuri, 2007. p. 95.

²⁸ MERTON, Robert King. Estrutura burocrática e personalidade. In: CAMPOS, Edmundo (Org.). *Sociologia da burocracia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 111.

²⁹ WEBER, op. cit., p. 25.

³⁰ Ibidem, p. 27.

³¹ Ibidem, p. 25.

³² Ibidem, cit. loc.

para desempenhar suas funções e para prestar atendimento mais rápido e mais eficaz da necessidade do cidadão; a prévia definição de instrumentos necessários permite sua aquisição antecipada, em maior quantidade e, portanto, a um preço mais acessível, permitindo, com essa economia, que outros direitos sejam atendidos.³³

Tomando-se como base o conceito e aplicação da sociologia da burocracia, é possível definir o planejamento do orçamento público como instrumento da organização burocrática passível de conferir maior racionalidade ao dinheiro público, já que “planejar é decidir antecipadamente o que fazer, de que maneira fazer, quando fazer, e quem deve fazer” possibilitando “a ocorrência de coisas que de outra forma não ocorreriam”.³⁴

Para que um planejamento seja eficiente, no entanto, deve haver “confiança no [seu] desempenho e estrita observância das normas”.³⁵ Uma ação externa que impeça ou modifique a execução do planejamento orçamentário realizado demonstra falta de confiança no seu desempenho e retira-lhe a eficiência.

Assim, temos, até aqui, um paradoxo: a execução do orçamento público previamente planejado racionaliza a utilização do dinheiro público e possibilita a melhor concretização dos direitos humanos; na prática, porém, o prévio planejamento não tem significado essa melhor concretização dos direitos humanos, levando as decisões judiciais a tentar fazê-lo.

3 Dos fragmentos à totalidade

O atendimento de casos individuais representa uma microvisão dos direitos envolvidos no processo judicial, como se estivesse tratando de fragmentos de direitos (3.1). Por outro lado, a visão do todo é possibilitada por meio do planejamento estratégico da estrutura da Administração Pública em prol de um atendimento mais amplo dos direitos humanos (3.2).

3.1 A microvisão dos casos individuais

O juiz, normalmente, tem a visão do caso individual, e não tem instrumentos para analisar a repercussão de suas decisões em vários casos individuais. O problema é que todos os seres humanos são sujeitos dos Direitos Humanos, desde o nascimento (e, às vezes, desde a concepção) até a morte.³⁶ “No limite, todos os desejos vão ser legalizados, todos os interesses farão surgir reivindicações aplicáveis e a plena

³³ Op. cit. loc.

³⁴ KOONTZ, Harold; O'DONNELL, Cyril. *Princípios de Administração...*, p. 85.

³⁵ MERTON, op. cit., p. 115.

³⁶ DOUZINAS, op. cit., p. 242.

humanidade será alcançada, um estado que, como acreditam Villey, Strauss e Legendre, conduzirá à total dissolução do compromisso social e não ficará muito distante da desumanidade total.”³⁷ Se a saúde, o meio ambiente, a educação, a moradia... são direitos de todos e dever do Estado, como eles serão implementados, já que a escassez de provisão deixará algumas demandas sem atendimento?³⁸ Quem escolherá a prevalência de um direito sobre o outro, já que não cabem todos no mesmo orçamento?

Burke³⁹ entendia que não adiantava discutir “o direito abstrato de um homem à alimentação ou aos medicamentos”, o foco deveria estar “em encontrar o método pelo qual se deve fornecê-la [a alimentação] ou administrá-los [os medicamentos]”. E acrescenta Burke: “Nessa deliberação, aconselharei sempre a que busquem a ajuda de um agricultor ou de um médico e não de um professor de metafísica.”⁴⁰ Ou seja, é mais importante saber exercitar os direitos do que questioná-los.⁴¹

Santos demonstra que o sistema judicial não tem sido suficiente para construir a democracia, ao destacar o crescimento das desigualdades sociais. Traz como exemplo o fato de que, em alguns lugares da África, as mulheres caminham cerca de 10km (dez quilômetros) por dia para pegar água para a família. Em uma análise mais ampla, relata que as 500 pessoas mais ricas do mundo tinham o mesmo rendimento que os 40 países mais pobres com 416 milhões de habitantes.⁴²

O problema é que conjuntos de direitos individuais não são, necessariamente, direitos humanos. A vontade individual foi promovida à vontade geral:⁴³ quando se ordena ao Poder Público a concessão de um medicamento ou de uma vaga em escola pública, o que está sendo atendido é um direito individual, embora disfarçado de *direito de todos*. Porque, se realmente saúde fosse considerada como direito de todos, não se atenderia a um pleito individual sem considerar o efeito dessa decisão nos direitos da comunidade. O direito passou a ser “uma capacidade pública conferida ao indivíduo, para permitir-lhe obter seus objetos particulares de desejo” e a “ordem social baseada em direitos” passou a compreender “a soma total de sujeitos jurídicos” e a ter “pouca existência orgânica ou organização estrutural”.⁴⁴ Os direitos humanos passaram a ser a

³⁷ Ibidem, p. 249.

³⁸ BUSTELO, Eduardo S. Planejamento e política social: a dialética do possível. In: BROMLEY, Ray; BUSTELO, Eduardo S. *Política x técnica no planejamento: perspectivas críticas*. São Paulo: Brasiliense e Unicef, 1982, p. 141.

³⁹ *Reflexões sobre a Revolução em França*. Trad. de Renato de Assumpção Faria. 2. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1997, p. 89-90 apud DOUZINAS, op. cit., p. 165.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ STRAUSS, Leo. *Natural Rights and History*, Chicago: University of Chicago Press, 1965, p. 310-311 apud DOUZINAS, op. cit., p. 165.

⁴² SANTOS, op. cit., p. 10.

⁴³ DOUZINAS, op. cit., p. 243.

⁴⁴ Ibidem, p. 248.

soma de fragmentados direitos individuais; “os direitos modernos não têm limites inerentes sobre eles: eles constituem a legalização do desejo e, como tal, a santificação do ilimitado individual [...] A lei traduz o desejo em direito e o transforma no fundamento do compromisso social”.⁴⁵

Essa realidade não pode ser resolvida em fragmentos que, aparentemente, tornam efetivos direitos de *todos* mas que, na prática, excluem muitos da cidadania.⁴⁶ É necessário um planejamento amplo com a alocação consciente de recursos financeiros.

Para que a resposta do governo seja considerada proveniente de planejamento precisa:

- 1) ser resultado da análise de um conjunto de alternativas possíveis;
- 2) consistir numa intervenção programada na comunidade com o fim de produzir efeitos previamente definidos; e
- 3) ter como modelo-base ou final algum tipo de sociedade alternativa que dê uniformidade aos diversos tipos de respostas.⁴⁷

Percebe-se, assim, que uma decisão judicial dificilmente pode ser considerada *planejada*,⁴⁸ (1) pois ao juiz não são dadas informações suficientes para que possa escolher um “conjunto de alternativas possíveis”; (2) porque o órgão judicial, por vezes, tem à sua frente um caso individual que precisa de rápida solução, o que impede uma “intervenção programada” para a produção de “efeitos previamente definidos”; (3) porque ao juiz é dada a limitada realidade do caso individual, o que o impede de visualizar “algum tipo de sociedade alternativa que dê uniformidade aos diversos tipos de respostas”.⁴⁹

3.2 A macrovisão do planejamento estratégico

Na teoria da administração, cinco são as funções administrativas básicas: “planejamento, organização, designação de pessoal, direção e controle”.⁵⁰ Transpondo-se essa ordem de funções ao Poder Público e às políticas públicas, é comum associar-se a função de controle ao Poder Judiciário. Para exercer essa função, o órgão judicial ideal “define os padrões para medir o desempenho, checka o funcionamento, corrige os

⁴⁵ *Ibidem*, p. 249.

⁴⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 77.

⁴⁷ BUSTELO, op. cit., p. 141-142.

⁴⁸ Na concepção de BUSTELO, na obra acima citada.

⁴⁹ BUSTELO, op. cit., p. 142.

⁵⁰ KOONTZ; O'DONNELL, op. cit., p. 83. Mauro Giacobbo prevê como funções administrativas básicas o planejamento, organização, direção e controle (“O desafio da implementação do Planejamento Estratégico nas organizações públicas”. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 28, n. 74, p. 75, out./dez. 1997).

desvios ou discrepâncias, garante que o planejamento seja realizado”.⁵¹ Daí se percebe o motivo de seu abarrotamento: ele é a última *chance* de realização dos Direitos Humanos.

Assim, a eficácia das políticas públicas não depende de esforços centrados no seu *controle*. É preciso dedicar-se à “primeira das funções básicas da administração”:⁵² o planejamento. Este é a base da organização, da direção e do controle, e permite definir “onde se pretende chegar, o que deve ser feito, quando, como e em que seqüência”, de forma que “a qualidade dos planos depende da consistência, das características e da forma como o processo de planejamento é praticado. A busca de informações, a definição precisa dos objetivos, a previsão de alternativa, a predominância da ação e o dinamismo são requisitos básicos ao processo de planejamento”.⁵³

Por meio do planejamento, o governante prevê os recursos humanos, financeiros e materiais de que necessitará para alcançar “objetivos e metas parciais pré-escolhidos” devendo “considerar a natureza do futuro em que as decisões e ações planejadas devem operar”.⁵⁴

O planejamento, de iniciativa e execução do Poder Executivo, e o controle, de competência do Poder Judiciário, são inseparáveis, são os “irmãos siameses”⁵⁵ das políticas públicas. No entanto, “a ação não-planejada não pode ser controlada, pois o controle” deve servir para manter a rota preestabelecida e corrigir “os desvios dos planos”.⁵⁶

O planejamento orçamentário permite ao administrador público “fazer antecipadamente... uma compilação numérica do fluxo de numerário esperado, de receita e despesas, de investimentos, ou utilização de homens-horas ou máquinas-horas”.⁵⁷ Mas um plano só “é eficiente quando, posto em ação, consegue atingir os objetivos com um mínimo de conseqüências indesejáveis”,⁵⁸ ou seja, quando consegue atingir o máximo de políticas públicas possível. “O planejamento minimiza os custos mercê da ênfase na operação eficiente e na coerência. Substitui a atividade individual e fragmentária por esforço equilibrado e julgamentos improvisados por decisões deliberadas”.⁵⁹

⁵¹ GIACOBBO, op. cit., p. 75-76.

⁵² Ibidem, p. 75.

⁵³ Ibidem, p. 75-76.

⁵⁴ KOONTZ; O'DONNELL, op. cit., p. 83.

⁵⁵ Expressão utilizada por KOONTZ; O'DONNELL, op. cit., p. 87, relacionando-se à correlação entre planejamento e controle na administração de empresas.

⁵⁶ KOONTZ; O'DONNELL, op. cit., p. 87.

⁵⁷ Ibidem, p. 95.

⁵⁸ Ibidem, p. 88.

⁵⁹ Ibidem, p. 98.

Reconheça-se, no entanto, que um planejamento malfeito das políticas públicas leva o Poder Judiciário à árdua tarefa de fazer em fragmentos (casos individuais) o que o Poder Executivo deveria fazer no todo, por ter a visão global e a possibilidade de fazer uma “abordagem racional do futuro”.⁶⁰ O que fazer, então, para que o planejamento seja eficiente a ponto de desafogar o Poder Judiciário?

4 A formação do planejamento orçamentário

Uma proposta de resposta está na formação do planejamento orçamentário, iniciando-se com uma abordagem do planejamento do orçamento público como dever do Poder Executivo (4.1), passando-se à necessidade de comunicação do planejamento das atividades públicas (4.2), para chegar à proposta de um planejamento estratégico formado com a participação do público (4.3).

4.1 Planejamento orçamentário como dever do Poder Executivo

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar Federal 101, de 4 de maio de 2000), define como gestão fiscal responsável aquela que contém

[...] ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar (art. 1º, § 1º).

O art. 165 da Constituição Federal de 1988 determina que o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, são leis de iniciativa do Poder Executivo. Em consonância com o previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, percebe-se, assim, que o Poder Executivo tem a responsabilidade da gestão fiscal, que exige o desempenho de suas funções de forma planejada e transparente, para que eventuais riscos possam ser prevenidos e eventuais desvios sejam corrigidos. Para isso, o chefe do Poder Executivo propõe metas e fiscaliza seu cumprimento, cuidando para manter o equilíbrio entre receitas e despesas e a obediência às leis que envolvem finanças públicas.

Essa responsabilidade do chefe do Poder Executivo, de manter a regularidade fiscal do ente público que governa, confere-lhe a prerrogativa essencial de estabelecer as metas a serem seguidas pelo Poder Público. Isso porque cada objetivo e meta

⁶⁰ Ibidem, p. 103.

traçados por um ente público pressupõem determinada despesa, e essa depende das receitas cujo ingresso se planeja em um determinado período.

Ademais, o estabelecimento de metas fiscais é realizado pelo Poder Executivo com base na totalidade das políticas públicas sob sua responsabilidade. O planejamento e a previsão orçamentária, no entanto, são mitigados quando o Poder Judiciário passa a eleger outras prioridades de aplicação dos recursos públicos. O julgador decide cada caso individualmente, ordenando o deslocamento de recursos públicos para atendê-lo, mas sem sopesar a realidade de que a concessão de determinado direito repercute na impossibilidade de atendimento de outros direitos.

Enquanto isso, ao Poder Executivo compete vislumbrar o todo, o que lhe confere uma melhor posição para eleger prioridades em virtude da escassez de recursos. Essa *posição privilegiada* do Poder Executivo, porém, não tem significado eficiência do orçamento por ele planejado.

4.2 Comunicação do planejamento

Mesmo um planejamento bem feito pode se tornar ineficaz se não for comunicado à sociedade e ao Poder Judiciário (como órgão de controle). Por meio da comunicação, os destinatários das políticas públicas e o órgão de controle podem conhecer os objetivos, as premissas, as diretrizes e os planos⁶¹ estabelecidos pelo governante, avaliando se foram corretamente estabelecidos e se estão sendo corretamente aplicados. Sem a comunicação do planejamento, os governados pensarão que seus direitos não estão sendo atendidos e pedirão a intervenção judicial para que isso ocorra.

No entanto, se os juízes também não foram informados do planejamento em execução, poderão emitir decisões que atendem aos direitos de algumas pessoas, mas prejudicam os direitos de outras, porque o planejamento estabelecido pelo Poder Executivo segue um caminho diferente da decisão judicial. Ou seja, os dois poderes têm o mesmo objetivo de realizar os direitos humanos, mas escolhem caminhos diferentes. E, como os recursos financeiros e patrimoniais são escassos, precisam ser divididos, uma parte realizando os Direitos Humanos da forma como o Poder Executivo planejou, outra parte o faz como o Poder Judiciário entendeu ser a melhor.

Note-se que a não efetividade dos Direitos Humanos fragmentados (por meio de casos individuais) não está relacionada à falta de capacidade ou de boa-vontade dos juízes, mas à falta de informações relacionadas ao planejamento do Poder Executivo quanto à sua concretização.⁶² Uma das soluções, assim, seria permitir aos juízes pensar

⁶¹ Ibidem, p. 217.

⁶² Ibidem, p. 217.

a concessão de direitos humanos de forma coletiva, estruturando-se os tribunais de forma a facilitar-lhes o acesso a informações complexas relacionadas à implementação de políticas públicas.⁶³

4.3 Planejamento e participação

A comunidade é a origem do planejamento, pois é dela que “surgem demandas e pressões que se dirigem ao governo. Este último, por sua vez, intervém como regulador e provedor”, procurando usar “recursos de todo o tipo, poderes e informação para prover e responder às diversas demandas da comunidade”.⁶⁴ A construção de um planejamento de políticas públicas exige a percepção de componentes sociais, políticos e econômicos, e o estabelecimento de meios para a combinação e interação desses componentes.⁶⁵

A existência de um problema e a necessidade de solucioná-lo exige *diálogo* entre comunidade e governo; a solução pode exigir uma ação do governo ou uma abstenção.⁶⁶ Recebida a demanda, o governo, por meio de órgãos auxiliares e de autoridades políticas, elabora uma série de alternativas, dentre as quais uma será escolhida para responder à demanda original. Essa escolha levará em conta critérios pessoais das autoridades políticas, mas também sua viabilidade física e política.⁶⁷

As vantagens da participação popular na elaboração do orçamento são assim enumeradas por Torres: fortalecimento da cidadania; escolhas de políticas públicas conforme critérios diferentes daqueles pensados pelos órgãos de representação; demonstração ao cidadão do custo das políticas públicas. Porém, desvantagens também são apontadas pelo citado doutrinador: enfraquecimento da representação política; manipulação de alguns poucos que se disponham a participar; necessidade de formação técnica da comunidade para o real entendimento das questões orçamentárias expostas; ausência de mecanismos para vislumbrar as necessidades macroeconômicas.⁶⁸

Embora não se negue que tais desvantagens precisam ser superadas, não se pode deixar que o detentor do poder, sozinho, decida o conteúdo da futura lei orçamentária. Barbosa disse que “nos governos onde um monarca hereditário reúne em suas mãos um conjunto de prerrogativas poderosas, desse lado é que está o perigo para a

⁶³ SILVA, op. cit., p. 596 e nota de rodapé 21.

⁶⁴ BUSTELO, op. cit., p. 140. BUSTELO alerta, porém, que essa definição dos papéis não é estanque, já que existem demandas que se originam do governo, para ele próprio resolver, e outras que a comunidade resolve (provê) por si mesma, sem dirigi-las ao governo.

⁶⁵ Op. cit., loc.

⁶⁶ Ibidem, p. 141.

⁶⁷ Op. cit., loc.

⁶⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 104. v. V.

liberdade”.⁶⁹ Assim, a ineficiência do Poder Executivo em *ver o todo* faz surgir a necessidade de escolher outros participantes na elaboração dos projetos de lei orçamentárias.

Podem-se vislumbrar alguns benefícios dessa participação popular:

(1) eficiência da norma: os limites financeiros pelos quais passa o Estado, quando corporificados em um estatuto legal, devem prever o impacto que causarão nos seus destinatários no que se refere às políticas públicas que não poderão ser atendidas. “Um estudo do impacto da lei representa uma tentativa de averiguar como uma lei específica afeta a conduta e as atitudes daqueles indivíduos, grupos ou outras unidades relevantes situadas nas jurisdições onde essa lei vigora.”⁷⁰ E os destinatários das políticas públicas, previstas como metas na futura lei do plano plurianual sabem, com maior conhecimento de causa, a extensão e profundidade do problema a ser resolvido (por conviver com ele), e qual o melhor conteúdo que a lei deve ter para alcançar a solução;

(2) eficácia da norma: uma lei que leve apenas a um comportamento externo corre o risco de ser seguida por seus destinatários apenas enquanto acharem oportuno fazê-lo. De outro lado, os cidadãos que participam do estabelecimento de normas orçamentárias passam a ter uma disposição interior de respeitá-las e obedecê-las. Ou seja, se o conteúdo do planejamento previsto em lei é definido por seus destinatários, é mais provável que venham a cumpri-lo, pois considerarão a norma como algo criado também por eles, e não somente como uma ordem exterior

(3) respeito aos Direitos Humanos: o estabelecimento de metas por alguém que não participa de uma comunidade destinatária das políticas públicas delas provenientes, ou que não conhece a fundo as realidades e concepções dessa comunidade, pode gerar um desrespeito ao pluralismo e uma afronta a direitos considerados básicos por seus destinatários, já que “ninguém está certo de ter dominado e previsto todos os contornos de uma decisão”⁷¹ ou do conteúdo de uma norma. Daí a importância da liberdade de consciência e de expressão, respeitando-se o ponto de vista de outrem, pois, mesmo que sua opinião seja outra, no futuro pode ser considerada como a melhor.⁷² Assim, se os destinatários da lei definem seu conteúdo, diminui a possibilidade dessa lei ser contrária ao que a comunidade considera como conteúdo normativo dos Direitos Humanos e como políticas públicas necessárias para o seu atendimento.

⁶⁹ BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Atlântida, 1893. p. 171.

⁷⁰ LEMPERT, Richard. Estratégias de modelo de pesquisa no estudo do impacto da lei: o controle de hipóteses plausíveis contrárias. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Org.). *Sociologia e direito: leituras básicas de sociologia jurídica*. São Paulo: Pioneira, 1980. p. 99.

⁷¹ HAARSCHER, op. cit., p. 71 (destaque no original).

⁷² Op. cit., loc.

A implementação de políticas públicas que realizam os Direitos Humanos pressupõe a prática da democracia como instrumento de “dialética entre Estado e sociedade civil”.⁷³ Mas “a participação popular na elaboração do orçamento, que vem sendo estampada em inúmeras leis municipais e estaduais, não vincula o chefe do Poder Executivo”.⁷⁴ Por isso, a participação popular na elaboração do orçamento deve envolver a *mobilização social na sua execução*, levando-se em conta que, nas democracias, os governados podem tentar modificar a execução deficiente de um planejamento ideal “através do seu voto, da sua acção intelectual, da sua participação na vida pública”.⁷⁵

5 Considerações finais: a necessidade do planejamento orçamentário

“Os direitos sociais e transindividuais [...] requerem, necessariamente, uma intervenção ativa do Estado” por meio de uma “organização dos serviços públicos”⁷⁶ direcionada a essa finalidade. “Conforme observaram Burke e Marx muito tempo atrás, possuir um direito em termos abstratos não significa muito se os recursos materiais, institucionais e emocionais para sua concretização não estão disponíveis”,⁷⁷ já que “nada escapa ao império da lei que, a fim de realizar suas tarefas, precisa de veículos para dotar de prerrogativas e deveres, competências e obrigações”.⁷⁸ Propõe-se, assim, que o planejamento orçamentário seja o *veículo* capaz de realizar as *tarefas das leis* para a consecução dos Direitos Humanos.

Declarar direitos sem indicar as condições para sua implementação já faz parte de “versões normativas anteriores” às “teorias contemporâneas dos direitos”; estas, reconhecem que a concretização dos direitos dependem do seu contexto.⁷⁹ A formulação prévia do planejamento orçamentário permite ao Poder Público a “definição de objetivos, programas, projetos e metas” para a realização das políticas públicas formuladas.⁸⁰

Mas o “processo de determinação das políticas públicas vigentes numa determinada época é, quase sempre, uma operação bastante complexa”.⁸¹ Exige-se, em primeiro lugar, um planejamento governamental, no qual se preveja um

⁷³ OLIVEIRA JUNIOR, op. cit., p. 76.

⁷⁴ TORRES, op. cit., p. 103.

⁷⁵ HAARSCHER, op. cit., p. 30- 31.

⁷⁶ BOBBIO, op. cit., p. 72 e OLIVEIRA JÚNIOR, op. cit., 2000, p. 76.

⁷⁷ DOUZINAS, op. cit., p. 240.

⁷⁸ Ibidem, p. 235.

⁷⁹ Ibidem, op. cit., p. 240.

⁸⁰ SANCHES, Osvaldo Maldonado. A participação do Poder Legislativo na análise e aprovação do orçamento. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 33, n. 131, p. 60, jul./set. 1996.

⁸¹ Ibidem.

conjunto de ações objetivas – programáticas – estabelecidas com vistas a ampliar o conhecimento sobre a realidade presente – inclusive quanto aos recursos efetivamente disponíveis e/ou mobilizáveis –, a delinear o futuro desejado (e factível) e a articular as providências que permitam passar a situação presente para a desejada.⁸²

Em segundo lugar, é necessário haver a “alocação de recursos” para “estabelecer decisões e providências que viabilizem a prestação de serviços, a ampliação no nível de atendimento a determinadas” políticas públicas, “a realização de empreendimentos e a solução de problemas, imediatos ou futuros, com grande efetividade na produção de resultados e na aplicação dos recursos públicos”.⁸³

O Plano Plurianual (PPA) serve, assim, como “moldura institucional” para atuação do Poder Público, “mediante a enunciação das diretrizes, objetivos e metas da administração... para as despesas de capital e para as relativas aos programas de duração continuada... e para a formulação dos planos nacionais, regionais e setoriais”. O “delineamento das ações... deve ficar a cargo de outros instrumentos: 1) da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO); e 2) da Lei Orçamentária anual (LOA) e dos créditos adicionais”.⁸⁴

Percebe-se, assim, que o Poder Público tem os instrumentos para, de forma genérica (PPA) e detalhada (LDO e LOA), destinar esforços e recursos para o atendimento das políticas sociais e, por consequência, para a realização dos Direitos Humanos.

O Poder Executivo, ao elaborar seu orçamento, deve vislumbrar todas as áreas que precisam ser atendidas, os recursos financeiros que precisará alocar para essas áreas e as ações que precisará desenvolver para captar esses recursos. A consolidação e implementação dos direitos previstos nas leis orçamentárias, no entanto, “precisa estar vinculada a uma visão sociológica e política do jurídico, assim como a uma visão jurídica da política”.⁸⁵ Não basta o reconhecimento teórico desses direitos para que se tornem efetivos.⁸⁶

Além disso, não basta qualquer planejamento para se dizer que houve a efetiva macrovisão do Poder Executivo. Um planejamento efetivo de planos de governo não se concretiza sem um estudo sério da realidade atual e uma projeção equilibrada da realidade futura. Um governo, que estabelecesse um planejamento dessa forma, sentiria menos a mudança de planos proveniente de uma ordem judicial, até mesmo porque é

⁸² Ibidem, p. 60-61.

⁸³ Ibidem, p. 61.

⁸⁴ Ibidem, p. 62-63.

⁸⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, op. cit., 2000, p. 75.

⁸⁶ Ibidem.

possível que o conteúdo dessa ordem estaria, em linhas gerais, previsto no planejamento do Poder Executivo.

O processo de planejamento exige a visão conjunta quantitativa de políticas econômicas e sociais e a definição precisa das etapas a serem seguidas,⁸⁷ conjugando-se o conhecimento da situação a ser resolvida e a iniciativa da tomada de decisões.⁸⁸

A definição de uma sociedade que busca desenvolver a política social integrada à ordem política e econômica precisa conjugar vontade e viabilidade. A *vontade* de desenvolver políticas públicas deve estar implícita no comportamento do governante. No entanto, se não vier acompanhada da *viabilidade* caminhará para tornar-se um “voluntarismo ingênuo dos utópicos clássicos”. A viabilidade deve ser analisada sob dois aspectos: viabilidade física: “os recursos naturais, humanos, técnicos e de capital” devem ser “suficientes para produzir os bens e serviços necessários”; viabilidade política: as forças políticas que apoiam o planejamento efetuado devem ter força suficiente para executá-lo.⁸⁹

Para que haja apoio de forças políticas suficientes, o *planejamento* deve ser “participativo e não autoritário... o que significa a existência de uma sociedade democrática”; além disso, o planejamento “deve ser flexível para alcançar sua viabilidade política”.⁹⁰

A legitimação da decisão político-administrativa assume fundamental importância na conjuntura atual de escassez de recursos e demandas crescentes. Assegurar a participação da sociedade é conferir transparência aos critérios de escolha das alternativas e garantir maior efetividade às ações e à própria organização.⁹¹

Existem, ao menos, três benefícios da participação popular na construção da lei: os destinatários da lei orçamentária sabem, com maior conhecimento de causa, quais políticas públicas devem ser buscadas, já que convivem com o problema a ser resolvido pela norma; se a alocação de recursos é definida por seus destinatários, aumenta consideravelmente seu grau de eficácia; se os destinatários da lei orçamentária definem o conteúdo das metas a serem seguidas pelo Poder Público, diminui a possibilidade dessa lei ser contrária ao que a comunidade considera como conteúdo normativo mínimo de Direitos Humanos.

⁸⁷ BUSTELO, op. cit., p. 134.

⁸⁸ WATERSON, Alvert. *Development planning: lessons of experience*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1965, p. 8 apud BUSTELO, op. cit., p. 134, nota de rodapé 2.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 138.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 139.

⁹¹ GIACOBBO, op. cit., p. 99.

No entanto, apesar de propor-se, aqui, o planejamento orçamentário eficaz, como um instrumento que auxilia a realização dos Direitos Humanos, não se pode esquecer que o orçamento tem caráter meramente autorizativo,⁹² o que exige a mobilização social para que, tendo sido eficiente e participativo o planejamento do orçamento público, seja eficaz sua execução.

Referências

AZEVEDO, Tupinambá Miguel Castro. *Da tributação e do orçamento na nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Atlântida, 1893.

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

BUSTELO, Eduardo S. Planejamento e política social: a dialética do possível. In: BROMLEY, Ray; BUSTELO, Eduardo S. *Política x técnica no planejamento: perspectivas críticas*. São Paulo: Brasiliense; Unicef, 1982.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GIACOBBO, Mauro. O desafio da implementação do Planejamento Estratégico nas organizações públicas. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 28, n. 74, p. 73-107, out./dez. 1997.

HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Trad. de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

KOONTZ, Harold; O'DONNELL, Cyril. *Princípios de administração: uma análise das funções administrativas*. 10. ed. Trad. de Fernando G. Carmona e Paulo C. Goldshmidt. São Paulo: Pioneira, 1976. v. 1.

LEMPERT, Richard. Estratégias de modelo de pesquisa no estudo do impacto da lei: o controle de hipóteses plausíveis contrárias. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Org.). *Sociologia e direito: leituras básicas de sociologia jurídica*. São Paulo: Pioneira, 1980. p. 99-107.

MERTON, Robert King. Estrutura burocrática e personalidade. In: CAMPOS, Edmundo (Org.). *Sociologia da burocracia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 107-124.

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

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Revisitando Max Weber: em busca de raízes da diversidade cultural e do pluralismo jurídico. In: _____ (Org.). *Faces do multiculturalismo: teoria – política – direito*. Santo Ângelo: Ediuri, 2007.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. A participação do Poder Legislativo na análise e aprovação do orçamento. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 33, n. 131, p. 59-77, jul./set. 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

⁹² SANCHES, op. cit., p. 76.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. O planejamento do orçamento público como Instrumento de Realização dos Direitos Humanos. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *Cultura e prática dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 105-123.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. V.

WATERSON, Alvert. *Development planning: lessons of experience*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1965, p. 8.

WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: construção do tipo ideal. In: CAMPOS, Edmundo (Org.). *Sociologia da burocracia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 15-28.

A ação popular como instrumento legal da cidadania ecológica

Moisés João Rech* – Renan Zenato Tronco** – Wolmer Rogério da Cunha Nunes***

Resumo: O artigo analisa a ação popular como meio de exercício de cidadania na proteção do meio ambiente. O objetivo central do estudo é demonstrar a aplicação da ação popular por meio da educação ambiental. Como linha metodológica foram utilizadas como referencial teórico as obras de Teori Albino Zavascki, *Processo coletivo* (2014) e Enrique Leff, *Saber ambiental* (2004). Ademais, foram utilizadas obras de outros autores e documentos jurídicos. Entre as principais conclusões, destaquem-se estas: a ação popular necessita de prévio conhecimento do cidadão para sua eficácia; o desenvolvimento social implicou a necessidade de positivar o princípio do desenvolvimento sustentável; o direito está à frente da evolução da consciência ambiental; a educação ambiental possibilita a formação de um cidadão ecologicamente ativo.

Palavras-chave: Ação popular. Sustentabilidade. Educação ambiental. Cidadania.

1 Introdução

A mudança do comportamento social tem sido um reflexo constante da evolução da participação do cidadão no exercício de sua liberdade de expressão, sobre variados temas. As novas tecnologias, os ininterruptos canais de informação e a facilidade de comunicação a distância tem trazido aos debates cotidianos de quaisquer grupos assuntos que décadas antes sequer seriam pauta informativa. Porém, esta mesma evolução, regida pelo sistema econômico predominante, faz com que o uso dos recursos naturais seja agressivo e desenfreado, resultando na já existente crise ambiental. Ainda que a civilização não trate o tema com a real importância que lhe cabe, esta crise está, mesmo que superficialmente, sob o conhecimento geral da população, fazendo parte do senso comum.

Outrossim, apesar do sistema democrático idealizar um governo, em que o poder é exercido pelo povo e para o povo, com a consequente defesa dos interesses da coletividade, são nítidas as ineficiências da manutenção ampla dos direitos fundamentais por parte do Estado. Como se não bastasse, o próprio Estado acaba, por vezes, a realizar ato em detrimento dos direitos dos cidadãos, pondo em risco a garantia de gozo daquele bem. O fluxo comum à evolução do direito é de, identificada a lacuna normativa que deixa desprotegido determinado bem fundamental às pessoas, passar a

* Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – RS.

** Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – RS.

*** Servidor Público Federal. Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – RS.

legislar e zelar por este bem. Ocorre que, em se tratando do direito ambiental, a Constituição Federal de 1988 já previu os princípios da proteção e defesa do meio ambiente, bem como o desenvolvimento sustentável. Ainda, permite que o cidadão comum possa, por meio de ação popular, defender seus direitos diante das ofensas proferidas pelo Estado.

A ação popular certamente é um mecanismo de exercício da cidadania; todavia, seu uso torna-se um desafio para o cidadão comum. A identificação da hipótese de seu uso, a forma como deve ser proposta e o resultado esperado, diante da análise judicial, configuram-se como incógnitas que obstaculizam a participação cidadã, minorando a atuação cidadã na defesa de interesses da coletividade. Esta deficiência instrutiva do cidadão não está somente vinculada ao desconhecimento do direito e de sua operacionalidade, mas também relaciona-se com a falta de conhecimento sobre as matérias ambientais, sobre a importância do meio ambiente e a inexistência de uma consciência ecológica, que possa permitir a evolução dos seres humanos para um convívio de maior harmonia com a natureza. Assim, desenvolve-se este trabalho com o intuito de demonstrar que as ações populares são mecanismos de exercício cidadão, na tutela do meio ambiente, mas que sua eficácia depende da conscientização e educação ecológica.

2 A ação popular e a tutela ambiental

A possibilidade de participação ativa de toda a população, na defesa de seus direitos, é uma característica imprescindível na configuração do Estado de Direito. Não há exercício de democracia em uma organização social que admita o uso ilimitado dos poderes dos governantes perante o cidadão comum, nem diante da supressão das liberdades inerentes à dignidade humana coletiva e individual. Todavia, esta participação estará sempre condicionada à existência de mecanismos legais de atuação cidadã e instrução sobre como usá-los.

Ainda que haja a instituição constitucional do Ministério Público, incumbida de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, e a representação social por meio dos Poderes Executivo e Legislativo, os quais conceitualmente devem dar voz e existência aos anseios da população, à liberdade e capacidade de agir do cidadão comum, continuam sendo os maiores garantidores de seus interesses. Porém, este cidadão comum desconhece seu papel diante da garantia de seus direitos e da coletividade, assim como não compreende a amplitude de sua força e responsabilidade diante dos problemas atuais. Cite-se como exemplo o cerne ideológico

deste trabalho, a crise ambiental resultante do modo de vida e desenvolvimento da sociedade.

Embora difundido, mesmo que de maneira superficial, por canais de comunicação, a sobrecarga ecológica ocasionada pela ação do homem ainda não aderiu à consciência da maioria da população, que, muitas vezes, sequer busca compreender do que se trata, muito menos questiona qual seu papel neste cenário. Contudo, o ordenamento legal brasileiro não só prevê os princípios de respeito e defesa ao meio ambiente, como também proporciona os instrumentos para que haja a participação cidadã na defesa da “lesividade” dos atos políticos.

A ação popular, ferramenta processual em análise neste artigo, é uma garantia fundamental assegurada pela Constituição Federal do Brasil de 1988, no inciso LXIII, de seu afamado art. 5º e traz consigo o marco garantidor da participação do cidadão na defesa de seus interesses e da coletividade perante atos lesivos praticados pelo Estado. A busca de suas origens remete à *actio popularis* de Roma¹ tendo eclodido no direito moderno e contemporâneo em um texto de lei belga e posteriormente francês.² Já no ordenamento constitucional brasileiro, sua aparição ocorreu diante da Constituição de 1934, tendo permanecido desde então com exceção da Constituição de 1937.³

Em especial relevância ao contexto deste trabalho, ressalta-se que foi, na Constituição de 1988, incluída a tutela do meio ambiente. Esta constatação denota a ocorrência da valorização do bem jurídico ambiental, anteriormente ignorado. Não poderia ser diferente visto que a defesa do meio ambiente na Constituição Federal faz sua primeira menção no título que representa os direitos e as garantias fundamentais e transcende sua tutela diante dos arts. 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 129, III; 170, VI; 174, § 3º; 186 II, e todo o capítulo VI – *Do Meio Ambiente*. O atual entendimento sobre o conceito de ação popular pode ser extraído da obra de Mancuso:

No direito positivo brasileiro contemporâneo deve-se considerar *popular* a ação que, intentada por qualquer do povo (mais a condição de ser cidadão eleitor, no caso da ação popular constitucional), objetive a tutela judicial de um dos interesses metaindividuais previstos especificamente nas normas de regência, a saber: a) a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio público *latu sensu* (erário e valores artísticos, estéticos, históricos ou turísticos), no caso da ação popular constitucional, como resulta da interpretação sistemática: CF, art. 5º, LXXIII; LAP, art. 1º, § 1º, e art. 4º; [...].⁴

¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 48.

² *Ibidem*, p. 55.

³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 76.

⁴ MANCUSO, op. cit., p. 78.

Enquanto Mancuso utiliza a expressão “metaindividuais”, para classificar os interesses tutelados, encontra-se na já referenciada obra de Teori Zavascki o entendimento de que a ação popular é o exercício da cidadania em defesa dos direitos *transindividuais*. Por direitos transindividuais entende: direitos coletivos são subjetivamente transindividuais, sem titular determinado além de serem materialmente indivisíveis. Nos direitos coletivos, é múltipla sua titularidade, sendo indeterminada, originando sua transindividualidade. O direito coletivo, portanto, significa duas modalidades de direitos transindividuais, primeiro o direito difuso e segundo o direito coletivo *stricto sensu*. A natureza transindividual dos interesses tutelados pela ação popular é, segundo Zavascki,⁵ evidente quando o objeto é a proteção do meio ambiente, consolidando a ação popular como um instrumento de vanguarda na proteção dos interesses difusos da sociedade, em especial a defesa do meio ambiente. Dessa forma, o entendimento sobre os principais aspectos gerais da ação popular, como o objeto, a forma de sua propositura e os requisitos necessários, é um dos meios de exercício de cidadania na defesa dos interesses coletivos pelos instrumentos legais legítimos.

Ao tangenciar o âmbito estritamente processual das ações populares, busca-se aqui, estabelecer conectividade entre a propositura de uma ação popular e o exercício da cidadania como expressão da educação ambiental. Inevitavelmente, o aprofundamento da matéria prática de processo civil torna-se necessário, intuindo proporcionar a exposição dos pontos de convergência que resulte na referida conexão, a fim de que seja possível uma exposição da relação direta entre o exercício da cidadania por meio da educação ambiental voltada à defesa dos direitos da coletividade, no âmbito ambiental.

O objeto da ação popular pode ser extraído do texto do inciso que a prevê na Constituição Federal, ou seja, anular um ato que seja lesivo ao patrimônio público ou de entidade a qual o Estado tenha participação perante algumas categorias, entre elas o meio ambiente. Neste contexto, destaca-se a compreensão de que é necessário que haja um ato lesivo ao bem tutelado, para que se possa de fato buscar sua anulação. A extensão da ação popular, em anular atos lesivos ao meio ambiente, somente ocorreu com a Constituição de 1988, sendo notável que os objetos tanto da ação civil pública quanto da ação popular coadunem na tutela do meio ambiente. Segundo Zavascki,⁶ A propositura da ação popular que se destina à anulação de ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, é uma forma peculiar de ação civil pública que promove a tutela de direitos transindividuais.

Ainda relacionado ao objeto da ação popular, deve-se esclarecer que não se confundem a finalidade da ação com o seu objeto, vez que a finalidade é a defesa do

⁵ ZAVASCKI, op. cit., p. 79.

⁶ ZAVASCKI, op. cit., p. 87.

interesse coletivo. Já o objeto é a invocação da jurisdição para efetivar a finalidade buscada, diante da análise do objeto da demanda popular.⁷ A ação popular possui as características do procedimento comum ordinário, observando o ordenamento imposto pelo Código de Processo Civil.⁸ No que se refere à legitimidade ativa do proponente da ação, esta é destinada a “qualquer cidadão”, cabendo como prova de cidadania o título eleitoral ou documento de mesma valia, conforme ensina o inciso § 3.º do art. 1.º da Lei 4.717, de 1965. Na interpretação do texto de Lei que normatiza a ação popular, deve-se interpretar os sujeitos passivos de maneira classificatória, dividindo-os em três categorias. Conforme ensina Zavascki, devem figurar no polo passivo: “a) as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1.º [...]; (b) as pessoas responsáveis pela prática do ato lesivo e as que, por omissão, ‘tiverem dado oportunidade à lesão’; (c) as pessoas diretamente beneficiadas pelo ato lesivo”.⁹

A participação do Ministério Público estará fundamentalmente vinculada à atuação de fiscal da lei, é dizer, incumbe-lhe a defesa do ordenamento jurídico, e dos interesses individuais e sociais indisponíveis, tal como prescreve a Constituição Federal, em seu art. 127, *caput*, protegendo o interesse público. A desejada procedência da ação, resultando em uma sentença favorável ao pleito, terá decretada a invalidade do ato impugnado, condenando os responsáveis ao pagamento de perdas e danos além das custas e despesas relacionadas à ação, juntamente com os honorários de advogado. Ao contrário, na improcedência da ação, o autor só pagará os ônus sucumbenciais diante de comprovada “lide manifestamente temerária”. A Constituição assegura a isenção das custas judiciais e do ônus de sucumbência ao autor de boa-fé.

Por fim, o último aspecto especificamente processual a que cabe especial ressalva é o regime da coisa julgada. No melhor entendimento sintetizado sobre a coisa julgada na ação popular, destaca-se o seguinte ensinamento exposto por Zavascki:

O regime da coisa julgada é peculiar à natureza do direito tutelado (direito transindividual) e à circunstância de ter sido defendido em juízo por substituto processual. Assim, “a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova: neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (art. 18). Com tal regime (*secundum eventum litis*), põe-se o bem jurídico tutelado (que pertence a toda a coletividade) a salvo da atuação deficiente do substituto processual (autor da ação), que, por desídia, má-fé ou colusão, pode eventualmente ter favorecido ou concorrido para o juízo de improcedência.¹⁰

⁷ SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. rev., ampl. e aument. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 104.

⁸ ZAVASCKI, op. cit., p. 89.

⁹ *Ibidem*, p. 90.

¹⁰ *Ibidem*, p. 92.

O que extrai-se nitidamente das intenções do legislador e da conclusão do autor é que a coisa julgada, nas ações populares, prima pela segurança e garantia de que o objeto da ação, ou seja, o ato lesivo, não prevaleça diante da má-fé ou corrupção moral do autor da ação. A tutela do meio ambiente, mediante ação popular, recebe uma blindagem de maior calibre ao procedimento judicial conduzido por má-fé. Ainda, no conjunto de particularidades inerentes à ação popular, e mesmo na sua visão unitária geral, percebe-se que se trata de um valioso instrumento de tutela ambiental, que confere poderes ao cidadão de opor-se à ofensa de um direito elementar a toda coletividade. Todavia, mesmo que a previsão legal de tal ferramenta exista, não se trata de uma prática comum e rotineira a qualquer cidadão.

O cidadão, mais do que nunca, desempenha um papel fundamental na manutenção dos seus direitos garantidos constitucionalmente. Mas esse desempenho depende de um posicionamento proativo diante das decisões políticas, econômicas e sociais deliberadas direta ou indiretamente pelo Estado. O cidadão precisa estar preparado, com conhecimento e instrução prévios, de modo que sua reação possa ser imediata, eficaz e certa. Desta forma, a conclusão preliminar deste estudo gera duas premissas que serão desenvolvidas posteriormente: o direito dispõe de ferramenta cidadã válida para a tutela ambiental; o cidadão necessita de fomento educacional para exercer seu direito de forma plena.

3 Educação ambiental e cidadania

Os mecanismos judiciais, que visam assegurar os direitos conquistados pelos indivíduos e a coletividade, possuem sempre um contexto histórico e conjuntural para o seu acontecimento. Isto porque, na evolução da sociedade, são muitos os eventos que feriram os princípios hoje tutelados. A expansão de impérios, os movimentos de colonização, a exploração de riquezas naturais e de mão de obra escrava e outros diversos aspectos da transformação econômica suscitaram o desenvolvimento do direito nas questões sociais de interesse geral.

O constante esgotamento dos recursos naturais, usados como insumos de produção industrial e fomento comercial, trouxe consigo a evidência de uma crise ambiental que, mediante a irracionalidade ecológica, faz com que os padrões de produção e consumo, característicos propulsores do crescimento econômico, rumem a civilização para sua autodestruição. Além disto, em se tratando de meio ambiente, os danos ocasionados pela atuação humana podem ser irreversíveis, de modo que as ações exploratórias ocorridas no passado e que perduram em parte até hoje, atingiram e

atingem diretamente os direitos da coletividade, mediante a diminuição da biodiversidade disponível. Sobre isto, versa Leff o seguinte:

A exploração dos recursos dos países do Terceiro Mundo foi gerando danos irreversíveis em seus ecossistemas naturais; desta maneira, destruiu uma parte importante do seu potencial produtivo e impediu as alternativas sociais de organização de um processo produtivo mais equilibrado, igualitário e sustentável. A diminuição da diversidade biótica dos ecossistemas a partir da uniformização dos cultivos, mais tarde de suas variedades genéticas, foi degradando progressivamente a produtividade ecológica dos solos tropicais.¹¹

Todavia, é necessário que haja uma forma de coexistência entre o sistema econômico e a preservação ambiental. Ainda que exista um entendimento superficial do senso comum sobre a necessidade de proteger o meio ambiente, este ainda não tem sua valoração moral nos moldes necessários para promover uma significativa mudança comportamental, que possa de fato trazer resultados ecológicos favoráveis. Desta maneira, surge o conceito de desenvolvimento sustentável, como teoria que empreende pacificar a conturbada relação entre os interesses econômicos e os ambientais.

Tendo em vista o reconhecimento do princípio do desenvolvimento sustentável pela Constituição Federal, que também elenca o princípio da defesa do meio ambiente como geral à atividade econômica, entende-se que o desenvolvimento econômico estará sempre atrelado de forma indissociável à conduta sustentável de suas ações, que de forma ampla contemplará não só as dimensões econômica e ambiental, mas também as dimensões social, ética e jurídico-política, resultando em uma dialética da sustentabilidade.¹² Porém, mesmo que a Constituição tenha imposto sua tutela sobre o meio ambiente desde o ano de 1988, o desenvolvimento ambientalmente sustentável ainda não é percebido da forma como deveria pelo direito administrativo nos atos da Administração Pública.

A observância dos direitos fundamentais ainda resta deficitária sobre as relações administrativas, sendo a administração omissa, por exemplo, no controle estratégico de danos ambientais do mosquito da dengue e, mais recentemente, o surto de meningite na área da grande Porto Alegre. Muito embora existam amplas falhas na condução das políticas da administração e os princípios ambientais, é imprescindível que se mantenha a busca pela convergência de ambas as searas, sempre em favor da coletividade, constituindo um “Estado Sustentável”, melhor descrito pelo trecho de Freitas a seguir destacado:

¹¹ LEFF, Enrique. *Ecologia, capital e cultura: racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável*. Blumenau: Furb, 2000. p. 27.

¹² FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 25.

O Estado Sustentável, propriamente assimilado, implica na renovação completa da arquitetura teórica e prática, no âmbito das relações administrativas. Estas serão, a seguir, autenticamente reorientadas e redefinidas como relações cuja finalidade é o primado duradouro dos direitos fundamentais, tendo como um dos polos o Estado-Administração. Nada a ver com a supremacia vetusta e imediatista dos interesses subalternos, nem com a submissão a interesses particulares não universalizáveis.¹³

Conforme já demonstrado, o direito possui mecanismos de defesa do cidadão diante dos atos lesivos do Estado ao meio ambiente, por meio das ações coletivas, por exemplo. Além disso, também resta evidente a situação da crise ambiental que se agrava a passos largos mediante o sistema econômico predominante na civilização e que o reestabelecimento do equilíbrio entre homem e natureza depende do constante exercício multidisciplinar do princípio do desenvolvimento sustentável. O Direito está estruturado de maneira a tutelar o meio ambiente, os mecanismos processuais são fato consolidado no ordenamento, as informações sobre a gravidade da situação ambiental fazem parte das rotineiras notícias de diversos veículos de comunicação, mas ainda assim a proteção do meio ambiente está em um patamar ineficaz, demandando ampla reflexão sobre os motivos desta estagnação.

Certamente, ao longo desta ampla reflexão, o tema educação ambiental será um constante vetor sob análise, de modo que os objetivos ecológicos pleiteados passarão pelo processo educacional para a quebra dos paradigmas que impõem óbices à coexistência da sociedade com a natureza. A educação ambiental é um catalisador, que poderá garantir maior exercício de cidadania, na proteção dos interesses da coletividade.

É diante da conduta humana sobre a exploração dos recursos naturais que surge a necessidade de florescer uma veia cultural ecológica, que possa transformar a consciência do ser humano. O desenvolvimento de uma cultura ecológica é uma tomada de consciência dos entes sociais para que juntos mobilizem-se no exercício da cidadania em prol do meio ambiente.¹⁴

Uma das barreiras para o desenvolvimento da consciência ambiental é o fato de haver um conflito de interesses privados e públicos diante do acesso e a apropriação dos recursos naturais.¹⁵ A influência do poder econômico na gestão dos recursos disponibilizados pelo meio ambiente tende a corromper os princípios de sua proteção, em favor da geração de capital, demandando a politização da consciência ecológica, além da ampla participação do cidadão e da sociedade civil com o fim de predominância dos princípios ambientais, diante dos interesses de mercado. Sobre este movimento, Lima ensina o seguinte:

¹³ Ibidem, p. 286.

¹⁴ LEFF, op. cit., p. 211.

¹⁵ LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo; LAYRARGUES, Philippe Pomier; CASTRO, Ronaldo Souza de (Org.). *Educação ambiental: repensando o espaço da cidadania*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 140.

Politizar a questão e a educação ambientais supõe, portanto, a consideração do educando como portador de direitos e deveres, a abordagem do meio ambiente como bem público e o tratamento do acesso a um ambiente saudável como um direito de cidadania. Contudo, esse processo de conscientização ficaria incompleto se não incorporasse e estimulasse a participação social como uma prática objetiva que transforma a consciência cidadã em ação social ou cidadania participante. Os processos da cidadania e da participação guardam entre si uma relação de interdependência e complementaridade fundamental à afirmação e ao exercício da democracia genuína, pois, como mencionamos anteriormente, a cidadania necessita da participação social para assegurar sua concretização, dinamismo, crescimento e maturação. Em outras palavras, para que deixe de ser apenas uma ideia ou consciência de direitos passiva e assuma um caráter ativo de construção e materialização de conquistas requer também a participação contínua a fim de alimentar-se e manter-se viva, evitando-se, assim, a perda ou regressão dos direitos já reconhecidos socialmente. Por outro lado, a participação social pressupõe, para sua concretização e exercício, a cidadania entendida como conquista e reconhecimento de direitos.¹⁶

A prática da educação ambiental é imprescindível à toda sociedade, dada sua universalidade do dever de tutela do meio ambiente, que somente passou a receber a atenção no momento em que a efetiva degradação ameaça a qualidade de vida do cidadão, bem como sua sobrevivência. O movimento educacional se inicia no âmbito familiar e deve se estender por toda a sociedade, mudando a postura com a nova conscientização sobre os valores da preservação ambiental.¹⁷

Assim, o raciocínio resultante das reflexões e matérias deste trabalho podem ser resumidos da seguinte maneira: a educação ambiental, inserida desde o âmbito familiar e complementado pela escola, promoverá a formação de uma consciência cidadã mais apurada, de modo que o indivíduo possa exercer a defesa de seus direitos e da coletividade de forma hábil pelo instrumento processual da ação popular. O direito já está preparado para o “novo cidadão”, tendo modernizado o sistema processual por meio das ações coletivas, que deram excepcional amplitude ao exercício político da solidariedade, onde se pratica o direito comunitário.¹⁸

4 Considerações finais

A atual crise socioambiental, tida como reflexo do sistema econômico exploratório que acaba por esgotar os recursos naturais disponíveis em prol do acúmulo de riquezas é, na verdade, resultado de uma consciência consumerista, que demanda,

¹⁶ LOUREIRO; LAYRARGUES; CASTRO (Org.), op. cit., p. 141.

¹⁷ GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e meio ambiente*. Porto Alegre: Evangraf, 2007. p. 33.

¹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 319.

renova-se mediante a inovação tecnológica e conceitual dos seus produtos. Ainda, é ocasionada pela inércia do Estado no zelo ecológico mediante os interesses privados, juntamente com casos de envolvimento da própria Administração em atos lesivos ao meio ambiente.

Porém, ainda que haja interesses corporativos e estatais na exploração exacerbada dos recursos naturais, o direito, juntamente com a Constituição Federal brasileira, assegura a todo e a qualquer cidadão o direito de propor a ação popular, como remédio à atuação lesiva do Estado sob o meio ambiente. Todavia, este instrumento ainda possui tímida utilização, de forma que sua inobservância configura uma lacuna, para a atuação dos que não priorizam a preservação ambiental. Mais do que nunca, é necessária a quebra dos paradigmas que engessam aos movimentos proativos à tutela ambiental. O instrumento para a obtenção desta mudança é a educação ambiental, que, ao ser exercitada de forma exitosa resultará na formação de um novo cidadão, um cidadão ecologicamente consciente, participativo e protetor do meio ambiente.

O direito já está preparado para este cidadão, o constituinte originário elencou os princípios da sustentabilidade e da defesa do meio ambiente como fundamentais, incluiu no mecanismo das ações populares a possibilidade de pleito judicial para a efetividade dos princípios e para dar força de ação ao cidadão comum. O que fica nítido é que este cidadão comum ainda não está capacitado ao exercício de seus direitos, ao cumprimento de seus deveres de cidadão, e pior, não está pronto para assimilar a ideologia do direito comunitário, em que seus interesses individuais dão lugar ao coletivismo que trará benefícios universalizados.

Ainda que o direito tenha historicamente cunho reativo para as respostas dos problemas sociais, neste caso nota-se atípica e precoce modernização dos meios processuais que asseguram os direitos do cidadão. Não que a inclusão da tutela ambiental não devesse ter sido incorporada ao ordenamento antes, mas a sua feita precede a evolução da mentalidade social predominante e transcende a expectativa do cidadão no desejo de participar ativamente da defesa de seus interesses comuns.

Por fim, é necessário que seja dado o primeiro passo para a consagração dos princípios constitucionais ambientais, por meio das ferramentas processuais disponíveis, sendo que caberá ao cidadão fazer jus à sua utilização, com destreza. A conscientização cidadã sobre a capacidade de atuação que o direito permite é, inequivocamente, a ferramenta mais hábil para a construção de um novo futuro.

Referências

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2015.
- BRASIL. *Lei n. 4.717*, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>. Acesso em: 27 jul. 2015.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 340 p.
- GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e meio ambiente*. Porto Alegre: Evangraf, 2007.
- LEFF, Enrique. *Ecologia, capital e cultura: racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável*. Blumenau: FURB, 2000. 373p. (Coleção sociedade e ambiente; 5).
- Leff, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 3. ed. rev. e aum. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 507 p. ISBN 9788520347201.
- LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo; LAYRARGUES, Philippe Pomier; CASTRO, Ronaldo Souza de (Org.). *Educação ambiental: repensando o espaço da cidadania*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; SOBRAL, Maria do Carmo Martins (Org.). BRASIL. *Contribuição da pós-graduação brasileira para o desenvolvimento sustentável: Capes na Rio+20*. Brasília: Capes, 2012.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. rev., ampl. e aument. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

A legitimidade na proteção do ambiente por meio da ação civil pública: jurisprudência e perspectivas

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira* – Bianca Amoretti Fachinelli** – Larissa Wegner César***

Resumo: O presente artigo versa sobre o problema da legitimação na tutela do dano ambiental difuso, mediante ação civil pública. O direito ao ambiente, no plano da ação civil pública, é caracterizado como direito difuso, o que resulta na legitimidade extraordinária por parte dos autores legitimados para a ação, com destaque para a papel desempenhado pelo Ministério Público. Inicialmente, a questão da legitimidade ativa e passiva na ação civil pública é investigado na ótica da legislação e da doutrina. Posteriormente, são colecionadas jurisprudências representativas da posição do Judiciário em torno das controvérsias que ainda cercam a matéria. Conclui-se que a temática se encontra praticamente pacificada, em se tratando da interpretação da Lei 7.347/85. Por outro lado, o problema da titularidade do bem ambiental continuará suscitando debates nas próximas décadas, no plano das propostas de reforma da ação civil pública, da autonomização dos processos coletivos e da proposição de novas formas de tutela do direito de todos ao ambiente, ainda não contempladas pela legislação vigente.

Palavras-chave: Processos coletivos. Novos direitos. Ação civil pública.

1 Introdução

Este trabalho tem como objetivo discutir a legitimação nas ações coletivas, no ordenamento jurídico brasileiro, sob o prisma da tutela ambiental. Busca-se saber quem são os legitimados definidos pela legislação e, posteriormente, analisar a jurisprudência sobre a titularidade nas tutelas coletivas ambientais, discutindo em que medida o tema encontra-se consolidado no direito brasileiro, e se ainda se trata de temática relevante.

Inicia-se pela análise da consagração da proteção ambiental no ordenamento jurídico como um direito fundamental para, no momento seguinte, verificar quais os instrumentos que o processo civil trouxe para assegurar esse direito. Sabe-se que o processo civil é revestido de instrumentos garantidores de direitos privados e individuais, pensado e criado sobre essa perspectiva – e, por tanto, de difícil compatibilização das características dos direitos coletivos (direitos difusos, na ótica da ação civil pública e do Código de Defesa do Consumidor) o que evoca a necessidade de um tratamento distinto, com instrumentos adaptados às características específicas desses direitos.

Uma das diferenças encontrada entre a instrumentalização dos direitos individuais e coletivos está na legitimação para o exercício de tais direitos, tema da segunda parte

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – SC. Professor adjunto no Mestrado da Universidade de Caxias do Sul.

** Mestranda no programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul – RS. Advogada.

*** Mestranda no programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul – RS. Advogada.

do estudo. Neste momento, busca-se identificar quais são os legitimados trazidos pela legislação para tutelar o meio ambiente, procedendo-se a uma análise jurisprudencial acerca dos titulares no processo coletivo de tutela ambiental, identificando-se as peculiaridades dos casos concretos e a dificuldade para implementar e concretizar a tutela ambiental, em se tratando de ação civil pública. Nas considerações finais, refletiu-se, de maneira mais abrangente e prospectiva, sobre o problema da titularidade de direitos face à tutela do meio ambiente.

2 Legitimidade nas tutelas coletivas: breves considerações acerca da tutela do meio ambiente

No Brasil, o marco relativo à proteção ambiental veio através da Constituição de 1988, que destinou um capítulo próprio ao meio ambiente, consagrando assim a relevância da proteção ambiental. O *caput* do art. 225 da CF/88 dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Pode-se extrair deste dispositivo que o meio ambiente é um bem constitucionalmente protegido, indispensável à qualidade de vida, cuja titularidade perpassa as presentes e futuras gerações (direito transgeracional), cuja proteção afetará diretamente a qualidade ambiental para as gerações futuras. No dizer de Lunelli e Poletto,

os mais recentes modelos constitucionais elevam a tutela ambiental ao nível não de um direito qualquer, mas de um direito fundamental, em pé de igualdade com outros, também previstos no quadro da Constituição, razão pela qual a proteção ambiental deixou de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento; por isso, como patamar de direito fundamental, o meio ambiente é alçado ao nível máximo do regramento jurídico, privilégio que outros valores sociais só depois ou mesmo séculos lograram conquistar.¹

De tal maneira, após a CF/88 o meio ambiente tornou-se um direito fundamental, que pode ser invocado contra o Estado e exigido em face deste. A qualidade ambiental passou a ser tratada pelo direito, como elemento essencial da vida humana digna. A este respeito, Sarlet e Fensterseifer afirmam que

¹ LUNELLI, Carlos Alberto; POLETTO, Leonardo Augusto. O direito fundamental da proteção do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro e o protagonismo do direito em matéria ambiental. In: LUNELLI, Carlos Alberto. *Direito, ambiente e políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 12.

os valores ecológicos tomaram assento definitivo no conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, no contexto constitucional contemporâneo, consolida-se a formatação de uma dimensão ecológica-inclusiva- da dignidade humana, que abrange a ideia em torno de um bem-estar ambiental (assim como de um bem-estar social) indispensável a uma vida digna, saudável e segura.²

Decorre da indisponibilidade do bem ambiental que a proteção contra lesões ao meio ambiente é obrigação do Estado (art. 225, §1º da Constituição), com cooperação dos entes federados, e de toda a coletividade, através da observância das obrigações legais associadas ao equilíbrio ecológico e da participação popular nos processos de tomada de decisões administrativas ou judiciais.³

A efetivação prática deste direito constitucional pode se dar no âmbito judicial através dos instrumentos previstos em lei e no texto constitucional. Porém, como o direito processual foi pensado para garantir direitos individuais, sob a lógica privada, há dificuldade ainda em implementar e garantir o direito de todos ao meio ambiente. No plano da ação civil pública e do Código de defesa do consumidor, a tutela do meio ambiente assume o perfil de tutela de direitos difusos associados à qualidade ambiental. A proteção judicial do bem ambiental é indisponível e, em se levando a sério o dispositivo legal, representa um papel essencial no quadro de valores estabelecido pela Constituição, pois “tem por objetivo algo bastante superior àquelas ações estruturadas basicamente entre litígios de particulares”.⁴

Um dos pontos relevantes das tutelas coletivas, e que apresenta inovações em face da tutela de direitos privados, é a questão da legitimidade para o exercício do direito, requisito essencial para a defesa do bem ambiental. Posicionar a coletividade, como titular de direito na Constituição, significa afirmar também que “a legitimidade para tal guarda e proteção, inclusive na esfera judicial, caberia a todo cidadão”.⁵ A legitimidade ativa nas tutelas coletivas, durante algum tempo, produziu contendas doutrinárias e jurisprudenciais, que podem ser associadas ao formalismo e ao racionalismo prevalecente no direito tradicional, resistente a mudanças. Será pontuada, a seguir, a legitimidade ativa extraordinária do Ministério Público, nas ações civis públicas e, posteriormente, a legitimidade passiva.

² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 49.

³ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2014.

⁴ LUNELLI; POLETTO, op. cit., p. 28.

⁵ *Ibidem*, p. 38.

3 Legitimidade ativa do Ministério Público nas tutelas coletivas: a legitimidade extraordinária e análise jurisprudencial

O Ministério Público, como legitimado extraordinário nas ações coletivas (substituto processual da coletividade titular de direitos), tem sua presença no polo ativo justificada pelo interesse social que visa garantir. A legitimidade ativa, ou *legitimatío ad causam*, como sendo uma das condições da ação, pode ser ou ordinária, ou extraordinária. Para ocorrer a espécie ordinária de legitimidade, deverá haver uma coincidência entre os sujeitos da relação jurídica de direito processual, com os sujeitos da relação jurídica de direito material, com fulcro no art. 6º do Código de Processo Civil.⁶ Portanto, quando entrelaçados estão os sujeitos da relação jurídica de direito processual com os sujeitos da relação jurídica de direito material, dá-se causa à legitimação ordinária. Já a chamada legitimação extraordinária ocorrerá quando não houver essa coincidência entre os mencionados sujeitos, e quando houver em lei autorização para que alguém demande, em nome próprio, direito que não lhe pertence. Importante mencionar que a regra é que a legitimação seja ordinária, ou seja, ninguém poderá pleitear direito alheio, salvo com autorização de lei: é o caso das ações civis públicas, com fulcro na Lei 7.347/1985 (LACP) e na Lei 8.078/1990 (CDC).

Quanto à titularidade, o art. 5º da Lei 7.347/85 dispõe que são legitimados, para propor ação civil pública, o Ministério Público, a União, os estados, os municípios, as autarquias, empresa pública, fundação, a sociedade de economia mista e as associações, desde que estas últimas estejam constituídas há pelo menos um ano e incluam, entre suas finalidades, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, histórico, estético, turístico e paisagístico ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. As ações de defesa do meio ambiente não possuem uma codificação específica, como diretriz procedimental. Os tribunais, durante algum tempo, examinaram alegações de ilegitimidade ativa do Ministério Público (MP), porém, sem fundamentação adequada por parte dos recorrentes, baseada sempre na pretensão individual, esquecendo-se dos direitos transindividuais, como o direito ao ambiente, que encontram seus fundamentos na Constituição.⁷ Assim, a jurisprudência confirma a legitimidade ativa extraordinária do MP para propor ação civil pública.

⁶ LEITE, Marcelo Daltro. *Ação individual e ação coletiva: o fenômeno da unitariedade e a legitimidade de agir*. 2008. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=3b60e73c-5753-4e9d-ae71-2062cd42f1bf&groupId=10136>. Acesso em: 17 jul. 2015.

⁷ MARIN, Jeferson; LUNELLI, Carlos Alberto. Meio Ambiente, tutelas de urgência e processo coletivo. *Opin. jurid.*, Medellín, v. 10, n. spe, Dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302011000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 jul. 2015.

A tutela coletiva não é passível de legitimidade ordinária, aquela do art. 6º do CPC, mas sim de legitimidade extraordinária, em regime de substituição processual: ou seja, o legitimado ativo busca garantir direito que não é titular, um direito alheio. Assim sendo, o MP é substituto processual, quando legitimado ativo na ação civil pública, como se observa no AgRg no RE 1373302⁸ do STJ, conforme ementa:

AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. ZONA DE AMORTECIMENTO DO PARQUE NACIONAL DE JERICOACOARA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM . RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Em se tratando de proteção ao meio ambiente, não há falar em competência exclusiva de um ente da federação para promover medidas protetivas. Impõem-se amplo aparato de fiscalização a ser exercido pelos quatro entes federados, independentemente do local onde a ameaça ou o dano estejam ocorrendo, bem como da competência para o licenciamento. 2. O domínio da área em que o dano ou o risco de dano se manifesta é apenas um dos critérios definidores da legitimidade para agir do parquet federal. Ademais, o poder-dever de fiscalização dos outros entes deve ser exercido quando a atividade esteja, sem o devido acompanhamento do órgão competente, causando danos ao meio ambiente. [...] 4. Definida a controvérsia em sentido contrário à posição adotada no aresto estadual, deve ser provido o agravo regimental para dar provimento ao recurso especial, reconhecer a legitimidade do Ministério Público Federal e determinar o regular prosseguimento da ação. Agravo regimental provido. (STJ. AgRg no RE nº 1373302, Rel. Min. Humberto Martins STJ, 19/06/2013).

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo MPF contra decisão monocrática, em que o agravante alegou, que “a decisão agravada não merece subsistir, pois inaplicável a hipótese o enunciado da Súmula n. 284/STF”, já que constavam expressamente das razões recursais os dispositivos federais tidos como violados, “notadamente no que diz respeito à competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, bem como a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para propor Ação Civil Pública que visa à proteção do meio ambiente”. O relator entendeu pelo provimento do agravo regimental interposto pelo MPF por ter este último, em recurso especial, demonstrado razão expressa, qual seja, o art. 2º, inciso XVIII da Lei 9.985/2000. Com referência ao citado agravo regimental, nos importa analisar, no presente artigo, a questão da legitimidade ativa *ad causam* do MPF na mencionada Ação Civil Pública. Discutiu-se, no referido agravo regimental, a legitimidade do agravante, Ministério Público Federal, em propor ação civil pública visando a condenação à obrigação de fazer, em demolir imóvel construído na Vila de Jericoacoara, sem o devido licenciamento ambiental, e também à reparação do dano provocado.

⁸ STJ. AgRg no RE 1373302, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 19/6/2013.

Interpôs o agravante o mencionado agravo regimental contra Recurso Especial, uma vez que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que o MPF não seria legitimado ativo para a propositura da ação, pois, “embora se possa falar em dano ambiental local, sua relevância não é federal”. Não se trataria de dano ambiental à “propriedade da União, suas autarquias ou fundações, nem em unidade de conservação federal (Parque Nacional de Jericoacoara), nem que se falar em lesão ao patrimônio da União a justificar a intervenção do MPF”.⁹ O tribunal de origem entendeu, portanto, que o parquet federal não seria parte legítima para a propositura de Ação Civil Pública, uma vez que o dano ambiental causado, em local que não seria propriedade da União, não justificaria o interesse do MPF. Entretanto, o relator, ministro Humberto Martins, prelecionou que, quando se tratar de defesa ao meio ambiente, não haveria de se falar de competência “exclusiva de um ente da federação para promover medidas protetivas”. A fiscalização e garantia da boa qualidade do meio ambiente deveria ser exercida por todos entes federados, independentemente do local do dano/ameaça. Nesse mesmo sentido, o ministro Herman Benjamin, no julgamento do REsp 1.057.878/RS, *litteris*:

Em matéria de Ação Civil Pública Ambiental, a dominialidade da área em que o dano ou o risco de dano se manifesta (mar, terreno de marinha ou Unidade de Conservação de propriedade da União, p. ex) é apenas um dos critérios definidores da legitimidade para agir do parquet federal. Não é porque a degradação ambiental se deu em imóvel privado ou afeta res communis omnium que se afasta, ipso facto, o interesse do MPF.¹⁰

Conclui o relator que não se pode olvidar do interesse federal em tudo que diga respeito ao meio ambiente, justamente por ser um dever constitucional do Poder Público, assim como de toda a coletividade, a tutela do bem ambiental. A área onde ocorreu o dano, ou havia risco, seria apenas um dos critérios definidores da legitimidade ativa do parquet federal, pois “o poder-dever de fiscalização dos outros entes deve ser exercido quando a atividade esteja, sem o devido acompanhamento do órgão competente, causando danos ao meio ambiente”. Assim, entendeu o relator pelo provimento do agravo regimental, para dar provimento ao recurso especial, reconhecendo a legitimidade ativa do MPF. Determinou o regular prosseguimento da Ação Civil Pública.

A segunda jurisprudência analisada acerca da legitimidade ativa extraordinária é o Agravo de Instrumento 70025314352.¹¹ O Ministério Público ingressou com Ação Civil

⁹ STJ. AgRg no RE 1373302, Rel. min. Humberto Martins, julgado em 19/06/2013, p.04.

¹⁰ REsp 1.057.878/RS, ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Tribunal de Justiça do RS. Relator: ministro Herman Benjamin, julgado em 26/05/2009.

¹¹ Agravo de Instrumento 70025314352, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, julgado em 29/01/2009.

Pública contra o Prefeito Municipal de Novo Hamburgo, contra a secretária do Meio Ambiente, e contra empresa de engenharia ambiental, visando a responsabilização dos réus pela prática de atos de improbidade, “por não obedecerem as regras ambientais e por terem firmado contrato oneroso para transportar resíduos sólidos urbanos para aterro sanitário privado no Município de Minas do Leão”. Houve “omissão da administração em realizar obras e tomar providências para viabilizar a utilização da Central de Reciclagem, Compostagem e Aterro Sanitário”, localizada no Bairro Roselândia, no Município de Novo Hamburgo.

Foi interposto recurso pela empresa ré, arguindo a ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública, além da inadequação da via proposta, uma vez que seria cabível, ao caso, ação popular. Mais uma vez, percebe-se a alegação maciça de ilegitimidade do Ministério Público em interpor ação civil pública, nas análises dos julgados de matéria ambiental. O que importa analisarmos é que há entendimento majoritário nos egrégios tribunais, bem como na doutrina, que o MP é sim legitimado ativo extraordinário para propor Ação Civil Pública, atuando em defesa dos direitos coletivos, como o meio ambiente, com fulcro no art. 129, III da CF. No caso em análise, o relator deixa claro que, apesar de ainda haver cabimento de ação popular, isso não exclui o interesse de agir do MP, *in verbis*:

Rejeito a preliminar arguida, porquanto o Ministério Público possui legitimidade para agir em defesa dos interesses relativos à defesa do patrimônio público e social, bem como do meio ambiente, como é a hipótese dos autos, a teor do disposto no artigo 129, III, da CF-88. Ademais, o fato de ter a possibilidade de ajuizamento de ação popular não exclui o interesse de agir do Ministério público para propositura da ação civil pública.¹²

O min. Celso de Mello, no Ag. Reg. no RExt. 796.347 do STF, ao versar sobre o importante papel do MP como fiscal e garantidor do bem ambiental, afirma que

a essencialidade do direito ao meio ambiente fez com que o legislador constituinte impusesse, *ao Poder Público e à coletividade*, o **dever** de defendê-lo e de preservá-lo para as **presentes e futuras gerações** (CF, art. 225), **em ordem a legitimar** a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário **naquelas hipóteses** em que os órgãos estatais, *anormalmente*, **deixassem de respeitar** o mandamento constitucional, **frustrando-lhe**, *arbitrariamente*, **a eficácia jurídico-social**, *seja* por **intolerável** omissão, *seja* por qualquer outra **inaceitável** modalidade de comportamento governamental **desviante**. (Grifo do relator).¹³

Pode-se afirmar que a simples alegação da ilegitimidade ativa do MP, para interpor Ação Civil Pública contra ato lesivo ao meio ambiente contraria a imposição do

¹² Ibidem, p. 7.

¹³ Ibidem. Segunda Turma do STF. Relator: Celso de Mello, julgado em 24/3/2015, p. 3.

constituente, de ser dever do Poder Público e da coletividade defender esse bem. Prossegue o Min. Celso Mello, nessa linha de raciocínio, afirmando que a

atuação do Ministério Público **em defesa de direitos e interesses metaindividuais, viabilizada, instrumentalmente, por meio adequado** (o termo de ajustamento de conduta, *no caso*), **que lhe permite invocar** a tutela jurisdicional do Estado **com o objetivo de fazer** com que os Poderes Públicos **respeitem**, em favor da coletividade, *a proteção ao meio ambiente* (CF, art. 129, III), **legitima-se, plenamente, em decorrência** da condição institucional de “*defensor do povo*” **que é conferida ao “Parquet”** pela própria Constituição da República. (Grifo do relator).¹⁴

Traz a ideia, portanto, do Ministério Público como “verdadeiro defensor do povo”, impondo ao Poder Público o efetivo respeito aos direitos metaindividuais, assegurados pela nossa Constituição Federal, aos cidadãos em geral, podendo, para tanto, valer-se das ações coletivas, como a Ação Civil Pública, visando garantir as prerrogativas fundamentais de todos os indivíduos.¹⁵ Indubitavelmente, há consenso jurisprudencial quanto à titularidade do Ministério Público para ajuizar Ação Civil Pública, objetivando, assim, em ações coletivas, o interesse social, e a garantia dos direitos coletivos, como sucede com o direito ao meio ambiente.

4 Legitimidade passiva nas tutelas coletivas: problema na identificação da titularidade passiva nas ações coletivas que tutelam o meio ambiente

Insta averiguar quais entes, ou pessoas, podem figurar como legitimados passivos nas tutelas coletivas. A doutrina, em consentimento, confere, o mesmo alargamento da legitimação ativa à legitimação passiva. Nesse sentido Mazilli preleciona que “nas ações civis públicas ou coletivas, em tese, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser parte passiva”.¹⁶ Esse exame será realizado com base nos casos concretos a respeito da tutela coletiva. Em matéria da legitimação passiva nas tutelas coletivas, não há maiores discussões. Em regra, nas ações coletivas, tanto as pessoas físicas, como as jurídicas, podem ser titulares passivos. Partindo da conjuntura que o legislador conferiu ao Poder Público (entes federativos e pessoas jurídicas de direito público) o dever de resguardar os interesses coletivos, através do manejo da ação civil pública, estes mesmos entes podem ser responsabilizados por danos ambientais. Essa situação é corroborada por Mancuso:

¹⁴ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 796.347, Segunda Turma do STF. Relator: Celso de Mello, julgado em 24/03/2015. p. 3.

¹⁵ *Ibidem*, p. 4-5.

¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 251.

O problema já detectado por parte da doutrina é que os entes políticos (União, Estados, Municípios) são co-legitimados para a ação civil pública, mas muita vez ocorre que eles mesmos, por ação ou omissão, em modo mais ou menos intenso, integram, paradoxalmente, o nexu etiológico dos danos infligidos aos próprios interesses tutelados por essa ação [...].¹⁷

Nesse sentido, a jurisprudência do TJRS, *in verbis*:

Apelação Cível. Ação civil Pública. Regularização de loteamento. Obrigação de fazer. Infraestrutura. Preliminar de violação do art. 475 do CPC. Reexame necessário. Cerceamento de defesa. [...] 4. Condições da ação. Presentes as condições da ação: Legitimidade passiva dos demandados, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido. Art. 267, VI, do CPC. O loteador é responsável pela implantação da infraestrutura no loteamento juntamente com o Município. O art. 30, VIII, da CF/88 e o art. 40 da Lei 6.766/79 conferem ao Município a responsabilidade subsidiária pelas obras de infraestrutura básica de loteamento irregular. [...] (Apelação Cível Nº 70040463556, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 8/7/2015).

Assim, conclui-se acerca da legitimidade passiva, no âmbito das tutelas coletivas, que qualquer ente dotado de personalidade jurídica pode figurar no polo passivo. Constatou-se, através de análise de jurisprudência, que a pessoa jurídica de direito público possui um dever omissivo e comissivo de resguardar o meio ambiente. Figurando como legitimado passivo, é responsável pelo dano ambiental causado, ou pelo risco do dano.

5 Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, evidenciando dessa maneira a relevância da preservação do bem ambiental para a manutenção da vida. Este direito possui características próprias, tais como a natureza imaterial, transindividual e não divisível, dependendo sua instrumentalização de instrumentos processuais distintos daqueles associados às demandas privadas.

Como proteger a qualidade ambiental é um direito/dever do Estado e da coletividade, o art. 225 da Constituição abre um leque de possibilidades para o exercício de um direito ao ambiente. Uma delas é a ação civil pública; entretanto, esse não é o único instrumento em vigor – veja-se a ação popular ambiental, por exemplo. Com ainda maior razão, esse instrumento não deve prejudicar a possibilidade e a necessidade da criação de formas de tutela mais eficientes, bem como mais adequadas à natureza do

¹⁷ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores* (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 147.

bem que se visa proteger, que é completamente distinto dos bens privados, ou daqueles bens de titularidade do Estado.

Observa-se, por meio de consulta jurisprudencial, que o MP tem legitimidade extraordinária para figurar no polo ativo da ação civil pública, perquirindo pela realização do direito coletivo ao meio ambiente. A alegação da ilegitimidade ativa do MP, para impor ação civil pública contra ato lesivo ao meio ambiente, é contrária à imposição da nossa Constituição Federal, pois se trata da defesa de um direito fundamental em face do dever de proteção que é do Poder Público e da coletividade. Quanto à titularidade passiva, não há dificuldades jurisprudenciais, figurando nesse polo tanto as pessoas públicas quanto as privadas, físicas ou jurídicas.

Existem boas razões para afirmar que a discussão sobre a legitimidade ativa e passiva, no âmbito da Lei 7.347/85, está em vias de superação, como demonstra a tendente pacificação da jurisprudência. Já no plano das discussões sobre eventual reforma da ação civil pública, ou sobre as propostas de codificação dos processos coletivos no Brasil,¹⁸ a temática da legitimação ativa nas demandas de proteção do bem ambiental é extremamente atual e rica, porquanto a legislação comparada e a doutrina oferecem fortes justificativas para ampliação do rol de titulares, e até mesmo formas mais flexíveis de admissão das partes no processo, sujeitas a exame judicial, caso a caso, conforme determinados princípios e critérios.

Ademais, há que se questionar a existência de autênticos processos coletivos no Brasil. Pode-se compreender que a Lei 7.347/85, com toda sua força inovadora e progressista na tutela de direitos transindividuais (potencial que, aliás, encontra-se longe de um esgotamento, denotando antes um processo ainda recente de coletivização das demandas), seria ainda uma ação coletiva implicada em uma processualística privada. A ação civil pública encontra-se fortemente ancorada no Código de Processo Civil, sendo, portanto, tributária do imaginário privatista que orienta a Lei 5869/1973 – o que, pode-se argumentar, não se altera substancialmente na Lei 13.105/2015, apesar de suas importantes inovações.

É natural que as tutelas coletivas em matéria ambiental continuem a ser objeto privilegiado de reflexão nas próximas décadas, debatendo-se as possibilidades e as condicionantes de um autêntico acesso à justiça na matéria. A questão da titularidade nas demandas ambientais deve assumir, assim, um sentido mais profundo: não apenas de reflexão sobre o sentido hermenêutico do rol de legitimados previsto em lei, mas de ponderação sobre como as instituições, em geral, e o processo, em particular, devem ser

¹⁸ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni, op. cit; MENDES, Aluísio G. de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional: temas atuais de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

reestruturados, de modo a favorecer, tanto quanto possível, a tutela do bem ambiental constitucional, direito de todos, em sua expressão coletiva. Os mecanismos de tutela de direitos coletivos no Brasil vêm apresentando uma considerável evolução; contudo, há muito que debater as limitações instrumentais da tutela de direitos substantivos com substrato constitucional.

Referências

LEITE, Marcelo Daltro. *Ação Individual e ação coletiva*. O fenômeno da unitariedade e a legitimidade de agir. 2008. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=3b60e73c-5753-4e9d-ae71-2062cd42f1bf&groupId=10136>. Acesso em: 17 jul. 2015.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz. A autonomia do processo constitucional e a legitimação para agir na tutela dos direitos coletivos: a dimensão publicista da jurisdição. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e processo: efetividade e realização da pretensão material*. Curitiba: Juruá, 2008.

LUNELLI, Carlos Alberto; POLETTTO, Leonardo Augusto. O direito fundamental da proteção do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro e o protagonismo do direito em matéria ambiental. In: LUNELLI, Carlos Alberto. *Direito, ambiente e políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2011.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores* (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARIN, Jeferson; LUNELLI, Carlos Alberto. Meio ambiente, tutelas de urgência e processo coletivo. *Opin. jurid.*, Medellín, v. 10, n.spe, dec. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302011000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 jul. 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Aluisio G. de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional: temas atuais de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. In: MENDES, Aluisio G. de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional: temas atuais de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2014.

Das crises do estado à crise jurisdicional: um olhar sobre a judicialização de políticas públicas

Nelson Gularte Ramos Neto*

Resumo: Não são poucos os motivos que levam a crer na crise do modelo de Estado contemporâneo. Passando-se por problemas conceituais, que dizem respeito aos elementos da soberania, povo, território e finalidade, bem como estruturais, constitucionais e finalísticos, identificam-se sérios óbices à realização do projeto de sociedade tal como preconizado pelo constituinte. No seio das diferentes crises pelas quais passa o Estado, desponta a crise jurisdicional, que está relacionada com a deficiente legitimidade democrática aliada à frequente judicialização das políticas públicas, o que traz à tona a discussão sobre o enfrentamento pelo Poder Judiciário de questões afetas à política e ao jogo democrático, evidenciando-se que a solução jurisdicional se mostra muito mais como um problema a ser resolvido do que como uma resposta adequada.

Palavras-chave: Crises do Estado. Judicialização. Políticas públicas.

1 Introdução

O Estado contemporâneo enfrenta um momento de crise. Assim, embora possa parecer normal que a rápida evolução da sociedade acarreta a necessidade de alterações nas instituições, o que se verifica atualmente não são reclamos por mudanças pontuais na organização social, mas sim uma incapacidade de o modelo de Estado construído ao longo do século XX lidar com as exigências atuais do direito e da comunidade.

Nesse sentido, o presente trabalho começa a partir de uma análise das diferentes crises do Estado e as suas causas. Far-se-á uma breve contextualização das crises conceitual, estrutural, constitucional, política e funcional, apresentado-se os motivos que justificam a constatação de tais adversidades para o sistema jurídico-político brasileiro, sem perder de vista que se trata de um problema, senão global, que afeta, em grande medida, diversos Estados constitucionais. Em seguida, pretende-se chegar à crise da jurisdição, agora com os olhos no cenário nacional, abordando as principais razões de sua existência.

Dentro do tema da crise jurisdicional, o enfoque será a judicialização das questões políticas e a sua relação com o paradigma constitucional brasileiro, ou seja, será estabelecida uma vinculação da necessidade de enfrentamento pelos órgãos jurisdicionais de questões que normalmente são resolvidas no âmbito da atividade administrativa ou legislativa, com o projeto de Estado traçado pelo constituinte de 1988. De qualquer sorte, o principal objetivo do trabalho é, a partir da confirmação da premissa inicial, saber se a intervenção judicial na atividade típica de outros poderes

* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul.

deve ser encarada como um problema ou uma resposta constitucionalmente adequada para as crises do Estado.

2 O estado das crises

A constatação de que o modelo a partir do qual as sociedades contemporâneas são organizadas está em crise não prescinde da adequada definição de Estado, salientando-se que, malgrado sejam inúmeras as possibilidades de conceituação, conforme varie o ponto de vista, ainda assim é preciso adotar uma posição clara para que se possa compreender o que está sendo analisado e criticado.

Parte-se neste trabalho da concepção de Dallari:

Parece-nos que se poderá conceituar o Estado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território.¹

A definição leva em conta a articulação de todos os elementos tradicionalmente apontados pela literatura como essenciais à ideia de Estado: povo, território, soberania e finalidade.

Na linha do que já foi dito, desde a sua existência a partir da definição acima mencionada, o Estado sofre um processo de amadurecimento e transformação, que atualmente se torna, a depender do ponto de vista, desde a sua remodelagem até o seu esgotamento, que pode redundar no desaparecimento da forma como o conhecemos.² É proposital partir-se de um conceito para evidenciar o que se quer dizer com crises, motivo que nos leva a iniciar pela crise conceitual pela qual passa o Estado moderno.

Começamos a tratar essa instituição pelo seu mais marcante traço, que é o poder soberano. Vale lembrar que desde Rousseau a soberania ganha lugar de destaque na teoria do Estado, pois “assim como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe,

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 45.

² MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 18.

como ficou dito, o nome de soberania”.³ Veja-se que esse elemento só pode ser entendido quando se visualiza o espaço sobre o qual o poder incide, além de fazer parte da noção clássica o fato de que o poder parte do povo para sua autolimitação, a fim de garantir a todos o bem comum. O raciocínio é seguido pelas características que revelam a fundamentalidade da soberania, que, para não fugirmos do contexto atual, coloca-se como o primeiro fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, I) e “é, assim, tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível”.⁴

Evidentemente, na medida em que se firmou como elemento da ordem estatal, seu principal efeito é a insubordinação e independência⁵ tanto internamente como frente a outros Estados, o que equivale a dizer que o poder abrange a submissão dos membros da sociedade, bem como a impossibilidade de sujeição aos ordenamentos jurídicos exógenos. Poder soberano, pois, é aquele absoluto, irrestrito, não submisso e independente.

Salta aos olhos a crise conceitual quando o principal alicerce do Estado perde sua força. No que diz respeito à ordem interna, a centralização do poder cede lugar a outro cenário, pois, conforme ensina Marin, “o que ocorre, contudo, em face da atitude centrífuga de dispersão dos locais do poder e em face do surgimento das ONGs, associações, parcerias público-privadas e dos blocos econômicos, é necessidade de um (re)pensar da soberania do Estado”.⁶ Externamente, Marin ressalta, em seguida, o papel exercido pela globalização econômica e o caráter universal dos direitos humanos, que servem para enfraquecer o referido elemento estruturante do Estado. A isso se acrescenta a lição de Moraes:

A interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para um cada vez maior atrelamento entre as ideias de soberania e de *cooperação* jurídica, econômica e social, por um lado, e o de soberania e de intervenção política econômica e/ou militar, de outro, o que afeta drasticamente a pretensão à autonomia em sua configuração clássica.⁷

Além disso, contribuem para a crise conceitual a criação de espaços regionais, organismos internacionais, organizações econômicas e o movimento de constitucionalismo supranacional – que se observa na Europa –, o que valida a

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 39.

⁴ MORAIS, op. cit., p. 27.

⁵ Também nesse sentido, MORAIS, op. cit., p. 28.

⁶ MARIN, Jeferson Dytz. O Estado e a crise jurisdicional: a influência racional-romanista no direito processual moderno. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e processo: reformas processuais, ordinização e racionalismo*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 19.

⁷ MORAIS, op. cit., p. 29.

afirmação no sentido de que a referida crise atinge todos os Estados, em maior ou menor medida.⁸ Não subsiste, portanto, a definição clássica, e até hoje por muitos adotada, de soberania e, sendo ela um dos pilares do Estado, é necessário reformulá-lo de acordo com a nova realidade. Nesse ponto, é oportuno citar a opinião de Maliska:

A soberania estatal hoje deve ser compreendida a partir dos conceitos de abertura, cooperação e integração. [...] Esse Estado, assentado no dogma da soberania nacional absoluta, dá lugar ao conceito de Estado Constitucional Cooperativo, que exige estar em permanente diálogo com a comunidade internacional, buscando a cooperação e formas de regulação jurídica cada vez mais vinculantes.⁹

A proposta de alteração na ordem a que estávamos acostumados, juntamente com a admissão da vinculação jurídica internacional, deixa estreme de dúvidas que a instituição em crise já busca uma solução. Mas o assunto não se encerra nesse ponto. Ainda que esteja vinculada ao conceito de Estado, surge uma nova crise cuja importância para a demonstração da necessidade de mudança, no modelo vigente, faz com que seja tratada separadamente. Assim, é no elemento da finalidade que se concentra a mais grave adversidade para o Estado contemporâneo. A fim de nos fazer entender, é melhor compreender, em primeiro lugar, o projeto de Estado Social de Direito, que foi constitucionalizado em 1988.

Dissemos, anteriormente, que, ao lado do povo, território e soberania se coloca a finalidade. Por isso é que desde o preâmbulo o constituinte deixa explícito o fim de se “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”. Nesse sentido, tem-se que o bem comum a que Dallari se referia é buscado por meio da garantia de diversos direitos aos indivíduos. Somam-se a isso os objetivos consagrados no art. 3º da Lei Maior. Cabe ressaltar o extenso rol de direitos sociais previsto no art. 6º, que erige a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados à categoria de direitos fundamentais, sem mencionar as demais posições jurídicas fundamentais de índole transindividual e que reclamam atuação concretizadora dos entes públicos, de que é exemplo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme a norma do art. 225 da Constituição da República. Resta, pois, estreme de dúvidas que não se está diante de um Estado mínimo, mas sim de um Estado eminentemente social, que precisa atuar para assegurar o cumprimento de sua(s) finalidade(s).

⁸ Ibidem, p. 34.

⁹ CANOTILHO, J. J. G. et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 117.

É nesse elemento que podemos encontrar a crise estrutural. Isso porque é no Estado Social que o Poder Público precisa agir, para assegurar uma igualdade material entre os integrantes do povo, não se contentando apenas com uma não intervenção no espaço de liberdade formal dos indivíduos. Exige-se uma atitude transformadora da realidade social, o que gera dispêndio de recursos públicos. Segue essa linha a lição de Marin:

A crise estrutural do *Welfare*, a par da disparidade e unidade conceitual, firma-se, precipuamente, nas dificuldades apresentadas no custeio dos direitos sociais. Os governantes, por sua vez, têm buscado alternativas mediante a implementação de práticas idênticas e reiteradas, que passam pelo aumento da carga tributária, privatizações, concessões, parcerias público-privadas e reestruturação do aparato estatal, com vistas à diminuição de gastos do Erário.¹⁰

No mesmo sentido, Morais, ao apontar três facetas da crise estrutural, anota sobre a primeira delas que “a crise *fiscal-financeira* do Estado parecer estar por trás de todas – ou, pelo menos, da maioria –, as críticas que se fazem a ele”.¹¹ Na medida em que a plena satisfação dos direitos exige a destinação maciça de recursos, costumam-se apontar soluções antagônicas: ou se aumenta significativamente a carga tributária, ou se reduz a participação do Estado na concretização dos referidos direitos fundamentais sociais.

De nossa parte, nenhuma das respostas parece constitucionalmente adequada. A supercarga tributária encontra óbice nas limitações constitucionais ao poder de tributar, seja na garantia fundamental do não confisco (art. 150, IV: sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios utilizar tributo com efeito de confisco) e da impossibilidade de vinculação de receita (art. 167, IV: são vedadas a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo).

De outra banda, não pode o Poder Público negar-se a participar ativamente dos objetivos fundamentais da República, pois caso o fizesse restaria desfigurado o Estado Social projetado pelo constituinte de 1988.

¹⁰ MARIN, op. cit., p. 20.

¹¹ MORAIS, op. cit., p. 43.

Por essas razões é que se mantém o estado de crise, haja vista a dificuldade de harmonização das normas constitucionais com a realidade social da população e financeira do Poder Público.

Alertamos que ainda havia duas outras faces da crise estrutural: a ideológica e a filosófica. Enquanto aquela cuida da necessidade de viabilizar a participação popular de maneira alinhada às novas e complexas demandas sociais, esta se refere à constante disputa sobre o que restam de recursos públicos, em vez de se consagrar o projeto de solidariedade preconizado pela Constituição, como núcleo dos direitos sociais.¹²

Mais importante do que constatar a existência de uma adversidade estrutural é identificar – ou ao menos idealizar – o modo pelo qual o Estado lida com a crise nesse aspecto. A ressalva se faz necessária para impedir que se transforme a linha de raciocínio num pensamento economicista, ou seja, não se pode perder de vista a função do Estado Social na transformação da realidade de exclusão e marginalização, por conta do custo financeiro de concretização dos direitos sociais. Mostra-se oportuno, nesse sentido, citar a real preocupação que surge quando se evidencia a necessidade de mudança estrutural:

Parece-nos que por trás da moldura do bem-estar social vislumbra-se um projeto simbólico de rearranjo das relações intersubjetivas que está calcado não só no consenso democrático que se constrói não apenas definindo-se *quem* e *com quais procedimentos* está legitimado a decidir, mas e também, na ideia de um viver comunitário, onde os interesses que atingem/afetam os indivíduos produzem inevitavelmente benefícios ou prejuízos compartilhados, desde uma perspectiva na qual o projeto democrático apresenta-se como uma utopia em constante (re)construção.¹³

O tema, entretanto, não se esgota na análise estrutural ou finalística. Costuma-se vincular a abordagem anterior com a crise constitucional ou institucional, que corresponde ao reconhecimento de uma deficiência na eficácia social ou efetividade das normas constitucionais, uma vez que o modelo de Estado não dá conta de realizar plenamente o projeto consagrado na Lei Maior. Além disso, a influência de pressões externas pela adoção de práticas neoliberais acaba provocando a aplicação da lógica econômica ao direito, em desrespeito aos objetivos sociais da República brasileira, sem mencionar a inconstitucionalidade que a própria institucionalização do neoliberalismo representa, na esteira do que dispõe o art. 219 da Constituição. Sobre o tema, cabe citar a lição de Streck: “[...] com o prevalecimento da lógica mercantil e a já mencionada contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do

¹² MORAIS, op. cit., p. 46-48.

¹³ Ibidem, p. 50.

sistema econômico, a concepção de uma ordem constitucional subordinada a um padrão político e moral se esvanece [...]”.¹⁴

A isso se soma uma quarta espécie de crise, aqui resumida como crise política, que se manifesta, diante de todos os problemas na concretização das normas fundamentais e da falência da estrutura pensada para a sua execução, na necessidade de redimensionar o processo de participação social nos destinos da comunidade, ou mesmo de criar novos instrumentos democráticos efetivos. Costuma-se afirmar um papel extremamente modesto da democracia representativa nesse sentido,¹⁵ que está muito aquém de significar um governo do povo, o que somente se verifica quando da retomada do sentido etimológico do termo. Por isso, não serve para a satisfação dos anseios democráticos o mero exercício do sufrágio periódico, bem como os seus incipientes auxiliares de que trata o art. 14 da Constituição – plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Por fim, talvez como uma decorrência dos problemas estruturais e institucionais, além de representar um agravamento do problema democrático, exsurge a crise funcional, entendida como a assunção de atribuições de diferentes poderes da República por parte de outro poder constituído. Nesse contexto, aparece o que a doutrina denomina de autofagia do Estado, como bem destaca Moraes:

[...] as transformações que se observam nas relações mesmas entre as funções estatais tradicionais quando, ao que parece, cada uma delas, como reflexo de sua perda de importância própria, se projeta por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra ou, em decorrência mesmo da grafilização das *funções de governo* e sua incapacidade de realizar as promessas contidas no projeto constitucional fazem crescer e se transformar o papel da *função de garantia*, constituindo-a como ambiente de disputa e busca de satisfação de interesses individuais e coletivos.¹⁶

Ao evidenciar-se a tentativa, muitas vezes bem-sucedida, de impor “soluções” aos problemas que dizem respeito a outro poder, parece claro que se está diante de uma nova adversidade que atinge o Estado contemporâneo, haja vista que o fato de existir uma intervenção nas competências – que por si só já acarreta uma afronta ao desenho de separação dos poderes estabelecido nos arts. 2º e 60, §4º, III, além de outras normas que especificam suas respectivas atribuições – é bastante relevante como também o é a constatação da necessidade de invasão das competências, ante a insatisfação social com o estado atual de concretização do projeto de sociedade estabelecido em 1988.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. XVII.

¹⁵ MARIN, op. cit., p. 20.

¹⁶ MORAIS, op. cit., p. 58.

Nesse cenário surge a crise jurisdicional, eis que o Poder Judiciário é o principal ator das intervenções legislativas e administrativas na atualidade, o que se passa a analisar.

3 A judicialização da política como crise jurisdicional

Eis então o momento em que a crise chega ao processo civil. Inicialmente, deve-se esclarecer que não se desconhecem as outras facetas da crise que atinge a jurisdição no Brasil, de que é exemplo uma deficiência de autoridade do ato decisório.¹⁷ Contudo, o enfoque deste trabalho é a problemática da judicialização das políticas públicas a fim de situá-la no contexto das crises do Estado e tratar das possíveis consequências da decisão política tomada pelo juiz.

É preciso, antes de retomar o tema das causas, uma explicação um pouco mais detalhada sobre o momento atual da judicialização da política. Milhares de decisões consideram plenamente legítimo e compatível com a Constituição o ingresso do juiz nas contas bancárias¹⁸ dos entes públicos para satisfação de pretensões fundamentadas em direitos sociais, substituindo-se, pois, à ação do administrador, com fundamento nos arts. 461, §5º, e 461-A, §3º, do CPC (em antecipação de tutela a permissão se encontra no art. 273, §3º da legislação processual), pouco importando, para a maioria dessas decisões, se existe uma política pública direcionada para o caso específico que é decidido, desde que o jurisdicionado comprove minimamente que necessita de tal utilidade. Também não se restringem aos direitos previstos no art. 6º da Constituição, estendendo-se por outros temas tratados pela Lei Maior, ainda que sem a menor densidade normativa, como, por exemplo, a questão de obras públicas para a construção de presídios. Não existe, nessas decisões – e segundo elas mesmas –, afronta à disponibilidade orçamentária, à fiscalização sobre o orçamento que é exercida pelo Poder Legislativo, nem à separação de poderes. Trata-se, de acordo com os prolores, de mero cumprimento da Constituição, ainda que ela silencie a esse respeito.

Ainda que se refira a outro paradigma, mas tratando do tema da decisão em casos que não se apresenta uma solução evidente, parece-nos oportuna a indagação de Dworkin:

Nesses casos dramáticos a Suprema Corte apresenta razões – ela não cita leis escritas, mas apela para princípios de justiça e política pública. Isso significa que, em última instância, a Corte está seguindo regras, embora de natureza mais geral e abstrata? Se for assim, de onde provêm essas regras abstratas e o que as torna válidas? Ou isto significa que a Corte está decidindo o caso de acordo com suas

¹⁷ MARIN, op. cit., p. 23

¹⁸ REsp 1069810/RS (STJ) e AI 597182 AgR/RS (STF).

próprias crenças morais e políticas. Os juristas e os leigos que fazem tais perguntas não o fazem a esmo nem os move uma curiosidade vã; eles sabem que os juízes detêm um grande poder político e estão preocupados em saber se esse poder político é justificado [...].¹⁹

Veja-se que, quando consideramos aplicável a posição de Dworkin ao contexto brasileiro, o fato de “não citar leis escritas” é extremamente relevante e adequado para o momento, pois o que aqui se discute não é o mero cumprimento de dever legal explícito, mas a atribuição de significados que ali não estão expressos, ou seja, a inclusão de determinada posição jurídica no âmbito de proteção da norma que acarreta um dever ao Poder Público.

Ainda que a abordagem seja distinta, é importante citar ponto de vista de Alexy, no sentido de que “o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser resumido a uma questão de tudo-ou-nada”.²⁰ Pode-se complementar esse raciocínio com a advertência feita pelo autor, no que diz respeito ao alto custo que a satisfação plena dos direitos a prestações exige, o que se agrava no cenário brasileiro, tendo em vista um pano de fundo com dezenas de direitos dessa categoria, ao que se somam os limites constitucionais ao poder de tributar e a garantia do não confisco (art. 150 ss), bem como a exploração direta de atividade econômica apenas de maneira excepcional pelo Estado (art. 173):

Para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas. Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais.²¹

Tem-se que, retomando a questão das causas do problema da judicialização das questões políticas, a sua origem, conforme restou analisado na crise estrutural, decorre do caráter altamente compromissório da Constituição Federal, que, na transição de um regime totalitário e informado pelos ideais econômicos liberais, em que a supressão de direitos era rotina, assumiu compromissos com ideologias e objetivos praticamente inconciliáveis, na tentativa de ser o mais pluralista possível – sendo que até o pluralismo político foi erigido à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil. Leciona Morais:

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. 3. ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 8.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 502.

²¹ *Ibidem*, p. 510.

Há que se reconhecer que democracia, como política – e só pode ser assim, uma vez assumido que não se pode falar em política em contextos autoritários – capitalismo como economia, não formam um par perfeito, como alertava Warat desde muito. Pelo contrário, são gêmeos da tradição liberal que trilham caminhos tensionados, divergentes – democracia como inclusão/capitalismo como exclusão – os levando a uma convivência tensa, muitas vezes próximas à ruptura.²²

E o que se pode concluir a partir das afirmações acima? Ora, quando se analisa com cautela a Constituição, a par das críticas a ela direcionadas sobre a ineficácia de muitos de seus dispositivos, o que se constata é que o compromisso assumido gera diversos conflitos. Essas disparidades passam pelo campo da interpretação e ingressam na disputa sobre direitos subjetivos fundamentados no texto constitucional ou mesmo sobre projetos cuja execução seja de duvidosa constitucionalidade. Assim, não é incorreto dizer que o projeto de Estado brasileiro, senão impossível, é de concretização muito difícil. A menos que se adote certo temperamento e a realização dos direitos fundamentais e das políticas públicas seja reconhecida como um propósito de transformação social gradual, o que demanda muito tempo e dinheiro, a conjugação de todos os objetivos fundamentais – não somente aqueles do art. 3º, vale dizer – acarreta(rá) uma falência do Estado. Todavia, a incompreensão da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º,§1º) faz com que não sobrem críticas a qualquer posição que cogite da ineficácia social das normas jusfundamentais sob a justificativa de “ausência de recursos” ou a existência de outras prioridades, conforme o que é definido no programa de governo.

Nada mais normal, diante de todo esse quadro de insatisfações e contradições, que se busque a satisfação de posições jurídicas fundamentadas na Constituição por meio do Estado-juiz, sendo que “a disputa pela efetivação de direitos – os sociais, sobretudo – pelo Poder Judiciário passa a ser uma das marcas da contemporaneidade. Experimenta-se, assim, um rearranjo organizacional [...] e se percebe um embate do Estado com ele mesmo [...]”.²³ Contudo, ainda parece correto que não se pode esperar do Estado mais do que ele pode dar, e tal constatação não pode ficar, como atualmente acontece, dissociada da realidade limitada do Poder Público, o que também decorre, repita-se, das normas constitucionais e das conjunturas socioeconômicas de determinado momento histórico.²⁴

De outra banda, não se defende a submissão da Constituição à vontade momentânea do administrador, porque se tem como verdadeira a vinculação dos

²² MORAIS, op. cit., p. 61.

²³ Ibidem, op. cit., p. 62.

²⁴ Ibidem, op. cit., p. 65.

poderes constituídos à Lei Maior, mas, no mesmo momento, combate-se o decisionismo e o arbítrio dos julgadores, que podem facilmente comprometer a possibilidade de garantia de um mínimo existencial em relação a todos os direitos por considerar mais relevante um determinado direito, por suas próprias concepções de justiça.

A isso se soma o fato de que o processo civil viabiliza ao magistrado apenas uma visão perfunctória de um caso específico, ficando alheio a toda a complexidade da estrutura administrativa e da destinação de recursos conforme planejamento orçamentário.

Nesse momento, poder-se-ia retomar a indagação formulada por Dworkin, a fim de verificar a legitimidade do Poder Político da magistratura, ou ir mais além, pois, *mais do que uma disputa pelo poder de decidir o destino da sociedade e o emprego dos recursos públicos*, certo é que para o administrado/jurisdicionado “o Estado Jurisdição é tão Estado quanto o Estado Legislador ou o Estado Administrador [...], sendo a sua organização funcional apenas uma estratégia [...] para a sua funcionalidade e autocontrole recíproco”.²⁵ Então, poder-se-ia perguntar: *A quem é dado decidir, em qual momento e sob quais condições?* A resposta exige muita reflexão pontual e escapa aos objetivos do presente trabalho, cuja intenção é provocar o questionamento, que vai se tornando esquecido ou até “superado” no processo civil atual.

4 Considerações finais

À vista do quadro fático e jurídico destacado ao longo deste texto, espera-se que se tenha alcançado uma contribuição para o enfrentamento das crises do Estado. Assim, tendo em consideração que a judicialização da política não passa de uma faceta da crise da jurisdição, não se pode encará-la como uma solução da falta de efetividade das normas constitucionais e da não realização do projeto de Estado Social. O simples deslocamento de questões afetas ao processo democrático para o processo judicial pode implicar o agravamento das crises. Assim, é necessário tratar a judicialização das políticas públicas como um problema, que carece de respostas sobre a legitimidade democrática e a respeito dos limites do poder do juiz, o que favorece o olhar no sentido da inadmissão da discricionariedade judicial, haja vista que encarar o fenômeno como singela solução pode desaguar no decisionismo.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

²⁵ Ibidem, op. cit., p. 68.

CANOTILHO, J. J. G. et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. 3. ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: WMF M. Fontes, 2010.

MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e processo: reformas processuais, ordinarização e racionalismo*. Curitiba: Juruá, 2009.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Bacia Hidrográfica do Barracão e o Princípio da Precaução: uma análise do julgamento proferido na Ação Civil Pública 00722.00064/2012 de tutela de proteção ambiental da bacia hidrográfica de abastecimento de água em Bento Gonçalves

Magda Susana Ranzi Cobalchini* – Adir Ubaldo Rech**

Resumo: O presente artigo analisa, sob a perspectiva de uma Arquiteta Urbanista, a Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, contra o Município de Bento Gonçalves-RS, e Empresários do Ramo Imobiliário, com base na Ação Civil Pública 00722.00064/2012, que trata de obrigações de não fazer proteção ambiental na Zona de Proteção aos Mananciais Hídricos de Bento Gonçalves e os problemas de efetividade da tutela, face a equívocos processuais, que violam o princípio da precaução.

Palavras-chaves: Ação Civil Pública. Proteção ambiental. Princípio da Precaução.

1 Introdução

Este artigo trata da análise da Ação Civil Pública decorrente do Inquérito Civil instaurado pela Promotoria de Justiça de Bento Gonçalves, com a finalidade de investigar prejuízos ambientais e de urbanismo causados pela redução da área mínima dos lotes inseridos na ZPM1-Zona de Proteção aos Mananciais, localizada em Bacia Hidrográfica do Barracão.

Nos autos, identificou-se que o indeferimento judicial do pedido fundamentou-se “na inadequação da via processual adotada, uma vez que o autor objetivava a anulação e revogação dos efeitos da Lei 166/2011 e, por conseqüência, de parte da lei municipal 5.266/2011, o que equivale a um controle concentrado de constitucionalidade”.

Será apresentada uma síntese analítica do conteúdo da Ação Civil Pública, com observações pessoais de arquiteta urbanista, desvelando a problemática de que questões ambientais, que esbarram em discussões processuais, nem sempre obtêm a proteção do bem ambiental.

2 Síntese analítica do caso

O Ministério Público, através de sua Promotoria de Justiça Especializada, de Bento Gonçalves, em acordo com as disposições dos arts. 129, inciso III, da Constituição Federal e art. 5º, inciso I, da Lei 7.347/85, propôs AÇÃO CIVIL PÚBLICA URBANÍSTICA, contra o MUNICÍPIO DE BENTO GONÇALVES e quatro empresas do ramo de imóveis, com base nos seguintes fatos:

* Arquiteta e mestranda em Direito Ambiental na UCS.

** Mestre e doutor em Direito. Professor de Direito Urbanístico Ambiental no mestrado em Direito da UCS.

O Ministério Público instaurou procedimento investigatório (Inquérito Civil 00722.00064/2012) decorrente de um similar 00722.00081/2010, que tinha por objeto averiguar alterações no Plano Diretor de Bento Gonçalves.

O Plano Diretor regrou, inicialmente, os zoneamentos de restrições ambientais, salvaguardando-os, para adentrar com mais justiça nos zoneamentos atinentes a demais atividades urbanas.

Os zoneamentos restritivos, de maneira especial o zoneamento da área de manancial hídrico, possuíam embasamento em legislação anterior e nos estudos de concepção por arroios elaborados pela Corsan, em 1990, que determinou as áreas denominando-as de ZPM1 e ZPM2, zoneamento que classifica as Zonas de Proteção aos Mananciais.

Este estudo, elaborado pela Assessoria de Recursos Hídricos/Corsan/POA propôs, na época, a proteção mediante a instituição de uma lei específica. Assim, foi promulgada a Lei Municipal 1.893, de 20 de dezembro de 1990.

3 Preservação ambiental de contribuição à bacia hidrográfica, à barragem do moinho e do Arroio Barracão

Este estudo englobou outros municípios da região, como o caso de Farroupilha, que se encontra amontante de nossa captação e de onde provem a maior parte da captação de água para abastecimento público. Como premissa para definição de um zoneamento, é necessário reconhecer as restrições, as estruturas ambientais, de ocupação de um território.

Com base na definição de bacias hidrográficas, como uma unidade de planejamento, e dos Planos Diretores de 1992 e 1996, que reconheceram e que deram início à proteção legislativa ambiental, com regramentos específicos, foi confirmado, à luz dos direitos difusos, no atual Plano Diretor de 2006, além dos zoneamentos restritivos de proteção aos mananciais denominados ZPM1 e ZPM2, a inserção da Lei Municipal 1.893/90,³ criando a ZONA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL DE CONTRIBUIÇÃO À BACIA HIDROGRÁFICA À BARRAGEM DO MOINHO E DO ARROIO BARRACÃO-ZPAMB, que, em seu art. 57, estabelece:

Art. 57. São consideradas áreas de proteção ambiental permanente e, como tais, reservadas aquelas referentes às Bacias de Contribuição as Barragens do Moinho e do Arroio Barracão. Ficam abrangidos pela presente lei os cursos d'água e demais recursos hídricos pertencentes a referida Bacia de Contribuição. As áreas de proteção ficam delimitadas como sendo àquelas contidas entre os divisores de água de escoamento Superficial contribuinte ao curso d'água em questão. As águas dos recursos hídricos da Bacia de Contribuição ao Barracão e da Barragem do Moinho, no Distrito de São Pedro, dentro do Município de Bento Gonçalves devidamente demarcado pelo art. 172 da Lei Complementar 103, de 26 de outubro de 2006, destina-se prioritariamente ao abastecimento público. Os arroios

primários considerados como curso d'água contribuinte ao Arroio Barracão, determinado em todas as suas confluências, tomadas sucessivamente no sentido foz-nascente pelo afluente cuja Bacia representar maior área de drenagem, enumerados de 03, 04, 05, 23, 24 e 25, constituem-se áreas ou faixas de primeira categoria ou de maior restrição, delimitado em uma faixa de 100,00m de largura, medida em projeção horizontal a partir dos limites do álveo em cada uma das margens dos Arroios supra citados, mais o Arroio Barracão. (Redação alterada pela Lei Complementar 109, de 2 de abril de 2007).¹

O zoneamento foi assim demarcado, pois teve preocupação com um dos pontos vitais à sustentação da vida humana: a água. Estes arroios contribuem para o abastecimento de Bento Gonçalves.

Desde a promulgação do Plano Diretor em 2006, sempre houve a tentativa de quebrar estas regras, pois para a especulação imobiliária a terra vale por aquilo que se pode construir.

Para cada zoneamento está prevista uma densificação. No presente caso, originalmente, era uma densificação baixíssima, no zoneamento ZPM1, com lotes mínimos de 2.500m². Para cada lote de 2.500m² era permitida uma residência mantendo maior área de preservação e de maior permeabilidade. A alteração possibilita que agora se faça uma residência a cada 240m² resultando em uma densificação maior.

A administração pública fundamenta que há necessidade de diminuir o tamanho do lote, em face da grande procura, no município, por terrenos menores, esquecendo, que sem água potável, não é possível viver, exemplos que estamos assistindo nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, etc.

Ocorre que, com o advento da especulação imobiliária sobre os vazios urbanos, não obstante seja evidente, desde a concepção do Plano Diretor, que o crescimento do Município de Bento Gonçalves inclina-se ao norte, em direção ao Distrito de Tuiuty, surgiram terras não ocupadas na ZPM1, como uma alternativa de praticar loteamentos populosos, mas, para tanto, haveria necessidade de modificação no texto legislativo, reduzindo o tamanho dos lotes, que eram de 450m² para 240 m².

É evidente que, para se chegar a esse ponto, é fundamental a importância de entender como o Executivo propõe as alterações de zoneamento, baseado nos pareceres técnicos do IPURB, que se contradizem e não são transparentes quanto à falta de visão do conjunto da cidade e de sustentabilidade.

O Ministério Público fundamenta, nos autos do processo, que *não há uma visão sistêmica, conjunta. Não há integração entre as secretarias municipais, com o objetivo de verificar a viabilidade de alteração do Plano Diretor e com base em parecer*

¹ Disponível em: <http://sapl.camarabento.rs.gov.br/consultas/norma_juridica/norma_juridica_mostrar_proc?impressao=1&cod_norma=11090>. Acesso em: 8 jun. 2015.

técnico do urbanista André Houer, conclui que o plano está sendo desconstruído, ante a ausência de embasamento técnico consistente, além da falta de visão de conjunto da cidade e da sustentabilidade, ferindo vários princípios consagrados e usualmente aceitos em urbanismo, tanto técnicos como legais, além de ferir outros estabelecidos pelo Estatuto da Cidade. Recomendou ao município, no caso o prefeito municipal, de se abster de encaminhar projetos de lei que contrariem o Plano Diretor. Mas o projeto foi encaminhado.

O MP ouviu integrantes do Sistema de Planejamento e Gestão e os técnicos municipais acerca da concepção/elaboração e discussão em plenário dos assuntos. Toda alteração deve pressupor estudos técnicos desenvolvidos pela Secretaria Municipal competente, analisando toda a repercussão da proposta, dentro dos princípios e das diretrizes estabelecidas no próprio plano. Se entendido o contexto, deve haver votação e ser dado o encaminhamento ao Legislativo para transformação de lei, uma vez que a democracia, ou seja, o item participação popular, para dar legitimidade ao processo, deve ser considerado.

A Política de Desenvolvimento Urbano tem o objetivo de estabelecer parâmetros e limites para a expansão do meio ambiente artificial; observa-se que sua importância se dá a partir do momento em que procura reintegrar o homem à natureza, de forma que a expansão do seu hábitat ocorra de forma harmônica como o natural, permitindo o progresso humano, sem que se comprometa a possibilidade de vida na Terra. Há necessidade de se estabelecer um zoneamento ambiental, buscando assegurar um ambiente ecologicamente equilibrado.

Segundo Rech, verifica-se que

a degradação humana é decorrente da ocupação sem critérios, sem cientificidade, sem definir os locais que obrigatoriamente deviam ser preservados os locais que devem ser conservados e os locais de plena ocupação por parte do homem. Não há como expulsar o homem do planeta para preservar todos os espaços. É o zoneamento ambiental municipal plataforma sobre a qual será definida a forma de ocupação humana. Isto é, os zoneamentos urbanísticos devem ser assentados sobre a plataforma previamente estabelecida por lei, que é o Zoneamento Ambiental municipal.²

Acrescentam os autores que, na produção de Leis pelo Poder Público, não há a possibilidade de construção de normas de sustentabilidade da vida sob a ótica de justificativas e fundamentações teóricas e práticas de determinados conhecimentos isolados. “[...] Deve ser uma construção epistêmica, científica, capaz de produzir normas inteligentes”.

² RECH, Adir Ubaldio; RECH Adivandro. *Zoneamento Ambiental como Plataforma de Planejamento da Sustentabilidade*. Caxiasdosul: Educs, 2012. p. 146.

Não resta nenhuma dúvida de que a ocupação da forma proposta vai comprometer a bacia de captação de água, único rio que atende a cidade de Bento Gonçalves, o que compromete a sustentabilidade ambiental e urbanística.

O empreendedor, que está parcelando o solo pela nova forma proposta, alega que: o empreendimento decorreu de diversos estudos na área, acerca do aspecto ambiental, sendo a preservação dos recursos devidamente mantida; que fará recomposição da mata ciliar, extrapolando a exigência dos órgãos ambientais; que o tratamento de esgoto contará com a separação dos efluentes pluviais, sendo o esgoto doméstico previamente tratado, antes do lançamento no corpo hídrico receptor. Requereu a revogação da liminar concedida, na Ação Civil do Ministério Público. Alegou carência de ação, com base no art. 301, inciso X, do CPC. Para dirimir as divergências existentes no confronto entre o documento dos autos e o estudo técnico juntado pelas defesas, o Ministério Público entendeu ser necessária a realização de perícia judicial, que aponte de forma definitiva a alteração do zoneamento, com a diminuição da área em ZPM1, para 240m²; causará dano ambiental em relação aos mananciais, diante do aumento da densidade populacional, e/ou quais os reflexos dessa intervenção no local e, ainda, se há medidas cabíveis para coibir o impacto eventualmente decorrente, citando/especificando as providências necessárias. O objeto da ação centra-se no fato de ter sido alterada a densificação populacional em área inicialmente preservada pelo Plano Diretor, sem qualquer estudo técnico ensejador da alteração legislativa.

O Tribunal de Justiça autorizou o andamento dos processos administrativos, “tendo em vista a decisão proferida no agravo de instrumento n. 70055196075, alterando em parte a concessão da liminar pleiteada pelo ministério Publico, ajuíza autoriza o andamento dos processos administrativos que visem a constituir loteamentos na área ZPM1, restando proibida tão somente a execução de obras no local e a expedição de licenças e autorizações para corte de vegetação e implantação de loteamento, caso correspondam os lotes à quota ideal de 240 m², até posterior de ordem judicial, permanecendo inalterada a liminar quanto as demais determinações”.³

O juiz determinou a nomeação de uma engenheira ambiental para produzir provas periciais sobre fatos caracterizadores do dano ambiental, solicitada pelas partes em 11 de novembro de 2013. O que na prática não ocorreu.

A prova, nesse caso, é fundamento indispensável e complexo. Segundo Mirra:

A prova é um dos pontos fundamentais de qualquer demanda judicial, aparecendo, freqüentemente, como momento-chave do processo ou da fase de conhecimento. Com efeito, é a prova a respeito dos fatos da causa que, no mais das vezes, vai determinar o julgamento de procedência ou improcedência do pedido formulado. Na ação civil pública ambiental, o tema da prova é ainda mais importante porque a

³ Fls. 641 a 641 – autos da Ação Civil mencionada no texto.

prova recai, normalmente, sobre três pontos de grande relevância e complexidade. Em primeiro lugar, a prova incide sobre os fatos caracterizadores do dano ambiental (efetivo ou potencial), que é um dano muito peculiar. Efetivamente, o dano ambiental é uma lesão causada à qualidade ambiental, que pode assumir freqüentemente grande extensão, não se limitando apenas à degradação de determinado bem ambiental específico – já que pode atingir, também, outros bens ambientais (ecossistemas, espécimes e habitats inter-relacionados com o meio afetado) – e cujos efeitos, ainda, podem se manifestar no futuro.⁴

A prova, na Ação Civil Pública Ambiental, recai sobre as providências preventivas ou reparatórias a serem adotadas para evitar ou reparar danos ao meio ambiente, bem como, conforme o caso, sobre as providências tendentes à supressão da atividade ou omissão lesiva à qualidade ambiental. Eis aí, portanto, uma das peculiaridades das ações civis públicas ambientais.

No tocante aos meios de prova, nas ações civis públicas ambientais, não há como deixar de mencionar, em destaque, **a perícia**, diante das características das degradações ambientais, que dependem para sua exata apuração, em toda a sua extensão – seja com relação aos danos propriamente ditos, seja com relação ao nexos causal, seja com relação às providências reparatórias – de avaliações técnicas, com base científica, muitas vezes de grande complexidade.

Em agravo de instrumento, o mesmo foi provido, pois, segundo Parecer do promotor de justiça, ele entendeu pela “inadequação da via processual adotada, bem como tendo em vista a remessa feita por este agente da matéria ao Procurador Geral de Justiça, para análise da inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 166/2011 e da Lei n. 5266/2011, o Ministério Público encaminha a extinção da presente ação civil pública”.⁵

Em 14 de novembro de 2013. Na folha 670 tudo está encerrado, “*julgo EXTINTO o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, inciso VIII, do Código de Processo Civil.*”⁶

Lunelli, nesse sentido afirma:

Proteger e preservar o ambiente. Essa proposição, aparentemente simples, encontra grandes dificuldades quando se trata da tutela jurisdicional, atrelada a concepções privatistas, que não se afeiçoam à natureza do bem ambiental, têm-se, efetivamente, um processo voltado à tutela de interesses individuais, e a utilização destes mesmos

⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Estudos Superiores Especializados em Direito Ambiental pela Faculdade de Direito da Universidade de Estrasburgo – França. *Revista de Direito Ambiental*, n. 2, p. 50, abr./ jun. 1996. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO AMBIENTAL.

⁵ Ver fls. 645 dos autos da Ação Civil Pública.

⁶ Ver voto eminente relator. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2013&codigo=1246490>

institutos, para a proteção de um bem cuja natureza é transindividual, demonstra-se, muitas vezes, absolutamente inapropriada.⁷

Se o mundo contemporâneo compreende o bem ambiental como um dos pilares da sobrevivência da espécie, então se justifica a adoção de instrumentos processuais, que possam garantir plenamente a proteção desse bem, neste caso apresentado pelo ente representativo dos interesses da coletividade, na defesa do meio ambiente. Não há como ficar retardando decisões de danos ambientais, por conta de erros processuais. O juiz deve, mesmo em processo equivocado, invocar o princípio da precaução, para tutelar o meio ambiente ameaçado.

4 Princípio da precaução

A reparação de um dano ao meio ambiente é extremamente difícil – quando não impossível – e por isto todos os esforços devem ser feitos para evitar que ele aconteça. Por tais razões, um dos pilares do Direito Ambiental é o princípio da precaução, que visa evitar a ocorrência de prejuízo ao meio ambiente, especialmente quando não se tem certeza do que efetivamente pode ocorrer.

O Princípio da Precaução considera o fato de ser o processo de reconstituição da natureza extremamente lento e ainda existe a possibilidade de não se poder reconstituir o que foi degradado ou extinto. Precaução significa disposição ou medida antecipada, que visa prevenir um mal.

Rodrigues, ao se referir ao princípio da precaução, afirma

[...] sua importância está diretamente ligada ao fato de que, se ocorrido o dano ambiental, a sua reconstituição é praticamente impossível. O mesmo ecossistema jamais pode ser revivido. Uma espécie extinta é um dano irreparável. Uma floresta desmatada causa uma lesão irreversível, pela impossibilidade de reconstituição da fauna e da flora e de todos os componentes ambientais em profundo e incessante processo de equilíbrio, como antes se apresentavam.⁸

Dentro do sistema jurídico nacional, ele está presente, nos mais variados diplomas legais, especialmente no Texto Constitucional. Na Constituição Federal de 1988, é visto especialmente no art. 225, no qual se verifica a imposição ao Poder Público e ato de preservar o meio ambiente para a presente e as futuras gerações. O artigo mencionado encontra-se vazado nos seguintes termos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder

⁷ LUNELLI, Carlos. Estado, meio ambiente e jurisdição. In: MARIN, Jeferson. Caxias do Sul: Educ. 2012. p. 147.

⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 203.

público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O inciso I do referido instituto legal passa ao Poder Público a incumbência de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas. O inciso II impõe preservar a diversidade e a integração do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

O inciso IV exige, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, a realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Finalmente, no inciso VI, encontra-se a principal influência do Princípio da Prevenção. Ele determina a promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

O art. 225, da Constituição Federal de 1988, é um núcleo semântico plurissignificativo dos mais importantes da Constituição brasileira, em razão dos bens jurídicos tutelados em um só dispositivo.

Entende-se que o princípio da precaução derivado do art. 225 deveria ter sido observado no caso em tela, vez que a Bacia Hidrográfica encontrava-se “desconstruída e debilitada”. (resultado apurado no inquérito civil).

Obviamente não são esses os únicos textos legais no quais se verifica o Princípio da Precaução na Constituição Federal. Eles aparecem, ainda, no Texto Constitucional de forma indireta.

Fora do Texto Constitucional, esse princípio pode ser observado em vários diplomas legais, e mais especificamente no Código Florestal⁹ e na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. Para o renomado doutrinador Nucci,

há princípios expressamente previstos em lei, enquanto outros estão implícitos no sistema normativo. Existem, ainda, os que estão enumerados na Constituição Federal, denominados *princípios constitucionais* (explícitos e implícitos) servindo de orientação para a produção legislativa ordinária, atuando como garantias diretas e imediatas aos cidadãos, bem como funcionando como critérios de interpretação e integração do texto constitucional.¹⁰

Em relação à precaução, essa foi elevada à categoria de princípio pelo ordenamento jurídico. Porém, para sua constatação, é necessária uma interpretação sistemática e integrada – sem que se esqueça da hierarquia das normas de todo o ordenamento jurídico. Somente essa interpretação demonstra sua existência e

⁹ LEI 12.651, de 25 maio 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Tribunais, 2009.

consideração jurídica. Quanto à sua aplicabilidade, ela deve ser considerada em dois momentos distintos:

a) no momento da produção legislativa, sendo vista como imperativo para a produção de leis que visem a preservação do meio ambiente e não sua reconstituição, e ao mesmo tempo, deve ser considerada pelo legislador, como vedação à edição de leis, que permitam a degradação ambiental;

b) no momento de aplicação da norma, quando a precaução deverá servir como parâmetro de interpretação e definição do alcance da norma.

De acordo com o professor Machado,

para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente.¹¹

A implementação da Política Urbana no Brasil tem, como principal instrumento, o Plano Diretor e deve contar, obrigatoriamente, com a participação direta dos cidadãos. O Princípio da Precaução impõe a adoção de medidas que visem impedir a ocorrência do dano, através de ações antecipadas, como por exemplo os zoneamentos que regram cada porção da cidade.

Conforme seus ensinamentos, a ausência de informações suficientes para embasar uma política ambiental não é justificativa para que não se proteja o meio ambiente. Nesse sentido, a sua proteção é operacionalizada com base no princípio da precaução, por meio de ações antecipadas diante do risco do dano.

Este princípio visa a durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e a plenitude da biodiversidade, havendo uma série de questões que devem ser levadas em consideração, para aplicar o princípio da precaução. Machado destaca:

A primeira questão versa sobre a existência do risco ou da probabilidade de dano ao ser humano e à natureza. Há certeza científica ou há incerteza científica do risco ambiental? Há ou não unanimidade no posicionamento dos especialistas? Devem, portanto, ser inventariadas os diversos saberes. Chegou-se a uma posição de certeza de que não há perigo ambiental? A existência de certeza necessita ser demonstrada, porque vai afastar uma fase da avaliação posterior. Em caso de certeza do dano ambiental, este deve prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção.¹²

O princípio da precaução é contrário a comportamentos apressados, precipitados, improvisados e à rapidez insensata e à vontade de resultado imediato. Não se trata,

¹¹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 65.

¹² MACHADO, op. cit., p. 65.

evidentemente, de tentativa de procrastinar o desenvolvimento ou prostrar-se diante do medo, nem se elimina a audácia saudável. Busca-se, isto sim, a segurança do meio ambiente e a continuidade da vida. De acordo com Silveira:

É preciso falar em precaução porque não é mais convincente o ideal (da espera, da esperança) de que a Ciência cedo ou tarde indicará o caminho correto; porque a ponderação de interesses em âmbito administrativo parece pouco sensível e, por vezes, hostil aos problemas ecológicos; porque os mecanismos processuais clássicos de responsabilização do poluidor parecem pouco eficientes. O ambiente não pode ser tratado pelas políticas públicas e pelo Poder Judiciário como apenas mais um dentre outros interesses a serem considerados – ou pior, como um obstáculo ao progresso e como um fator de limitação de outros direitos [Omissisno].¹³

Por sua vez, entende Aragão que o que

[...] importa desmistificar o princípio da precaução defendê-lo como princípio racional e cientificamente fundado de responsabilidade pelo futuro, contra a impressão equivocada de modo racionalidade, e demonstrar que o princípio é invocado para atenuar a insegurança jurídica e não para criá-la ou agravá-la. [Omissisno].¹⁴

E, no caso a aplicabilidade da norma sob este princípio, o mesmo encontra alicerce nos princípios e nas diretrizes do próprio Plano Diretor do Município de Bento Gonçalves, em seu art. 8º:

I – o desenvolvimento equilibrado e sustentável nos planos físico, social e econômico;

II – garantia da participação da população no planejamento e gestão pública;

III – integração regional com vistas a adotar legislações comuns nas áreas de interesse dos municípios, especialmente a preservação dos mananciais hídricos;

IV – a preservação do meio ambiente, com ênfase aos mananciais hídricos, como forma de autossustentabilidade do município e garantia de abastecimento de água potável à população;

V – a preservação do patrimônio histórico e cultural na área urbana e rural, como forma de respeito ao processo histórico, para a preservação da identidade, diferencial e potencial turístico;

VI – promoção da qualidade de vida da população e da equidade social pela ampliação progressiva do acesso à moradia, justa distribuição dos recursos, serviços de infraestrutura e equipamentos públicos a todos os grupos sociais;

¹³ SILVEIRA, Clovis Eduardo Malinvernida. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul – RS: Educs, 2014.

¹⁴ ARAGÃO, Alexandra. Princípio da Precaução: manual de instruções. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, ano XI, n. 22, p. 14-16, 2008.

VII – integração entre os diversos organismos municipais do Executivo e do Legislativo e destes com o setor privado, através de sua coordenação (Sistema de Planejamento e Gestão) em estratégias, metas, programas e projetos.

A diretriz fundamental do Município de Bento Gonçalves **é a busca permanente do desenvolvimento sustentável (econômico, social e de preservação do meio ambiente, integrando a zona urbana e rural), com vistas a assegurar qualidade de vida a todos os seus munícipes.** (Grifo nosso).

Tem como características e identidade econômica o sistema de produção vitivinícola e moveleiro, como bases da economia e desenvolvimento do turismo do município, respeitando a necessidade de diversificação e aperfeiçoamento tecnológico, como meios de garantir a autossustentabilidade do município.

As diretrizes gerais e físicas do Plano Diretor ficaram assim estabelecidas:

I – incentivar e permitir o desenvolvimento de atividades que assegurem a garantia do direito à cidade e ao município sustentável para as presentes e futuras gerações, adequando-as de forma a garantir o cumprimento e desenvolvimento da diretriz fundamental;

II – preservar os mananciais hídricos como forma vital de abastecimento da população e da existência da própria cidade;

III – descentralizar a cidade, incentivando o surgimento de novos polos de urbanização, utilizando para isso, instrumentos como sistema viário, índices construtivos, ocupação do solo, equipamentos institucionais de serviços e industriais;

IV – viabilizar a separação do conflito de trânsito de passagem pelo município, como trânsito local e hierarquizar o sistema viário, buscando contemplar um fluxo harmonioso do trânsito local;

V – utilizar o zoneamento urbano e rural como forma e instrumento de ocupação adequada para cada espaço respeitando suas potencialidades naturais, culturais, ambientais, econômicas e sociais;

VI – utilizar os instrumentos da Lei Federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade, adequando-os às condições e ao interesse local;

VII – priorizar o interesse coletivo acima do interesse privado e particular.

Observa-se que, no caso, Bacia Hidrográfica do Barracão, o princípio da precaução deveria ter sido mantido, pois não se consegue provar, com base em um único artigo científico, que a urbanização no zoneamento, denominado ZPM1, não trará danos ao abastecimento de água, já que pode atingir, também, outros bens ambientais (ecossistemas, espécimes e habitats inter-relacionados como meio afetado)

– e cujos efeitos, ainda, podem se manifestar no futuro. Ao contrário, os ambientalistas alertam que nem 1% de contribuição hídrica, atualmente, pode ser desprezada.

5 Breve reflexão sobre democracia e participação popular

De acordo com Castoriadis,¹⁵ em *Uma sociedade à deriva*, “precisamos de uma verdadeira democracia, instaurando processos de reflexão e de deliberação o mais amplo possível, em que os cidadãos, na sua totalidade participem”.

O que, por seu turno, somente será possível se os cidadãos em causa dispuserem de uma verdadeira informação, de uma verdadeira formação e de ocasiões de exercerem na prática o seu juízo.

Ao conceito de representatividade em democracia, Castoriadis apresenta uma ideia de democracia participativa ou direta, formada por uma pluralidade de indivíduos que tem a possibilidade efetiva de influir sobre o que acontece. Aí também está a sua noção de igualdade: não a de indivíduos uniformes e idênticos, mas com as mesmas chances de participar sobre as decisões que lhes dizem respeito. Essa participação é hoje impossibilitada, devido ao fato de as pessoas quererem participar, somente se fizerem uma diferença. O que também é impossibilitado, devido às estruturas burocráticas hierárquicas (Estado) destruírem a solidariedade, e ao capitalismo ter transformado os lugares tradicionais de socialização em cascas vazias.

Ou seja, a apatia que o capitalismo causa às pessoas, fazendo-as se confinar no espaço individual ou microfamiliar, destrói o espaço público como espaço de atividade coletiva, tirando delas o meio pelo qual elas podem tentar tomar pelas próprias mãos o seu destino. Conforme o autor, a privatização dos indivíduos os faz abandonar os espaços coletivos e públicos, deixando todas as decisões a cargo da burocracia e dos especialistas.

E continua afirmando que “a sociedade contemporânea é fundamentalmente imprudente”, pois perpassa limites e fronteiras que não podemos desenhar antecipadamente e para enfrentar o problema invoca Aristóteles naquilo que ele chamava “phronesis”, a prudência.

Para ultrapassar fronteiras quando não temos certeza, como é o caso em tela, deveria ter ocorrido prudência, já que a base utilizada pelos defensores dos empresários foi um artigo científico que mostra uma das realidades, que deveriam ser apuradas para a ocupação de uma bacia hidrográfica.

¹⁵ CASTORIADIS, Cornelius entrevistas e debates: *Uma sociedade à deriva*, ano 1974-1997. *Revista de Estudos Universitários*, Sorocaba, SP, Editora 90º, v. 33, n. 1, p. 107-110, 2007.

Quem frente à escassez hídrica, se bem postulado em audiências públicas sérias, com consciência e informações, não obterá do povo a verdadeira resposta? Não falo somente do povo que reside na bacia hidrográfica, que sugestionado, somente reivindica a regularização de seus empreendimentos, mas de toda população bentogonçalvense. “A participação popular deve estar sempre presente e não apenas representada na formação da vontade do Estado impedindo a formação de um exercito de silenciosos na obrigação de participar de uma construção de mundo mais sustentável”.¹⁶

Era isso que a Assessoria de Recursos Hídricos/Corsan/POA propôs, na época, da elaboração da Lei Municipal 1.893, de 20 de dezembro de 1990, revogada, que instituiu a PRESERVAÇÃO AMBIENTAL DE CONTRIBUIÇÃO À BACIA HIDROGRÁFICA À BARRAGEM DO MOINHO E DO ARROIO BARRACÃO, audiências públicas, nas quais a população, não a representatividade, se manifestasse contra ou a favor de mudanças com voto consciente dos reflexos da decisão no abastecimento público.

De acordo com Fensterseifer, o princípio de acesso à informação ambiental é um direito fundamental de quarta dimensão. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XIV, dá garantia ao estabelecer o acesso à informação para todo cidadão consciente da realidade, sobre a problemática ambiental, sendo capaz de atuar qualitativamente no processo político. O que se depreende da análise do Inquérito Civil é que, em momento algum, havia informação qualitativa suficiente que amparasse as decisões tomadas sem consciência. O princípio de participação está diretamente relacionado com outro direito que é o do acesso à informação.

6 Conclusão

Questões ambientais esbarram em discussões processuais. Nem foi julgado o mérito de toda documentação postada no processo de cunho ambiental e com foco nos Direitos Difusos. O tempo é aliado do empreendedor. A atuação processual não protegeu o bem ambiental (Bacia Hidrográfica). E, resta evidente que questões ambientais não podem se prestar à análise de argumentos sem visão multidisciplinar, porque a incerteza deve gerar o dever de cautela, aplicando-se o Princípio da Precaução, que, com toda certeza, foi ignorado no presente caso.

¹⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MEIO AMBIENTE, 3., e do SEMINÁRIO REGIONAL DO INSTITUTO “O DIREITO POR UM PLANETA VERDE”, 2., 2003, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Corag, 2003.

Constitucionalmente, a matéria ambiental é de competência comum, consistindo em produção legislativa dos vários entes que compõem a Federação, sem que a atuação de um impossibilite a atuação de outro. No entanto, quando se trata de meio ambiente urbano, a Constituição declara expressamente que a política será executada pelo Poder Público municipal, e que seu principal instrumento será o Plano Diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Somente assim o Estado estará se antecipando à ocorrência do dano ambiental e garantindo a plena aplicação do Princípio da Precaução.

Observa-se que o processo tradicional jurídico, quando tratamos de questões ambientais, somado ao lapso de tempo entre a petição e a decisão, desfavorece a tutela ambiental, impondo riscos muitas vezes irreversíveis a toda comunidade.

Verifica-se, também, que, embora exista um problema ambiental em jogo, em que não se conhece a dimensão real do dano e, antes de se tomarem decisões, que demandam tempo, não se imputa o princípio da precaução.

Referências

ARAGÃO, Alexandra. Princípio da Precaução: manual de instruções. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, ano XI, n. 22, p.14-16, 2008.

CARVALHO FILHO, J.S. *Estatuto da cidade comentado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTORIADIS, Cornelius entrevistas e debates: Uma sociedade à deriva, ano 1974-1997. *Revista de Estudos Universitários*, Sorocaba, SP, Editora 90º, v. 33, n. 1, p. 107-110, 2007.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*.

FERREIRA, Helene Sivini. O Risco Ecológico e o Princípio da Precaução. In: LEITE, Jose Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini (Org.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 2004. p. 63.

FENSTERSEIFER, Tiago. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MEIO AMBIENTE, 3., e do SEMINÁRIO REGIONAL DO INSTITUTO “O DIREITO POR UM PLANETA VERDE”, 2., 2003, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Corag, 2003.

LACERDA, Galeno. Ação Civil Pública. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 19, p. 11-33, 1986.

LUNELLI, Carlos. Estado, meio ambiente e jurisdição. In: MARIN, Jeferson. *A necessidade de superação da standardização do processo e a coisa julgada nas ações coletivas de tutela ambiental*. Caxias do Sul: Educs. 2012. p. 147.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Ministério Público, ambiente e patrimônio cultural. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 19, p. 95-103, 1986.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 65.

MILARÉ, Edis. *A ação civil pública por dano ao meio ambiente*. Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 219.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Estudos superiores especializados em Direito Ambiental pela Faculdade de Direito da Universidade de Estrasburgo – França. *Revista de Direito Ambiental*, n. 2, p. 50, abr./jun. 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RECH, Adir Ubaldo; RECH Adivandro. *Zoneamento Ambiental como plataforma de planejamento da sustentabilidade*. Caxias do Sul: Educs, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Petrópolis, 2005.

SILVEIRA, Clovis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Documentos

INQUÉRITO CIVIL: 00722.00064/2012/AÇÃO CIVIL PÚBLICA URBANÍSTICA COM PEDIDO DE LIMINAR /PROMOTORIA DE JUSTIÇA ESPECIALIZADA DE BENTO GONÇALVES; Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado do Município de Bento Gonçalves – Lei 103/26/outubro/2006. Disponível em: <rio.grande.sul;bento.goncalves:municipal:lei.complementar:2006-10-26;103>.

Plano Ambiental, 2007, realizado pelo Instituto Sollo com vistas a cumprir exigências da legislação para obtenção do Licenciamento Ambiental;

Plano de Saneamento de Bento Gonçalves. Lei Municipal N4840, de 8 de março de 2010, BENTO Gonçalves,RS, Brasil.

CORSAN. Companhia Rio-grandense de Saneamento. Estudo de Concepção do sistema de Esgotos Sanitários da Cidade de Bento Gonçalves, Relatório Técnico, v.1. 2007.

Legislações

Lei Federal n. 10257 de 10 de julho de 2001– Estatutos da Cidade

Lei Federal 6938/81 – Política Nacional do Meio Ambiente.

Lei 4000/06 – Política Municipal do Meio Ambiente.

Lei 11.445, de 5 janeiro 2007 – Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico.

Lei 12.651, 25 maio 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

TJ.RS.GOV.BR. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

A aplicabilidade do princípio do desenvolvimento sustentável através do ecoturismo

Moisés João Rech* – Renan Zenato Tronco** – Wolmer Rogério da Cunha Nunes***

Resumo: O artigo tem por objetivo demonstrar que, no âmbito do ecoturismo, é possível a convergência entre princípios constitucionais da atividade econômica e desenvolvimento econômico, social e ambiental sustentável. O Parque Nacional Aparados da Serra é escolhido como prova e exemplo. A argumentação orienta-se por uma abordagem analítica e sistemática dos princípios constitucionais do desenvolvimento sustentável, aplicáveis ao tema-objeto e pela descrição dos aspectos relevantes da experiência do ecoturismo. Conclui-se, portanto, que a atividade do ecoturismo é um exemplo consistente da real viabilidade da conciliação de três essenciais dimensões do desenvolvimento: a econômica, a social e a ambiental.

Palavras-chave: Ecoturismo. Atividade econômica. Lazer. Desenvolvimento sustentável.

1 Introdução

O artigo apresenta uma análise empírica sobre o princípio do desenvolvimento sustentável, observado na atividade econômica do ecoturismo, como meio de promoção do lazer e o consequente desenvolvimento social, econômico e ambiental. A dificuldade para equalizar as dimensões da sustentabilidade é o problema-cerne arrazoado, submetido ao exercício de plausibilidade da existência de empreendimento que possa superar este obstáculo.

Para atender a esse objetivo, a técnica metodológica utilizada é a revisão bibliográfica de diferentes autores, no intuito de produzir sólida base teórica, que sustente as afirmações de ocorrência do desenvolvimento sustentável. Por fim, apresenta-se argumentativamente que o exemplo do Parque Nacional Aparados da Serra possibilita a mútua incidência equilibrada das dimensões da sustentabilidade.

2 O desenvolvimento sustentável e o direito constitucional ao lazer

No ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estão assegurados os direitos sociais.¹ As

* Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – RS.

** Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – RS.

*** Servidor Público Federal. Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul-RS.

¹ Art. 6º. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 90, de 2015).

disposições ali garantidas compreendem as necessidades básicas do ser humano: educação, saúde, alimentação e demais aspectos, nos quais a inexistência ou inobservância torna-se fator complicador para o pleno desenvolvimento social do indivíduo. Todavia, ainda que seja dispensável expressar as motivações que dão caráter fundamental à alimentação, saúde e educação, importância, a presença da garantia do direito social ao lazer, no mesmo dispositivo, indubitavelmente eleva e amplia a sinergia dos fatores físicos e psicológicos que culminam com o bem-estar do ser humano.

O direito ao lazer, previsto na Constituição Federal, torna inerente às atividades culturais, aos espaços públicos de divertimento e a todas as formas de promoção de lazer a função de ferramenta de desenvolvimento social, atribuindo assim a função constitucionalmente imprescindível do fomento destes espaços de lazer. Desta forma, sob o raciocínio da ocorrência da prática do lazer, entende-se que este direito constitucional está também tutelado pelo Direito Ambiental, conforme ensina Fiorillo, em trecho a seguir destacado:

O direito ao lazer, enquanto componente do PISO VITAL MÍNIMO observado no art. 6º da Constituição Federal, é explicitamente tutelado por nosso direito ambiental no sentido de garantir a brasileiros e estrangeiros residentes no País o exercício de atividades prazerosas, consideradas enquanto sensações ou mesmo emoções agradáveis ligadas à satisfação de diferentes necessidades, dentro de nosso território. Como componente essencial à satisfação emocional da pessoa humana, o lazer integra o conteúdo de um dos mais importantes (se não o mais importante, conforme já tivemos oportunidade de argumentar) fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil, a saber, o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o que nos leva a afirmar que seria impossível considerar qualquer pessoa humana no efetivo exercício de sua dignidade no plano constitucional sem usufruir o lazer enquanto direito material que a Carta Magna lhe assegura.²

O direito ao lazer e sua prática tornam-se peças fundamentais na construção social, portanto, no desenvolvimento social. Esta constatação possui correspondência substancial para o entendimento da base constitutiva do princípio do desenvolvimento ambientalmente sustentável. Isto porque a sustentabilidade é pluridimensional,³ contemplando as dimensões social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental. Esta pluridimensionalidade interpõe, sobre as diferentes esferas que compõem o universo humano, a necessidade de uma interação harmônica entre elas, visando a manutenção equânime de todos os sistemas, para que sua coexistência seja perene e salutar ao ser humano em toda sua existência.

² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 761-762.

³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 55.

O repto intelectual que obstaculiza o alcance da sustentabilidade está justamente na capacidade de implementar sistemas de interação que abarquem de maneira ponderada todas as dimensões compositoras do desenvolvimento sustentável. O senso comum, por si só, encarrega-se de apontar que os interesses econômicos acabam sobrepondo-se a quaisquer outros que possam estar em conflito com a viabilidade financeira de empreendimentos. Não é por menos. O sistema capitalista que predomina na economia mundial busca incessantemente o lucro e a acumulação de riquezas, influenciando, com sua força de interesses e capacidade de coerção, nos processos sustentáveis que surgem em contradição ao seu método de expansão. Como se não bastasse, é a própria atividade econômica que, pelo viés exploratório, catalisa o esgotamento das reservas naturais, degradando o meio ambiente de maneira irresponsável.

A racionalidade econômica mostra-se, portanto, contraditória e autofágica⁴ sob a perspectiva ecológica. A desmensurada ânsia pelos índices de crescimento, os argumentos falaciosos e contestados da acumulação e distribuição de riqueza e o fetiche do Produto Interno Bruto são empecilhos ao desenvolvimento sustentável. O crescimento desenfreado da população e da produção levará a racionalidade econômica ao limite biológico do planeta, com as reservas ambientais que se esgotarão gradativamente. É necessário repensar o crescimento econômico de forma sustentável. O desenvolvimento sustentável é uma ferramenta de mitigação da crise ambiental segundo Leff,⁵ como fundamento normativo para as diretrizes, na reestruturação da ordem econômica, conciliando economia e natureza. As estratégias do desenvolvimento sustentável visam obter novas formas de desenvolvimento, que coadunem com as potencialidades dos ecossistemas. Nesse sentido, a escassez de recursos estendeu-se globalmente, e o progresso técnico de substituição de recursos escassos por recursos abundantes não solucionará o problema.⁶

É o diagnóstico sobre como o comportamento econômico aparta a coexistência sustentável das dimensões que fomentam o pensamento inventivo, focado na superação das diferenças segregadoras. Assim como o antídoto parte do próprio veneno, é a própria viabilidade econômica que pode estimular o fato gerador de determinada atividade, balizada no princípio da sustentabilidade. Se o exercício da atividade econômica tiver como meios de alcance do lucro o devido respeito ao potencial do ecossistema e o desempenho da função social, esta poderá estar em consonância com os objetivos do desenvolvimento sustentável.

⁴ LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 3. ed. rev. e aum. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004. p. 25.

⁵ *Ibidem*, p. 14.

⁶ *Ibidem*, p. 16.

Assim, diante do raciocínio exposto, é possível vislumbrar uma evolução do comportamento econômico, que não asfixie o desenvolvimento das dimensões social e ambiental. Ao contrário, serão as diretrizes ambientais e sociais que deverão balizar a dimensão econômica, não visando extinguir e demonizar a busca do lucro, mas sim adaptá-la, para que ocorra sem agressão desproporcional ao ecossistema.

3 O ecoturismo gastronômico como exemplo do desenvolvimento sustentável

Diante da consolidação do ponto de vista conjectural, tem de grande valia a análise empírica sobre a sustentabilidade pluridimensional para uma completa compreensão de sua viabilidade. Ainda que o lazer possa ocorrer de várias formas, uma de suas modalidades tem especial importância para o objeto central deste artigo. Trata-se do ecoturismo, modalidade de prática do turismo onde o lazer, o meio ambiente e a subsistência econômica encontram um ponto de convergência para a coexistência, de maneira a respeitar as potencialidades.

Antes de especificar a seara do ecoturismo, pode-se notar a importância da atividade turística e seu papel desempenhado no desenvolvimento social e econômico, mediante a disposição que incumbe à União, aos estados e ao Distrito Federal o dever de promover e incentivar o turismo.⁷ Tal disposição constitucional endossa ainda mais o argumento estratégico exposto, de modo a solidificar o alicerce teórico.

Mais especificamente, aborda-se o ecoturismo como atividade econômica para a referida análise empírica. Inicialmente, é necessário ressaltar que a exploração de qualquer atividade econômica sobre os bens ambientais deverá respeitar o ordenamento constitucional e todas as disposições protecionistas do meio ambiente, conforme ensinamento destacado no seguinte trecho:

Os fornecedores interessados em usar os bens ambientais direcionados ao lazer dos ecoturistas deverão obedecer, por força do que estabelecem as normas constitucionais em vigor, ao art. 225 da Carta Magna, assim como às regras relativas à Política Nacional do Meio Ambiente, apontada pela lei n. 6.938/81, e aos dispositivos indicados na Lei n. 8.078/90. Por via de consequência, serão referidos fornecedores os entes responsáveis por desenvolver, em obediência aos princípios gerais da atividade econômica (art. 170 da CF) e adotando como fundamentos básicos os incisos III e IV do art. 1º da Carta Magna assim como o art. 170, V e VI, do mesmo diploma superior, a veiculação de produtos ou prestação de serviços destinados aos interessados em viajar em busca de suas necessidades. Isso significa compreender que, embora possam usar os bens ambientais com vistas no lucro, têm a obrigação de *preservar os bens ambientais para as presentes e futuras gerações* (art. 225 da Carta Magna), adotando todas as providências necessárias para *prevenir* qualquer lesão ou ameaça ao meio ambiente, mesmo por parte de seus clientes, os ecoturistas.⁸

⁷ Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

⁸ FIORILLO, op. cit., p. 794.

Assim, a exploração econômica de determinado bem ambiental não terá como resultado a irreversível degradação do mesmo, zelando pelo seu equilíbrio e sua manutenção. Ainda, toda consolidação de atividade comercial estará sujeita ao estudo prévio de impacto ambiental, para assegurar que, mesmo massificado, o movimento turístico não vá deteriorar o bem ambiental.⁹

Considerando o bem ambiental blindado à degradação pelo seu uso econômico, pode-se dar maior atenção aos benefícios e à extensão desta atividade. O primeiro aspecto que merece destaque está relacionado ao ecoturismo gastronômico. É cada vez mais eminente estarmos vivendo em uma era de culto à alimentação orgânica, que vem adquirindo cada vez mais adeptos, em busca de, em suas refeições, ingerir apenas produtos não industrializados, geridos pelos meios convenientes à cultura natural. Mesmo que haja intermináveis controvérsias sobre a comprovação dos efeitos colaterais, gerados nos seres humanos, pela ingestão deliberada de componentes químicos industriais aplicados aos alimentos, apontando-se umnexo causal explícito sobre a ingestão e o mal, a consciência de que a alimentação orgânica apresenta menores riscos à saúde de seu praticante já se constitui como uma verdade para o senso comum.

No processo de produção dos alimentos orgânicos, nitidamente estarão ausentes fatores característicos e intrínsecos ao agronegócio de exportação, que agrega, entre outros malefícios, o esgotamento dos solos, a derrubada de matas por maiores áreas de plantio, o despudor no uso de agentes químicos e a extinção dos modelos de agricultura familiar. Dessa forma, pode-se concluir que a associação entre o ecoturismo gastronômico e a agricultura orgânica, característica de algumas localidades, cumprem os objetivos do desenvolvimento sustentável, pois há o ganho econômico pela exploração turística, o ganho social pela prática do lazer, juntamente com a prosperidade de núcleos familiares agrícolas e o respeito à potencialidade do ecossistema envolvido, trazendo assim ganho ao meio ambiente. Esta interação das dimensões pode muito bem ser observada na cidade de Cambará do Sul,¹⁰ com a rota turística do Parque Nacional de Aparados da Serra, no cânion de Itaimbezinho.

Portanto, conclui-se que a ferramenta do desenvolvimento sustentável, que visa a sustentabilidade pluridimensional, possui aplicação prática para sua teoria. Cabe a ressalva de que não foram abordadas estratégias de expansão destes moldes de empreendimentos, visto que sua proliferação depende da análise e readequação de

⁹ Ibidem, p. 765-766.

¹⁰ <<http://cambaradosul.rs.gov.br/>>. Acessado em: 5 out. 2015.

políticas públicas, que não possuam os preceitos do desenvolvimento sustentável aqui explanados.

4 Considerações finais

A previsão do lazer, no rol de direitos sociais constitucionais, serve de base para a propagação do desenvolvimento sustentável. Isto porque, o desenvolvimento social é uma das dimensões da sustentabilidade, juntamente com o ambiental e o econômico.

A existência de um ponto de convergência entre estas dimensões é fática, na medida em que o exemplo abordado se enquadra nas premissas para a ocorrência da sustentabilidade. A composição do ordenamento constitucional, juntamente com a interpretação com vistas à aplicação prática dos ensinamentos da Carta, é propulsora eficiente para que a alteração do comportamento econômico, que só visa o lucro ambientalmente desmedido, ocorra de forma gradual. Na ocorrência da multiplicação de empreendimentos, como o Parque Nacional Aparados da Serra, juntamente com o desenvolvimento das áreas lindeiras, em consonância com, por exemplo, a agricultura orgânica, há a probabilidade de o mercado tomar um rumo diferente do atual, em respeito à sua lei da demanda, visto que o lucro mover-se-ia conforme o interesse do consumidor.

Diante disto, tem-se como alcançado o objetivo empírico de ocorrência do desenvolvimento sustentável na exploração econômica do ecoturismo, associado à agricultura orgânica. Este e outros precedentes somados darão a dimensão da ocorrência, em grande escala, de fenômenos como o demonstrado.

Referências

- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, Acesso em: 27 jul. 2015.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 3. ed., rev. e aum. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.
- PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMBARÁ DO SUL. Disponível em: <<http://cambaradosul.rs.gov.br/>>. Acesso em: 5 out. 2015.

Abuso de direito e função social na proteção ambiental em face do risco ecológico

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira* – Sandrine Araújo Santos** – Larissa Wegner Cezar***

Resumo: Redigido como ensaio, pautado no estudo da bibliografia jurídica e sociológica, o presente artigo versa sobre a tutela dos riscos ambientais através do instituto do abuso de direito, sob a perspectiva de uma releitura da noção constitucional da propriedade. Inicialmente, discute-se as características da propriedade moderna e o resgate de sua feição coletiva. Associa-se a degradação ambiental ao desequilíbrio das instituições modernas, que supervalorizam o direito individual, em face dos direitos de ordem social/coletiva. Discute-se que a responsabilidade civil tradicional é insuficiente, uma vez que a maior parte dos danos é de difícil previsão, delimitação e controle. Conclui-se que a proteção do bem ambiental constitucional passa por uma compreensão renovada da função socioambiental da propriedade (como exercício de direitos coletivos) e pelo tratamento do risco ecológico intolerável, como abuso dos direitos de ordem privada.

Palavras-chave: Risco. Tutelas coletivas. Bens comuns. Novos direitos.

1 Introdução

O presente estudo aborda o tema da apropriação privada abusiva do patrimônio ambiental. O exercício abusivo do direito de propriedade produz desigualdades socioambientais e um quadro de degradação ambiental, bem como da privatização dos lucros e socialização dos riscos ecológicos. A racionalidade econômica desprezada de preocupação com o meio ambiente faz crescer as desigualdades sociais, colaborando com o esgotamento acelerado do planeta. Com isso, justifica-se o presente estudo, por se tratar de tema atual e de grande relevância social, tendo em vista as dificuldades do direito tradicional, na responsabilização do agente poluidor, e a necessidade de zelar pela qualidade de vida e pela integridade do meio ambiente.

O objetivo deste ensaio é, a partir do estudo da propriedade, refletir sobre a jurisdicionalização do risco ambiental. Postula-se que os modelos clássicos de responsabilização não vêm apresentando bons resultados, pois a prova do dano e do nexo de causalidade é complexa e resulta, com grande frequência, em impasses, como explica a doutrina especializada. Assim, tem-se no abuso de direito o instituto jurídico

* Professor adjunto no mestrado em Direito da UCS. Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

** Advogada. Mestranda em Direito, no Programa de Mestrado em Direito, da Universidade de Caxias do Sul – RS.

*** Advogada. Mestranda em Direito, no Programa de Mestrado em Direito, da Universidade de Caxias do Sul – RS.

mais apropriado para a judicialização do risco ecológico, quando não há comprovação de danos específicos, mas apenas danos presumidos.

Este breve estudo está dividido em três tópicos. No primeiro, faz-se um breve levantamento da propriedade moderna e de suas características, demonstrando como, através do abuso da propriedade privada, criam-se os riscos e danos ambientais. Após, discute-se a necessidade de algumas mudanças nas características da propriedade, para efetivar a tutela do bem comum e concretizar o seu aspecto coletivo. Posteriormente, discute-se as peculiaridades do risco ambiental e a necessidade de conferir tratamento jurisdicional à abusividade do exercício do Direito Privado, que sujeita toda a coletividade às consequências negativas de difícil comprovação específica, ou delimitação causal. No último tópico, enfrenta-se o tema central do estudo, debatendo-se acerca da jurisdicionalização do risco ambiental através do abuso de direito.

2 O novo paradigma da propriedade urbana como bem comum

No presente tópico, serão discutidas, com grande brevidade, algumas das características conformadoras da propriedade moderna – para, posteriormente, discutir-se o desafio da pós-modernidade em resgatar o coletivo, sob os valores da propriedade, superando os excessos da racionalidade econômica e privatista, que caracterizam a subjetividade contemporânea.

A modernidade transformou a propriedade em direito tendencialmente absoluto, sujeita aos ditames dos poderes econômicos dominantes. O aumento das cidades, desde o início do mercantilismo, passando pela Revolução Industrial, marcado pela ocupação sem qualquer regulamentação e pela exclusão dos indivíduos com pouca influência sobre o mercado imobiliário, bem como pelas habitações inapropriadas e clandestinas, está fortemente associado aos processos de degradação do meio ambiente natural. Nesta linha de raciocínio, pode-se dizer que

dentre as principais consequências da extrema pobreza, que redundam na falta de alternativas de moradias legais (ou seja, reguladas pela legislação urbanística e inseridas na cidade oficial), está a *agressão ambiental*. A ocupação de áreas ambientalmente frágeis – beira dos córregos, encostas deslizantes, várzeas inundáveis, áreas de proteção dos mananciais – é a alternativa que sobra para os excluídos do mercado e dos insignificantes programas públicos.¹

Estado, que se mostra ineficiente e debilitado para conduzir de forma correta o desenvolvimento urbano, se mostra extremamente eficaz em assegurar as condições necessárias para o fortalecimento de uma racionalidade econômica socialmente

¹ SILVA, José Carlos Alves da. Favelas e meio ambiente urbano. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 234.

excludente e ambientalmente agressiva. Essas coordenadas resultam em uma condição de desproteção aos diferentes grupos sociais, encontrados tanto no chamado meio ambiente urbano, como de vulnerabilidade do próprio meio natural, com grande pressão sobre a biodiversidade e sobre os recursos naturais. A valorização do território urbano, como já entendia Lefebvre, subordina “a terra *ao mercado*, fazendo da terra um ‘bem’ comercializável, dependente do valor de troca e da especulação, não do uso e do valor do uso”.² É nesse contexto que todos os modelos de gestão coletiva das propriedades, materiais ou imateriais, ficam submetidos à arquitetura jurídica moderna, em que os bens são privados ou públicos.³

Assim está caracterizada a propriedade moderna, como uma propriedade que serve sobretudo a interesses econômicos, submetendo-se todas suas demais dimensões a esta. Trata-se de uma propriedade privada ou pública-estatal; porém, o público moderno é o público personalizado, supostamente submetido ao bem comum, mas que obedece a um uso privado da razão – ou, dito de outro modo, a uma racionalidade privada. A distorção que pode ser associada à propriedade estatal não é a existência *em si* de bens titularizados pelas pessoas jurídicas de direito público, mas sim a exclusão da sociedade como um todo, ou de grupos sociais específicos, da gestão dos bens de interesse coletivo. Surge, com isso, uma lacuna no plano dos bens e direitos de ordem coletiva – com autonomia e gestão coletiva (participativa), que não beneficiam apenas o particular, mas que também não o aniquilam.⁴ Por outras palavras, as coletividades, no figurino moderno da propriedade, aparecem como meras noções abstratas e amorfas, destinatárias de um dever de proteção que cabe ao Estado, porém muito pouco efetivado.

A função social da propriedade, lida não apenas como uma exceção ou ressalva em face de um direito proprietário tendencialmente absoluto, porém como expressão de um direito coletivo sobre um patrimônio comum, surge como uma forma de garantir que a propriedade seja destinada não apenas “à especulação estéril, mas utilizá-los de forma a contribuir para o desenvolvimento econômico e social”.⁵ O conceito já vem sendo teorizado e construído há algum tempo; porém, embora no plano doutrinário o debate sobre a função social esteja bastante evoluído, este direito/dever ainda é muito pouco eficaz. Neste sentido Pilati enfatiza:

² LEFEBVRE, Henri. *A cidade do capital*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

³ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2104. p. 158.

⁴ PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18-19.

⁵ *Ibidem*, p. 67.

Acreditar em cumprimento e aplicação efetivos da função social com o uso tão só de instrumentos de direito público administrativo, dos moldes individualistas, como a desapropriação; ou então, de procedimentos do Código de Processo Civil, voltados para conflitos individuais, tem sido o erro comum, que explica o fracasso do postulado constitucional. A função social somente será efetiva com o resgate institucional da dimensão participativa da CRFB/88, pois é ela que corresponde à dimensão coletiva. A função social não tem natureza de público-estatal: ela é antes de tudo espaço coletivo; carece de estrutura participativa e democrática.⁶

Com isso, infere-se que, enquanto não se estruturar de forma efetiva o exercício de um direito coletivo, reconhecendo-se a existência de propriedades coletivas materiais e imateriais, não há que se falar em uma correta aplicação da função social. Em um paradigma que venha a superar o moderno, a função social será a expressão dos direitos de propriedades coletivas, capazes de minimizar o “uso abusivo, anormal da propriedade individual que agride o ambiente, causa interferência na Propriedade Extrapatrimonial Coletiva”.⁷

A partir disto, verifica-se que a propriedade moderna, como está estruturada, é desprendida de sua função socioambiental, uma vez que poucas restrições se oferecem ao seu uso abusivo e desregrado. O figurino do direito de propriedade moderno, em última instância, reduz a propriedade a um bem comercializável, que atua apenas seu valor de troca e especulação e não o seu valor de uso.⁸ Neste sentido, a degradação ambiental presenciada e cientificamente comprovada nos ambientes urbanos, pelo uso desregrado do solo, no ponto de vista coletivo, é prejudicial a todos, às presentes e futuras gerações. A partir das considerações esboçadas neste tópico, pode-se sustentar a necessidade de mudança na maneira como a propriedade vem sendo compreendida, tema que muito esclarece sobre a destruição contemporânea do ambiente urbano e da biodiversidade. Assim, sem diminuir em nada o escopo do direito à propriedade, faz-se necessário combater os abusos realizados no exercício desse direito, em detrimento das propriedades especiais constitucionais de ordem coletiva ou social. É preciso restaurar o equilíbrio entre as esferas pública (ou estatal), privada e coletiva (ou pública-social). Por exemplo, se restringida a administração do solo urbano às regras de mercado, o objetivo em torno desse recurso natural vital será de lucro ou de máximo proveito individual, esgotando-se, do ponto de vista ecológico e do bem-estar de todos, um patrimônio coletivo.⁹

3 Os riscos ambientais produzidos pela lógica da propriedade privada

⁶ Ibidem, p. 74.

⁷ Ibidem, p. 75.

⁸ LEFEBVRE, Henri. *A cidade do capital*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001. p. 161.

⁹ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2104. p. 172-173.

Os debates acerca da noção risco, provenientes e frutíferos na área da sociologia, passaram a constituir também uma constante no Direito, em especial, no Direito Ambiental, que os intensificam no tocante aos riscos ecológicos e/ou riscos ambientais, somados a riscos econômicos, sociais, industriais, entre outros. Da análise das teorias que vão se formalizando através desses debates, depreende-se que, para tentar compreender um significado de risco, é necessário recepcioná-lo e problematizá-lo nas diversas áreas, passando pelas ciências duras – geologia, meteorologia, química, física – e pela sociologia, direito e economia, ou seja, é uma construção cindínica.¹⁰

Observando o pertinente em cada uma dessas áreas, o ponto em comum observado é de que o risco traduz-se na “percepção de uma potencialidade de crise, de acidente ou de catástrofe”.¹¹ Entre os estudos que receberam destaque, encontram-se as teorias de Beck e Giddens, inserindo o risco no foco da teoria social. Para Giddens, a sociedade de risco vive um desencantamento da ciência, constitui-se como uma sociedade altamente preocupada, enfrentando novas formas de perigo, em que os conhecimentos entre leigos e peritos torna-se imponderável.¹² Importa salientar aqui alguns aspectos notórios deixados por Beck, que permanecem fundamentando o estudo do risco. Para Beck, em sua teoria, predomina a distribuição universal dos riscos, cedo ou tarde, os riscos atingiriam a todos, até mesmo aqueles que o produziram ou com ele lucraram. A visão de Beck, demonstrada no dizer de que os riscos se tornam uma constante na sociedade, traduz o que há muito se vivencia: com o desenvolvimento da ciência, da tecnologia e da indústria, em prol do crescimento econômico, novas formas de risco passaram a marcar a humanidade.

Nessa busca de um conceito de risco, uma reflexão necessária, é no sentido de que, em não sendo possível evitar uma atividade da qual certamente decorrem danos, não há que se mencionar risco, mas sim situações das quais somente se espera o resultado danoso.¹³ Sendo os riscos resultantes de atividades antrópicas, é sobremaneira importante ampliar o debate sobre as formas de gestão e responsabilização do risco, e a insuficiência das instituições jurídico-políticas até aqui concebidas, para dar conta da degradação ambiental. Para Silveira,

a gestão de riscos se dá através de planos de proteção civil, com caráter de urgência, e de planos de redução de riscos, com sentido preventivo. Estes planos dependem das “análises para a redução do risco”, efetuadas mediante inventário, análise e

¹⁰ VEYRET, Yvette (Org.). *Os riscos: o homem com agressor e vítima do meio ambiente*. Trad. de Dilson Ferreira da Cruz. São Paulo: Contexto, 2007. p. 11.

¹¹ *Ibidem*, p. 12.

¹² GUIVANT, Op. cit., p. 23.

¹³ CAUBET, Christian Guy. O conceito de sociedade de risco como autoabsolvição das sociedades industriais infensas à responsabilidade jurídica. *Caderno de Direito*, Piracicaba, v. 13, n. 24, p. 74, jan./jun. 2013.

seleção de medidas mitigadoras que observem os parâmetros legais aplicáveis, momento em que se exprimem as “prioridades públicas”. As análises para redução do risco pressupõem riscos não admissíveis, segundo critérios econômicos e sociais, tendo como base os inventários e análises de fatores de risco. Dentre estes fatores contam-se a periculosidade (severidade e probabilidade), exposição, a vulnerabilidade e os dados estatísticos em geral.¹⁴

Entretanto, em não sendo possível mensurar previamente o risco, a tutela estatal precisa dispor de mecanismos de responsabilização, quando este risco excede os limites do tolerável, mas não resulta em um dano específico, passível de aferição/demarcação pelos critérios da responsabilidade civil tradicional. O problema é que, por um lado, os riscos ecológicos são de difícil compreensão e atribuição causal – restando impune aquele que lucra com a produção dos impactos ambientais sistêmicos e “normalizados”). Por outro lado, ao entrar no mundo jurídico, a noção de risco, ao invés de facilitar a atribuição de responsabilidade e a tutela preventiva e precaucional do ambiente, tende a erodir até mesmo as certezas do mundo da responsabilidade civil – por outras palavras, até mesmo aqueles danos que, há algumas décadas, seriam passíveis de atribuição de responsabilidade civil tradicional, ficam muitas vezes impune *em razão do* discurso sobre o risco. Nesse sentido é a constatação de Caubet de que, com a noção de sociedade de risco, “passou-se a enfrentar o risco como um produto natural e imanente das relações sociais, sem o direito automático ao ressarcimento de seus danos, que existia antes da divulgação da noção”.¹⁵

Contemplando um caráter preventivo, mensurar o risco envolve a avaliação da atividade como um todo, desde sua concepção, já que este risco pode ter sido criado pela ação antrópica, até uma abordagem que defina os limites de tolerabilidade desse risco. Caracterizar como atividade ilegítima o abuso do direito de propriedade individual sobre a propriedade coletiva significa ampliar a proteção dos bens ambientais (pertencentes à sociedade, direitos de cada um e de todos), no sentido da efetivação da função socioambiental da propriedade. A tarefa é factível e tem substrato constitucional; porém é hercúlea, na medida em que a noção de risco, contrariando as boas intenções de diversos estudiosos, também protagoniza verdadeiros retrocessos – permitindo, por vezes, a socialização das responsabilidades individuais do poluidor, para quem as medidas de proteção ambientais são gastos a serem evitados.

¹⁴ SILVEIRA, op. cit., p. 322.

¹⁵ CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Governo dos riscos*. Rede Latino-Americana – Européia sobre governo dos riscos. Brasília, 2005. p. 28.

4 Tutela ambiental: o risco como abuso de direito

Com a inserção da temática ambiental na Constituição Federal de 1988,¹⁶ em seu Capítulo VI, o art. 225 contemplou não somente o direito a um ambiente sadio e equilibrado, mas também o dever imposto a todos de preservá-lo para a presente e às futuras gerações. No §3º do citado artigo, foi inserida a responsabilização penal, administrativa e civil a ser imposta às condutas e atividades que causem danos ao meio ambiente. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81)¹⁷ já contemplava, em seu art. 14, a sujeição dos transgressores causadores de danos ambientais a medidas punitivas, em especial no §1º, de onde se depreende o dever de indenizar ou reparar, independentemente de culpa, os danos causados pelo poluidor.

Observa-se que a Constituição Federal recepcionou a responsabilização objetiva em matéria de danos ao meio ambiente, prevista pela Lei 6.938/81, adotando o dever de indenizar independentemente de culpa.¹⁸ Passando ao amparo do Código Civil, tem-se que o dever de reparar é imposto àquele que comete ato ilícito, nos termos do art. 927, cujo teor se complementa com os arts. 186 e 187, que dizem do ato ilícito.¹⁹

O art. 186 do Código Civil, por sua vez, traz em seu teor: comete ato ilícito aquele que, por “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, comete violação de direito, causando danos a outrem, ainda que este seja exclusivamente moral. Essa responsabilidade, porém, ao longo das situações que denotam o progresso científico e social, foi sendo relativizada, a ponto de se observar um “afastamento da culpa como fundamento da responsabilidade”, quando não resta provada a causalidade entre o dano e seu causador.²⁰

Todavia, no que concerne a uma efetiva proteção ambiental, que cumpra os ditames constitucionais, há que se considerar, na esfera da responsabilização, a presença inevitável dos riscos oriundos de toda e qualquer atividade. Considerando a cadeia legislativa anteriormente mencionada, vislumbra-se que o objetivo é possibilitar uma recomposição do bem que sofreu um dano, a fim de que ele retorne ao seu estado anterior. Nas palavras de Antunes, “a reparação visa fazer com que o lesado, através do recebimento de uma indenização, seja recolocado no *status quo ante*, como se a lesão

¹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 8 ago. 2015.

¹⁷ BRASIL. *Lei 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 8 ago. 2015.

¹⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 211.

¹⁹ BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 8 ago. 2015.

²⁰ ANTUNES, op. cit., p. 216.

não houvesse ocorrido”.²¹ Assim, o instituto possui natureza apenas reparatória, nem inibitória nem capaz de constituir uma consciência de limite em prol da proteção dos bens ambientais.

Todavia, no que se refere aos ecossistemas naturais, essa recomposição por vezes se torna impossível ou excessivamente demorada, o que conduz mais uma vez a ideia de que a atuação em caráter preventivo seria mais eficaz. Desenvolvida neste sentido, a responsabilização afasta-se de produtores de atividades degradantes “difusas, cumulativas ou invisíveis”, pelo fato de exigir o nexo causal entre poluidor e o dano, afastando a responsabilização pelo risco da atividade, justificando-se assim abertura para novas formas de responsabilização, vez que a tutela jurisdicional há que encontrar mecanismos para proteção ambiental. Neste sentido, as

atividades lícitas que produzem riscos ecológicos intoleráveis, caracterizam a inobservância da função social da propriedade e o uso abusivo do direito, porquanto excedem sua finalidade social e econômica. Importante é observar que o direito material existe, no caso. O que não existe são os procedimentos adequados à efetivação desses direitos [...].²²

A figura de abuso de direito vai encontrar, na atual leitura do Código Civil, sua relação direta com o ato ilícito, restando sua breve definição no já citado art. 187 do Código Civil, do qual se pode observar que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.²³

Para Silveira,²⁴ a interpretação do art. 187 do Código Civil não pode ser isolada, a começar pela análise do art. 188 do mesmo Código, em que fica afastada a ilicitude do ato, quando do exercício regular de direito: disso se se conclui, por consequência, que o exercício do direito que excede sua finalidade social e econômica acarretará abuso do direito, que pode ser entendido como um ilícito em sentido lato, ou um ato ilegítimo. É a própria caracterização do abuso, no exercício do Direito de Propriedade, por descumprimento de sua função socioambiental, que faz presumir que a atividade é ambientalmente lesiva,²⁵ ainda que lícita em *sentido estrito*.

A atividade que produz risco ecológico, colocando nessa situação toda a coletividade de maneira abusiva, excessiva, para além daquilo que é social e economicamente justificável, constitui abuso dos direitos de propriedade e de livre empreender. A atividade que, embora lícita, flagrantemente coloca em risco a

²¹ Ibidem, op. cit., p. 213.

²² SILVEIRA, op. cit., p. 225.

²³ BRASIL, 2002.

²⁴ SILVEIRA, op. cit., p. 229.

²⁵ Ibidem, p. 233.

biodiversidade, o equilíbrio ecológico, a saúde dos coletivos humanos, deve ser obstada, com base nos princípios de prevenção e precaução, e no abuso do direito, ainda que não tenham comprovadamente resultado em um dano específico, mensurável e rastreável indubitavelmente. As tutelas jurisdicionais atuais ainda são insatisfatórias, nesse particular, na proteção do meio ambiente enquanto direito coletivo, uma vez que limitadas à responsabilização pela ausência do dano ou do nexo causal.

Para o enfrentamento da problemática na tutela jurisdicional restam, entre outras, duas considerações doutrinárias, as quais julgam-se relevantes. A primeira, defendida por Silveira,²⁶ conduzindo a uma possibilidade de jurisdicionalização do risco, no sentido de se justificar a tutela jurisdicional dos riscos flagrantemente abusivos, por exceder seus fins econômicos e sociais. Esta abusividade encontra seus limites na função socioambiental da propriedade, entendida à luz dos direitos de ordem coletiva ou social. A segunda, associada à constatação de Caubet,²⁷ de que não se observam os princípios de prevenção e precaução, no Brasil, em sede administrativa ou judicial, para frear um empreendimento ou atividade potencialmente danosos ao ambiente.

5 Considerações finais

O uso abusivo da propriedade privada, ancorado em um modelo econômico concentrador de riquezas, excludente e ambientalmente predatório, em um desenvolvimento urbano e rural irresponsável, já deixou, ao longo dos anos, perdas irreparáveis para o meio ambiente, a saúde e o bem-estar das populações. Aquilo que parece irresponsável e abusivo, sob um ponto de vista sociológico, tende a normalizar-se no plano jurídico e político, sob a ótica fria de uma dimensão econômica supostamente objetiva e racional.

A desejada criação de um Estado Socioambiental de Direito passa pela construção de instrumentos de mensuração e responsabilização pelo risco das atividades e empreendimentos como um todo – desde sua concepção, definindo-se os limites de tolerância desse risco, sob uma perspectiva autenticamente preventiva e precaucional. Observa-se que a proteção ambiental ainda se encontra fortemente marcada por uma concepção reparatória; ou seja, procura-se reparar ou compensar uma lesão, ou evitá-la apenas quando é iminente, comprovável, delimitável, mensurável. Ambas, a prevenção e a reparação do dano, tornam-se frequentemente impossíveis ou excessivamente custosas aos ciclos naturais. Todavia, para a minimização das agressões ambientais, uma tutela estatal efetiva passa pela atuação preventiva e inibitória, a fim de que sejam

²⁶ SILVEIRA, op. cit., p. 233.

²⁷ CAUBET, op. cit., p. 81.

respeitados os limites da função social da propriedade, e afastadas as condutas que impossibilitam a recomposição dos ciclos naturais e geram riscos insuportáveis para a coletividade, titular do direito a um meio ambiente sadio e equilibrado.

A forma contemporânea da propriedade, ainda presa ao legado da modernidade, dá ao grande proprietário individual um poder quase absoluto sobre os bens, direitos e interesses de ordem coletiva, ou social, situados na esfera do poder de polícia do Estado. A proteção do ambiente contra a proliferação de riscos de difícil mensuração ou delimitação causal é extremamente árida na forma da responsabilidade civil tradicional, pois a maior parte dos danos escapam à previsão, delimitação e ao controle. Assim, argumenta-se que a tutela do bem ambiental constitucional só é possível sob a condição de que: (i) a função socioambiental da propriedade seja compreendida como o efetivo exercício do direito de todos, e como proteção destes direitos e garantias de ordem coletiva/social contra o exercício abusivo dos direitos privados pelos atores destacados; (ii) o lucro privado, pautado na criação, reprodução e socialização de riscos ecológicos e vulnerabilidades sociais, seja compreendido como juridicamente inadmissível para além de certos limites, constituindo abuso do direito e descumprimento da função social da propriedade.

Referências

ACOSTA, Virgínia Garcia. El riesgo como construcción social y la construcción social de riesgos. *Desacatos*, Centro de Investigaciones y Estudios em Antropología Social. Distrito Federal, México, Septiembre-Diciembre, n. 19. 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 8 ago. 2015.

BRASIL. *Lei 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 8 ago. 2015.

BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 8 ago. 2015.

CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Governo dos riscos: rede Latino-Americana-Européia sobre governo dos riscos*. Brasília, 2005.

CAUBET, Christian Guy. O conceito de sociedade de risco como autoabsolvição das sociedades industriais infensas à responsabilidade jurídica. *Caderno de Direito*, Piracicaba, v. 13, n. 24, p. 63-84, jan./jun. 2013.

GUIVANT, Julia S. *A trajetória das análises de risco: da periferia ao centro da teoria social*. Disponível em: <<http://www.iris.ufsc.br/pdf/trajetoriasdasanalisesderisco.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

GUIVANT, Julia S. *A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia*. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>>. Acesso em: 14 out. 2014.

LEFEBVRE, Henri. *A cidade do capital*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. L. 3. V. IV-VI.

PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Milton. *A urbanização desigual: especificidade do fenômeno urbano em países subdesenvolvidos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1982.

SILVA, José Carlos Alves da. Favelas e meio ambiente urbano. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2104.

SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *Capitalismo e urbanização: núcleos urbanos na história revolução industrial e urbanização a cidade moderna: para onde?* São Paulo: Contexto, 2000.

VEYRET, Yvette (Org.). *Os riscos: o homem com agressor e vítima do meio ambiente*. Trad. de Dilson Ferreira da Cruz. São Paulo: Contexto, 2007.

A jurisdição administrativa e a defesa do ambiente perante o procedimento de licenciamento ambiental

Thaís Alves da Silveira* – Jamile Brunie Biehl** – Karina Borges Rigo***

Resumo: O dever-poder estatal é de preservar o meio ambiente através da jurisdição administrativa que deverá cumprir suas atividades e observar as normas constitucionais de proteção ambiental. Nesse sentido, a aplicação do princípio constitucional da eficiência é imprescindível, principalmente, quando engloba o procedimento administrativo de licenciamento ambiental, pois, devido ao longo caminho a percorrer para a obtenção das licenças ambientais, coloca-se em risco a efetividade do procedimento. Salienta-se que a possibilidade de ocorrer a proteção simbólica ambiental, por falta de objetividade na defesa do ambiente, e o excesso burocrático contribuem fortemente com o fracasso da atuação da administração pública nas demandas ambientais.

Palavras-chave: Estado de Direito Ambiental. Jurisdição administrativa. Procedimento de licenciamento ambiental.

1 Introdução

O Estado e a administração pública devem ter um melhor desempenho com a máxima efetividade das normas que ministram o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com o intuito de resguardar a proteção ambiental, como uma questão de justiça social para as presentes e vindouras gerações. Nesse sentido, o procedimento de licenciamento ambiental constitui uma importante ferramenta estatal no exercício do poder de polícia, ao cumprimento do seu poder-dever de garantir o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nessa senda, o presente artigo objetiva, no primeiro momento, apontar para o novo modelo de Estado de Direito Ambiental, com o intuito de esclarecer como a doutrina vislumbra esse novo conceito e qual deveria ser a atitude do poder estatal, frente aos novos riscos e à degradação ambiental que a sociedade atual enfrenta.

Posteriormente, será analisado de forma breve o princípio da eficiência administrativa, bem como, a jurisdição administrativa, que possui o dever de agir e

* Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bacharel em Direito. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa CNPq “Cultura Política, Políticas Públicas e Sociais”, trabalhando no projeto de pesquisa “Democracia Deliberativa e Proteção Ambiental”, sob a orientação do Prof. Dr. Leonardo da Rocha de Souza. Bolsista/taxista Capes/Prosup.

** Aluna não regular em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera LFG. Pós-Graduada pelo Grupo Educacional Verbo Jurídico. Juíza leiga e advogada.

*** Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bacharel em Direito pela UCS. Bacharel em Administração Hoteleira pela Casteli ESH. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa CNPq “Interdisciplinariedade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente”, sob a orientação do Prof. Dr. Adir Ubaldo Rech. Taxista Capes/Prosup. Advogada.

contribuir de maneira eficiente, no que diz respeito às problemáticas ambientais, pois deverá ter o compromisso de equilibrar desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente.

Por fim, será abordado o procedimento de licenciamento ambiental, bem como, vislumbra-se analisar a posição de importantes doutrinadores a despeito do simbolismo normativo ambiental e buscar-se-á discorrer sobre a proteção normativa ambiental simbólica, no procedimento de licenciamento ambiental.

O método de abordagem a ser empregado será o dedutivo, partindo-se do geral da doutrina sobre Direito Ambiental para o particular do procedimento de licenciamento ambiental, com um enfoque crítico. Será utilizada a técnica de pesquisa de documentação indireta, com a análise de textos normativos e revisão bibliográfica de obras de autores nacionais e estrangeiros.

Na estrutura deste artigo, propõe-se iniciar com um cotejo sobre o Estado de Direito Ambiental e o poder-estatal, trazendo aspectos introdutórios sobre a proteção ambiental constitucional (1). Após, passar-se à análise do Princípio da Eficiência Administrativa e da jurisdição administrativa e seu importante papel social (2). Por último, será abordado o licenciamento ambiental e o simbolismo normativo ambiental (3). Nas considerações finais, são retomados esses temas e apontadas sugestões para mitigar a efetividade das normas de proteção ao meio ambiente.

2 Estado de Direito Ambiental e poder-dever estatal

É relevante assinalar que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é um novo ideal constitucional exposto no art. 225 da Carta Magna de 1988, concedendo-lhe, a partir da cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade. A apresentação deste direito fundamental possui caráter dúplice, no sentido de que consubstancia concomitantemente um elemento de ordem objetiva da comunidade e um direito subjetivo.¹ A dimensão objetiva mostra-se essencialmente pelas obrigações impostas aos poderes estatais, dentro de seu poder-dever, de garantir à população um ambiente sadio, seguro e harmônico.

Nessa senda, o Estado deverá ter maior cuidado com a máxima efetividade do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, na busca por uma questão de justiça social para as gerações atuais e as vindouras. É nessa nova perspectiva de “esverdeamento do Direito Constitucional”,² que a doutrina reconhece a

¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. p. 239 ss.

² Expressão utilizada por Vasco Pereira da Silva, na obra *Verde cor de direito: lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

imprescindibilidade da formação de uma consciência ecológica, mesmo porque o Estado hodierno passou de um “Estado Democrático e Social” para um “Estado de Direito Ambiental”.

No que diz respeito à concepção do Estado de Direito Ambiental, Canotilho aponta:

Estado de direito do ambiente quer dizer indispensabilidade das regras e princípios do Estado de direito para se enfrentarem os desafios impostos pelos desafios da sustentabilidade ambiental. Mesmo que haja necessidade de algumas novidades no esquema de instrumentos jurídicos — mais limitações à propriedade em prol de reservas ecológicas, mais provisoriedade e precariedade nos actos administrativos justificados pelas vigilâncias ecológicas, mais retroactividade eventualmente lesiva de situações subjectivas em nome da protecção do ambiente contra cargas poluentes acumuladas —, tudo isso pode e deve ser feito sem postergação das regras básicas da juridicidade estatal. Não nos admirará também a inseparabilidade do Estado ambiente do princípio democrático. A afirmação desta nova dimensão do Estado pressupõe o diálogo democrático, exige instrumentos de participação, postula o princípio da cooperação com a sociedade civil. O Estado de ambiente constrói-se democraticamente de baixo para cima; não se dita em termos iluminísticos e autoritários de cima para baixo. Finalmente, o Estado de ambiente é um Estado de justiça ambiental.³

Desde a sua formulação “primitiva”, o Estado de Direito vem passando por um processo evolutivo contínuo e dialético, em que reconhece e agrega novas dimensões político-jurídicas no seu horizonte constitutivo; no transcorrer do processo civilizatório, muitas foram as faces e etapas tomadas pelo Estado de Direito até evoluir para o que se entende, hoje, como a sua forma mais adequada à tutela da dignidade humana, especialmente em face dos novos desafios existenciais postos contemporaneamente pela degradação dos recursos naturais.⁴

Nesse contexto, quanto à configuração do Estado de Direito Ambiental, as questões que circundam a segurança do meio ambiente são primordiais, o ente estatal tem o dever de assumir e resguardar a sociedade contra as ameaças e formas de violação da sua dignidade e de seus direitos fundamentais. Nesse ínterim, a maior parte da doutrina garante haver um “Estado de Direito Ambiental”, em que o poder-dever estatal deverá não apenas apresentar participação ativa na economia, mas carecerá intervir sobre esta, com o intuito de equilibrar meio ambiente e economia, para alcançar o desenvolvimento sustentável.⁵

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 17.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre os deveres de protecção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria socioambiental. In: AUGUSTIN, Sérgio; STEINMETZ, Wilson (Org.). *Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação*. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 86.

⁵ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 40 ss.

Na sociedade contemporânea, o marco de juridicidade e normatividade, apresentado pela legislação, possui o propósito de exercer contribuição relevante quanto à degradação ambiental, no intuito de garantir, através do poder-dever estatal, a proteção do meio ambiente. O esgotamento das condições ambientais cresce à medida que a produção econômica atua na exploração demasiada dos recursos naturais, em busca de novas tecnologias e produtos inovadores, sobrepondo-se ainda as questões econômicas frente à proteção ambiental.

Nessa esteira, um dos princípios de suma importância para a atuação da administração pública, em prol do meio ambiente, é o princípio da eficiência, o qual está inserido na Constituição Federal de 1988, através da Emenda 19, de 4 de junho de 1998. O mundo globalizado está em constante transformação e processo de mudança. O Brasil vem enfrentado grandes reformas em sua estrutura, em vista das mudanças mundiais, tanto econômicas como sociais e ambientais, que se refletem em vários segmentos da sociedade, tanto na ordem pública como na privada e exige maior rapidez, qualidade e eficiência nos produtos e serviços públicos.⁶

3 Princípio da eficiência e a jurisdição administrativa

O princípio da eficiência está elencado na Carta Política de 1988, no art. 37, *caput*, por meio da Emenda Constitucional 19/98, em que fica exposto: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”⁷

Porém, muitos autores afirmam a existência do princípio da eficiência, antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional 19/98; tal afirmação foi extraída do art. 74, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que expõe:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I – [...];

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

⁶ BERWIG, Aldemir; JALIL, Laís Gasparotto. O princípio constitucional da eficiência na administração pública. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano X, n. 48, dez. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=4536>. Acesso em: jul. 2014.

⁷ BRASIL. Emenda Constitucional 19, de 4 de julho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da administração pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 3 ago. 2015.

Nessa perspectiva, tem-se que o conceito do princípio da eficiência não é algo estático, cristalizado ou definido, a partir de uma atuação monológica da burocracia. A eficiência deverá ocorrer em um processo aberto e dialético e não de forma impositiva, a partir de uma técnica neutra. A conexão entre a administração pública e a gestão pode oferecer elementos para a construção de um espaço compartilhado, no qual o projeto democrático seja realmente levado a sério.

Inserido na Constituição Federal de 1988, como forma de modificar o modelo administrativo burocrático da administração pública, o princípio da eficiência tem, como objeto, o dever imposto ao agente público de executar suas tarefas da maneira mais célere e eficaz para atender o que espera a sociedade. Porém, os processos geralmente são longos, burocráticos e cheios de exigências legais, que, se não cumpridas, anulam o procedimento e exigem que novos procedimentos sejam iniciados.⁸

A “justiça administrativa” e a “jurisdição administrativa” apontam, respectivamente, os órgãos jurisdicionais que atuam no julgamento dos litígios de direito público ou de importância para a administração pública (justiça administrativa) e a natureza e o abarcamento da jurisdição prestada pelos mesmos (jurisdição administrativa).⁹ No direito brasileiro, é exercida através dos órgãos da justiça ordinária, dos estados e da União.

No entanto, para atender as demandas ambientais, a Lei Federal brasileira apresenta um complexo paradigma de repartição de competências; tal situação acarreta problemas quanto à aplicação e concretização da preservação do meio ambiente, inúmeras vezes, associados notadamente, frente às dificuldades de se determinar como os Estados federados deverão, efetivamente, legislar no domínio da proteção ambiental.¹⁰

Dentre as tarefas da jurisdição administrativa e os atos administrativos que buscam salvaguardar o meio ambiente das degradações advindas das atividades humanas, um dos mais importantes instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente é o licenciamento ambiental. De acordo com a LC 140/11, apresenta-se como:

⁸ Ver em: <<http://www.faete.edu.br/revista/artigocristiane.pdf>>. p. 1.

⁹ MORAES, Vânia Cardoso André De. O princípio da igualdade na jurisdição administrativa e a extensão da coisa julgada a terceiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL INTERDISCIPLINAR EM SOCIAIS E HUMANIDADES Niterói RJ: ANINTER-SH/ PPGSD-UFF, 3 a 6 de setembro de 2012, ISSN 2316-266X. Disponível em: <<http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT18%20Acesso%20%E0%20justi%E7a,%20direitos%20hu>>.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 396.

“procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental (art. 2º)”.

No entanto, requer-se a necessidade de mudança nos procedimentos administrativos licitatórios, pois estes aparecem como um setor problemático em termos de eficiência, devido à demora e às dificuldades encontradas quanto à competência e burocracia nos seus procedimentos.

4 O licenciamento ambiental e o simbolismo do procedimento administrativo

O licenciamento ambiental é um procedimento administrativo complexo, e necessita ser publicado no Diário Oficial e em periódico local, para que se tenha conhecimento que determinada empresa pretende instalar sua atividade empresarial causadora de poluição¹¹ ou degradação¹² ambiental, em determinado local. Sendo indispensável para as atividades que se encontram expressas no Anexo da Resolução 237/97,¹³ bem como poderá ser exigido para demais atividades, conforme o discricionário¹⁴ entendimento do órgão ambiental, pois a definição de licenciamento ambiental apresenta-se indeterminada e suscetível de ser observada, conforme a luz do caso concreto, pois quando o legislador expõe “as atividades utilizadoras de recursos

¹¹ O termo *poluição* é usado quando o ritmo vital e natural em uma área ou mais da biosfera é quebrado, afetando a qualidade ambiental, podendo oferecer riscos ao homem e ao meio, dependendo da concentração e das propriedades das substâncias, como a toxicidade, e da característica do ambiente quanto à capacidade de dispersar os poluentes, levando-se em conta não só as consequências imediatas, mas também as de longo prazo, tanto no ambiente como no organismo humano. (SCARLATO; PONTIN, 2006, p. 10-11).

¹² Consta na Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que institui a Política Nacional de Meio Ambiente, art. 3, inciso II, o seguinte conceito alusivo à expressão *degradação ambiental*: “Degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente.” A degradação ambiental está associada à ação de poluição com causas humanas; entretanto, segundo conceitos de outras áreas da ciência, na evolução de um ecossistema, poderá ocorrer degradação por meios naturais. A degradação é um processo que causa a extinção de espécies da fauna e flora, causando um desequilíbrio ambiental.

¹³ O CONAMA, em 19 de dezembro de 1997, editou tal resolução, que tem por escopo estabelecer as normas e os procedimentos para o licenciamento ambiental, importante instrumento da PNMA. A resolução traz, no anexo 1, uma relação das atividades e empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental. Incluem-se nessa lista: tratamento e destinação de resíduos industriais (líquidos e sólidos); tratamento/disposição de resíduos especiais, tais como: de agroquímicos e suas embalagens usadas e de serviço de saúde, entre outros; tratamento e destinação de resíduos sólidos urbanos, inclusive aqueles provenientes de fossas, etc.

¹⁴ Meirelles define o poder discricionário como o direito disponibilizado à administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade, na escolha da sua conveniência, oportunidade ou conteúdo. Isto não quer dizer que o administrador possa agir com ampla liberdade de ação, tendo em vista que o ato administrativo disciplinar é composto de pressupostos que vinculam, até certo ponto, a conduta disciplinar, especialmente no que concerne à competência, objeto ou conteúdo, forma, motivo ou causa e finalidade. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 118).

naturais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores”, não demonstra objetividade no texto normativo.

No tocante à competência legislativa para o procedimento administrativo de licenciamento ambiental, concorre a União, que estabelece normas gerais, aos estados-membros que adicionam a normalização geral com suas regras específicas e, aos municípios, que suplementam suas regras, no âmbito do interesse local. Quanto à competência comum, existe dificuldade em determinar quais as atividades que podem ser objeto de licenciamento e por quem devem ser realizados: o órgão ambiental federal, o estadual ou o municipal. Desta forma, a solução para definir o órgão competente se dá através da predominância do interesse e pela área de influência direta.¹⁵

Depreende-se, nesse sentido, que o procedimento de licenciamento é caracterizado pela falta de pragmatismo e excesso normativo, na medida em que depende do cumprimento de várias leis, instruções normativas e portarias, as quais determinam o cumprimento de etapas; depende de várias licenças, passa por estudos, realiza vistorias, vinculada a emissão de relatórios e pareceres passando, ainda, por vários agentes e órgãos competentes, além de depender da discricionariedade da administração pública. Tudo com o objetivo de atender os ditames insculpidos na Carta Magna, relacionada à proteção do meio ambiente, na tarefa de cumprir seu poder-dever estatal.

A sociedade contemporânea caracteriza-se por ser complexa em virtude da pequena capacidade do homem em assimilar a multifacetada forma de vida, a que de certa forma explica a dificuldade do Estado em alcançar as metas traçadas pelo Texto Constitucional. Na tentativa de reduzir tal complexidade, os sistemas sociais selecionam as possibilidades do mundo, a partir de critérios internos ao sistema. A complexidade também se explica, na medida em que os sistemas sociais são compostos de subsistemas: economia, política, direito, educação, etc.¹⁶

Portanto, no que se refere ao procedimento de licenciamento ambiental e às inúmeras etapas e à complexidade para concluir sua efetividade, nota-se que poderá haver o simbolismo das normativas ambientais, pois, através da legislação vigente, não tem sido capaz de alcançar os objetivos que justificam sua existência, além de não compatibilizar o crescimento econômico com a proteção do meio ambiente. Deixa-se exposto que, apesar da existência do instituto de licenciamento ambiental, há mais de vinte anos, ainda é um instrumento que apresenta muitas deficiências. Há falta de

¹⁵ SOUZA, Alexandre do Nascimento. *Licenciamento ambiental no Brasil sob a perspectiva da modernização ecológica*. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência Ambiental) – Ciência Ambiental, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/90/90131/tde-02112010-233044/>>. Acesso em: 3 jun. 2015. p. 27.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 76.

objetividade na defesa do ambiente ou excesso de burocracia (morosidade), ainda mais se for considerada a dependência da discricionariedade do Poder Público.

Em nosso País, vislumbra-se um clamor social em favor de uma eficiência legislativa estatal. Os agentes políticos, por sua vez, atentos a essa velha reivindicação, promovem um recrudescimento das normas de controle ambiental, o que muitas vezes o fazem na forma de criação de “camaleões normativos,¹⁷ “envolvendo questões fora da alçada da tutela estatal, sob o pretenso argumento de garantir a salubridade do meio ambiente.

5 Considerações finais

Apesar das inúmeras normas, técnicas e princípios existentes para coadunar o desenvolvimento econômico, não apenas sob o olhar de crescimento da economia, mas na condição de sustentabilidade do meio ambiente, há o entendimento de que o Estado de Direito Ambiental e seu poder-dever estatal de proteger o meio ambiente e de efetivar a aplicação do princípio da eficiência, ainda não satisfaz as normas constitucionais de proteção ao meio ambiente, devido principalmente à burocracia e à complexidade enraizada no sistema brasileiro.

Quanto aos problemas encontrados na efetivação do procedimento de licenciamento ambiental, os fatores mais preocupantes são que ficam a cargo de uma equipe multidisciplinar do empreendedor os projetos e estudos ambientais; assim, inúmeras vezes acabam por influenciar a favor do contratante e acarretam a primazia dos interesses econômicos frente à proteção do meio ambiente. Ademais, são duvidosos quanto às incertezas e aos impactos ambientais, e sua linguagem de difícil compreensão deixa a população afastada de seu entendimento.

Contudo, constata-se que o procedimento de licenciamento ambiental apresenta-se de forma complexa e burocrática, talvez por englobar uma série de fases para sua realização, além de requerer a interdependência de inúmeras matérias, como a Biologia, o Direito, a Engenharia, entres outras. Na busca da efetivação da garantia constitucional a um ambiente saudável e equilibrado, o que deverá ser feita é a reavaliação do uso de tal procedimento, a fim de que não se deixe de olhar para as metas constitucionalmente impostas.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁷ Expressão utilizada por Canotilho citando o conhecido constitucionalista alemão J. Isensee.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

AYALA, Patryck de Araújo. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. BDJur, Brasília, DF, 12 maio 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31149>>.

BERWIG, Aldemir; JALIL, Laís Gasparotto. O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano X, n. 48, dez 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=4536>. Acesso em: jul. 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum*. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick. A constituição da europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DANTAS, Rosalliny Pinheiro. A importância do princípio da eficiência como princípio da Administração Pública em relação às agências reguladoras. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, Nov. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10703>. Acesso em: jul. 2014.

DUGUIT. *Las transformaciones del derecho publico y privado*. Bueno Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental de direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1669, 26 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10887>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Carla Amado. *Direito Ambiental: o ambiente como objeto e os objetos do direito ao ambiente*. Curitiba: Juruá, 2010.

GOMES, Carla Amado. Constituição e Meio Ambiente: errância e simbolismo. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p.9-29, 2012. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/issue/view/24>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

LEITE, José Rubens Morato; AYLA, Patrick de Araújo. *Dano ambiental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARIN, Jeferson; BATISTA, Ildemar; CAPITANI, Rodrigo. Efetividade normativa e Direito Ambiental: o hiperconsumo hedonista numa perspectiva sistêmica. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, Caxias do Sul, RS: Educs, v. I, n. 1, jan./jun. 2011.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

MORAES, Vânia Cardoso André De. O princípio da igualdade na jurisdição administrativa e a extensão da coisa julgada a terceiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL INTERDISCIPLINAR EM SOCIAIS E HUMANIDADES NITERÓI RJ: ANINTER-SH/ PPGSD-UFF, 3 a 6 de setembro de 2012. ISSN 2316-266X.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF M. Fontes, 2011.

PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde cor de direito: lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, n. 81, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria socioambiental. In: AUGUSTIN, Sérgio; STEINMETZ, Wilson (Org.). *Direito Constitucional do Ambiente: teoria e aplicação*. Caxias do Sul: Educs, 2011.

SCARLATO, Francisco Capuano; PONTIN, Joel Arnaldo. *Do nicho ao lixo: ambiente, sociedade e educação*. São Paulo: Atual, 2006.

SOUZA, Alexandre do Nascimento. *Licenciamento ambiental no Brasil sob a perspectiva da modernização ecológica*. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência Ambiental) – Ciência Ambiental, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/90/90131/tde-02112010-233044/>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

A superação do paradigma processual individualista para a relativização da coisa julgada na tutela do bem ambiental

Augusto Antônio Fontanive Leal* – Grayce Kelly Bioen**

Resumo: A pós-modernidade colocou em voga a existência de uma crise ambiental e, a partir disso, a consagração da tutela do bem ambiental em um Direito Fundamental. Para tanto, a fim de que se possa tornar efetiva a proteção do meio ambiente, é necessário que se reconsidere a ferramenta judiciária que torna possível o seu alcance, que é o caso do processo. Para tanto, é importante analisar a necessária superação paradigmática de velhos institutos processuais para, após, tratar separadamente do instituto da coisa julgada e da sua relativização, como forma de abarcar a proteção da natureza. Deve-se ter por base também que a ótica individualista do processo civil não condiz com o perfil de bens transindividuais e, por isso, o instituto da coisa julgada, ao ser aplicado ao bem ambiental, deve reconsiderar suas características, para entrar em acordo com a mutabilidade e instabilidade que são próprias a este.

Palavras-chave: Paradigma processual. Coisa julgada relativizada. Jurisdição. Meio ambiente.

1 Introdução

A concepção da crise ambiental que permeia o cenário pós-moderna passa a ser considerada de maneira irretratável. Com isso, propõe-se uma reavaliação e reconsideração de diversos estudos científicos, inclusive no que tange à ciência jurídica.

Para tanto, a impossibilidade de que o processo civil contemple, em seus institutos, uma efetiva proteção do meio ambiente, consagrado em um Direito Fundamental, torna-se tanto necessária quanto essencial uma reconsideração do paradigma que o sustenta.

A partir disso, levando em conta a ótica individualista do processo contemporâneo, fruto de um enraizado paradigma vigente, é importante que se analise a possibilidade de um reaparelhamento dos institutos processuais, de maneira a contemplar a tutela do meio ambiente.

Assim, em um primeiro momento, abordar-se-á a necessária superação da crise paradigmática que permeia o processo, impossibilitado que por si só, se torne eficaz a devida proteção do bem ambiental. Após, no segundo capítulo, poderá ser analisada a relativização da coisa julgada, como forma de proteger a natureza, por meio da reconsideração do paradigma processual individualista vigente.

2 Processo e paradigma: a busca pela efetivação da tutela do bem ambiental

* Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (RS). Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (RS). Membro do grupo de pesquisa Alfajus.

** Mestranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (RS). Graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (RS). Membro do Grupo de Pesquisa Alfajus.

A pós-modernidade trouxe para o cenário atual a consideração da crise ambiental. O meio ambiente sofre com a atuação do homem, após uma devastadora era de subjugação da natureza, enfatizada em um liberalismo exacerbado, em uma modernidade de superação de um paradigma teocêntrico, para a colocação do homem como centro do universo.

Não obstante, passa a ser necessária, no âmbito do cenário ambiental, uma proteção efetiva do meio ambiente, consagrado como Direito Fundamental em sede constitucional, como é o que se depreende em seu art. 225.

É justamente neste sentido que, no âmbito de efetivar as tutelas do meio ambiente, aparece o Judiciário em importante função na consideração do Direito Fundamental ao meio ambiente. Neste sentido, a importante priorização de um veículo de acesso que seja efetivo para tornar possível a apreciação do referido direito.

Com isso, a noção de superar paradigmas, como meio de resolver a crise vivenciada no Estado é proposta por Thomas Kuhn, ao referir que, quando do surgimento de uma nova teoria, pressupõe-se a existência de inseguranças e a exigência de destruir paradigmas, alterando problemas e técnicas concernentes à ciência normal.¹

A superação de um paradigma deve ser tal que se entre em consonância com uma nova aspiração jurídica, no que tange a um ordenamento jurídico, que tenha por objetivo o atendimento da sociedade pós-moderna. Esta nova aspiração deve ter por objetivo uma jurisdição democrática, uma vez que se considere uma nova concepção, desprendida de um ideal liberal-individualista do Estado. Neste sentido, conforme Marin:

O Direito Ambiental portanto impõe a consciência do risco de finitude e do corrompimento da herança que será legada às futuras gerações. Paralelamente a isso está a presente do homem que tem o dever de garantir a higidez do bem ambiental afogado no afã econômico da sociedade de consumo hedonista. A coisa julgada portanto não pode vincular os fundamentos passíveis de arguição e revestir de definitividade o caráter da sentença. E é importante que se diga não se trata aqui de admitir uma “relativização da coisa julgada” mas aceitar que a instabilidade e a verossimilhança do bem ambiental não permitem que se engesse o feito a partir de variáveis argumentativas.²

É importante que se conceba a inadequação processual do instituto processual frente à crise ambiental que se apresenta. Justamente por isso, afirma Silveira a

¹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 95.

² MARIN, Jeferson Dytz. A influência do racionalismo e do direito romano cristão na ineficácia da jurisdição: a herança crítica de Ovídio Baptista da Silva. In: MACEDO, Elaine Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Org.). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. P. 108.

importância de serem reconsiderados velhos institutos processuais.³ Somente assim é que se propiciará uma desvinculação da tutela do bem ambiental de uma matriz paradigmática, presente no processo civil.

Ora, é certo que a crise prevista no direito processual, principalmente no processo civil, representa a impossibilidade de adequação à proteção do meio ambiente, que necessita de uma reconsideração da figura individualista para a tutela de bens transindividuais como é o caso. Com isso, a definição elaborada por Kuhn: “A crise, ao provocar uma proliferação de versões do paradigma, enfraquece as regras de resolução dos quebra-cabeças da ciência normal, de tal modo que acaba permitindo a emergência de um novo paradigma”.⁴

Destarte, ao se versar acerca de uma efetiva proteção do meio ambiente, deve ser tratada com prioridade uma reconsideração do processo de ótica estritamente individualista, possibilitando o desprendimento de um pensamento jurídico moderno, que busca um sentido único na lei. Ora, à luz do que preleciona Silva, “para o *paradigma* a que se submete o pensamento jurídico moderno, particularmente para o processualista, o sentido da lei deve ser pensado como rigorosamente unívoco, de modo que lhe basta descobrir a verdade e proclamá-la na sentença”.⁵

Assim, o reconhecimento da existência de um paradigma processual e de sua crise revela a necessária reformulação de institutos processuais. Os institutos processuais passam uma nova perspectiva, não se olvidando de sua importante ferramenta, para tornar efetiva a proteção do meio ambiente. Ora, um direito que se volta para o ambiente, segundo Ost,⁶ deve possibilitar uma interação entre o homem e a natureza em que este vive, diante do ordenamento jurídico, levando em conta a concepção da instabilidade do Direito Ambiental.

Essa concepção, voltada para a instabilidade do bem ambiental, é forma de reinterpretar o outrora afirmado por Carnelutti, quanto a serem os fatos individuais e as normas, gerais.⁷ De fato, as normas não conseguem abarcar a individualidade de cada caso, não podendo, outrossim, generalizar a individualidade dos fatos condizentes com o bem ambiental, buscando uma verdade unívoca e certa.

³ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 101.

⁴ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 110.

⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 99.

⁶ OST, François. *A natureza à margem da lei*. Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 24.

⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Leme: CL EDIJUR, 2012. p. 121.

Assim sendo, após a consideração de uma necessária reformulação do paradigma processual vigente, propiciando uma reanálise de velhos institutos processuais, pode-se analisar em específico o caso da relativização da coisa julgada e sua função na proteção da natureza.

3 A proteção do meio ambiente a partir da relativização da coisa julgada

Relativizar a coisa julgada de maneira a superar um paradigma processual, que há muito se encontra defasado diante da adversidade do bem que intenta proteger, qual seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, significa progredir dentro da ciência do direito processual. Por isso, a necessidade de um caminho do meio, previsto por Ost,⁸ entre o vínculo e o limite das relações do homem com a natureza.

Neste talante, a importância da relativização da coisa julgada na tutela do bem ambiental, tendo em vista que a sua eternização não pode nem deve ser considerada, em se tratando da mutabilidade do bem ambiental.

Por isso, ao reconsiderar o instituto da coisa julgada, o processualista Ovídio A. Baptista da Silva, ao formular ampliação do debate referente à relativização da coisa julgada, conclui:

a) é indispensável revisar o sistema de proteção à estabilidade dos julgados, como uma contingência determina pela crise *paradigmática*. O fim da “primeira modernidade” determinará uma severa redução da indiscutibilidade da matéria coberta pela coisa julgada; b) será necessário, porém, conceber instrumentos capazes de atender a essa nova aspiração jurídica.⁹ (SILVA, 2013, p. 38).

Neste íterim, reformular o instituto da coisa julgada é fazer com que o processo que versa sobre a tutela do bem ambiental encontre efetividade em sua configuração, uma vez que se está diante da instabilidade pela qual o meio ambiente é formado.

Com isso, uma decisão proferida, eternizada sob o pálio da segurança jurídica, poderia deixar de considerar a efetiva tutela do bem ambiental, ponto em que se realça a superação de um paradigmático eixo processual, para abrir portas a uma nova consideração. No caso, a relativização da coisa julgada possibilita uma reanálise e reconsideração de um instituto processual em prol do meio ambiente.

A referida reconsideração da coisa julgada diz respeito à desconsideração de um primado pela verdade unívoca do direito processual, que não condiz com a realidade pós-moderna. Ora, o meio ambiente, mutável por natureza, não pode ser considerado

⁸ OST, op. cit., p. 10.

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e Processo v. IV: coisa julgada* (notas sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil). Curitiba: Juruá, 2013. p. 38.

como verdade absoluta. Neste viés, como referiu Silveira, “as construções teóricas clássicas acerca da coisa julgada não tinham como parâmetro, seguramente, o bem ambiental e as relações jurídicas em torno deste direito [...]”.¹⁰

Desta feita, impende referir uma necessária readequação das matrizes processuais referentes aos direitos que visam bens coletivos, como é o caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por isso, o surgimento de uma corrente processualista que, de acordo com Santos, começa a considerar o processo não somente a partir de objetivos puramente jurídicos, mas também de acordo com objetivos sociais e políticos,¹¹ necessários em se tratando de um direito fundamental ao meio ambiente. Assim, e ainda conforme a autora, “confirma-se a necessidade de se estudarem os institutos e normas processuais, cada vez mais, à luz do contexto histórico em que foram concebidos e dos valores sociais e políticos consagrados pelo respectivo Estado, a fim de que possam ser compreendidos e aplicados em sua real dimensão”.¹²

Conforme compreensão do instituto da coisa julgada, a partir de Teori Albino Zavascki, uma ação coletiva objetiva uma “sentença com declaração de certeza a respeito de uma relação jurídica determinada, nascida da específica situação de fato, que gera, ou pode gerar, lesão a direito transindividual”.¹³ Consequentemente, a tutela do bem ambiental deve considerar a própria instabilidade do bem ambiental, conforme referido por Marin.

O bem ambiental merece consideração processualmente diversa dos direitos individuais, até em face das características que apresenta, quais sejam, a indivisibilidade, a ubiquidade, a indeterminabilidade de titulares e a inalienabilidade. O instituto da coisa julgada, nesse talante, quando aplicado à tutela do meio ambiente, reveste-se de outro sentido.¹⁴

Ora, toda consideração para a qual se volta, em se tratando da relativização da coisa julgada, deve ter por base a sua aplicabilidade no meio ambiente, que é concebido como ubíquo e mutável. Inserido neste contexto, o processo e seus institutos devem abarcar uma nova consideração da sociedade, para que se possa efetivar a tutela ambiental e, por isso, uma necessária superação de um paradigma defasado para a atualidade. Segundo formula crítica o processualista Silva:

¹⁰ SILVEIRA, op. cit., p. 146.

¹¹ SANTOS, Christiane Chaves. *Ações coletivas & coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 28.

¹² Idem, p. 30.

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: a tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 66.

¹⁴ MARIN, Jeferson Dytz. A necessidade de superação da standardização do processo e a coisa julgada nas ações coletivas de tutela ambiental. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz (Org). *Estado, meio ambiente e jurisdição*. Caxias do Sul: Educ, 2012. p. 81.

O jurista [...] não percebe que os instrumentos processuais, que se adaptaram com alguma eficiência enquanto lhes coube regular uma sociedade organicamente estruturada e otimista, estarão destinados ao fracasso quando lhes caiba disciplinar sociedades altamente complexas, como a sociedade contemporânea [...].¹⁵

Em outro aspecto, tratando da instabilidade do meio ambiente, no que tange aos seus institutos judiciais, deve-se conceber a coisa julgada em relação à eficácia dos efeitos de uma sentença. Para tanto, Marinoni entende que “a sentença espelha os fatos e o direito que existem em determinado instante, de maneira que, alterados os fatos ou o direito, outra será a causa de pedir e, por consequência, a ação”.¹⁶

Conclui então o referido autor que existiria, desta forma, uma nova coisa julgada, proveniente de uma nova ação, que conviveria harmoniosamente com a primeira coisa julgada, sem necessariamente desconstituí-la, uma vez que os efeitos da nova sentença diriam respeito a um novo fato que, via de consequência, diria respeito a um novo direito.¹⁷

Porém, não se pode permitir que uma decisão que envolva a tutela do bem ambiental esteja intrincada em uma ótica individualista, a ponto de não conhecer o caráter difuso do Direito Fundamental que protege a natureza. Parte-se para um critério de eficácia *erga omnes* a estar envolvido com o instituto da coisa julgada, em se tratando do meio ambiente. Neste sentido, como refere Marin, conceber a aplicabilidade da eficácia *erga omnes*, na tutela do bem ambiental, permite que “aqueles que experimentarem prejuízos em decorrência de um determinado dano ambiental, seja de caráter material, seja de caráter moral, valham-se de uma decisão genérica para a interposição de demanda reparatória”.¹⁸

De outra banda, é importante que a relativização da coisa julgada siga parâmetros para que não esteja atrelada ao exercício arbitrário em decisões. Por isso, conforme indaga Silva, a “coisa julgada resistiria às sentenças ‘lesivas’, mas não às que fossem ‘absurdamente’ lesivas? Como medir a lesividade, digamos ‘normal’, provocada pela sentença, para diferenciá-la, da ‘absurdamente’ lesiva?”.¹⁹

¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 301.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 141-142.

¹⁷ Idem.

¹⁸ MARIN, Jeferson Dytz. O efeito da *erga omnes* da coisa julgada e a tutela ambiental. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e processo v. IV: coisa julgada (notas sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil)*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 362.

¹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e processo v. IV: coisa julgada (notas sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil)*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 31.

Certamente uma relativização da coisa julgada que objetivasse uma nova consideração para um fato, devido à atual concepção da inconstância do meio ambiente na atualidade, deve ter critérios estabelecidos que condigam com a tutela do bem ambiental, sem ofender a integridade inerente ao direito. O que não significa dizer que não se faz necessária uma superação do paradigma racionalista perpetrado pelo direito processual civil herdado do direito romano, mas, sim, deve-se ter por base a própria constituição de um Estado Democrático de Direito, a fim de que sejam mantidas as legitimizações concernentes ao Estado, para corresponder com os anseios da sociedade.

Neste íterim, refere Theodoro Júnior que, em se tratando de uma ação civil que disponha sobre agressão ao meio ambiente, existe movimentação processualista que versa acerca de um impedimento de membros de uma sociedade de gozarem de um meio ambiente equilibrado. Com isso, preleciona o autor:

Assim, também numa ação civil acerca de agressão ao meio ambiente, cogita-se necessariamente da repressão genérica ao atentado contra o direito de toda a coletividade de usufruir condições ambientais saudáveis. Eventualmente, pode acontecer que a ação civil pública impeça a contaminação sem que pessoa alguma tenha sofrido lesão individual.²⁰

É o caso de se vislumbrar uma relativização do instituto da coisa julgada, em um parâmetro de alcance a toda a sociedade, a partir de uma atribuição de eficácia *erga omnes*. É importante mencionar que a reconsideração do instituto da coisa julgada, para a qual se toma por ora o exemplo da eficácia em âmbito geral, compõe uma forma de possibilitar tutelar o bem ambiental de maneira condizente com o Direito Fundamental que o consagra.

Além disso, considerar a relativização do instituto da coisa julgada, em relação à instabilidade do bem ambiental, sujeita ao intérprete uma reconsideração dos institutos processuais, de maneira a conceber um novo paradigma para a crise processual inundada por extremado individualismo.

4 Conclusão

Conclui-se, a partir do que se buscou analisar, acerca do instituto da coisa julgada, como sendo necessária a sua readequação, por meio de uma relativização em prol da tutela do bem ambiental, sendo necessário que, para a sua realização, não se engesse o processo em sua ótica individualista.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 625.

A crise ambiental, que vem como consequência da modernidade, passa a ser considerada como propulsora da reconsideração de diversos institutos processuais, de maneira a desvelar uma nova concepção paradigmática para o cenário pós-moderno.

Ao se propor um novo paradigma para a ciência processual, no que tange à proteção do meio ambiente, de caráter de direito fundamental, impende referir a natureza como bem transindividual, para o qual o processo individualista não consegue dispor de ferramentas eficazes.

Assim, a característica instável do bem ambiental, dotado de mutabilidade e ubiquidade, necessita de consideração diversa no ordenamento jurídico e, por isso, a necessidade de uma readequação dos institutos do processo e, mais especificamente, da coisa julgada, de maneira a fortalecer e tornar eficaz o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Referências

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Leme: CL EDIJUR, 2012.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 95.

MARIN, Jeferson Dytz. A influência do racionalismo e do direito romano cristão na ineficácia da jurisdição: a herança crítica de Ovídio Baptista da Silva. In: MACEDO, Elaine Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Org.). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 108.

MARIN, Jeferson Dytz. A necessidade de superação da estandardização do processo e a coisa julgada nas ações coletivas de tutela ambiental. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz (Org.). *Estado, meio ambiente e jurisdição*. Caxias do Sul: Educs, 2012. p. 81.

MARIN, Jeferson Dytz. O efeito da *erga omnes* da coisa julgada e a tutela ambiental. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e processo v. IV: coisa julgada (notas sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil)*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 362.

OST, François. *A natureza à margem da lei*. Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SANTOS, Christiane Chaves. *Ações coletivas & coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos, em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa?. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e processo v. IV: coisa julgada (notas sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil)*. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: a tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Democracia, participação popular e controle social na proteção ao meio ambiente

Luciano Marcos Paes*

Resumo: A atual democracia, a participação popular e os mecanismos de controle social colocados à disposição do cidadão, para a realização do exercício da preservação e proteção ao meio ambiente, são objeto de estudo deste trabalho. Delimitado no âmbito da Constituição Federal brasileira de 1988, a partir de uma revisão de bibliografia, sem a pretensão de esgotar o assunto, busca-se sobretudo oportunizar o fomento ao debate desta temática.

Palavras-chave: Democracia. Participação popular. Controle social. Constituição brasileira. Proteção ao meio ambiente.

1 Introdução

A democracia ocidental teve início na Grécia e, atualmente, ganhou formas bem diferentes. No Brasil, a partir do século XVIII, com influência do Iluminismo, a história política brasileira é marcada por fatos que vão desde o Brasil Colônia até golpes de estado e revoluções, como as de 1930 e 1964.

A partir da Constituição Federal brasileira de 1988, são colocados à disposição da população mecanismos de participação, para que se possa exercer a cidadania e fortalecer o regime democrático, através da participação popular inclusive em questões que envolvam a proteção e a preservação do meio ambiente.

Uma das melhores maneiras de tratar essas questões é assegurar a participação dos cidadãos e disponibilizar informações, com o objetivo de preservação ambiental, seja na esfera administrativa, legislativa seja na judicial.

Neste sentido, Castoriadis refere que precisamos de “uma verdadeira democracia, instaurando processos de reflexão e deliberação o mais amplos possível, em que os cidadãos, na sua totalidade, participem”.¹

A partir de uma revisão de bibliografia, sem a pretensão de esgotar o assunto, busca-se oportunizar o fomento ao debate de questões sobre a atual democracia, a participação popular e os mecanismos de controle social² colocados à disposição do cidadão para o exercício da preservação e proteção ao meio ambiente.

* Servidor público municipal. Mestrando em Direito na Universidade de Caxias do Sul, RS.

¹ CASTORIADIS, Cornelius. *Uma sociedade à deriva: entrevistas e debates, 1974-1997*. Trad. de Miguel Serras Pereira. Lisboa: 90 Graus, 2007. p. 307.

² Conforme BERGUE, Sandro Trescastro. Escolas de governo e fomento ao controle social: o caso do programa “É da Nossa Conta”. In: XVII CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 out./2 nov. 2012, p. 2, “o controle social é teia resultante de amplo conjunto de relações envolvendo múltiplos atores sociais, destacando-se: indivíduos, famílias, grupos de interesses, partidos políticos e uma gama de instituições e

Com a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, há uma verdadeira refundação da República, com inovações criadas a começar pela descentralização do poder e das possibilidades do exercício da cidadania, através da participação popular, além da revalorização da política e da incorporação de espaços socioinstitucionais inovadores.

2 O processo democrático na contemporaneidade

O conceito de democracia surge no século V a.C. na Grécia, passando a influenciar todo o Ocidente. Faz-se necessário mencionar que o contexto social e cultural da Grécia, naquela época, é muito rico intelectualmente.

A formação de cidades-estado e os discursos em praça pública são característicos na democracia grega, pois *demos* significa “povo”, quer dizer “governo do povo”, ou “governo da maioria”, e “*kratos*” traduz “autoridade”.

É nessa característica que a democracia ateniense representa uma exceção única. Somente nela se quebrou a barreira entre Estado e aldeia, pois a aldeia se tornou efetivamente unidade constitutiva do Estado, e os camponeses se tornaram cidadãos. [...] Representaram em outras palavras, a incorporação da aldeia no Estado, e do camponês na comunidade cívica.³

Atualmente, discute-se acerca da “reinvenção” da democracia no mundo moderno após séculos de hegemonia do absolutismo na Idade Média e pelas monarquias, formas de governar que não dão espaço para a participação do povo.

organizações. Sendo assim, é um campo complexo em suas perspectivas de análise, níveis de abrangência e, sobretudo, de abordagens disciplinares relativas aos seus conceitos estruturantes. Têm cuidado desse tema, preponderantemente, as ciências sociais, em especial a sociologia, o direito e a administração, com olhares transversais que, de fato, mais aproximam o pesquisador da amplitude que o fenômeno encerra em suas múltiplas faces”. De outro lado, segundo Arnaud, André-jean (Org.). *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 160, controle social pode ser definido como o conjunto das influências interiorizadas e/ou restrições externas, que a sociedade faz pesar sobre as condutas individuais, e que dão conta da ordem social”. Já BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. *Dicionário Crítico de Sociologia*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2001, p. 101, traz controle social como sendo “o conjunto dos recursos materiais e simbólicos de que uma sociedade dispõe para assegurar a conformidade do comportamento de seus membros a um conjunto de regras e princípios prescritos e sancionados”. Ademais, segundo SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99, no contexto da administração pública, controle social pode ser entendido como sendo “o controle realizado por alguém que não seja agente público no exercício da função ou órgão do Estado”, podendo realizar-se através de pessoa estranha ao Estado, individualmente ou em grupo, por meio das entidades juridicamente constituídas e diz respeito ao direito de controle das atividades do Estado diretamente pelo povo, no exercício pleno da soberania popular, na forma da participação popular.

³ WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo. 2011. p. 181-182.

Após as contribuições de Montesquieu, no século XVIII, com a Revolução Francesa, a democracia passa a ser representativa, isto é, ao invés de participar pessoalmente das assembleias, os cidadãos elegem quem vai representá-los.

A concepção de democracia moderna está intimamente ligada à forma de governo concebida basicamente por outros três autores: Hobbes, Rousseau e Locke, que desenvolveram a “teoria liberal ou contratualista”, demonstrando que o poder de um governo emana dos indivíduos e não de Deus ou do Rei e, assim, a burguesia passa a reivindicar liberdade de locomoção, sem necessitarem de autorização, alterando o modo como o indivíduo passa a se ver, e a perceber o outro, trazendo a noção de individualidade.⁴

Neste contexto, Wood refere que

a democracia liberal moderna tem em comum com a antiga democracia grega a dissociação entre a identidade cívica e o *status* econômico que permite a coexistência da igualdade política formal com a desigualdade de classe. Mas essa semelhança disfarça uma diferença mais profunda entre as duas formas de democracia, refletindo relações radicalmente diferentes entre os planos “político” e “social” ou “econômico” nos dois casos.⁵

Ademais, na democracia, antiga ou moderna, quem tem o poder é o povo; porém, o que muda é a maneira de participar.

A democracia moderna se dá de forma representativa (direta ou indiretamente), com a participação do cidadão por meio do voto.

Essa diferença é significativa em relação à democracia grega, já que na Grécia o cidadão participava diretamente; no entanto, naquela época os assuntos da comunidade eram outros, muito diferentes dos atuais, que são mais complexos e requerem conhecimentos técnicos para serem resolvidos.

Todavia, não pode passar despercebido que atualmente há um crescente número de países implantando ou consolidando a democracia como sua forma de governo, mas paralelamente, observa-se também um aumento das manifestações de desencanto e insatisfação com esta mesma vida democrática, como pode ser notado através dos altos índices de abstenção eleitoral, enfraquecimento dos partidos políticos e participação ocasional dos cidadãos, com desempenho passivo e apático.⁶

A solução proposta para a superação de tal crise passa pela intensificação da participação popular nos destinos da sociedade, não apenas pela via da representação

⁴ NUNES, Janayna Serra; MENDES, Lurdiane Santos. *Democracia participativa: mecanismos de participação popular e controle social nas Constituições brasileiras*, 2005.

⁵ WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 183.

⁶ CROUCH, Colin. *Posdemocracia*. Tauros: México, 2004.

político-eleitoral, mas através do incremento do ativismo político, com a expansão dos movimentos pacifistas, ecológicos e de proteção ao consumidor.⁷

3 Meio ambiente e participação popular na Constituição Federal de 1988

É sabido que em um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, o poder emana do povo que o exerce através de seus representantes ou diretamente, conforme previsão constitucional (art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988), pois é esta quem diz como o povo vai participar.

A participação pública ambiental ficou estabelecida pelo *caput* do art. 225, uma vez que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, o que envolve dizer que, para a proteção do meio ambiente, é fundamental o direito à participação popular.

Para Maffini,⁸ “a participação popular implica a obrigatoriedade de se oportunizar, tanto quanto seja possível, a participação dos integrantes da coletividade na construção das decisões exaradas pela Administração Pública”.

É normal a integração do homem que convive em grupo e, assim, também é o seu estímulo em participar das decisões coletivas.

O princípio da “participação” reflete a expansão da consciência social e o anseio das pessoas organizadas em sociedade, para influenciar de algum modo as decisões de poder e interesses, possibilitando não apenas escolher aqueles que irão governar, mas também como se é governado.⁹

De acordo com Santos,¹⁰ “o princípio participativo caracteriza-se ‘*pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo*’, e integra o conceito de democracia social, ligando-se a problemática de democratização da sociedade”.

A democracia é o meio de realização dos valores essenciais para uma vida em sociedade e a possibilidade de participação ativa é direito do cidadão.

A partir da manifestação crítica dos cidadãos, com a discussão dos reais problemas, é possível a articulação de soluções que chegam até a administração pública,

⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. p. 35.

⁸ MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 125.

⁹ MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e *parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 86.

¹⁰ SANTOS, Jair Lima dos. *Tribunal de Contas da União & controle estatal e social da administração pública*. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2004. p. 94. (Grifo do autor).

estabelecendo indicadores para que esta eleja suas prioridades e determine a execução, na medida em que possam ver atendidos os verdadeiros anseios populares.

Como exemplo de forma de *participação popular direta*,¹¹ temos aquelas expressas no art. 14 da Constituição Federal brasileira de 1988, definindo que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito;¹² referendo¹³ e iniciativa ‘legislativa’ popular”.¹⁴

A Lei 9.709, de 18/11/1998, regulamentou o art. 14 da Constituição Federal de 1988; todavia não contemplou a participação direta em matéria ambiental, uma vez que estabelece como requisito, para o seguimento de projeto de lei, a subscrição de pelo menos um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Igualmente, art. 2º, da Resolução 09/1987, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama, ao condicionar a quantidade mínima de 50 ou mais cidadãos, para solicitar a realização de audiências públicas de apresentação e discussão do estudo de impacto ambiental, impõe requisito de demonstração de representatividade, o que denota uma forma de limitar ou restringir a iniciativa individual de participação direta na seara ambiental.

¹¹ Conforme Mirra, as formas de participação popular direta são a expressão originária do poder, decorrente da soberania popular e que pode ser exercida pelas pessoas individualmente consideradas, na forma prevista na Constituição Federal Brasileira e nas leis que cuidam da matéria.

¹² O plebiscito é um instrumento de consulta popular, em que se busca saber a opinião pública acerca de uma questão político/ institucional, realizado antes da formulação legislativa, sendo que aquilo que for decidido vincula a autoridade pública e pode ser utilizado para consulta sobre qualquer questão de interesse público; não precisa ter, necessariamente, feição normativa, podendo ser utilizado para avaliar repercussão de medida futura a ser tomada. Todavia, essa consulta deve ser feita antes da formulação legislativa afinal, pois a consulta é o que vai autorizar ou não tal formulação. Em 1993, foi realizado no Brasil um plebiscito para decidir a forma (República *versus* Monarquia) e o sistema de governo (Presidencialista *versus* Parlamentarista). A vontade popular optou pela manutenção da forma de governo republicana e o sistema presidencialista.

¹³ Diferentemente, no referendo ocorre uma consulta à opinião pública para aprovação de normas legais, que tenham como objeto um interesse público relevante. O povo participa pelo voto para confirmar ou não um ato governamental. Esta é a sua principal diferença em relação ao plebiscito. Essa diferença está relacionada ao aspecto temporal. Em 23 de outubro de 2005, aconteceu o primeiro referendo no Brasil, para decidir sobre o Estatuto do desarmamento, questão relacionada à proibição da comercialização de armas e munição no Brasil, representando um marco importante para o fortalecimento da democracia brasileira, pois esta é uma forma de exercício da democracia participativa recém-incorporada ao nosso ordenamento jurídico.

¹⁴ A iniciativa popular possibilita ao povo a oportunidade de levar à apreciação do Poder Legislativo um projeto de lei de interesse coletivo, que poderá vir ou não a ser aprovado, uma vez cumpridos os pressupostos legais. A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Como exemplo podemos citar a Lei 8.930/94, que é fruto de uma intensa campanha popular deflagrada, após a morte da atriz Daniela Perez, assassinada cruelmente por um companheiro de trabalho, o ator Guilherme de Pádua. A Lei acima citada mudou a redação do art. 1º da Lei 8.072/90, ampliando o rol dos crimes hediondos, inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, incluindo aí o homicídio qualificado.

A Ação Popular também é uma forma direta na defesa do meio ambiente, por intermédio do processo jurisdicional. Nos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, atribui a qualquer cidadão a possibilidade de ser parte legítima, para propor ação popular que vise anular ato lesivo, a diversos bens e valores, entre os quais o meio ambiente e o patrimônio histórico-cultural.

Disciplinada pela Lei 4.717/1965, a Ação Popular traz como sujeito legitimado à propositura de demandas populares, o indivíduo nacional que esteja no exercício dos direitos políticos, ou seja, o cidadão que deverá fazer prova de que é eleitor provando, assim, sua condição de cidadão.

Porém, em se tratando de defesa do meio ambiente, essa exigência vem sendo objeto de questionamentos, uma vez que o termo *todos*, descrito no *caput* do art. 225 da Constituição Federal, traz o entendimento de que cidadão, no Brasil, sob a ótica da participação pública ambiental, deve ser considerado todo o indivíduo integrante da sociedade, tanto nacional quanto estrangeiro residente no País, a quem se reconheceu, sem discriminação, a titularidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, independentemente da concomitante titularidade do direito de votar e ser votado.¹⁵

Ademais, a participação popular também pode ser exercida de forma semidireta, através das associações civis e organizações não governamentais ambientalistas; dos sindicatos e das demais associações ou categorias profissionais; da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e do Ministério Público.

A *participação popular semidireta*,¹⁶ na proteção do meio ambiente, é exercida pelas associações civis e organizações não governamentais ambientalistas (ONGs), que recebem especial destaque em relação às pessoas físicas individualmente consideradas, pois integram o plenário do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), conforme dispõe o Decreto 99.274/90, inclusive podendo requerer a realização de audiências públicas, para discussão de estudos de impacto ambiental, já que não dependem do apoio de um número mínimo de cidadãos.

As associações civis e organizações não governamentais ambientalistas também estão legitimadas a assumir a titularidade para a propositura de ações civis públicas, objetivando a tutela jurisdicional do meio ambiente, nos termos da Lei 7.347/85.

¹⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, p. 210-216.

¹⁶ Conforme Mirra refere: diversamente da participação popular direta, a participação popular semidireta é aquela exercida por grupos e instituições sociais secundários, que atuam como intermediários entre os indivíduos, titulares do Direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado e do meio ambiente como bem de uso comum do povo, e os representantes eleitos pela população.

Ainda como forma de participação na defesa do meio ambiente, cita-se aquelas instituídas pelo Decreto 8.243, de 23 de maio de 2014, que institui a Política Nacional de Participação Social (SNPS), com o objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e atuação conjunta entre a administração federal e a sociedade civil.

São diretrizes gerais da Política Nacional de Participação Social: (I) – reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia; (II) – complementariedade, transversalidade e integração entre mecanismos e instâncias da democracia representativa, participativa e direta; (III) – solidariedade, cooperação e respeito à diversidade de etnia, raça, cultura, geração, origem, sexo, orientação sexual, religião e condição social, econômica ou de deficiência, para a construção de valores de cidadania e inclusão social; (IV) – direito à informação, à transparência e ao controle social nas ações públicas, com uso de linguagem simples e objetiva, consideradas as características de idioma da população a que se dirige; (V) – valorização da educação para a cidadania ativa; (VI) – autonomia, livre funcionamento e independência das organizações da sociedade civil; e (VII) – ampliação dos mecanismos de controle social.

Também são objetivos da Política Nacional de Participação Social, entre outros: (I) – consolidar a participação social como método de governo; (II) – promover a articulação das instâncias e dos mecanismos de participação social; (III) – aprimorar a relação do governo federal com a sociedade civil, respeitando a autonomia das partes; (IV) – promover e consolidar a adoção de mecanismos de participação social nas políticas e programas de governo federal; (V) – desenvolver mecanismos de participação social nas etapas do ciclo de planejamento e orçamento; (VI) – incentivar o uso e o desenvolvimento de metodologias que incorporem múltiplas formas de expressão e linguagens de participação social, por meio da internet, com a adoção de tecnologias livres de comunicação e informação, especialmente, softwares e aplicações, tais como códigos fonte livres e auditáveis, ou os disponíveis no Portal do Software Público Brasileiro; (VII) – desenvolver mecanismos de participação social acessível aos grupos sociais historicamente excluídos e os vulneráveis; (VIII) – incentivar e promover ações e programas de apoio institucional, formação e qualificação em participação social para agentes públicos e sociedade civil; e (IX) – incentivar a participação social nos entes federados.

O Sistema Nacional de Participação Social (SNPS) refere inclusive algumas instâncias e mecanismos de participação social entre as quais estão (I) – o Conselho de políticas públicas; (II) – comissão de políticas públicas; (III) – conferência nacional; (IV) – ouvidoria pública federal; (V) – mesa de diálogo; (VI) – fórum interconselhos;

(VII) – audiência pública; (VIII) – consulta pública; e, (IX) – ambiente virtual de participação social.

Como pode-se perceber, é fato que o controle social no Brasil é pautado pelos princípios da descentralização e da participação social popular, com muitos instrumentos, para que a sociedade possa exercer seu papel participando e controlando as ações do Estado, na busca do bem comum e do interesse público, inclusive em questões que envolvam a proteção do meio ambiente. Aliás, fica evidente,

que o grau de participação popular precisa ser fixado com mais clareza pelo Poder Político. Os espaços de participação podem e devem ser criados, efetivados e alargados, com base nos valores democráticos e participativos que fundamentam a Constituição da República Federativa Brasileira, bem como o dever da coletividade em preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*). A participação cidadã pode tanto assumir a forma de contribuições nos debates, como de intervenção propriamente dita nos processos decisórios, seja em âmbito administrativo, seja no judicial.¹⁷

Deve-se ressaltar, por outro lado, que não se pode adotar uma visão formalista, isto é, crer que o que está expresso por esses inúmeros instrumentos de participação sejam vigentes no mundo real, pois

vivemos uma sociedade intestinamente injusta, que cultiva com irônico sangue-frio formas de pobreza extrema, que por vezes é difícil crer que ainda existam. É uma senzala, na imagem clássica de uma Casa Grande no centro, privilegiada, dona do bem e do mal, cercada de uma ralé incontável, que vegeta à sua sombra. Processos participativos colocam-se o desafio de tentar concretamente caminhos alternativos, por mais que se concretizem no pequeno, no local, no pobre, dentro de um sistema capitalista agressivamente desigual e desigualitarizante.¹⁸

O dever de proteção do meio ambiente é imposto não somente ao Estado e sim a toda a sociedade, contudo “o progresso da democracia moderna está muito longe da falta de ambiguidades, pois à medida que os direitos políticos se tornavam menos exclusivos, também, perdiam muito de seu poder”.¹⁹

4 Controle social na proteção ao meio ambiente

A Constituição Federal Brasileira em seu art. 225 traz que não somente o Estado, mas também toda a sociedade tem o dever de proteger o meio ambiente o que guarda

¹⁷ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul, RS: Educus, 2014. p. 264.

¹⁸ DEMO, Pedro. *Participação é conquista: noções de política social participativa*. São Paulo: Cortez, 2001. p. 155.

¹⁹ WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 203.

especial relação com o princípio democrático e a afirmação de uma democracia participativa, além disso

O perfil democrático dos instrumentos da Política Nacional do meio ambiente reflete a importância da deliberação plural acerca da problemática ambiental. Entretanto estes instrumentos somente terão a importância almejada na medida em que a sociedade se apresentar apta para operá-los. Aqui se justifica a importância da educação ambiental e da informação ambiental. A participação qualificada dos cidadãos nos processos de elaboração das políticas exige tanto a divulgação de informações concretas sobre os problemas ambientais como a formação de indivíduos conscientes da amplitude da crise ambiental.²⁰

Neste contexto “o novo espírito constitucional instaurado a partir de 1988, de modo a superar um período histórico antecedente de centralismo e autoritarismo estatal, caminha no sentido da descentralização e afirmação de um modelo democrático-participativo”²¹ que, em questões envolvendo meio ambiente, pode ser representado pelos Conselhos Nacional, Estadual e Municipal de meio ambiente, que são órgãos de participação popular, com função deliberativa, fiscalizadora e consultiva.

Com destaque no cenário político, a partir da Resolução Conama 237/97 e art. 15 da Lei Complementar 140/2011, foi autorizada a municipalização de procedimentos de licenciamento ambiental desde que sejam implementados os Conselhos Municipais de Meio Ambiente, órgãos independentes, providos financeiramente pelo executivo municipal, de composição paritária, incluindo membros representantes da sociedade civil e da esfera governamental.

A Constituição Federal de 1988 assegura aos municípios, nos termos do art. 30, inciso I, a competência para legislar em matéria ambiental, sobre assuntos de interesse local, enquanto o inciso II, do já citado artigo, vem assinalar a competência legislativa dos municípios para suplementar a legislação federal e estadual, no que couber.

O art. 30, inciso IX da Constituição Federal do Brasil, assegura ainda aos municípios atribuições de promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual, o que reforça e vem ao encontro do marco democrático participativo consagrado na Carta Constitucional brasileira.

Como se pode observar até aqui, resta saber se a participação da coletividade, através dos espaços institucionais de democracia participativa, vem contribuindo de forma efetiva para a proteção do meio ambiente.

²⁰ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 33.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

A partir do olhar crítico de Crouch, verifica-se que a democracia atual se converteu naquilo que se pode chamar de “posdemocracia”,²² com uma considerável redução do interesse do cidadão em participar dos processos democráticos do país.

Todavia, esse desencanto pela vida democrática é um dos perigos impostos pelo efeito da globalização e do capitalismo radical, seguido da desregulação financeira e econômica, com uma tendência perniciosa, que faz com que os valores democráticos e de participação percam.²³

Em que pese essa assertiva,

a participação nas controvérsias ambientais liga-se inseparavelmente à ideia de democracia e de legitimação do exercício do poder. Por oposição a um conceito envelhecido de gestão burocrática, implica a abertura dos processos decisórios a uma pluralidade de sujeitos, portadores de múltiplos interesses, que querem atuar, tomar parte nas decisões, influir no seu resultado de forma construtiva e a partir de posições autônomas.²⁴

O papel da participação popular e controle social, na proteção ao meio ambiente, implica, ao menos de forma potencial, a tentativa de levar a cabo a democracia participativa, a partir de uma reinterpretação da cidadania, tendo em vista seus múltiplos significados, como direito à participação política, direitos sociais e aproximação ao nível local do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois “a inserção da componente ecológica num projeto político democrático radical é indispensável”.²⁵

De fato, os espaços de participação popular são limitados, existe certa participação, mas não na sua plenitude, especialmente quando há embate político e o interesse e a vontade da coletividade sofrem limitações institucionais para a sua efetividade.²⁶

5 Considerações finais

A partir do exposto, observa-se uma série de mecanismos em matéria ambiental que possibilita a participação do cidadão de forma a intervir nos processos decisórios;

²² Segundo Crouch, o termo *posdemocracia* serve para descrever o constante uso de técnicas de pesquisa e marketing, para averiguar o que as pessoas querem ouvir a partir dos meios de comunicação de massa; o que por sua vez compromete a validade dos controles democráticos, através do abuso do poder de influência das grandes empresas.

²³ CROUCH, Colin. *Posdemocracia*. México: Tauros, 2004.

²⁴ SILVEIRA, op. cit., p. 267.

²⁵ CASTORIADIS, Cornelius. *Uma sociedade à deriva: entrevistas e debates, 1974-1997*. Trad. de Miguel Serras Pereira. Lisboa: 90 Graus, 2007. p. 315-316.

²⁶ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante; WIENKE, Felipe Franz. Participação popular no Direito Ambiental: desafios para a efetivação do princípio democrático. In: LUNELLI, Carlos Alberto. *Direito, ambiente e políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 45.

todavia, não se dá à participação popular a importância conferida pela Constituição Federal.

É indispensável a instauração de amplos processos de reflexão e deliberação, a partir de uma transformação das instituições e da sociedade, para que os movimentos de participação social popular sejam de fato os portadores da vitalidade da democracia.

A proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para a atual e para as futuras gerações é dever conjunto do Poder Público e da coletividade, na elaboração e inserção de políticas de preservação ambiental; porém, este princípio democrático participativo possui pouca efetividade, uma vez que não vincula as políticas públicas às decisões da sociedade.

A vontade popular carece de força normativa, fazendo com que a participação popular seja encarada apenas como uma etapa do processo de elaboração das políticas públicas e os cidadãos assim se tornam “sujeito dos direitos sem poder”,²⁷ porém uma “revolução não significa torrentes de sangue [...], revolução significa uma transformação radical das instituições da sociedade [...] pois hoje o homem continua a ser, ou é mais do que nunca, o inimigo do homem, não só porque continua tanto como outrora a entregar-se ao massacre dos seus semelhantes, mas também porque serra o ramo que o suporta: o meio ambiente”.²⁸

Referências

ARNAUD, André-jean (Org.). *Dicionário Enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BERGUE, Sandro Trescastro. *Gestão de pessoas em organizações públicas*. 2. ed. rev. e atual. Caxias do Sul, RS: Educs, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei 4.717*, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Brasília, 1965.

BRASIL. *Lei 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, 1985.

BRASIL. *Lei Complementar 140*, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente,

²⁷ CAPELLA, Juan Ramon. *Os cidadãos servos*. Trad. de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: S. A. Frabis, 1998.

²⁸ CASTORIADIS, Cornelius. *Uma sociedade à deriva: entrevistas e debates, 1974-1997*. Trad. de Miguel Serras Pereira. Lisboa: 90 Graus, 2007. p. 312.

ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, 2011.

BRASIL. *Resolução 9*, de 3 de dezembro de 1987. Conselho Nacional do Meio Ambiente. CONAMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res87/res0987.html>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. *Decreto 99.274*, de 6 de junho de 1990. Regulamenta a Lei 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. Brasília, 1990.

BRASIL. *Lei 9.709*, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do artigo 14 da Constituição Federal. Brasília, 1998.

BRASIL. *Decreto 8.243*, de 23 de maio de 2014. Institui a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS, e dá outras providências. Brasília, 2014.

CASTORIADIS, Cornelius. *Uma sociedade à deriva: entrevistas e debates, 1974-1997*. Trad. de Miguel Serras Pereira. Lisboa: 90 Graus, 2007.

CROUCH, Colin. *Posdemocracia*. Tauros: México, 2004.

DEMO, Pedro. *Participação é conquista: noções de política social participativa*. São Paulo: Cortez, 2001.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante; WIENKE, Felipe Franz. Participação popular no Direito Ambiental: desafios para a efetivação do princípio democrático. In: LUNELLI, Carlos Alberto. *Direito, ambiente e políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2011.

MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2010.

MOREIRA NETO. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUNES, Janayna Serra; MENDES, Lurdiane Santos. *Democracia participativa: mecanismos de participação popular e controle social nas constituições brasileiras*, 2005.

SANTOS, Jair Lima dos. *Tribunal de Contas da União & Controle Estatal e Social da Administração Pública*. 1.ª ed. (ano 2003), 2. tir. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio nos Processos Coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2014.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função Administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL. *Sistema de Bibliotecas – Guia para elaboração de trabalhos acadêmicos [recurso eletrônico] SIBUCS*; organização Michele Marques Batista; colaboração Marcelo Votto Teixeira, Michele Otobelli Bertéli. 3. ed. 2015. Dados Eletrônicos (1 arquivo).

WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo, 2011.

Desenvolvimento sustentável: histórico, conceito e a banalização da expressão

Bianca Amoretti Fachinelli*

Resumo: O mundo tem manifestado grande preocupação com a degradação ambiental desenfreada, desde a Declaração de Estocolmo, em 1972, que trouxe o meio ambiente como sendo um direito fundamental. A crise ambiental, resultante do período pós-guerra, bem como de um modelo econômico capitalista ocidental, sempre visou o crescimento econômico e o lucro, em detrimento dos recursos naturais. O presente artigo analisará, separadamente, o substantivo *desenvolvimento*, e o adjetivo *sustentável* como forma de aproximar-se de um conceito mais adequado de *desenvolvimento sustentável*, bem como tratar-se-á da banalização da expressão *desenvolvimento sustentável*, uma vez que há evidente utilização da expressão de forma equivocada.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Sustentabilidade. Banalização da expressão *Desenvolvimento sustentável*.

1 Introdução

O presente artigo tem por escopo o estudo acerca do desenvolvimento sustentável. O tema é de grande importância, uma vez que persevera muita discussão e divergência sobre o conceito, e a real efetivação do *desenvolvimento sustentável*.

Primeiramente, trilharemos um caminho histórico acerca da preocupação ambiental, e da inauguração da sustentabilidade, nos Anais de grandes convenções pelo mundo. Para isso, é importante o relato de eras da história do homem, em que determinadas ações, modelos políticos e econômicos, e suas guerras, contribuíram muito para a degradação ambiental.

Em um segundo momento, analisar-se-ão, superficialmente, os conceitos de *desenvolvimento* e *sustentável*, separadamente, com suas respectivas teorias. Após esse breve introito, acerca das teorias sobre o que seria o substantivo *desenvolvimento*, e o que seria o adjetivo *sustentável*, proceder-se-á análise dos termos em conjunto, e sua importância no cenário mundial.

Em um terceiro ato, tratar-se-á da banalização da expressão *desenvolvimento sustentável*, bem como das ditas *práticas verdes/ práticas sustentáveis*, e da comercialização de produtos com *selo verde*, orgânicos, dentre outros.

2 Histórico da proteção ao meio ambiente e do desenvolvimento sustentável

* Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – RS. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul – RS. Mestranda no programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul – RS. Grupo de pesquisa “Direito Público e Meio Ambiente” (CNPq).

A proteção ambiental teve maiores proporções no final do século XX. Filósofos da Grécia antiga, em seu período áureo, como Sócrates, Platão e Aristóteles, versavam a natureza, a partir de uma visão mítica. A racionalidade passou a ser mais valorizada do que os eventos naturais, firmando o antropocentrismo, em que o meio ambiente seria um mero objeto servente ao homem – este último, centro do universo.

Já na Idade Média, especificamente no sistema feudal, adveio o Teocentrismo, ultrapassando paradigmas, em que Deus era o centro do universo, e não mais o homem. A religião monoteísta considerava que Deus criara tudo, inclusive a natureza, e que ao homem deveria servir.

Meados dos séculos XV e XVI, os absolutistas, através de uma política econômica mercantilista, visavam o acúmulo de riquezas, e do desenvolvimento econômico, com isso aumentaram frotas e rotas marítimas, contribuindo para a degradação do ambiente.

Com a revolução científica, no século XVII, a ciência compreendia o mundo como objeto à disposição do homem, a natureza estaria à disposição para atender todas as necessidades do ser humano. Mais uma vez, o paradigma antropocentrista – homem sendo o centro do universo, e a natureza servindo o homem.

Já com o liberalismo, no século XVIII, difundiu-se a ideia de intervenção mínima do Estado nas relações econômicas – o dito “Estado Mínimo”. Os liberais buscavam (ainda buscam) o crescimento econômico, e com o progresso econômico criou-se condições importantes para a Revolução Industrial, que foi marco histórico do sistema capitalista, ou seja, nesse período havia o uso desenfreado dos recursos naturais visando o lucro. A Revolução Industrial visava, portanto, o progresso econômico, fundamentando-se no Princípio da Livre Concorrência, o que resultou no desenvolvimento de muitos países pelo mundo – ponto positivo do capitalismo –, assim como emanou muita degradação ambiental – um dos pontos negativos.

Após essa exposição da linha cronológica acerca da degradação da natureza pelo homem, abordaremos o surgimento da preocupação com o meio ambiente pelo mundo.

Rachel Carson, em 1962, através de sua obra *Silent spring*, foi precursora da inquietação com a degradação ambiental, quando denunciou o uso do inseticida DDT, que causava danos à saúde, tanto do homem, quanto dos animais. Porém, o grande marco de sua obra foi uma visão crítica contra o avanço tecnológico e científico desenfreado, que gerava grandes impactos ambientais.

Em 1968, na Academia de Linoi, em Roma, um grupo de pesquisadores de diversas áreas estudava a questão do crescimento econômico e populacional diante da escassez de recursos naturais; esse grupo foi denominado de “Clube de Roma”. Publicou, em 1972, o relatório “Limites do Crescimento”, em que discutiam as perspectivas da humanidade diante do conflito entre o desenvolvimento e a proteção

ambiental. Difundiu a ideia do “Crescimento Zero”, que determinava ser necessária a diminuição da produção em massa industrial e populacional, caso contrário a Terra não suportaria muito tempo.

O relatório “Limites do Crescimento” foi apresentado, em 1972, na Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, em Estocolmo, e contrariamente à ideia de crescimento zero, enfatizaram a importância do desenvolvimento econômico e social para melhoria na qualidade de vida do homem.

Nos anos 70, o movimento ambientalista tomou corpo, o que fundamentou a realização da Conferência de Estocolmo, que trouxe em seu Princípio 1, pela primeira vez na História, o meio ambiente como sendo Direito Fundamental diretamente vinculado à garantia da dignidade da pessoa humana.

No ano de 1985, vários países pelo mundo, deparando-se com a crise ambiental, assinaram a Convenção de Viena, visando a proteção da camada de ozônio. E, em 1987, alguns países assinaram o Protocolo de Montreal, subsidiário da Convenção de Viena, e trataram das substâncias que deterioravam a camada de ozônio.

Em 1989, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 44/228, convocou a Conferência Rio 21. Assim, conseqüentemente, em 1992, houve a Conferência do Rio de Janeiro sobre o Meio ambiente e o Desenvolvimento, que resultou em um documento com diretrizes ambientais, chamado de “Agenda 21”, no que determinou-se ações a serem desenvolvidas pela comunidade mundial, para alcançar um desenvolvimento sustentável.

A partir da “Agenda 21”, aprovou-se a Declaração do Rio sobre o meio ambiente e o desenvolvimento, reafirmando-se a Declaração de Estocolmo, de 1972, e propôs-se uma aliança mundial nova e equitativa, através da cooperação entre entes públicos e os cidadãos.

A partir de agora, analisar-se-á separadamente o substantivo *desenvolvimento*, e o adjetivo *sustentável*, para chegar a uma conceituação, mais adequada, da expressão *desenvolvimento sustentável*.

3 Desenvolvimento sustentável: conceituação e considerações

Como já visto, na contemporaneidade ainda prevalece o modelo político-capitalista, que prioriza o crescimento econômico severo, em detrimento à natureza.

E somente a partir da década de 70, a preocupação ambiental tem sido inserida nas grandes convenções e constituições pelo mundo. O mundo ocidental perquire, há anos, o acúmulo de riquezas, e, até então, nunca havia se preocupado com o uso desenfreado dos recursos naturais, e muito menos com as gerações futuras.

O capitalismo radical sempre visou o crescimento econômico, mostrando-se indiferente aos impactos ambientais. Porém, nas últimas décadas, há manifesta preocupação com a crise ambiental. Há uma imposição, tanto estatal, quanto social, para que se adote práticas econômicas compatíveis com o meio ambiente, trazendo, então, a ideia do desenvolvimento sustentável.

No presente artigo, portanto, buscar-se analisar os termos *desenvolvimento* e *sustentabilidade*, separadamente, como forma de visualizar uma conceituação mais adequada de desenvolvimento sustentável.

Segundo Veiga,¹ sobre *desenvolvimento*, podemos observar a existência de três grandes correntes, que conceituam desenvolvimento da seguinte forma: a primeira, considera *desenvolvimento* sinônimo de *crescimento econômico*; a segunda, traz a ideia de *desenvolvimento* como algo utópico, como sendo uma quimera; e a última corrente, é a que determina que *desenvolvimento* seria o “caminho do meio” entre as duas correntes mencionadas.

Desenvolvimento, durante muitos anos, seguindo o capitalismo selvagem, foi conceituado mundialmente como sendo sinônimo de *crescimento econômico*, ou seja, ambos os termos representariam o mesmo fenômeno, podendo ser mensurado pelo indicador do Produto Interno Bruto *per capita*. É importante mencionar que essa corrente é a mais forte.

A segunda linha de pensamento visualiza o desenvolvimento como uma mera ilusão² e, segundo Veiga, essa quimera seria utilizada como artifício, para justificar uma exploração mundial.

E, por fim, superando essa dicotomia, a terceira corrente aponta que o desenvolvimento não pode ser reduzido ao simples crescimento econômico e, muito menos, que seria uma quimera. Esse “caminho do meio”³ (que visa ampliar o conceito de desenvolvimento) apresenta indicadores que destacam outros aspectos para a mensuração do desenvolvimento, e não apenas o aspecto econômico. Essa corrente considera que, em situações de desenvolvimento, percebemos que as pessoas têm mais escolhas, mais possibilidades de realizar e de ser o que escolheram para si. Essa amplitude de escolhas é a base de raciocínio de Sen,⁴ que interpreta o desenvolvimento como um processo fundamentalmente de expansão das liberdades humanas.

¹ VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. p. 17-83.

² *Ibidem*, p. 20-23.

³ *Ibidem*, p. 32-37.

⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

Nesse mesmo sentido, Furtado traz uma definição mais adequada sobre desenvolvimento e afirma que, somente quando existir um programa social subjacente, é que o crescimento econômico se transformaria em desenvolvimento. Assim, alude que

[...] o *crescimento econômico*, tal qual como o conhecemos, vem se fundando na preservação dos privilégios das elites que satisfazem seu afã de modernização; já o *desenvolvimento* se caracteriza pelo seu projeto social subjacente. Dispor de recursos para investir está longe de ser condição suficiente para preparar um melhor futuro para a massa da população. Mas quando o projeto social prioriza a efetiva melhoria das condições de vida dessa população, o crescimento se metamorfoseia em desenvolvimento.⁵

Portanto, o desenvolvimento deve ser compreendido amplamente envolvendo neste conceito o crescimento econômico, as práticas sociais, a ética, as políticas públicas, dentre outras diretrizes, seguindo a linha proposta pelos autores acima citados.

A partir de agora, analisar-se-á o adjetivo *sustentável*, que também provoca três linhas teóricas. A primeira,⁶ é que propõe a ideia que não haveria dilema algum entre conservação ambiental e o crescimento econômico, e entendem ser possível a coexistência entre esses dois fatores. É a chamada corrente Neoclássica ou Panglossiana. Segundo eles, os fatores que podem levar à mudança, nas técnicas da produção, podem ser suficientemente fortes para que os efeitos ambientalmente adversos do aumento da atividade econômica sejam evitados ou superados.

A segunda teoria, uma corrente bastante cética, acredita que só haverá alternativa ao declínio ecológico na dita “condição estacionária”. É importante mencionar que esta segunda corrente teórica, acerca do termo *sustentável*, é muito ignorada, uma vez que suas argumentações são pouco prováveis de comprovação; por esse motivo, não aprofundaremos muito essa teoria.⁷

A terceira corrente teórica traz a ideia do “caminho do meio”, entre a fantasiosa teoria panglossiana e a fatalidade entrópica. Para Veiga,⁸ não existe este caminho. O autor entende que o que existe são desdobramentos, não tão pessimistas, da tese da impossibilidade do crescimento contínuo.

Ultrapassada essa parte de conceituação e as teorias acerca dos termos *desenvolvimento* e *sustentável*, analisar-se-á a expressão *desenvolvimento sustentável*.

Como forma de superar as perspectivas economicista e o desenvolvimentismo, uma vez que coadjuvantes da crescente e devastadora crise ambiental, o movimento

⁵ FURTADO, Celso. Os desafios da nova geração. *Revista de Economia Política*, v. 24, n. 4, p. 483-486, out./dez. 2004,

⁶ VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. p. 109.

⁷ *Ibidem*, p. 112.

⁸ *Ibidem*, p. 113.

ambientalista difundiu diversos princípios por meio de protocolos e declarações, conjugando a proteção ao meio ambiente, com a melhoria das condições socioeconômicas, através do que se entende por *desenvolvimento sustentável*, que, anteriormente, denominava-se como *ecodesenvolvimento*.⁹

Assim, a partir dos anos 80, difunde-se a ideia do desenvolvimento sustentável, expressão utilizada inicialmente pela União Internacional pela Conservação da Natureza (IUCN), na Conferência Mundial sobre Conservação e Desenvolvimento, em Ottawa, Canadá, em 1986. Em 1987, o Relatório Brundtland, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, retomou o conceito de desenvolvimento sustentável, definindo-o como sendo o “desenvolvimento que responde às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades”.

É importante termos em mente que o desenvolvimento sustentável não pode ser tão somente tratado como princípio literário, de efetivação protelável e, muito menos, evocado apenas por razões de marketing. Freitas,¹⁰ ao propor conceito do princípio da sustentabilidade, preleciona que

[...] trata-se do princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável, equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.

Nesse sentido, podemos perceber que há a imprescindível necessidade de percebermos o desenvolvimento sustentável, não mais como uma contradição entre desenvolvimento e sustentabilidade, e muito menos como sinônimo de crescimento econômico apenas. A sustentabilidade é um direito fundamental multidimensional, que irradia efeitos para diferentes âmbitos/dimensões – social, jurídico, econômico, ambiental, político e ético.

Assim como a degradação ambiental decorre de vários aspectos, como da desigualdade social, da pobreza, da criminalidade, do consumismo extremo, a sustentabilidade deve ser vista com todas essas dimensões entrelaçadas, e não apenas em um único contexto; por isso, tão complexo para doutrinadores e pesquisadores definir o que efetivamente seria o desenvolvimento sustentável.

⁹ MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. *O mito do desenvolvimento sustentável: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias*. 3. ed. rev. e atual. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2008. p. 48-49.

¹⁰ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 40-41.

Diegues, nesse sentido, afirma: “O conceito ‘sociedades sustentáveis’ parece mais adequado que o de ‘desenvolvimento sustentável’, na medida em que possibilita a cada uma delas definir seus padrões de produção e consumo, bem como o de bem-estar a partir de sua cultura, de seu desenvolvimento histórico [...]”.¹¹

Capra observa que o capitalismo global é insustentável, tanto do ponto de vista econômico, quanto ecológico e social, e por essa razão não é viável por muito mais tempo.¹²

Conclui-se, logo, que o desenvolvimento sustentável deve ser tratado em suas várias dimensões – econômica, social, cultural, política, tecnológica, jurídica, dentre outras. Devemos estabelecer um novo paradigma, diversamente da produção industrial e do consumismo autofágico adotado no período pós-industrial, do qual resultou a crise ambiental.

O mundo está clamando por um consumismo consciente, pelo uso sustentável dos recursos naturais, de campanhas, políticas públicas, em prol da natureza, bem como penalizações mais severas contra danos ambientais, tudo como forma de preservarmos o meio ambiente, e brevar a degradação severa da natureza.

4 Banalização da expressão *desenvolvimento sustentável*

Organizações não governamentais, a própria mídia, e governos tecem campanhas em prol do meio ambiente, como exemplo, o uso consciente e cauteloso da água, da energia elétrica; a separação do lixo coletivo, dentre outras. Preocupações que surgiram a partir de meados da década de 70, visando o combate da crescente degradação ambiental.

Entretanto, é evidente a banalização da expressão *desenvolvimento sustentável*, bem como das ditas práticas verdes, e da comercialização de produtos com *selo verde*. A sustentabilidade tem sido empregada como forma de obtenção de lucro, como forma de marketing, perniciosamente utilizada pelo mesmo sistema capitalista, que degradou, até os dias de hoje, o nosso planeta.

Há uma mercantilização/industrialização “verde”, que nada segue as boas práticas sustentáveis. Ressalta-se, que, sim, há muitas empresas adotando práticas ambientais sustentáveis, investindo muito dinheiro e tecnologia para isso, porém, não trataremos

¹¹ DIEGUES, A. C. S. Desenvolvimento sustentável ou sociedades sustentáveis: da crítica dos modelos aos novos paradigmas. In: DIEGUES, A. C. S. *Ecologia humana e planejamento em áreas costeiras*. São Paulo: NUUPAUB, 1996.

¹² CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 167.

das boas práticas, que são exceção, mas sim das perversidades exigidas e praticadas pela globalização.

Os impactos ambientais, decorrentes do consumismo descomedido, são, na maioria das vezes, ignorados pelos cidadãos, os quais acabam adquirindo produtos ditos “verdes”, pensando estarem contribuindo, consideravelmente, para a preservação do meio ambiente.

A sustentabilidade tornou-se uma afável “jogada de marketing” para as empresas e seus produtos. Os grandes produtores estão empregando, em seus produtos, as expressões *orgânica* e *sustentável*, como forma de obtenção de lucro, mas não adotam qualquer diretriz sustentável. Para o bem da verdade, cobram muito mais pelas suas mercadorias, encobertos pelo “selo verde” no invólucro de seus produtos. Nesse sentido, Silveira corrobora essa afirmação. “Os menores produtores são engolidos por um número cada vez menor de empresas que agem em escala cada vez maior, e a pressão sobre os ecossistemas aumenta incrivelmente, com reflexo visível nos dados acerca da degradação dos ecossistemas”.¹³

Há, nitidamente, uma perspicácia econômica do mercado, acerca do uso da sustentabilidade, como meio de ludibriar seus consumidores a adquirirem seus produtos. E por parte dos consumidores, há uma nefasta ilusão de que, ao consumirem os ditos produtos “verdes”, estão, conseqüentemente, salvando o planeta.

Nesse mesmo sentido, Nascimento et al. afirmam que, “Atualmente, é mais valorizada a prática do que o resultado desta prática. Ao fazer uma ação para proteger o meio ambiente, o cidadão alivia sua consciência, uma vez que considera estar fazendo sua parte”.¹⁴

A preocupação com o desenvolvimento sustentável, em todas as suas dimensões, seria uma forma efetiva de garantir a proteção ambiental, através de práticas sociais. A coletividade deveria estar motivada a assumir uma perspectiva voltada para o futuro, e não apenas voltada para atender as suas necessidades individuais. Essa ideia traria a coletividade participando, ativamente, em prol da preservação da natureza, uma vez que o planeta é de todos, motivando estas ações na solidariedade.¹⁵

¹³ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 168.

¹⁴ NASCIMENTO, Luis Felipe Machado et al. Ecologicamente correto para aliviar a consciência ou para mudar o mundo? Uma discussão sobre padrões de consume. *Revista em agronegócios e meio ambiente*, Maringá, PR, v. 7, n. 1, p. 175, jan./abr. 2014.

¹⁵ BARBOSA, José Aécio Alves et al. Breves considerações críticas sobre a sustentabilidade no cenário socioeconômico e comportamental na atualidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13990>. Acesso em: ago. 2015.

Recentemente, o Papa Francisco, representante da Igreja católica, publicou uma Encíclica Papal, a **Carta Encíclica *Laudato Si'***: Sobre o cuidado com a casa comum, que trata da necessidade de o homem cuidar do nosso planeta. Ele ressalta a urgente necessidade de haver uma radical mudança no comportamento humano, isso porque, segundo o Santo Padre, por mais grandiosos os avanços científicos, por mais espantosa a propagação tecnológica, e por mais prodigioso o desenvolvimento econômico, se não coexistirem com o progresso social e moral, voltam-se contra o próprio homem.¹⁶

A encíclica preleciona que todo o anseio de aprimorar o nosso mundo requer mudanças drásticas nos estilos de vida do homem, nos modelos de produção e de consumo, nas estruturas de poder. E, sobre a exploração desmedida da natureza pelo homem, assevera:

Se nos aproximarmos da natureza e do meio ambiente sem esta abertura para a admiração e o encanto, se deixarmos de falar a língua da fraternidade e da beleza na nossa relação com o mundo, então as nossas atitudes serão as do dominador, do consumidor ou de um mero explorador dos recursos naturais, incapaz de por um limite aos seus interesses imediatos.¹⁷

Francisco evidencia, em sua encíclica, a relação entre a pobreza e a fragilidade do nosso planeta, bem como a convicção de que tudo está interligado no mundo. Faz severas críticas às formas de poder que derivam da tecnologia e do consumismo. E, ainda, convida todos a buscarem compreender a economia e o progresso. O Santo Padre demanda pelo respeito a todas as criaturas, além de mencionar “o sentido humano da ecologia, a necessidade de debates sinceros e honestos, a grave responsabilidade da política internacional e local, a cultura do descarte e a proposta de um novo estilo de vida”.¹⁸

Na encíclica papal, publicada no ano de 2015, declara ser o meio ambiente um bem coletivo, patrimônio de toda a humanidade e, por isso, uma responsabilidade de todos. E prossegue afirmando que, se não cuidarmos do nosso mundo, carregaremos “na consciência o peso de negar a existência dos outros”. Como podemos perceber, mais uma vez, o Santo Padre traz em seus ensinamentos a ideia do desenvolvimento sustentável, como forma de garantia a um bem-estar social às futuras gerações.¹⁹

Assim, depois de todas as considerações tecidas acima, entende-se que a solidariedade e a fraternidade devem ser colocadas em prática por todos os indivíduos, visando o bem comum – o meio ambiente. Nós, proprietários desse bem coletivo

¹⁶ PAPA FRANCISCO. *Carta Encíclica *Laudato Si'**. Sobre o cuidado com a casa comum. In: <http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_po.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

¹⁷ *Ibidem*, p. 11.

¹⁸ *Ibidem*, p.15.

¹⁹ *Ibidem*, p.75.

fundamental, deveríamos encarar a proteção da natureza como princípio básico em nossa formação social.

Da mesma forma, o indivíduo deveria ter acesso às informações acerca da degradação ambiental, e ter consciência de que, ao consumir determinado produto/serviço, de alguma forma está contribuindo para o esgotamento dos recursos naturais e, sempre que puder, colocar-se à par dos produtos e serviços que realmente seguem as diretrizes sustentáveis.

Ante todo o exposto, sabemos que muito caminho doutrinário ainda deverá ser trilhado sobre o tema *desenvolvimento sustentável*, para que, finalmente, possamos ter um conceito amplo e efetivo, em prol da natureza, a fim de que a expressão não continue sendo utilizada com teor banal, como vem ocorrendo nos últimos anos.

5 Considerações finais

O presente artigo teve por escopo o breve, mas não menos importante, estudo acerca do desenvolvimento sustentável, abordando, preliminarmente, um sucinto histórico da proteção ambiental e da inclusão da expressão *desenvolvimento sustentável* nas convenções e constituições pelo mundo.

Como visto, teve crucial importância e, ao mesmo tempo, de forma tardia, a divulgação mundial de temas como o próprio desenvolvimento sustentável, da preocupação com a camada de ozônio, as críticas ao desenvolvimentismo e ao consumismo maciço, a partir da década de 70.

Posteriormente, analisou-se o desenvolvimento sustentável em si, bem como a dissecção da expressão com o estudo dos termos *sustentável* e *desenvolvimento*. Constatou-se, em ambas conceituações e em suas teorias, que o importante é tratarmos do desenvolvimento sustentável como uma expressão ampla, que não decorra do mero crescimento econômico. Para isso, é importante termos em mente, juntamente com a referida expressão, as questões éticas, ambientais, políticas, econômicas, sociais, culturas, dentre outras, agregadas, visando um fim comum: a proteção do nosso planeta, para a nossa e às futuras gerações.

Em um terceiro momento, discutiu-se a banalização da expressão *desenvolvimento sustentável* pelo mundo capitalista em que vivemos. Por ilação, conclui-se que há, sim, o uso inadequado e até pernicioso da sustentabilidade em produtos, que, sequer, seguem parâmetros sustentáveis. E, isso, como dito, nada mais é do que a comprovação de que ainda vivemos em um mundo desenvolvimentista e consumista em extremo, em detrimento ao meio ambiente.

Finalmente, conclui-se pela prática social da fraternidade e da solidariedade, em prol do nosso planeta, e que, somente assim, garantiríamos condições dignas a todos os indivíduos e às gerações futuras.

Referências

- BARBOSA, José Aécio Alves et al. Breves considerações críticas sobre a sustentabilidade no cenário socioeconômico e comportamental na atualidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13990>. Acesso em: ago. 2015.
- CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FURTADO, Celso. Os desafios da nova geração. *Revista de Economia Política*, v. 24, n. 4, p. 96, out./dez. 2004.
- LEFF, Enrique. Reapropriação social da natureza. In: LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. de Lúcia Mathilde Endlic Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- NASCIMENTO, Luis Felipe Machado; et al. Ecologicamente correto para aliviar a consciência ou para mudar o mundo? Uma discussão sobre padrões de consumo. *Revista em Agronegócios e Meio Ambiente*, Maringá, PR, v. 7, n. 1, p. 173-194, jan./abr. 2014.
- MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. *O mito do desenvolvimento sustentável: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias*. 3. ed. rev. e atual. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2008.
- PAPA FRANCISCO. *Carta Encíclica Laudato Si'*: sobre o cuidado com a casa comum. In: <http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_po.pdf>. Acesso em: ago. 2015.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2014.
- VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

Mediação: uma alternativa legal para a participação da comunidade na construção de cidades resilientes

Susanna Schwantes*

Resumo: A ONU, através da Estratégia Internacional para Redução de Desastres das Nações Unidas (EIRD) lançou uma campanha denominada “Construindo Cidades Resilientes”, buscando convencer líderes e gestores públicos locais a comprometerem-se com o cumprimento dos “Dez Passos Essenciais Para Construir Cidades Resilientes”. No Brasil tal campanha teve adesão do Ministério da Integração Nacional, e hoje já somos considerados pela ONU País com o maior número de cidades resilientes, possuidores do Estatuto das Cidades desde 2001, legislação que se coaduna com os objetivos da campanha, e que foi aperfeiçoada através da Lei 12.608/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, criando o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil. O principal objetivo da campanha resiliente é a participação popular, decidindo e planejando sua cidade junto com as autoridades locais, tendo em conta suas capacidades e recursos, portanto nada mais viável do que utilizar o instituto da mediação, recentemente criado pela Lei 13.140/2015 e que entrará em vigor em 2016, para fortalecer a gestão participativa.

Palavras-chave: Cidades Resilientes. Estatuto das Cidades. Lei 13.140/2015. Mediação.

1 Introdução

O presente artigo tenta contribuir com a construção de instrumentos mais eficientes para deslindar os conflitos em que se veem envolvidos os entes públicos, notadamente aqueles que se referem a políticas públicas de concretização de cidades resilientes. Assim, será abordada a mediação extrajudicial perante a administração pública instituído pela Lei 13.140/2015, como uma forma de empoderamento da comunidade, para que possamos efetivamente ter uma gestão participativa como determinado nos objetivos do Estatuto das Cidades.

Em breve investigação, questiona-se o conceito de cidades resilientes, insculpido na legislação brasileira e sua origem na campanha da ONU de cidades resilientes, à qual o Brasil aderiu em 2011, através do Ministério da Integração Nacional e culminou com a criação da Lei 12.608/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, criando o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil.

O leitor perceberá que o artigo versa sobre uma questão pontual, será analisada a possibilidade de utilização de um dos meios consensuais para solução de controvérsias por entes públicos, ao privilegiar a construção e manutenção de um relacionamento pacífico e produtivo entre o Poder Público e seus cidadãos, para que tenhamos a concretização do objetivo estabelecido no Estatuto das Cidades, bem como na meta para que a cidade possa ser considerada uma cidade resiliente, segundo campanha da ONU.

2 Campanha cidades resilientes

* Advogada e professora. Mestranda em Direito Ambiental na Universidade de Caxias do Sul – UCS.

Mais da metade da população mundial vive hoje em cidades e centros urbanos, fazendo com que as concentrações urbanas determinem a rotina da sociedade do século XXI. Esses espaços servem como motores econômicos e centros de tecnologia e inovação de uma nação, e são exemplos de nosso patrimônio cultural.

As ameaças naturais deveriam constituir-se na principal preocupação de gestores públicos, pois os impactos desses eventos são cada vez mais caros. Desastres climáticos como inundações, enchentes, ciclones tropicais, secas, incêndios florestais e ondas de calor afetam hoje populações em todo o mundo. As mudanças climáticas têm-se acelerado e o derretimento de geleiras tem consequências graves.

Entretanto, as cidades também podem se transformar em elementos geradores de novos riscos: infraestrutura e serviços deficientes, degradação do ambiente urbano, aumento das ocupações irregulares, e quase um bilhão de moradores de favelas em todo o mundo. Isto faz com que muitos cidadãos sejam mais vulneráveis às ameaças naturais.

Diversas cidades densamente povoadas estão construídas em áreas sujeitas a terremotos, que, quando ocorrem, colapsam edifícios que são responsáveis pela maior parte das mortes. São prédios que não passaram por projetos de engenharia adequados, foram malconstruídos, ou mesmo não receberam manutenção periódica, fazendo com que não suportem a força de abalos sísmicos, e por isso sejam mais propensos ao colapso.

O crescimento de construções inadequadas, ou improvisadas, erguidas em encostas, penhascos ou nascentes de rios nos vales montanhosos, combinado à ausência de infraestrutura de proteção e drenagem, é sinônimo de mais e mais pessoas expostas aos riscos de deslizamentos provocados por chuvas, saturação do solo ou atividade sísmica.

Diversas áreas urbanas estão expostas a ciclones, ventos severos e fortes tempestades. Construções resistentes a vendavais, sistemas de alerta antecipado, orientações de segurança, ou planos de remoção são medidas básicas para a minimização de um desastre.

Inundações e enchentes são ameaças urbanas cada vez mais frequentes porque solos compactados e concretados não são capazes de absorver água. Também aumentam em consequência de obras de engenharia que desviam rios, e cidades que não desenvolvem sistemas de drenagem eficientes. Habitações instaladas em margens de rios ou próximas a deltas configuram-se construções perigosas.

Os grandes incêndios urbanos decorrem de explosões industriais ou terremotos. Pequenos incêndios acidentais são também um sério risco, especialmente em áreas de ocupação irregular. O risco de incêndios vem aumentando em função da densidade urbana, novos materiais de construção, grandes e altos edifícios, e uso concentrado e

irregular de instalações elétricas. Incêndios descontrolados alastram-se rapidamente e atingem grandes áreas urbanas.

Estiagem e seca são desastres de evolução crônica, causando a migração de populações para áreas urbanas, com conseqüente interferência em aspectos, como habitação, emprego, serviços essenciais e abastecimento de alimentos.

Todos estes fatores são mais agravados em países pobres, onde as autoridades locais permanecem incapazes de prover infraestrutura, serviços essenciais ou segurança. O que se vê são recursos locais mal-administrados, e gestores públicos que não se engajam em uma gestão participativa.

Assim, deixam de lado o planejamento urbano e espacial estratégico, que deveria focar nos cidadãos de baixa renda e em áreas de risco. Em situações como essa, as cidades não irão vencer o desafio da resiliência, aumentando a vulnerabilidade de boa parte de sua população.

Neste contexto, a Estratégia Internacional para Redução de Desastres das Nações Unidas EIRD lançou uma campanha denominada “Construindo Cidades Resilientes”, buscando convencer líderes e gestores públicos locais a comprometerem-se com o cumprimento dos “Dez Passos Essenciais Para Construir Cidades Resilientes” e trabalhar estes elementos de forma conjunta com os atores locais, as redes da sociedade civil e as autoridades nacionais, gerando assim uma governança adequada de atuação local e conseqüentemente o aumento da resiliência.

Para tanto inicialmente será necessário verificar o conceito de resiliência: “Resiliência significa a habilidade de um sistema, comunidade ou sociedade exposta a riscos de resistir, absorver, acomodar-se, e reconstruir-se diante dos efeitos de um desastre em tempo e modo adequados, incluindo a preservação e restauração de suas estruturas e funções essenciais”.¹

Destaca-se que as ameaças naturais sempre irão ocorrer em diferentes magnitudes e severidade, mas não precisam causar devastação, portanto é imprescindível que tenhamos uma gestão que tenha consciência e haja planejamento para minimizar as possíveis ocorrências. Nesse sentido a EIRD destaca o que é considerado uma cidade resiliente, senão vejamos:

- É onde a população participa, decide e planeja sua cidade junto com as autoridades locais, tendo em conta suas capacidades e recursos.
- Possui um administrador público competente e responsável que garante uma urbanização sustentável com a participação de todos os grupos populares.

¹ United Nations International Strategy for Disaster Reduction (UNISDR) (2009), UNISDR Terminology on Disaster Risk Reduction, UNISDR, Geneva.

- É onde muitos desastres são evitados em função de que toda sua população vive em residências e bairros providos de infraestrutura adequada (abastecimento de água, saneamento básico, eletricidade, drenagem e estradas em boas condições) e serviços básicos (escolas, coleta de lixo, serviços de emergência). Suas estruturas atendem os padrões de construção e não geram a necessidade de ocupação desordenada em áreas de encosta, ou sujeitas à inundação.

- Entende seus riscos e desenvolve um forte trabalho de educação, com base nas ameaças e vulnerabilidades a que seus cidadãos estão expostos.

- Toma medidas de prevenção e preparação a desastres com o objetivo de proteger seus bens – pessoas, residências, mobiliários, herança cultural e capital econômico – e está preparada para minimizar perdas físicas e sociais decorrentes de eventos climáticos extremos.

- Realiza investimentos necessários em redução de riscos e é capaz de se organizar antes, durante e depois de um desastre.

- Está apta a restabelecer rapidamente seus serviços básicos, bem como retomar sua atividade social, institucional e econômica depois de um desastre.

- Entende que as mudanças climáticas também devem ser consideradas em seu planejamento urbano.²

2.1 O Brasil e a Campanha de Cidades Resilientes

No Brasil, a iniciativa da campanha promovida pela ONU, através da Estratégia Internacional para Redução de Desastres das Nações Unidas (EIRD), foi lançada em 2011 pelo Ministério da Integração Nacional, durante a 7ª Semana Nacional de Redução de Desastres; a Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil (Sedec) lançou no Brasil a campanha “Construindo Cidades Resilientes: Minha Cidade está se Preparando”.³

Com 282 municípios participantes, o Brasil é hoje o país com maior representação na campanha “Cidades Resilientes”, da Organização das Nações Unidas (ONU).⁴ A atual edição da revista canadense *Corporate Knights*,⁵ que traz sempre artigos com um enfoque original sobre sustentabilidade corporativa, traz um artigo sobre as dez cidades mais resilientes do mundo. Neste ranking, a cidade de Curitiba foi a única brasileira a aparecer. Pesou na escolha do empresário e escritor Boyd Cohen (que juntamente com um dos papas da sustentabilidade, Hunter Lovins, escreveu o livro *Climate capitalism*)

² Disponível em: <<http://www.unisdr.org/campaign/resilientcities/>>. Acesso em: 9 out. 2015.

³ Disponível em: <<http://www.mi.gov.br/web/guest/cidades-resilientes>>. Acesso em: 9 out. 2015.

⁴ Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/brasil-possui-maior-numero-de-cidades-resilientes-no-mundo/>>. Acesso em: 17 set. 2015.

⁵ Disponível em: <<http://colunas.revistaepocanegocios.globo.com/empresaverde/2011/09/22/as-10-cidades-mais-resilientes-do-planeta/>>. Acesso em: 17 set. 2015.

o fato de os governantes da cidade terem dado os primeiros passos na direção de uma urbanização verde há cerca de 40 anos.

No Estado de Santa Catarina, 11(onze) cidades⁶ são participantes da campanha (Araranguá, Blumenau, Criciúma, Florianópolis, Itajaí, Jaraguá do Sul, Joinville, Lages, Ponte Alta, Rio do Sul e Tubarão), sendo que, no Rio Grande do Sul, somente Porto Alegre iniciou o seu processo de participação em 2015.⁷

O Brasil já possui desde 2001 o chamado Estatuto das Cidades, regido pela Lei 10.257/2001, que possui um amplo leque de objetivos arrolados no art. 2º e que se enquadram perfeitamente com os objetivos da Campanha Cidades Resilientes, promovida pelo ONU.⁸ Dentre as mudanças ocorridas foi a criação da Lei 12.608/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), criando o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil – (SINPDEC) e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil (CONPDEC), autorizando a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres, alterando assim o Estatuto das Cidades, bem como a recentíssima Lei das Metrôpoles, Lei 13.089/2015, que também modificou a Lei do Estatuto das Cidades, todas em face das mudanças necessárias, visualizadas a partir da Campanha Cidades Resilientes.

Já podemos verificar na prática mudanças trazidas pelas legislações aplicáveis aos objetivos do conceito de cidades resilientes, pois em apenas sete meses, no ano de 2015, o número de desastres naturais registrados no Brasil⁹ já se aproxima da média histórica de 1.416 ocorrências anuais, desde que a série foi iniciada, em 2003.

Só até a segunda-feira, 27 de julho, 1.206 cidades já haviam tido estado de calamidade ou emergência reconhecido pelo governo federal – critério utilizado pelo Ministério da Integração Nacional, criado pela Lei 12.608/2012, para considerar como desastres os estragos ocorridos por fenômenos naturais, como chuva e seca.

A diferença é sutil entre os estados de emergência, que causam danos considerados superáveis, e de calamidade, que produz riscos inclusive à vida dos moradores. Reconhecidos pelo Ministério da Integração Nacional, ambos permitem

⁶ Disponível em: <<http://www.defesacivil.sc.gov.br/index.php/municipios/cidades-resilientes.html>>. Acesso em: 17 set. 2015.

⁷ Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/porto-alegre/noticia/2015/06/porto-alegre-vai-aderir-a-campanha-de-cidades-resilientes-da-onu-4776675.html>>. Acesso em: 17 set. 2015.

⁸ – garantia do direito a cidades sustentáveis, 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 lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, na formulação, execução e no acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

⁹ Disponível em: <<http://www.destakjornal.com.br/noticias/brasil/1-em-cada-5-cidades-ja-sofreu-desastres-naturais-em-2015-276139/>>. Acesso em: 9 out. 2015

repasses emergenciais de dinheiro do governo federal para socorro imediato e obras de reconstrução, sem necessidade de abrir processo de licitação. A maior parte das cidades que sofreram desastres foi afetada por secas e estiagens, que, neste ano, além do Nordeste, incluíram principalmente o Sudeste, afetado pela queda no nível dos reservatórios dos sistemas Cantareira (SP) e do rio Paraíba do Sul (SP/RJ). Já a Amazônia e o Sul vêm sofrendo com fortes chuvas. “A frequência de eventos climáticos extremos aumenta no mundo todo”, disse, à Folha de S.Paulo, o físico Paulo Artaxo, para quem o Brasil precisa se preparar para tragédias, como a da Região Serrana do Rio, em 2011.¹⁰

3 Medição uma alternativa dispost\ na Lei 13.140/2015

O primeiro objetivo citado pela campanha da ONU, para que possa ter uma cidade considerada resiliente é onde a população participa, decide e planeja sua cidade junto com as autoridades locais, tendo em conta suas capacidades e recursos, portanto nada mais viável do que utilizar o instituto da mediação, recentemente criado pela Lei 13.140/2015 e que entrará em vigor em 2016.

O novo marco legal trouxe a possibilidade da mediação extrajudicial entre particulares, bem como também no âmbito da administração pública,¹¹ inclusive sobre direitos indisponíveis¹² que admitam transação. Há também, conforme a lei, a possibilidade de que contratos privados tenham cláusula de mediação como opção prévia à abertura de processo.¹³ Dispôs o marco legal os princípios norteadores de qualquer tipo de mediação, quais sejam: imparcialidade do mediador, isonomia das partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso; confidencialidade e boa-fé.¹⁴

Neste contexto podemos deduzir que a mediação que passa a ser possível de ser utilizada de forma extrajudicial, inclusive perante a administração pública, pode incluir demandas coletivas, uma preocupação constante dos juristas para encontrar novos instrumentos capazes de solucionar os conflitos, em função do número expressivo ou

¹⁰ Disponível em: <<http://www.mi.gov.br/web/guest/cidades-resilientes>>. Acesso em: 9 out. 2015.

¹¹ Art. 1º da Lei 13.140/2015: Esta lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹² Art. 3º da Lei 13.140/2015: Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹³ Art. Art. 2º, § 1 da Lei 13.140/2015: Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹⁴ Art. 2º da Lei 13.140/2015.

até indeterminado de sujeitos, ou mesmo em face da indivisibilidade do objeto de litígio.¹⁵

A mediação está inserida na forma de autocomposição de conflitos, com o auxílio de um terceiro que nada decide, mas apenas auxilia as partes na busca de uma solução. O mediador fica no meio, não está de um lado nem de outro; busca soluções, que podem mesmo não estar delimitadas pelo conflito, que podem ser criadas pelas partes, sendo um processo do coração,¹⁶ razão pela qual é necessária a busca de acordos interiores.

A mediação trabalha com o poder emancipatório, que existe em todo sistema jurídico, como fator mais importante do que o poder normativo. Uma sociedade para ser justa precisa, sem dúvida de um mínimo de leis, porém precisa da indispensável internacionalização subjetiva dos valores éticos e morais. Os romanos já afirmavam que “nem tudo que é lícito é honesto”. O positivismo acabou com o reestabelecimento que se busca na atualidade, como demonstra um recente estudo produzido por Morin, pensador francês, afirmando sobre a necessidade da ética:

A Humanidade deixou de constituir uma noção abstrata: é realidade vital, pois está, doravante, pela primeira vez ameaçada de morte, a Humanidade deixou de constituir uma noção somente ideal, tornou-se uma comunidade de vida; a Humanidade é, daqui em diante, sobretudo uma noção ética: é o que deve ser realizado por todos e cada um.¹⁷

A mediação é um novo paradigma para resolver conflitos, considerando que o conflito é também uma oportunidade de crescimento e desenvolvimento.¹⁸

Como o bambu que se dobra, mas não quebra tão facilmente, a mediação é eficaz exatamente por que não utiliza a força, a coação e sim o amor, do interior da mente humana.

Afirma Souza que a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos, envolvendo entes públicos, pode ser encarada como uma inclusão do “outro”, do cidadão, o “dominado”, aquele que é tradicionalmente visto como objeto, mas não como sujeito das decisões estatais, no processo decisório público.¹⁹

Não existe no Brasil, até o momento, qualquer proposta de utilização da mediação para resolver os conflitos que envolvem direitos dependentes de políticas públicas. O mais perto que chegamos disso – e aí não apenas no plano teórico, mas legislativo e

¹⁵ Marin, Jeferson Dytz. Jurisdição e coisa julgada. In: SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *A tutela do bem ambiental nos processos coletivos e em suas propostas de codificação: breves considerações acerca da coisa julgada*. Curitiba: Juruá. 2013. p. 125. v. IV.

¹⁶ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis, Habitus, 2001. p. 50.

¹⁷ Idem.

¹⁸ MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2000. p. 114.

¹⁹ SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 36.

prático – diz respeito à possibilidade de celebração de termos de ajustamento de condutas entre o Poder Público ou o Ministério Público e aqueles que lesaram direitos coletivos, previstos na Lei de Ação Civil Pública.

O instituto da mediação já vem sendo utilizado no Brasil desde a edição da Resolução 125/2010, que estabeleceu como política pública meios adequados ou amigáveis de solução de conflitos, retirando do juiz-Estado, a obrigatoriedade de solução, através da sentença das demandas processadas no Poder Judiciário. Assim, a Resolução estabeleceu a possibilidade de solução do conflito perante o Poder Judiciário, porém através de auxiliares denominados de mediadores, cujas regras para formação e princípios estão inseridos em seu anexo. Com esta Resolução, é possível buscar o Poder Judiciário mesmo sem a necessidade de existência de ação, denominando-se de pré-processual, ou em com a ação judicial em curso, em qualquer fase, antes mesmo da citação, ou mesmo após o trânsito em julgado, já na fase de cumprimento de sentença, todas porém necessitando de homologação do juiz-Estado.

Não resta dúvida de que, com a criação da Lei 13.140/2015, está sendo plantada a semente para que possamos, efetivamente, na prática, utilizar a mediação de forma extrajudicial com a participação da administração pública, e sem a menor dúvida será um ótimo instrumento para a construção de cidades resilientes.

4 Considerações finais

Se o escopo é debater um meio compartilhado de administrar e resolver conflitos com a participação da comunidade, surge uma hipótese plausível, forte e bem-articulada, pois é destinada a criar e fortalecer laços entre indivíduos, resolvendo e/ou prevenindo conflitos; portanto, o instituto da mediação, através do mediador comunitário que é uma pessoa independente cujo objetivo é levar à comunidade o sentimento de inclusão social, por meio da possibilidade de solução de conflitos pela própria comunidade.

A mediação é uma alternativa que harmoniza o disposto como objetivo no Estatuto das Cidades, quando determina: “gestão democrática por meio da **participação da população** e de **associações representativas dos vários segmentos da comunidade** na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano e **cooperação** entre os **governos, a iniciativa privada** e os **demais setores da sociedade** no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social”; (grifo nosso) e o disposto na Lei 13.140/2015 que institui a mediação perante a administração pública, de forma extrajudicial sem a participação do Ministério Público, quando envolver direitos disponíveis e com a participação do Ministério Público,

quando envolver direitos disponíveis. Assim visualiza-se que o ordenamento jurídico brasileiro está provido de institutos eficazes, para que possamos de forma participativa construir cidades cada vez mais resilientes.

Referências

Obras

FIORIOLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado: Lei n. 10.257/2001: Lei do meio ambiente artificial*/Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Renata Marques Ferreira. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARIN, Jeferson Dytz. Jurisdição e coisa julgada. In: SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *A tutela do bem ambiental nos processos coletivos e em suas propostas de codificação: breves considerações acerca da coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2013. v. IV.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2000.

PESQUEIRA, Jorge. *La ciencia de la mediación*. México: Asid Masc, 2015.

RECH, Adir Ubaldo; Rech Adivandro. *Direito Urbanístico*. Caxias do Sul: EducS, 2015.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Ed. da Unijuí, 2012.

UNITED Nations International Strategy for Disaster Reduction (UNISDR) (2009), UNISDR Terminology on Disaster Risk Reduction, UNISDR, Geneva.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

Legislação e normas

BRASIL. Lei 10.257/2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 9 out. 2015.

BRASIL. Lei 12.608/2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm>. Acesso em: 9 out. 2015.

BRASIL. Lei 13.140/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

Documentos

Disponível em: <<http://www.unisdr.org/campaign/resilientcities/>>. Acesso em: 9 out. 2015.

Disponível em: <<http://www.mi.gov.br/web/guest/cidades-resilientes>>. Acesso em: 9 out. 2015.

Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/brasil-possui-maior-numero-de-cidades-resilientes-no-mundo>>. Acesso em: 17/ set. 2015.

Disponível em: <<http://colunas.revistaepocanegocios.globo.com/empresaverde/2011/09/22/as-10-cidades-mais-resilientes-do-planeta/>>. Acesso em: 17 set. 2015.

Disponível em: <<http://www.defesacivil.sc.gov.br/index.php/municipios/cidades-resilientes.html>>.
Acesso em: 17 set. 2015.

Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/porto-alegre/noticia/2015/06/porto-alegre-vai-aderir-a-campanha-de-cidades-resilientes-da-onu-4776675.html>>. Acesso em: 17 set. 2015.

Disponível em: <<http://www.destakjornal.com.br/noticias/brasil/1-em-cada-5-cidades-ja-sofreu-desastres-naturais-em-2015-276139/>>. Acesso em: 9 out. 2015.

O âmbito de proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à luz do dano ambiental

Nelson Gularte Ramos Neto*

Resumo: A constitucionalização do meio ambiente sem densidade normativa, que permita saber exatamente o que é objeto de proteção, impõe um estudo mais detido, a fim de verificar a parcela da realidade que é tutelada pela norma constitucional. A isso se soma o fato de a Constituição agregar ao conceito de meio ambiente, ainda indeterminado, a qualidade do equilíbrio ecológico, o que torna necessária uma abordagem interdisciplinar. As noções de meio ambiente e de bem ambiental, embora relevantes, são insuficientes para determinar o âmbito de proteção do referido direito fundamental. Para isso, mostra-se adequado utilizar o conceito de dano ambiental, associado a uma análise técnica, para a correta aplicação da Lei Maior e adequada proteção do meio ambiente.

Palavras-chave: Meio ambiente. Direito fundamental. Âmbito de proteção. Dano ambiental.

1 Introdução

O cenário atual do Direito Ambiental no Brasil permite dizer que configura um verdadeiro truísmo ressaltar que o art. 225 da Constituição da República consagra um direito fundamental.¹ Isso porque o entendimento doutrinário e jurisprudencial nesse sentido assume um caráter uníssono, ainda que o referido dispositivo se encontre fora do Título II da Lei Maior. Nada obstante, o interesse sobre a cláusula do direito fundamental não se encerra nesta constatação. É o fato de se cuidar de norma subtraída da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos e inserida nos limites materiais de reforma constitucional, que dá lugar, ou melhor, que exige maior cuidado interpretativo, no que diz respeito ao âmbito de proteção da norma jusfundamental.

Neste trabalho, parte-se do pressuposto de que a ausência de definição ou conceituação acarreta um esvaziamento do conteúdo do direito fundamental, haja vista que simplesmente enunciar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pouco diz sobre a parcela da realidade que é tutelada por norma de tamanha importância para a vida em sociedade. Adverte Piva que “se não quisermos errar, por escolher o caminho do ufanismo ambiental jurídico ou por andar pela via oposta do ceticismo conservador, o ingresso no tema [...] deverá ser precedido de algumas reflexões simples, mas fundamentais”.²

Enfim, interpretar é preciso. O que é, então, objeto de proteção pela Constituição? Sem intenção de esgotar o tema, até porque a matéria ambiental não permite a pretensão

* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul.

¹ CANOTILHO, J. J. G. et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2078.

² PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 109.

definitiva em virtude da dinamicidade das ações humanas e da constante evolução científica, o objetivo do presente artigo é trazer parâmetros mais concretos para a adequada compreensão do direito fundamental ao equilíbrio ecológico ambiental.

Entende-se que trabalhar com conceitos claros facilita a definição das obrigações da sociedade e do Poder Público, bem como a imputação de responsabilidades. Além disso, identificar o âmbito de proteção evita uma atuação arbitrária, na aplicação das normas constitucionais.

Para tanto, serão utilizadas as definições jurídicas de dano ambiental e bem ambiental em contraposição a conceitos oriundos da ecologia, como ecossistema, meio ambiente e equilíbrio ecológico, com o objetivo final de apresentar uma proposta constitucionalmente adequada da situação tutelada pelo constituinte no art. 225 da CF.

2 Meio ambiente

De início, vale lembrar que a noção de meio ambiente, que ora se busca, está vinculada à necessidade de definição do âmbito de proteção do direito consagrado na Constituição. Veja-se que Leite anota, preliminarmente, que “a noção genérica de meio ambiente pode ser construída a partir de diversas perspectivas teóricas e de escalas, considerando-se a opção escolhida de especificação científica”.³

A normativa constitucional não conceitua o que é meio ambiente. Porém, o constituinte dá um rumo a ser seguido pelo intérprete, haja vista que qualifica o ambiente ao ligá-lo ao equilíbrio ecológico e à função de assegurar uma sadia qualidade de vida. Antes de se partir para uma definição mais palpável, adota-se novamente a lição de Leite, que ressalta não ser “possível conceituar o meio ambiente fora de uma visão de cunho antropocêntrico, pois sua proteção jurídica depende de uma ação humana”.⁴ Assim, o atual estágio da sociedade impõe a regulamentação jurídica de questões fundamentais para o desenvolvimento humano e para a vida social, ainda que não sejam matérias tradicionalmente afetas ao direito, sendo que, no caso, partiu-se de um antropocentrismo alargado, que propõe a defesa ambiental não somente para aproveitamento humano, mas também por se reconhecer um valor intrínseco na preservação do ambiente em razão da manutenção de sua capacidade funcional.⁵

Não nos olvidemos, entretanto, de buscar um conceito de meio ambiente. Se é verdade que a Lei Maior não cuidou disso, o legislador infraconstitucional preocupou-se com o assunto. A lei da Política Nacional do Meio Ambiente, ao longo do art. 3º, prevê

³ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 71.

⁴ *Ibidem*, p. 71-72.

⁵ *Ibidem*, p. 76.

diversas definições necessárias para a boa aplicação da legislação ambiental. Assim, entende-se por “meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. A amplitude do conceito fica destacada quando se observa o conteúdo do inciso V, uma vez que não se confunde o meio ambiente com a noção mais restrita de recursos ambientais ou naturais. Isso porque o referido dispositivo reza que recursos ambientais são “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”.

Contudo, a previsão legislativa dá margem a uma indagação importante. Tendo em vista que a norma foi editada na vigência da Emenda Constitucional 01/69, que não trazia regulamentação sobre o meio ambiente, muito menos um direito fundamental ao equilíbrio ecológico ambiental, impende verificar se as previsões do art. 3º, da Lei 6.938/81, são compatíveis com a Constituição de 1988. A maneira pela qual está redigido o direito fundamental permite concluir que a lei foi recepcionada pela Constituição Federal nesse ponto, pois uma definição ampla de meio ambiente, antes de afrontar a Lei Maior, corrobora a maior proteção ambiental, até porque a utilização da noção restrita que focalize somente os recursos naturais corre o risco de deixar de fora aspectos fundamentais para a sadia qualidade de vida, pois “despreza tudo o que não se relaciona com os recursos naturais”.⁶ Nesse sentido é a lição de Silva:

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza, o artificial e original, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.⁷

Também é valiosa a contribuição de Gavião Filho, haja vista que, a par de uma ideia totalizante do meio ambiente, é importante a visão transdisciplinar e finalística, a fim de se alcançar o objetivo do direito subjetivo constitucional. Veja-se:

[...] deve-se pressupor uma “noção intermediária” do meio ambiente, consistente em deduzir o conteúdo do ambiente a partir da conformação que lhe der a ordem constitucional e os fundamentos da ecologia, ou seja, o ambiente natural – água, ar, solo, flora e fauna – deve ser considerado em sua relação com a vida humana. Assim, a proteção do ambiente consiste na manutenção das propriedades do solo, do ar, e da água, assim como da fauna e da flora e das condições de desenvolvimento

⁶ LEITE, op. cit., p. 79.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

dessas espécies, de tal forma que o sistema ecológico se mantenha em seus sistemas subordinados e não sofra alterações prejudiciais.⁸

Constata-se uma afinação da Lei da PNMA com a liberdade de conformação do legislador. Apesar disso, é evidente a insuficiência do seu art. 3º para estabelecer um sentido para o direito fundamental, pois o direito não é ao meio ambiente, mas ao equilíbrio ecológico ambiental, motivo que impõe uma análise de outras abordagens que auxiliam a obtenção de um âmbito de proteção mais claro.

3 Bem ambiental

A tutela constitucional da questão ambiental, nos termos em que foi posta pela Constituição vigente, faz com que parte da doutrina enquadre o meio ambiente como espécie de bem jurídico.⁹ Fácil entender a linha de raciocínio, uma vez que o constituinte considera o equilíbrio ecológico ambiental fator essencial à sadia qualidade de vida, o que permite identificá-lo como valor, ou seja, algo importante e, no ponto, insubstituível para se alcançar o objetivo colimado pela norma. Ainda, é a própria Constituição que se vale do termo *bem* para conceituar o meio ambiente.

Em seguida, Piva conceitua o bem ambiental como um “valor difuso e imaterial, que serve de objeto mediato a relações jurídicas de natureza ambiental”.¹⁰ A ideia, embora adequada, está longe de servir para o objetivo deste trabalho, por ser muito abstrata e genérica, enquanto se busca a maior concretude possível. Mas o autor supracitado não olvida que o conceito do bem é inacabado, e merece ser constantemente reavaliado pela sociedade. O grande mérito de sua contribuição é separar as categorias do bem ambiental, que seria o direito ao equilíbrio ecológico ambiental para a sadia qualidade de vida, das noções de meio ambiente e recursos naturais.¹¹ Aquele, então, como direito, é imaterial. Estes, de outro lado, dependem de elementos materiais que lhes deem significado.

Não é difícil notar que o bem ambiental não esgota, reitera-se, o que se pretende saber a partir desta investigação. Ao contrário, a noção do bem ambiental parece tornar imprescindível a correta definição de meio ambiente e recursos naturais, além de outras expressões previstas na Constituição, para que se consiga saber o que é que o constituinte está dizendo. Ainda sobre o bem ambiental como direito, é oportuno transcrever a lição de Silva:

⁸ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 57.

⁹ PIVA, op. cit., p. 98.

¹⁰ *Ibidem*, p. 152.

¹¹ *Ibidem*, p. 153.

Veja-se que o objeto do direito de todos não é o meio ambiente em si, não é qualquer meio ambiente. O que é objeto do direito é o meio ambiente qualificado, o direito que todos temos é à qualidade satisfatória, o equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se converteu num bem jurídico. A isso é que a Constituição define como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.¹²

Sendo o bem ambiental equivalente ao direito a um ambiente que proporcione vida com qualidade, o que se faz necessário para a fruição desse direito?

4 Dano ambiental

A questão acima pode encontrar uma resposta melhor quando formulada *a contrario sensu*. Assim, em vez de se perguntar o que caracteriza a qualidade de vida no meio ambiente ecologicamente equilibrado, pode-se indagar quais os fatos ou acontecimentos que podem ferir o Direito Fundamental objeto deste trabalho. Em princípio, a caracterização do dano ambiental pode servir para identificar o âmbito de proteção da norma jusfundamental, razão pela qual se passa a abordar o estado da arte no que tange à definição do dano.

Tradicionalmente, costuma-se chamar de dano ou prejuízo “a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.¹³ Mesmo que a temática ambiental provoque alterações legítimas na responsabilidade civil, mormente no que diz respeito à preferência pela responsabilidade objetiva e à insuficiência das teorias explicativas do nexo de causalidade,¹⁴ bem como na dificuldade de identificar os lesados pelo prejuízo causado ao meio ambiente, certo é que a existência de dano permanece firme como pressuposto da obrigação de indenizar. Isso porque, se não existe prejuízo não há o que reparar ou compensar.¹⁵ Não se desconhece a existência de posicionamento contrário,¹⁶ mas, ainda que seja imprescindível a tutela preventiva, que é até mais relevante do que a tutela reparatória, parte-se da premissa de que responsabilizar alguém significa imputar-lhe um dever de reparação ou indenização em decorrência da lesão de um interesse

¹² SILVA, op. cit., p. 54.

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 78.

¹⁴ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. O princípio de precaução como critério de avaliação de processos decisórios e políticas públicas ambientais. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, Caxias do Sul, n. 5, ano 2, p. 27-42, maio/ago. 2013.

¹⁵ Nesse sentido, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 70.

¹⁶ BAHIA, Carolina Medeiros. *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade ambiental*. 2012. 377 p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

protegido pelo direito. Ora, sendo o dano essa lesão, não há, repita-se, responsabilidade sem dano. As tutelas inibitórias ou preventivas buscam que não seja necessário ingressar na seara da responsabilidade civil, motivo que leva a entender que o estudo do dano é relevante para se saber qual é o equilíbrio ecológico ambiental tutelado pelo constituinte.

É importante salientar que a análise de dano agora é feita com os olhos na ideia de meio ambiente destacada em momento anterior. Nesse ponto, a Lei 6.938/81 também auxilia a tarefa do intérprete. Embora não defina dano ao meio ambiente, a norma traz os seguintes conceitos de degradação ambiental e poluição:

- II – degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;
- III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
 - a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
 - b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
 - c) afetem desfavoravelmente a biota;
 - d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
 - e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Sobre a poluição, uma das contribuições da ecologia consiste em identificar duas espécies, de acordo com os poluentes: quanto aos não degradáveis, a solução é proibir a sua liberação no ambiente, o que se pode conseguir mediante a substituição por elementos degradáveis, evitando-se, pois, a sua produção. Já os poluentes biodegradáveis se tornam um problema quando ultrapassam as possibilidades de dispersão ou decomposição, motivo pelo qual impera a identificação e o respeito dos referidos limites.¹⁷

A esse respeito, anota Leite que a “degradação ambiental é a alteração adversa ao equilíbrio ecológico”,¹⁸ além de ser necessário vincular a degradação – mais ampla – com a poluição, haja vista a opção do legislador ao tratar os conceitos de maneira associada. Posteriormente, o autor ingada qual a intensidade do dano ambiental que pode gerar a obrigação de indenizar, pois fica claro, a partir da leitura dos dispositivos constitucionais e legais, que “não é possível asseverar que qualquer ato de degradação provoque obrigação de reparar, considerando que quase toda ação humana pode, em tese, provocar deterioração ao meio”.¹⁹ O que se quer dizer é que a gravidade da lesão é requisito fundamental para a configuração do dano ambiental:

¹⁷ ODUM, Eugène Pleasants. *Fundamentos de ecologia*. Trad. de Antônio Manuel de Azevedo Gomes. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 689.

¹⁸ LEITE, op. cit., p. 101.

¹⁹ *Ibidem*, p. 103.

Há, assim, que se avaliar quando se faz surgir a quebra de equilíbrio da qualidade ambiental, quer na capacidade atinente ao ecossistema, quer na sua capacidade de aproveitamento ao homem e a sua qualidade de vida, isto é, o exame da gravidade do dano ambiental é elemento necessário para a reparação. Portanto, no exame de caso por caso, e alicerçados em perícias quando necessário, é que se deve apreciar o limite da tolerabilidade aceitável, para que, na ocorrência da intolerabilidade, venha surgir a imputação do agente que praticou a lesão.²⁰

Não há responsabilidade sem dano, e não há dano sem lesão grave e intolerável ao equilíbrio ecológico. O que é, então, um prejuízo grave ao ambiente que ultrapassa o limite de tolerabilidade?

4.1 Os limites de tolerabilidade e o dano ambiental

Em primeiro lugar, há que se resolver uma questão conceitual. Antes de falar em limite, deve-se cuidar de distinguir a alteração do equilíbrio ecológico do dano ambiental, uma vez que “não é toda agressão que causa prejuízo. Por exemplo, as mutações espontâneas da natureza não podem ser consideradas, de per si, objeto de reparação do dano”.²¹ Para efeito deste trabalho, considera-se como dano ambiental o prejuízo intolerável do equilíbrio ecológico que diminui a capacidade funcional do ecossistema ou a possibilidade de aproveitamento do meio ambiente para a sadia qualidade de vida. Talvez, em face dessa posição, seja possível reformular a questão proposta por Morato Leite: em vez de se perguntar “qual a intensidade do dano ambiental capaz de redundar na obrigação de reparar?”,²² pode-se questionar: Qual a alteração adversa da qualidade do meio ambiente que, em face de sua intolerabilidade, configura um dano ambiental?

Para responder à pergunta, vale iniciar com a afirmação no sentido de que o “limite de tolerabilidade está longe de consagrar um direito de degradação”. Pelo contrário, o objetivo de identificar a intolerabilidade parte da constatação de que existem agressões naturais, ainda que provocadas por ação humana, que não implicam obrigação de retorno ao *statu quo ante*, pois não acarretam um prejuízo intolerável ao meio ambiente. Nem toda alteração do equilíbrio ecológico é considerada um dano ambiental, pois só “há dano ambiental quando, ultrapassados os limites de segurança, redunde em perda de equilíbrio”.²³

4.2 Ecossistema, equilíbrio ecológico e proteção ambiental

²⁰ Ibidem, p. 104.

²¹ Ibidem, p. 189.

²² Ibidem, p. 103.

²³ Ibidem, p. 190.

“Toda a existência do homem está sendo ameaçada pela sua abismal ignorância sobre aquilo que faz com que um ecossistema se mantenha equilibrado”.²⁴ A advertência de Odum justifica a necessidade de que a interpretação da norma jurídica leve em conta o conhecimento científico de outras áreas para a adequada proteção do meio ambiente. Por isso é que se buscam noções de equilíbrio e ecossistema, tanto na literatura jurídica como na ecologia, para analisar a sua relação com o dano ambiental e a definição do conteúdo do direito fundamental objeto de estudo. Inicialmente, constata-se que o emprego do termo *equilíbrio* é pouco valorizado, tendo até mesmo o seu significado diluído no equilíbrio populacional.²⁵ Ainda assim, sua compreensão é relevante porque a constante mudança das propriedades da natureza, em decorrência das interações entre os recursos naturais e o ser humano, nada tem, por si só, de lesiva à manutenção da qualidade ambiental, razão pela qual ainda parece mais relevante se falar em “alteração adversa” da qualidade do meio ambiente do que em perda de equilíbrio. A esse respeito, pode-se citar a posição de Leite:

De um lado, meio ambiente pode ter uma conotação de bens naturais e proteção destes bens, mais relacionado com o ecossistema. Sendim, ao explicar os objetivos imediatos, ligados essencialmente aos recursos naturais e ao equilíbrio ecológico, assevera: “Assim, ao proteger tal estado de equilíbrio, visa-se, essencialmente, a tutelar o interesse público na conservação da integridade ecológica do bem natural e do sistema em que este se insere”. Observe-se que o equilíbrio ecológico citado é dinâmico, pois a natureza está em constante transformação.²⁶

No mesmo sentido, há quem veja o desequilíbrio como algo natural. Desse ponto de vista, pode-se mesmo acreditar que a busca pelo equilíbrio é algo que jamais poderá – nem mesmo deveria – ser alcançado; de outro lado, ainda é relevante identificar o desequilíbrio ameaçador ou prejudicial à qualidade ambiental.

Mesmo o conceito de equilíbrio (ecológico) deve ser repensado, pois uma situação entrópica é um estado em equilíbrio a partir do qual nada mais poderá ser criado. Talvez fosse mais relevante falar em biodiversidade. Agir ecologicamente é lutar para mantê-la. O desequilíbrio só é ameaçador quando pode levar a um estado de hegemonização, isto é, de um novo estado de equilíbrio pela total desordem, o que significa, também, uma nova ordem.²⁷

²⁴ ODUM, op. cit., p. 27.

²⁵ NEBEL, B. J.; WRIGHT, R. T. *Ciencias ambientales: ecología y desarrollo sostenible*. 6. ed. México: Prentice Hall, 1999. p. 82.

²⁶ LEITE, op. cit., p. 81.

²⁷ BAGGIO, A.; SCHEFFER-BASSO, S. M.; JACQUES, A.V. A. A estética do ecossistema: reeducando o antropocentrismo. *Rev. Ecossistema*, v. 27, n. 12, jan./dez. 2002.

Nada obstante, vale ressaltar que convive com as posições acima uma linha de pensamento que, mesmo sem clarear o significado do equilíbrio, identifica a sua utilidade na retomada de preceitos ecológicos, que podem definir a qualidade do meio ambiente. Mesmo ao tratar da função socioambiental da propriedade e sua regulamentação pelo Código Civil, expressa-se nesse sentido Miragem:

A concepção de equilíbrio ecológico, assim, remete a uma exigência qualitativa, de que não é bastante para o respeito aos limites do exercício da propriedade a manutenção de qualquer equilíbrio, senão daquele em conformidade com os preceitos ecológicos. Tal qualificação remete à noção de coexistência saudável e apta à preservação da vida [...].²⁸

Assim, é fundamental a fuga momentânea da literatura jurídica, para a total compreensão do tema, o que deve se tornar rotina no estudo do Direito Ambiental, à vista de seu caráter interdisciplinar.

Nas lições de ecologia, inicia-se a contribuição para este estudo com a definição ampla de ecossistema, cuja função é “dar realce às relações obrigatórias, à interdependência e às relações causais, isto é, à junção de componenetes para formar unidades funcionais”.²⁹ Portanto, pode-se adotar o seguinte conceito:

Qualquer unidade que inclua a totalidade dos organismos (isto é, a “comunidade”) de uma área determinada interagindo com o ambiente físico por forma a que uma corrente de energia conduza a uma estrutura trófica, a uma diversidade biótica e a ciclos de materiais (isto é, troca de materiais entre as partes vivas e não vivas) claramente definidos dentro do sistema é um sistema ecológico ou um ecossistema.³⁰

Essa unidade composta por seres vivos e pelo meio de que fazem parte tem a tendência de se manter em equilíbrio, pois possui uma capacidade de resistir à mudança e às adversidades, utilizando-se o termo *homeostasia*, para definir essa situação de retorno à normalidade.³¹ Todavia, a referida propriedade não é absoluta, haja vista que as alterações, sejam elas naturais, sejam provocadas pela ação humana, podem facilmente vencer o estado de equilíbrio mediante alterações no ambiente.³² Mais uma vez, realça-se a opinião de Odum:

²⁸ MIRAGEM, Bruno. O artigo 1.228 do Código Civil e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente. *Revista de informação legislativa*, v. 42, n. 168, p. 101-120, out./dez. 2005.

²⁹ ODUM, op. cit., p. 13.

³⁰ Ibidem, p. 11.

³¹ Ibidem, p. 51.

³² “uma mudança, ainda que ligeira, pode eventualmente produzir efeitos de grandes consequências. Também haverá muitas ocasiões para constatar que *um controlo homeostático verdadeiramente bom apenas ocorre depois de um período de ajustamento evolutivo. [...] a humanidade tornou-se*

Até há pouco tempo a humanidade tinha por garantidas as trocas gasosas, a purificação da água, a ciclagem de nutrientes e outras funções protectoras dos ecossistemas de automanutenção, isto é, até que o número de humanos e as manipulações por estes feitas do ambiente se tornaram suficiente mente grandes para afetar os equilíbrios regional e global.³³

Constata-se, então, que, embora exista uma tendência de autorregulação e manutenção do equilíbrio, a mudança do ambiente pode decorrer de causas naturais, sendo que o desequilíbrio nem sempre é lesivo ou algo a ser combatido. O que se deve visar é a ação humana que altera as propriedades ambientais ao ponto de prejudicar a sua capacidade funcional ou a possibilidade de aproveitamento pelo homem, dentro da visão antropocêntrica alargada anteriormente mencionada. O âmbito de proteção corresponde, portanto, à proteção do meio ambiente contra o dano, de forma preventiva e reparatória.

5 Considerações finais

As diferentes abordagens da temática ambiental trazem suas contribuições para a compreensão da Constituição. Assim, verifica-se que a conceituação do meio ambiente, apesar de importante, é notoriamente insuficiente, para que se saiba a parcela da realidade que é tutelada pela norma. Nada obstante, conforme se sustentou anteriormente, os termos genéricos consagrados no art. 3º, I, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente são compatíveis com a Constituição, e o art. 225 da CF tem por objetivo a preservação do meio natural, artificial e cultural.

Considerada a opção pela tutela da qualidade do ecossistema equilibrado, também é insatisfatória a compreensão do bem ambiental para se conseguir entender o âmbito de proteção do referido direito. Isso porque o bem ambiental se identifica com o direito, ou seja, é um conceito imaterial cujo benefício para a teoria ambiental é proporcionar um objeto para as relações jurídicas ambientais e a sustentação de posições jusfundamentais que dele decorrem.

De outra parte, o dano ambiental é um instituto de grande importância para a definição da parcela da realidade que é protegida pela Lei Maior, nas disposições do art. 225. Vale lembrar que, na esteira das lições importadas da ecologia, a homeostasia corresponde à capacidade de autorregulação do equilíbrio ecológico. Então, é legítimo presumir que, a não ser que ocorra um prejuízo à qualidade do ambiente, todos os

gradualmente no organismo mais poderoso no que respeita à capacidade de modificar o funcionamento de ecossistemas. (ODUM, 2004, p. 53).

³³ ODUM, op. cit., p. 429.

titulares do direito fundamental estarão fruindo regularmente do direito, ainda que não se olvide a existência de outras posições jusfundamentais que dele decorrem, tal como o direito à organização e ao procedimento, bem como da necessidade de prevenir e se precaver contra os prejuízos. Por isso é que se sustenta que o âmbito de proteção da norma constitucional, que consagra o Direito Fundamental, equivale à proibição do dano ambiental, preservando-se a capacidade ecológica funcional do meio ambiente e a sua viabilidade de aproveitamento pelo homem; a Constituição é violada quando se verifica uma alteração ambiental que ultrapassa o limite de tolerabilidade.

Referências

- BAHIA, Carolina Medeiros. *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade ambiental*. 2012. 377 p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.
- BAGGIO, A.; SCHEFFER-BASSO, S. M.; JACQUES, A.V. A. A estética do ecossistema: reeducando o antropocentrismo. *Rev. Ecosystema*, v. 27, n. 12, jan./dez. 2002.
- CANOTILHO, J. J. G. et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MIRAGEM, Bruno. O artigo 1.228 do Código Civil e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente. *Revista de Informação Legislativa*, v. 42, n. 168, p. 101-120, out./dez. 2005.
- NEBEL, B. J; WRIGHT, R. T. *Ciencias ambientales: ecología y desarrollo sostenible*. 6. ed. México: Prentice Hall, 1999.
- ODUM, Eugène Pleasants. *Fundamentos de ecologia*. Trad. de Antônio Manuel de Azevedo Gomes. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. O princípio de precaução como critério de avaliação de processos decisórios e políticas públicas ambientais. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, Caxias do Sul, n. 5, ano 2, p. 27-42, maio/ago. 2013.

Participação popular ambiental: breve teorização acerca dos recursos hídricos

Paulo Roberto Polesso*

Resumo: A proposta é investigar a possibilidade de ocorrência da participação popular nos assuntos ambientais, observando-a pela ótica dos instrumentos disponíveis dentro do sistema democrático brasileiro e sua efetividade para o virtual controle de danos. Na sequência, aborda aspectos da participação na gestão dos recursos hídricos, enfatizando o direito à informação correspondente, segundo uma visão do regramento legal que disciplina o tema, assim como traçando breves considerações acerca do tratamento do assunto no direito luso e um exemplo de seu manejo no direito espanhol, com o modesto intento de contribuir para que a reflexão sobre temática permaneça acesa e em evolução.

Palavras-chave: Participação popular. Meio ambiente. Democracia. Recursos hídricos. Direito à informação.

1 Introdução

A participação da sociedade nas deliberações acerca das temáticas ambientais é matéria na qual o vislumbre de alguma efetividade é remoto.

O fato é que, em que pese a existência de mecanismos que asseguram a possibilidade de uma participação pela via direta ou semidireta dos indivíduos, sabidamente há percalços na efetivação da concretização da influência destes na solução dos temas ambientais.

De qualquer sorte, aqui se pretende refletir acerca da circunstância de que o exercício prático da democracia é essencial nesse processo, a fim de que, nela, se estabeleçam formas de atuação dos cidadãosna condição de partícipes efetivos.

Nesse contexto de análise, somente um ambiente verdadeiramente democrático pode possibilitar o acesso às informações que garantam uma participação cidadã dotada de qualidade.¹ Conforme a abordagem aqui produzida, possui a intenção de verificar, de acordo com a observação produzida a partir dessa ótica.

Afinal, os modelos participativos, democráticos e bem-sucedidos existem e são reais, o que não significa que não possam ou não devam ser aprimorados, uma vez que a sociedade não é estanque e o aperfeiçoamento das atividades humanas sempre é um ideal passível de novas experimentações.

2 A democracia e a participação

* Procurador do Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgotos (Samae) de Caxias do Sul. Especialista em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul-RS. Mestrando em Direito Ambiental na Universidade de Caxias do Sul-RS.

¹ CASTORIADIS, Cornelius. *Uma sociedade à deriva. Entrevistas e debates*. Lisboa: 90 Graus, 2007. p. 307.

A partir do modelo inicial de democracia surgido em Atenas, no qual a civilização experimentou considerável avanço ao vivenciar uma organização social não mais centrada no militarismo, abriu-se espaço para a criação de processos políticos de participação dos integrantes do grupo social.

Com o evoluir do pensamento filosófico ocidental, o ideal de democracia passou a ser considerado a partir de procedimentos, ou seja, formalizou-se a ideia de democracia em procedimentos a ela inerentes, o que implicou distanciamento da ideia de autogoverno das populações por elas mesmas, com participação deliberativa de todos os cidadãos. Surge, a partir daí, a democracia representativa: as deliberações que interessam à sociedade passam a ser realizadas por representantes eleitos pelos cidadãos.

Nesse modelo, Wood assinala o apoderamento das classes dominantes do conceito de democracia a partir do século XVIII, subvertendo a noção de “governo pelo povo” e transformando-o em algo palatável a seus interesses e parte integrante de seu discurso político:

Na “democracia representativa”, o governo pelo povo continuou a ser o principal critério da democracia, ainda que o “governo” fosse filtrado pela representação controlada pela oligarquia, e “povo” foi esvaziado de conteúdo social. No século seguinte, o conceito de democracia iria se distanciar ainda mais de seu significado antigo e literal.²

A democracia dos dias atuais resulta, pois, centrada na participação dos cidadãos por intermédio do voto, interferindo nas decisões de forma direta ou indireta, ou seja, sua legitimação procedimental se concentrou no voto dos indivíduos. Estabeleceu-se, assim, a crença de que somente pelo voto, supondo-se uma igual influência de cada qual, se poderia intervir nas decisões políticas, porquanto transfeririam a vontade do conjunto social a respeito dos interesses comuns.

No entanto, o que se observa é que, em que pese a expansão do modelo democrático de governo em um número nunca antes visto de nações, as expectativas populares não encontram o respaldo desejado nesse modelo vigente.

De fato, o afastamento entre o debate político-eleitoral e os anseios populares é cada vez mais evidente, ocasionando um distanciamento das realizações dos representantes eleitos das expectativas da sociedade, no seu afã de alcançar uma melhor distribuição das riquezas e do próprio exercício do poder.

A respeito do atual estágio de afastamento da democracia de seus ideais de igualdade, ocasionando o desencanto das massas na força dessa forma de governo,

² WOOD, Ellen Metksins. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 194.

Crouch³ assinala que vivenciamos um estado de posdemocracia, porquanto o modelo atual cedeu poder exacerbado aos grupos econômicos, que controlam, fazendo grande uso das mídias, o contexto social que vivenciamos. A democracia atual traçou o caminho de uma parábola.

Mesmo assim, não estaríamos experimentando um retrocesso ou uma involução da democracia aos tempos pré-democráticos, uma vez que o movimento em forma de parábola implica alcance de um ponto diferente, mas não implica abandono das experiências anteriores:

[...] la política y el gobierno están volviendo cada vez más al redil de las elites privilegiadas, al modo característico de lo que ocurría en la época predemocrática; también sostengo que una consecuencia importante de este proceso es la creciente impotencia del activismo igualitario.⁴

De fato, a sensação não poderia se fazer mais presente diante do que experimentamos no cotidiano, quando a amplitude alcançada pela corrupção está a apontar para a ausência de higidez das instituições democráticas.

Contudo, não se pode perder de vista que a democracia não pode ser compreendida como algo estanque. Natural, no contexto histórico, que ela experimente oscilações na sua 'intensidade', ou na forma como se faz sentir aos cidadãos.

Nessa senda, a participação dos cidadãos surge como uma necessidade para formar a força motriz capaz de impulsionar as mudanças que o quadro exige. O engajamento nas demandas político-sociais, para além das estruturas partidárias, necessita do fomento das consciências em torno de um imprescindível e novo ativismo.

No mesmo sentido, Carvalho acentua a importância desse reagrupamento à participação:

A democracia participativa implica o exercício direto e pessoal da cidadania nos atos de governo. Para alcançar a democracia participativa, entende Macpherson que se deve estimular procedimentos através de associações de bairros, liberdade de expressão, co-gestão nas empresas, luta pelo direito das minorias, dentre outros, visando promover a mudança da consciência do povo e diminuir a atual desigualdade social e econômica.⁵

3 Participação social e controle dos danos ao meio ambiente

Dentro da ordem constitucional que nos rege, a participação social ou participação popular nas questões de teor ambiental restou consagrada na redação dos arts. 1º e 225

³ CROUCH, Colin. *Posdemocracia*. Mexico: Tauros, 2004.

⁴ CROUCH, op. cit., p 15.

⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 188.

da Constituição Federal, pois que expressou como direito fundamental do ser humano a obtenção de um meio ambiente equilibrado, com a imposição de dever preservacionista dessa situação de equilíbrio ao Estado e à coletividade.

Por isso, para o exercício do poder em prol do povo e de um estado democrático de direito, a participação cidadã deve ser ampliada pelos mecanismos já conhecidos e por outros que se poderá ainda implementar para o aprimoramento da “democratização como um processo e não como uma construção institucional”.⁶

Na mesma esteira, Mirra, ao elencar variados exemplos de normas constitucionais que asseguram o princípio participativo, acentua seu caráter supletivo aos mecanismos já tradicionalmente utilizados:

No Estado democrático-participativo, a participação pública não substitui a atuação dos órgãos e agentes do governo e nem a representação políticoeleitoral; apenas as reforça, as aperfeiçoa e as controla por meio do maior envolvimento da sociedade civil. Lembre-se, em atenção ao assunto ora em discussão, que, ante os termos do aludido art. 225, caput, da Constituição Federal, a defesa do meio ambiente é dever não só do Poder Público como também de toda a coletividade.⁷

Entretanto, apesar das previsões de ordem constitucional ou aquelas que, a exemplo da ação popular ou da participação no Conselho Nacional do Meio Ambiente, estão reguladas pela legislação infraconstitucional, a participação direta dos cidadãos não está assegurada de modo efetivo. Há limitações de ordem quantitativa ou limitações por exigência de uma qualificação específica para o seu pleno exercício. É o caso da exigência de, no mínimo, 50 cidadãos para pleitear audiência pública no âmbito do Conama⁸ ou da exigência da cidadania nacional para a promoção da ação popular.⁹

Assim, quando se tem em mente que o direito ao meio ambiente equilibrado é legado a uma universalidade, compreendida no vocábulo *todos*, não se pode conceber

⁶ CAPELLA, Juan Ramon. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 63.

⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no Direito brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2010. p. 74.

⁸ Resolução 09/1987:

Art. 2º. Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública.

⁹ Lei 4.717/1965:

Art. 1º. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

que *todos* não signifique, para o efeito da busca de participação e da proteção do mesmo ambiente, cada pessoa em si mesma e isoladamente considerada.

O fato, no entanto, é que alguns temas ambientais são complexos e cercados de incertezas científicas e seus efeitos daninhos não se mostram sensíveis, tornando a proteção ambiental efetiva, seja pela via da participação direta, seja pela semidireta (como aquela realizada por intermédio da sociedade civil, associações ambientalistas, Ministério Público e associações de categorias profissionais), algo de sofrível realização.

Na verdade, o grande dilema da proteção ambiental está nos danos potenciais e futuros que o desenvolvimento do saber científico traz em sua bagagem.

Para Castoriadis,¹⁰ os limites da expansão científica devem merecer alguma espécie de controle, sem que se manietem os espíritos. Para tanto há que se configurar uma ordem democrática ampla, que franqueie aos cidadãos o acesso à informação, permitindo que eles próprios, num explícito exercício de democracia, estabeleçam à sociedade seus autolimites. Afinal, vivemos uma época de imprudências e incertezas, sem sabermos em qual momento poderemos transpor as fronteiras daquilo que poderá vir a se mostrar como algo de consequências irreversíveis. Mas, é certo, a ciência não pode ter vida paralela ao Estado, simplesmente porque a ciência não se encontra acima ou para além dos ditames que integram a álea de interferência do Estado de Direito.

Em idêntica passada, investigando o conteúdo ético contido no princípio da precaução e a necessidade da participação popular na construção das decisões pela *ampliação quantitativa e qualitativa dos canais de informação*, Silveira assim se posiciona sobre o papel da ciência nesse contexto:

No atual momento do debate sobre o acautelamento dos riscos ecológicos, é fundamental desmitificar o papel histórico atribuído à ciência como portadora do saber final, bem como romper com a dicotomia Ciência versus Política. A ciência não está excluída da decisão político-jurídica, nem deve fornecer ao decisor respostas científicas, como se pensa, certezas a partir das quais se possa atuar ou, negativamente, incertezas científicas, que tradicionalmente resultam em impasses e apostas temerárias. A ciência deve ser vista, desde um ponto de vista precaucional, como instrumento de conscientização e reconhecimento social dos riscos.¹¹

Nessa toada, a expansão do saber, acaso consentida sem prévios mecanismos de frenagem ou expansão, há de ocorrer com plena ciência da sociedade sobre seus riscos. Afinal, para além de estabelecer eventuais controles sobre os processos científicos, ela também deve ter o direito de definir o modelo de economia que seus cidadãos querem

¹⁰ CASTORIADIS, op. cit.

¹¹ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 265.

ver adotado, ou seja, se se pretende, também aqui, uma expansão sem limites e controles, ou se o modelo deve levar em conta uma economia que é um instrumento para a facilidade da vida humana, ao invés de um fim em si mesma.

Para consecução dessa tarefa, conforme preconiza Mirra, a participação em nível individualizado, dispondo o cidadão das informações necessárias a seu esclarecimento, consiste na expressão originária do poder, enquanto a participação grupal e na condução política da sociedade expressam um poder derivado:

Nesse contexto, emerge, como referido, um novo direito fundamental, de quarta geração, consistente no direito à democracia participativa, de titularidade coletiva, de que decorre, igualmente, o direito à participação direta, indireta e semidireta na gestão da coisa pública, nova e avançada explicitação da dignidade humana.¹²

4 A participação na gestão das águas

A água é um bem ambiental de envergadura máxima, porquanto, juntamente com o ar que se respira, está presente em toda a trajetória da vida humana, do nascimento até a morte.

Nesse desiderato, sua disponibilidade em quantidade e qualidade adequadas se constitui em verdadeiro pressuposto para o exercício de outros direitos humanos fundamentais, tais como o próprio direito à vida, à saúde e à liberdade. Enfim, se constitui em primado para a garantia da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal estabeleceu que a propriedade das águas é dos Estados e da União (seus gerenciadores), retirando-as da esfera da propriedade privada e estabelecendo um domínio público dos recursos hídricos para, na sequência, com a edição da denominada Lei das Águas,¹³ determinar uma forma descentralizada e participativa na sua gestão.

Assim, a obrigatoriedade da participação popular na gestão das águas foi assegurada na lei própria, que impõe a participação dos usuários e das comunidades como um dos fundamentos da Política Nacional dos Recursos Hídricos.

O fórum para a concretização dessa participação popular reside nos chamados Comitês de Bacia Hidrográfica, encarregados de “arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos” e “promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes”, conforme incisos I e II do art. 38 da Lei das Águas.

¹² MIRRA, op. cit., p. 103.

¹³ Lei 9.433/1997:

Art. 1º. A Política Nacional dos Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

VI – a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do poder público, dos usuários e das comunidades.

Aliás, a respeito da participação dos diferentes atores sociais nas questões ambientais, a autorizada palavra de Machado bem ressalta esse caráter de essencialidade:

A participação popular, visando à conservação do meio ambiente, insere-se num quadro mais amplo da participação diante dos interesses difusos e coletivos da sociedade e uma das notas características da segunda metade do século XX. O voto popular, em escrutínio secreto, passou a não satisfazer totalmente o eleitor.¹⁴

Na mesma esteira da análise acima exposta, decorre da ausência da assunção de compromissos com força obrigacional por parte dos eleitos, a necessidade de que os cidadãos iniciem uma busca por uma participação direta e efetiva nessas discussões, iniciando o abandono de uma passividade histórica e atendendo a um dos preceitos contidos na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.¹⁵

Por isso, a organização dos usuários da água para uma participação ativa nos fóruns específicos levará à superação das abissais desigualdades que ainda cercam as condições para o amplo acesso à informação.

Afinal, a politização em torno de uma nova gestão dos recursos hídricos pressupõe democratização pelo acesso a conhecimento técnico, econômico e cultural que viabilizará um menor desnivelamento nos debates e processos de negociação entre os cidadãos e os peritos das diferentes ciências, quando reunidos nas instâncias próprias.

Portanto, a criação do Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos, exigência constante da Constituição Federal, a partir de seu art. 21, XI, e efetivada pela Lei 9.433/97, em seus arts. 25 a 27, foi um importante passo dado para a reunião e partilha de informações para melhor gerir os recursos hídricos.

Aliás, por ser a informação gênese do conhecimento e sua apropriação estratégica, fundamental atender-se à dimensão com que ela é compreendida em Portugal por conta da subscrição daquele país à Convenção de Aarhus,¹⁶ conforme elucida Lanceiro:

¹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101.

¹⁵ Princípio 10: “A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.”

¹⁶ A Convenção de Aarhus foi assinada na Dinamarca, na cidade do mesmo nome, em 25 de junho de 1998, e entrou em vigor em 30 de outubro de 2001, após ser ratificada por 16 das partes signatárias e é um dos mais importantes instrumentos do Direito Internacional do Ambiente, tendo como premissa o alcance do desenvolvimento sustentável pelo envolvimento de todos os cidadãos.

A definição de “informação em matéria de ambiente” engloba os conteúdos informativos (e.g., dados notícias, conhecimentos), sob qualquer forma, sobre o estado do ambiente, sobre os factores, medidas ou actividades que afectam ou podem afectar o ambiente ou destinadas a protegê-lo, sobre as análises custos/benefícios e análises económicas utilizadas no processo de tomada de decisão e igualmente informações sobre o estado da saúde e da segurança das pessoas, incluindo a contaminação da cadeia alimentar, as condições de vida, os locais de interesse cultural e as construções, na medida em que sejam ou possam ser afectados por elementos do ambiente ou por um desses factores, medidas ou atividades.¹⁷

Nesse rumo, é fato que, para bem defender os bens ambientais, não se pode realizar meramente “uma defesa bucólica da natureza”, pois é necessária a adoção de uma postura essencialmente política, ou seja, uma postura centrada na capacidade de conhecer e deliberar adequadamente sobre os temas, nos moldes do que Castoriadis apregoa acerca da essência do modo como deve atuar a ecologia.¹⁸

Portanto, espaços deliberativos alimentados por amplo e democrático acesso à informação contribuirão para o efetivo incremento da participação popular qualitativa, longe do *acompanhamento*, muitas vezes meramente formal, que ocorre por força da convocação de audiências públicas, fóruns e conselhos que acabam apenas por maquiar processos deliberativos com tênue camada de democracia.

Ademais, a intenção de promover a desqualificação da participação popular emerge como uma tônica constante, ainda que por meio de argumentos travestidos de alegadas dificuldades operacionais ou da ocorrência de múltiplas discussões imputadas improdutivas, olvidando-se da essência democrática que a nutre.

A respeito, Silveira, ao considerar a luta política dos movimentos ambientalistas, afirma:

Incontáveis argumentos são utilizados por políticos, juristas e economistas, no sentido de reafirmar a inviabilidade de procedimentos participativos em âmbito administrativo, legislativo ou jurisdicional. O potencial humano para um agir comum, para uma autêntica ação política sempre foi subestimado; quanto mais esses argumentos se recrudescem, mais esse potencial é reprimido, e um modelo político “cansado” justifica-se em detrimento de aprendizados possíveis, a partir de experiências inovadoras.¹⁹

Porém, com uma participação popular organizada e nutrida com a informação imprescindível e adequada, formar-se-á um interlocutor capacitado a conhecer, entender e defender seus direitos, sem desonerar-se de suas correspondentes responsabilidades.

¹⁷ LANCEIRO, Rui Tavares. O direito de acesso à informação ambiental em Portugal: alguns problemas. In: _____. *A trilogia de Aarhus*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa, 2015. p. 48.

¹⁸ CASTORIADIS, op. cit., p. 306, 310.

¹⁹ SILVEIRA, op. cit., p. 288-289.

5 O Tribunal das águas de Valência: um exemplo de valorização da conscientização e da participação popular

Recentemente, a redução da vazão do Rio São Francisco recebeu destaque na mídia por conta dos danos causados aos moradores ribeirinhos, seja em decorrência da repercussão negativa na captação de água para abastecimento público e irrigação, seja para a navegação turística e comercial, além da pesca, ensejando que o Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco (CBHSF) exigisse do governo federal a definição das responsabilidades pelo fato.²⁰

A redução da vazão atendeu pleito da concessionária que explora as usinas hidroelétricas de Sobradinho, Itaparica e Xingó, acatada pela Agência Nacional de Águas e pelo Ibama, mas que, na visão do comitê, desrespeita os usos múltiplos assegurados à água, além de danificar o ecossistema local, porquanto prioriza a produção de energia hidroelétrica, em detrimento de toda uma gama de direitos atinentes a outros legítimos interessados no tema.

O exemplo demonstra que a gestão dos recursos hídricos não pode ser decidida por organismos que exerçam uma supremacia ou poder desmesurados, por intermédio do qual podem atribuir superlativa importância a uma das espécies de uso a que se prestam as águas, sacrificando os interesses de várias coletividades.

Diante desse quadro, o exemplo do Tribunal das Águas de Valência,²¹ instituição ativa há mais de mil anos na região espanhola do mesmo nome, surge como modelo de instrumento utilizado pelas próprias comunidades para solucionar conflitos regionalizados a respeito da utilização dos recursos hídricos, com grande acatamento e consequente efetividade nas suas decisões, sobretudo por conta da respeitabilidade que alcançou.

De fato, segundo Oliveira,²² o Tribunal espanhol, cujas origens e práticas são de índole consuetudinária e que atualmente encontra guarida na Constituição Espanhola de 1978²³ e em outros dispositivos legais de natureza infraconstitucional, tem seus julgamentos efetivados de forma pública, todas as quintas-feiras, ao meio-dia em ponto, em frente à Porta dos Apóstolos da Catedral de Valência.

²⁰ Disponível em: <<http://www.abes-mg.org.br/visualizacao-de-clippings/pt-br/ler/4296/comite-cobra-os-prejuizos-da-reducao-de-vazoes-no-rio-sao-francisco>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

²¹ A nomenclatura oficial o designa como “Tribunal de Los Acequeros de La Veja de Valencia”. Surgiu com o privilégio outorgado pelo Rei Jaime I, em 1250.

²² OLIVEIRA, Celso Maran. *Tribunais de recursos hídricos: abordagem sobre o Tribunal da Água de Florianópolis e o Tribunal da Água de Valência e a possibilidade de implantação no Brasil*. (artigo).

²³ “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar em la Administración de Justicia mediante La institución Del jurado, em la forma y com respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así com em los Tribunais consuetudinários y tradicionales.”

O tribunal hispânico é composto por pessoas do povo, denominados de juízes-síndicos, sem grandes conhecimentos jurídicos, e que representam as oito Comunidades das Acequias da Veja de Valência, que se servem das águas do rio Túria, mas que contam com sua situação de agricultores e de grandes conhecedores da importância da boa utilização dos recursos hídricos para fundamentar a autoridade de suas decisões:

O processo, como visto, é simples, oral, concentrado, público, irrecorrível, entre outros fatores. Há um respeito muito grande pelos Juízes-Síndicos, e por todos os funcionários do Tribunal, fazendo com que as decisões do Tribunal sejam acatadas rapidamente pelos vencidos, ocorrendo um cumprimento da decisão de forma célere.²⁴

Evidentemente, uma instituição como o Tribunal das Águas de Valência, fulcrado nos costumes e na oralidade de seus procedimentos, não encontraria eco nos fundamentos que alicerçam nosso ordenamento jurídico, o que tolheria a possibilidade de se pretender sua mera reprodução entre nós.

Contudo, o modelo decisório, em formato de colegiado, caracterizado pela ampla publicidade, celeridade e integração dos representantes das comunidades diretamente interessadas, por isso, granjeador de grande respeitabilidade, é inspirador.

Nessa senda, a transposição de alguns de seus mecanismos procedimentais poderia ser de grande utilidade no âmbito da atuação dos Comitês de Bacias Hidrográficas, para que se encaminhasse soluções, pela via do arbitramento, para conflitos relacionados aos recursos hídricos. Far-se-ia, assim, a integração das comunidades e dos indivíduos diretamente atingidos ou interessados na problemática, num exercício de autêntica democratização da informação e da participação popular.²⁵

6 Conclusão

Longo e escarpado é o caminho que a sociedade atual ainda haverá de percorrer para que, aprimorando-se os instrumentos democráticos já conhecidos no modelo vigente e desvelando-se novas possibilidades por conta da criatividade dos espíritos libertos de preconceitos, alcancemos patamar a partir do qual as temáticas ambientais sejam objeto de ampla difusão, conhecimento, debate e deliberação pelo maior número possível de indivíduos.

Nesse rumo, por conta da notória insuficiência dos mecanismos tradicionais e hoje utilizados na democracia representativa, a participação direta dos cidadãos se faz cada vez mais uma necessidade urgente, tanto quanto imprescindível, para a criação e o

²⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 50.

²⁵ Ibidem, p. 52

aprimoramento de um modelo social, no qual as responsabilidades e os proveitos decorrentes das interferências no meio ambiente sejam efetiva e democraticamente partilhados.

A coleta e o adequado compartilhamento da informação ambiental, dentro do amplo espectro de significação que à expressão merece ser conferido, ou seja, compreendendo-se nela toda a gama de dados atinentes ao conhecimento científico, ao saber tecnológico e as medidas que afetam ou podem afetar o meio ambiente e as pessoas, sua saúde, segurança, modo de vida e tudo o mais que possa ser visto como relevante e necessário para esclarecimento de uma realidade circunstancialmente investigada, possui importância estratégica singular na concretização de uma participação social dotada de qualidade e, por conseguinte, capaz de produzir influências alicerçadas no conhecimento e na persuasão por força da razão.

Dessa forma, democratizando-se o conhecimento, pela via de democratização da informação e dos meios para seu acesso, abrir-se-á caminho para produzir uma equalização das relações entre os componentes do corpo social, despertando-os para o sentido da solidariedade ambiental que é a pauta indesviável sobre a qual se há de compor os acordos, que regerão os rumos futuros da sinfonia humana no planeta.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENGENHARIA SANITÁRIA E AMBIENTAL. Seção Minas Gerais. Disponível em: <<http://abes-mg.org.br/visualizacao-de-clippings/pt-br/ler/4296/comite-cobra-os-prejuizos-de-reducao-de-vazoes-no-rio-sao-francisco>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

BRASIL. *Lei 4.717*, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Brasília, 1965.

BRASIL. *Resolução Conama 009*, de 3 de dezembro de 1987. Dispõe sobre a realização de audiências públicas no processo de licenciamento ambiental. Brasília, 1987.

CAPELLA, Juan Ramon. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do estado e da constituição*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CASTORIADIS, Cornelius. *Uma sociedade à deriva*. Entrevistas e debates. Lisboa: 90 Graus, 2007.

CROUCH, Colin. *Posdemocracia*. Mexico: Tauros, 2004.

LANCEIRO, Rui Tavares. O direito de acesso à informação ambiental em Portugal: alguns problemas. In: *A trilogia de Aarhus*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no Direito brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2010.

OLIVEIRA, Celso Maran. *Tribunais de recursos hídricos: abordagem sobre o Tribunal da Água de Florianópolis e o Tribunal da Água de Valência e a possibilidade de implantação no Brasil.* (artigo).

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável.* Caxias do Sul: Educs, 2014.

WOOD, Ellen Metksins. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico.* São Paulo: Boitempo, 2011.

Prevenção e precaução frente a riscos e perigos da sociedade contemporânea

Patrícia Noll* – Gabrielle Trombini**

Resumo: O texto examina os princípios da prevenção e da precaução, como formas de gerir o risco e o perigo ecológico presentes na sociedade contemporânea. Faz-se uma análise de tais princípios, a partir da dogmática jurídica, diferenciando-os e determinando em quais casos cada um deve ser aplicado. Dentro do viés ecológico, utiliza-se a forma risco/perigo para conceituar o risco e, assim, diferenciar as possibilidades de danos resultantes de decisões ou de atribuições externas. Observa-se a incerteza e insegurança trazidas pela industrialização e a necessidade de se criar procedimentos de tomada de decisão, que levem em consideração esse novo contexto em que está inserida a sociedade. Examina-se a possibilidade de gestão dos riscos e perigos ecológicos, através dos princípios da prevenção e da precaução, na busca pela diminuição dos danos ou redução de suas consequências nocivas. Por fim, são apresentados alguns exemplos de riscos ecológicos que resultaram em danos ambientais justamente pela falta de aplicação dos princípios da prevenção e precaução.

Palavras-chave: Prevenção. Precaução. Risco.

1 Introdução

Muito relevantes, no estudo do direito ambiental, são princípios da prevenção e da precaução. Estuda-se a aplicação de cada um deles, porém, sem se dar conta de que a sociedade não corresponde mais às características de segurança e certeza que existiam, quando tais princípios foram instituídos.

A dogmática jurídica continua a estudar tais princípios, como padrões de aferição da validade das leis e como auxiliares na interpretação das normas. Analisa-se a diferença entre ambos com base apenas no conhecimento, ou não, dos possíveis danos que podem resultar da atividade ou do produto.

O que ocorre é que a sociedade contemporânea trouxe, juntamente com a indústria, tecnologia e ciência, uma série de incertezas que causam uma forte insegurança, que resulta em riscos e perigos jamais imaginados antes. Com isso, já não se consegue prever as consequências que irão ser produzidas por determinada ação ou omissão.

O dano já não corresponde a uma relação de causa-efeito, e por esta razão se faz necessário um exame diferente dos princípios da prevenção e da precaução. Assim, cabe a tais princípios a gestão dos eventuais riscos ou perigos ecológicos que se apresentem, buscando diminuir os danos ou as suas consequências nocivas ao meio ambiente. Tais

* Professora na Graduação e Pós-Graduação da Universidade de Caxias do Sul (UCS). Pós-Graduada pela Escola Superior da Magistratura Federal (Esmafe). Advogada. Mestre em Direito – Universidade de Caxias do Sul – RS.

** Professora da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI e Advogada. Mestre em Direito – Universidade de Caxias do Sul – RS.

princípios devem, portanto, ser estudados à luz da nova realidade social: a chamada sociedade de risco.

2 Os princípios da prevenção e da precaução na dogmática jurídica ambiental

Para a dogmática, como bem argumenta Canotilho,¹ a função dos princípios – apesar de terem um conteúdo relativamente vago quando comparados com o conteúdo muito concreto de uma norma – reside fundamentalmente em serem padrão para aferir a validade das leis, auxiliares na interpretação das normas jurídicas e na sua fulcral capacidade de integrar lacunas deixadas pela lei quando da sua aplicação no caso concreto.

Exatamente com o intuito de preencher e auxiliar a aplicação do direito na preservação (ou busca) do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como impõe a Constituição Federal, é que surgem os princípios da prevenção e da precaução.

É sempre mais vantajoso prevenir, fundamentalmente em matéria ambiental, especialmente porque em muitos casos, depois da poluição ou o dano ocorrerem, estes são impossíveis de remover, e o mesmo ecossistema jamais poderá ser revivido.

Importa salientar, na aplicação deste princípio, que a prevenção atinge os danos concretos cuja **origem é conhecida**, busca evitar a ocorrência de novos danos, ou pelo menos, minorar significativamente os seus efeitos.

O princípio da prevenção implica que seja dada uma atenção particular ao controle das fontes da poluição. Assim, o princípio da prevenção consagra a “prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente”.² Como salienta Machado,³ consagra “o dever jurídico de evitar a consumação de danos ao meio ambiente”.

Já o princípio da precaução, tem sua aplicação em casos de dúvidas. Ele significa que o ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida quando haja incerteza, por falta de provas científicas evidentes, sobre o nexo causal entre a atividade e um determinando fenômeno de poluição ou degradação do ambiente. Busca-se evitar o risco ambiental. Logo, atinge os danos em que a **origem é desconhecida**.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998. p. 12.

² MILARÉ, Édís. Princípios fundamentais do direito do ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, n. 756, p. 60, out. 1998.

³ MACHADO, Paulo Afonso Lemme. *Direito Ambiental brasileiro*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 66.

Nas palavras de Canotilho,⁴ trata-se de uma espécie de princípio *in dubio pro ambiente*, ou seja, na dúvida sobre a perigosidade de uma certa atividade ou produto para o ambiente, decide-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor.

É evidente, como afirma Antunes,⁵ que a qualificação de uma intervenção como adversa está vinculada a um juízo de valor sobre a qualidade da mesma e a uma análise de custo/benefício do resultado da intervenção projetada. Isto deixa claro que o princípio da precaução está relacionado ao lançamento no ambiente de substâncias **desconhecidas** ou que **não** tenham sido suficientemente estudadas.

Desta forma, “[...] a precaução antecede a prevenção, pois a sua preocupação não é apenas evitar o dano ambiental, mas evitar os riscos ambientais. Riscos que sequer são conhecidos, pois se o forem, cabe preveni-los”.⁶

3 Riscos e perigos ecológicos

Luhmann⁷ afirma que “nas sociedades tribais que lutam pela sobrevivência sob um alto grau de ameaça por parte do ambiente, é significativo o enorme esforço semântico por apaziguar aos deuses, por encontrar bodes expiatórios, por sacrificar as vítimas de acidentes imprevistos”.

Mas hodiernamente, diante da sociedade moderna, complexa e contingente que se vivencia, é sabido que as ameaças e os riscos não provêm da fúria dos Deuses, mas, sim, das decisões humanas.

Como bem salienta Luhmann,⁸ hoje é comum a impressão de que o indivíduo está exposto, quase desamparado ao sistema social, e que a sociedade se entrega a si mesma sem amparo e se destrói por sua própria lógica – seja capitalista, seja ecológica. Quanto ao futuro da sociedade, “[...] es difícil negar que la sociedad del mundo tendrá que decidir su destino – en cuanto a lo ecológico, lo humano, lo económico, lo tecnológico – dentro de sí misma”.

Vive-se em uma sociedade calcada na ideia de risco. A industrialização foi responsável não apenas pelo avanço tecnológico e científico, mas especialmente pelo estado de incerteza que tomou conta da sociedade (pós) moderna, principalmente no tocante à questão ambiental.

⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 12

⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 71.

⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Iberoamericana, 1992, p. 37. Trad. livre.

⁸ LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Trad. de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997. p. 122.

O meio ambiente foi explorado e alterado sem que o homem sequer cogitasse a hipótese de estar errado. A certeza científica, os cálculos considerados inequívocos, a confiança na segurança, fizeram da sociedade uma sociedade predestinada ao inesperado, uma sociedade que gera e vivencia o risco.

O que até então era tido como incontestável, passa a ser visto com mais cautela; o que se considerava normal, agora é visto como exceção, e a exceção virou a regra. A normalidade já não se faz presente, mas isso não acarreta, necessariamente, em algo ruim. Para De Giorgi, por exemplo, a normalidade não é confiável: embora pareça trazer uma série de determinações que permitem a regularidade de certos acontecimentos, ela traz, na verdade, uma série de indeterminações.⁹

Prossegue o autor,¹⁰ afirmando que o risco foi tratado considerando-se a segurança como sua alternativa e, portanto, como algo também possível. Mas o fato é que a alternativa para o risco não era a segurança, e então se compreendeu que a condição normal da sociedade moderna seria a situação de iminência da catástrofe. Segundo Luhmann,¹¹ não existe nenhuma conduta livre de risco.

Como afirma De Giorgi,¹² não se compreende o risco em oposição à ideia de segurança, mas sim, o risco em oposição ao perigo.

Luhmann¹³ aduz que enquanto a investigação do risco segue esforçando-se pelo cálculo racional dos riscos, a realidade mostra fechos distintos. Já não é possível compreender o risco através de cálculos e análises sobre fatos passados. Os cálculos de risco abarcam diversas variantes e trazem à tona dados conclusivos sobre os *previsíveis* danos e suas *previsíveis* consequências. Ocorre que o risco nem sempre vem acompanhado das opções *previstas*, e a *imprevisibilidade* é o fantasma que normalmente destrói qualquer investigação ou cálculo racional sobre o risco. Podem-se calcular todas as possibilidades previsíveis, porém, não se consegue calcular as imprevisibilidades possíveis.

Por esta razão se afirma que os riscos e os perigos ecológicos são de difícil gestão, pois se está tratando com problemas futuros e na maioria das vezes com consequências imprevisíveis, com métodos e soluções baseadas em um passado. Mas, na sociedade moderna, o futuro não reflete o passado, as decisões tomadas podem modificar o futuro, mas não se sabe como isso ocorrerá.

⁹ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. p. 189.

¹⁰ DE GIORGI, op. cit., p. 194.

¹¹ LUHMANN, op. cit., 1992, p. 74.

¹² DE GIORGI, op. cit., p. 14.

¹³ LUHMANN, op. cit., 1992, p. 41.

São estas incertezas e imprevisibilidades, trazidas pelo risco, que a sociedade busca gerenciar. Mas não se trata de eliminar os riscos, até mesmo porque eles são inerentes à própria complexidade social. Todavia, é necessário desenvolver mecanismos que ajudem a conhecer e assimilar os riscos, principalmente aqui os ecológicos. Afirma Ferreira:

O risco ecológico, outrora calculável e previsível, apresenta novas características e anuncia a probabilidade de ocorrência de grandes desastres envolvendo o meio ambiente e a saúde dos seres vivos. Nesse contexto, a ciência perde o monopólio do conhecimento da verdade, revelando-se insuficiente diante dos problemas que, muitas vezes, foram gerados e impulsionados pelas próprias descobertas.¹⁴

Este é o paradoxo dos avanços tecnológicos: “[...] ao mesmo tempo em que crescem qualidade de vida às pessoas, estes são capazes de gerar riscos de potenciais altamente nocivos à saúde e ao meio ambiente”.¹⁵

As certezas de segurança fabricadas pela ciência agora se tornam duvidosas e questionáveis, pois o que se previu não aconteceu como o planejado, o risco faz com que os acontecimentos tomem forma de inesperados. “As situações e as pessoas mudam com tal rapidez que aquilo que está previsto não possui mais sentido, deixando o Direito de possuir a função de antecipar o futuro”.¹⁶

Como exemplo, Loureiro¹⁷ refere-se aos casos em que por uma trágica ironia, ao procurarem evitar perigos e riscos, as próprias soluções criam novos riscos. Como nos casos dos medicamentos, que acabam por promover a morte pela cura e não pela doença que desencadeou a medicação.

“A abstração e a complexidade inerentes à atribuição causal nos riscos produzidos e distribuídos por [...] novas tecnologias, fazem surgir a necessidade de formação de critérios específicos para processos de tomada de decisão em contextos de incerteza científica.”¹⁸ Se é certo que o risco é consequência direta das decisões, é indispensável que os processos de tomada de decisão (que até então eram geridos pela lógica de uma sociedade calcada na certeza e na segurança) sejam revistos e reformulados, conforme a nova realidade que se coloca à frente da sociedade contemporânea.

¹⁴ FERREIRA, Heline Sivine. O risco ecológico e o princípio da precaução. In: FERREIRA, Heline Sivine; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 56.

¹⁵ CARVALHO, Délton Winter. Os riscos ecológicos e a sua gestão pelo Direito Ambiental. *Estudos jurídicos*, São Leopoldo: Unisinos, v. 39, n. 1, p. 13, jan./jun. 2006.

¹⁶ BUTZKE, Alindo; ZIEMBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Caxias do Sul: Educs, 2006. p. 50.

¹⁷ LOUREIRO, João. Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência. Algumas questões juspublicistas. *Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica* 61. Ad Honorem – 1. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 810.

¹⁸ CARVALHO, Délton Winter. Os riscos ecológicos e a sua gestão pelo Direito Ambiental. *Estudos jurídicos*, São Leopoldo: Unisinos, v. 39, n. 1, p. 14, jan./jun. 2006.

4 A gestão dos riscos e dos perigos através da prevenção e da precaução

A gestão dos riscos ecológicos pelos princípios se dá pelo fato de que, na precaução, não se tem certeza científica suficiente – e, em alguns casos, sequer alguma – para autorizar ou decidir em favor de um determinado ato que potencialmente poderá ser causador de um dano ambiental. No caso do princípio da prevenção, embora a potencialidade do dano seja concreta e real, baseada em informações preexistentes, trata-se de gestão dos riscos, porque se visa evitar o que ainda não ocorreu, o que apenas *poderá* ocorrer.

Por isso, a gestão dos riscos está, muitas vezes, associada à avaliação das atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental. Avaliação esta, que poderá incidir sobre danos já verificados em casos anteriores, ou ainda em suposições de danos futuros, que, por ausência de informações suficientes, deve-se precaver.

Quando se está diante de uma sociedade de risco, a necessidade de efetivação de tais valores de cautela e avaliação, para evitar os possíveis danos, são ainda mais evidentes. Mas, como dito anteriormente, nenhuma conduta está livre de riscos (ou, ainda, de perigos), pois a certeza não é mais uma possibilidade, e a segurança não é uma opção válida. Como leciona Leite: “Lembre-se que os riscos nunca serão totalmente eliminados, pois a cognição humana é sempre restrita, se visualizando com as necessidades do sistema ecológico.”¹⁹

No mesmo sentido, afirma Loureiro,²⁰ “a gestão do risco exige um procedimento crescentemente marcado pela experimentação e pela capacidade de aprendizagem e revisibilidade”. E justamente para promover a gestão dos riscos e dos perigos produzidos pela sociedade moderna, é que se apresentam como pilares do Direito Ambiental o princípio da prevenção e da precaução, que serão aplicados em casos distintos, dependendo da situação em que a possibilidade de dano ou a sua ameaça estejam ameaçando o equilíbrio do meio ambiente. Sobre a prevenção, responsável pela intermediação entre a decisão e o risco, Luhmann explica:

Por prevenção deve entender-se aqui, em geral, uma preparação contra danos futuros não seguros, buscando já que a probabilidade de que tenham lugar diminua, ou que as dimensões do dano se reduzam. A prevenção se pode praticar, então, tanto ante o perigo quanto ante o risco. Pode também ocorrer que tomemos precauções com relação a perigos que não podem ser atribuídos a decisões próprias. [...] Se se trata

¹⁹ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 177.

²⁰ LOUREIRO, João. Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência. Algumas questões juspublicistas. *Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica 61*. Ad Honorem – 1. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 862.

de riscos, a situação é outra, em vários aspectos importantes. Porque, neste caso, a prevenção influi na disposição ao risco e, desta maneira, também em uma das condições para que o dano possa apresentar-se. Estamos, em geral, mais dispostos a participar em um processo cujo resultado é incerto, quando temos a proteção legal de um seguro. [Livre Tradução].²¹

Com a prevenção é possível, portanto, se resguardar tanto contra riscos como contra perigos. Parece curioso que a prevenção possa ser utilizada frente a perigos, uma vez que estes não são atribuíveis às decisões. A prevenção é utilizada quando os danos e a relação de causa-efeito são conhecidos; é sabido que atualmente até mesmo o conhecimento “jurado e sacramentado” pode ser posto à prova. “É que a complexidade dos ecossistemas sempre introduz algum grau de incerteza, inclusive sobre danos supostamente conhecidos e previsíveis. A prevenção, assim, é elemento de concretização do princípio da precaução”.²²

A prevenção e precaução são “dois lados da mesma moeda”.²³ Por tal razão, muitos autores sequer identificam o caráter autônomo dos princípios, como, por exemplo, Édis Milaré.²⁴ Mas a corrente majoritária certamente é aquela que vislumbra a duplicidade de conceituação e de aplicação dos princípios.

Os princípios de prevenção e precaução são importantes gestores dos riscos produzidos pela sociedade moderna. Exatamente neste sentido pronunciou-se a Comissão das Comunidades Europeias, em fevereiro de 2000, quando afirmou que a “precaução é uma ferramenta de gestão de riscos, integrante da estrutura da análise do risco”.²⁵

Acrescenta-se à ideia a necessária aplicação, também, do princípio da prevenção, e a constatação de que a segurança não é mais uma possibilidade. O risco é, paradoxalmente, a única certeza que enfrentamos na sociedade moderna.

Importante salientar, ainda, que a adoção dos princípios da prevenção e da precaução não têm o intuito de imobilizar as ações humanas. Não se pretende evitar as pesquisas, os experimentos, as indústrias, apenas reduzir a probabilidade da ocorrência dos riscos e dos perigos ao meio ambiente, para preservá-lo equilibrado para as futuras gerações.

²¹ LUHMANN, op. cit., 1992, p. 73.

²² SAMPAIO, et al., op. cit., p. 72.

²³ Idem.

²⁴ MILARÉ, Édis. Princípios fundamentais do direito do ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, n. 756, p. 53-78, out. 1998.

²⁵ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 176.

É com o cuidado de não desperdiçar um valioso instrumento de política ambiental com exigências de abolir inteiramente o risco, ínsito em toda atividade humana, especialmente quando faz uso dos recursos naturais, diante da complexidade dos ecossistemas e da contingência do conhecimento científico.²⁶

Por fim, as palavras de Machado:²⁷ “O princípio da precaução não significa a prostração diante do medo, não elimina a audácia saudável, mas equivale à busca de segurança do meio ambiente, indispensável para dar continuidade à vida.” O princípio da precaução e da prevenção buscam a preservação da vida, e não a estagnação da evolução da sociedade.

5 Riscos ecológicos: o projeto biosfera 2

Como bem aduz Ferreira,²⁸ os riscos ecológicos são ilimitados em função do tempo, globais no âmbito de seu alcance e potencialmente catastróficos.

Inúmeros são os exemplos da falta de prevenção e precaução por parte dos seres humanos, quando se fala em meio ambiente, mas certamente esse exemplo demonstra a falsa segurança das premissas científicas e a arrogância do homem em relação à natureza: o projeto da Biosfera 2.

Tratou-se de um projeto para imitar os sistemas de reciclagem da Terra, um sistema autossustentável de suporte à vida, que para a manutenção de oito pessoas foram utilizados US\$ 200 milhões. Uma estrutura hermética de cúpulas interconectadas de 1,3 hectare.

A instalação abrigou mais de 4 mil espécies de organismos selecionados para manter as funções de suporte à vida. A luz do sol e os geradores à gás natural forneciam energia. Os habitantes do Biosfera deveriam ficar isolados por dois anos e cultivar seu próprio alimento por meio da agricultura orgânica intensiva, respirar o ar recirculado pelos vegetais e beber água limpa por processo de reciclagem natural.²⁹

Mas o experimento falhou e com ele a crença científica de reprodução dos recursos naturais de forma artificial. O ar desapareceu, os níveis de dióxido de carbono subiram inexplicadamente (ameaçando envenenar os habitantes), 19 das 25 espécies animais foram extintas, todos os insetos morreram, e com isso a extinção da maioria das espécies vegetais, e apenas 80% do suprimento era possível de ser produzido.

²⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 67.

²⁷ MACHADO, Paulo Afonso Lemme. *Princípio da precaução*. Disponível em: <www.merconet.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2008.

²⁸ FERREIRA, Heline Sivine. O risco ecológico e o princípio da precaução. In: FERREIRA, Heline Sivine; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 60.

²⁹ MILLER, G. Tyler Jr. *Ciência ambiental*. São Paulo: Thomson Learning, 2007. p. 473.

Este exemplo reafirma que, diante dos riscos ecológicos, apenas é possível tentar amenizar seus efeitos, o que evidencia a tese aqui apresentada da necessidade de aplicação dos princípios da prevenção e da precaução para a gestão dos riscos ecológicos.

6 Considerações finais

Partindo-se da dogmática jurídica, ambos os princípios objetivam evitar possíveis danos ambientais. Tudo estaria correto, se a sociedade fosse estática e o tempo não existisse. Tais avaliações sobre um possível dano só são realizadas porque são examinadas situações passadas e, deste modo, se tira conclusões sobre o que pode ocorrer no futuro. Se determinada conduta resultou em um dano no passado, previne-se um novo dano, através da não realização daquela conduta.

Ocorre que a sociedade contemporânea vive em constante transformação, e o tempo corre com tamanha pressa, que o presente já se transformou em passado. A industrialização foi responsável por diversos avanços tecnológicos, científicos, econômicos e sociais. Ao mesmo tempo, foi responsável pelo estabelecimento de uma nova era, uma era fundada na dúvida, na incerteza e no risco.

Descobrem-se novas tecnologias, mas enquanto elas já estão em funcionamento, as pesquisas ainda tentam descobrir seus reais efeitos e possíveis desenvolvimentos.

Convém ressaltar a diferença entre risco e perigo; o risco se atribui à decisão, enquanto que o perigo sofre atribuições externas. Neste sentido, afirma Luhmann³⁰ que quem fuma assume o risco de morrer de câncer, mas para os outros o câncer continua sendo um perigo.

Poder-se-ia dizer, então, que o fato de não se tomar decisões acerca do meio ambiente está resguardando a pessoa do risco. Ledo engano. Na sociedade em que se vive, o não decidir também simboliza uma decisão e, portanto, também é passível de gerar riscos. Vive-se um estado de incerteza. “[...] O risco coloca a importância de uma nova racionalidade para as tomadas de decisão nas sociedades complexas [...]. A sociedade contemporânea deve ser compatível com o paradigma das incertezas.”³¹

Para possibilitar a gestão dos riscos e perigos ecológicos, é necessário o uso de programações jurídicas como a prevenção e a precaução.

³⁰ LUHMANN, op. cit., 1992, p. 148.

³¹ ROCHA, Leonel Severo. Cultura, política e democracia. *Revista Trabalho e Ambiente*, Caxias do Sul, v. 1, p. 49, jan./jun. 2002.

É importante se ter em mente que a prevenção e a precaução são apenas ferramentas para a gestão dos riscos e perigos ecológicos, embora ainda seja crucial a criação de uma comunicação jurídica sobre o risco, capaz de legitimar as instâncias de decisão a tomarem decisões em conformidade com essa nova condição da sociedade contemporânea – o risco.

Conclui-se, com as sábias palavras de Morin:³² “A esperança sabe que o inesperado pode acontecer e que, na história, o improvável aconteceu com mais frequência que o provável. [...] A esperança não é certeza. A esperança do possível é gerada sobre o impossível”.

Referências

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BUTZKE, Alindo; ZIEMBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Caxias do Sul: EducS, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.
- CARVALHO, Délton Winter. Os riscos ecológicos e a sua gestão pelo Direito Ambiental. *Estudos jurídicos*, São Leopoldo: Unisinos, v. 39, n. 1, jan./jun. 2006.
- DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.
- FERREIRA, Heline Sivine. O risco ecológico e o princípio da precaução. In: FERREIRA, Heline Sivine; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LOUREIRO, João. *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência. Algumas questões juspublicistas*. Boletim da Faculdade de Direito. *Stvdia Ivridica* 61. Ad Honorem – 1. Coimbra: Coimbra, 2000.
- LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingência en la sociedad moderna*. Trad. de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Iberoamericana, 1992.
- MACHADO, Paulo Afonso Lemme. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MACHADO, Paulo Afonso Lemme. *Princípio da precaução*. Disponível em: <www.merconet.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2008.

³² MORIN, Edgar. *O método: ética*. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 198. v. 6.

MILARÉ, Édis. Princípios fundamentais do direito do ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, n. 756, p. 53-78, out. 1998.

MILLER, G. Tyler Jr. *Ciência ambiental*. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

MORIN, Edgar. *O Método: ética*. Porto Alegre: Sulina, 2005. v. 6.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

(In)segurança alimentar à luz da Lei 11.105/2005: a necessária tutela do bem ambiental

Querli Polo Suzin* – Marcia Andrea Bühring**

Resumo: É crescente a preocupação com a qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, fazendo parte desse processo uma alimentação saudável. A segurança alimentar atenta-se para saúde pública, primando por uma alimentação saudável. A Lei da Biossegurança deveria dar suporte a essa proteção do bem jurídico ambiental, mas seus instrumentos de controle de produção de alimentos geneticamente modificados (OGM) não priorizam a proteção do bem ambiental, mostrando-se insconstitucional em alguns aspectos. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor traz inovações na proteção do direito de informação do consumidor acerca dos produtos adquiridos, reforçando a utilização de medidas processuais para tutelar o bem jurídico ambiental. Sendo assim, o objetivo do presente estudo consiste na verificação dos instrumentos de tutela ao bem jurídico ambiental, especificamente no que se refere à segurança alimentar e aos alimentos transgênicos, bem como ao direito de ação do consumidor e a efetividade desse direito através das ações de tutela aos direitos difusos e transindividuais e da instrumentalidade do processo civil.

Palavras-chave: Segurança alimentar. Lei da Biossegurança. Organismos geneticamente modificados. Consumidor. Tutela processual ambiental.

1 Introdução

A preocupação em conciliar o desenvolvimento econômico à qualidade de vida representa um desafio para as presentes e futuras gerações, o que se reflete nas relações de consumo, principalmente quando se trata de segurança alimentar.

Visando dar maior segurança ao consumidor, o sistema jurídico brasileiro inovou nas últimas décadas, com a edição de normas que visam regulamentar o processo produtivo dos transgênicos em todas as suas fases, mas que ainda assim apresenta falhas que permitem que o caráter econômico se sobreponha aos interesses coletivos, em especial à tutela dos bens ambientais.

Sendo assim, compete à sociedade como um todo, seja em caráter individual ou coletivo, buscar meios que efetivar o direito constitucionalmente garantido ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para tanto, o objetivo deste estudo é verificar os instrumentos de tutela ao bem jurídico ambiental, especificamente no que se refere à segurança alimentar e aos

* Mestranda no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Tributário pela Uniderp-Anhangüera. Graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Professora na Faculdade de São Marcos. Advogada.

** Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2013). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) (2002). Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí) (1999) e Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí) (1996) Advogada. Professora na Universidade de Caxias do Sul (UCS) e na Pontifícia Universidade Católica (PUCRS). Atua em Direito Constitucional.

alimentos transgênicos, bem como ao direito de ação do consumidor e à efetividade desse direito, através das ações de tutela aos direitos difusos e transindividuais e da instrumentalidade do processo civil.

2 Segurança alimentar no Brasil

De acordo com o art. 3º da Lei 11.346, de 15 de julho de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan), segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

O tema da segurança alimentar transita por diversas temáticas como o da desigualdade social, da fome, da miséria, da desnutrição e da crise da produção de alimentos, os quais se valem de políticas públicas governamentais, que objetivam a redução dos níveis de pobreza em nosso país. Entretanto, segundo Maniglia, também é objeto do conceito de segurança alimentar o controle quanto à origem e à qualidade dos alimentos, por ser tratar de uma questão de saúde pública e ambiental.

No Brasil, é mais fácil ocupar-se da insegurança alimentar, da luta contra a fome, dos programas contra a miséria, da reforma agrária, da agricultura familiar, do que propriamente tratar dos temas “segurança alimentar”, “nutrição” e “saúde pública”. A abordagem tem de ser efetivada sob a ótica da exclusão social – problema maior, para, aos poucos, ir construindo o arcabouço ainda imaturo das políticas públicas propiciadoras de metas de redução da fome, desnutrição e doenças derivadas da miséria.¹

Reza a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” Trata-se do direito ao meio ambiente saudável, constitucionalmente garantido, vedando práticas que coloquem em risco a função ecológica do patrimônio ambiental, com o intuito de resguardar a vida em todas as suas formas.

¹ MANIGLIA, E. *As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar* [online]. São Paulo: Editora Unesp; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 10 ago. 2015. p. 153.

Ocorre que as inovações no setor de produção alimentícia, em especial no que se refere aos organismos geneticamente modificados, têm gerado diversas dúvidas aos consumidores desses alimentos, cuja normatização das inovações, a legislação não tem conseguido acompanhar para solucionar as problemáticas apresentadas, principalmente no que se refere às implicações que estas alterações genéticas podem gerar ao organismo humano a longo prazo.

Problemas relacionados ao consumo, à produção e circulação de alimentos tornaram-se temas frequentes, alertando consumidores e autoridades governamentais para o tema da segurança alimentar, principalmente pelos problemas de saúde hoje existentes e que, antigamente, em sistemas de produção sem uso em massa de agrotóxicos e de OGMs, não se vislumbravam, segundo Maniglia:

Ao longo dos anos, com a intensa migração urbana associada à industrialização acelerada e ao processo demodernização conservadora da agricultura, a situação agravou-se, chegando aos dias de hoje com os quadros já descritos de milhões de pessoas em situação crítica de penúria. Pode-se afirmar que são 500 anos de fome e deficiências nutricionais, aliadas, hoje, ao problema de obesidade, sobrepeso e complicações decorrentes de alimentação inadequada, como hipertensão arterial, osteoartrose, intolerância à glicose, diabetes mellitus, dislipidemia, diferentes tipos de câncer e doenças cardiovasculares. A hipertensão arterial assumiu o primeiro lugar como causa mortis proporcional desde a década de 1990.²

Ciente das graves consequências à saúde e dos problemas recorrentes devido a alergias e intolerâncias alimentares, a Anvisa publicou a Resolução – RDC 26, de 2 de julho de 2015, que dispõe sobre os requisitos para rotulagem obrigatória dos principais alimentos que causam alergias alimentares, visando dar maior compreensão ao consumidor acerca dos alimentos ingeridos, evitando agravamentos a sua saúde.

Em que pese os avanços obtidos ao longo das últimas décadas, o problema está muito longe de ser solucionado, quer pela falta de pesquisa e, portanto, certezas acerca dos malefícios advindos das alterações genéticas e uso massivo de agrotóxicos; quer por uma legislação branda, que permite que os interesses econômicos se sobreponham aos interesses coletivos, a exemplo da Lei da Biossegurança.

3 A Lei da Biossegurança e os organismos geneticamente modificados

As inovações no setor de produção alimentícia, em especial, no que se refere aos organismos geneticamente modificados, têm alertado consumidores e autoridades governamentais para o tema da segurança alimentar.

² MANIGLIA, op. cit., p. 154.

No Brasil foi editada a Lei 11.105, em 24 de março de 2005, que dispõe sobre normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados. Refere, ainda, a mencionada lei, em seu art. 1º, que a manipulação de OGM deve atentar para diretrizes de estímulo à biossegurança e biotecnologia, de proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e de observância ao princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Ocorre que o que se percebe é uma preponderância dos interesses econômicos sobre os bens ambientais e a saúde pública, aliado à falta de pesquisa para identificar eventuais malefícios que os OGMs e os agrotóxicos podem trazer para o organismo humano. Barros-Platiau refere:

O risco potencial ou os efeitos do consumo de OGM para o metabolismo humano ainda não foram cientificamente comprovados, o que, de uma certa maneira, justifica a inação política e jurídica. Enquanto não houver fetos mal-formados ou novos tipos de câncer, não há razão para se esperar que as autoridades políticas insiram medidas de precaução no mecanismo de tomada de decisão. Essa é exatamente a realidade política que várias ONGs e representantes da opinião pública se esforçam em mudar.³

É o que observa da Lei 11.105/2005, conhecida como Lei da Biossegurança, que prevê que o registro e a autorização de transgênicos no Brasil estão vinculados apenas a decisões técnicas da CNTBio, em flagrante afronta à Constituição Federal.

De acordo com Ferreira, a Lei 11.105/2005 ocorre em inconstitucionalidade quando afronta a competência comum dos Entes Federados na proteção ao meio ambiente, prevista no art. 23, inciso VI e VII da Carta Magna, subordinando-os às decisões técnicas da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio). Assim, impedir que estados e municípios exerçam função constitucionalmente garantida revela a inconstitucionalidade da lei.⁴

Outra arbitrariedade advinda da Lei da Biossegurança diz respeito à fragmentação do processo de licenciamento, alterando a forma prevista no Sistema Nacional do Meio

³ BARROS-PLATIAU; GRANJA, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias. Biotecnologias e biossegurança: fatores agravantes da desigualdade internacional? [online]. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 37 n. 145, jan./mar. 2000. Disponível em: <http://marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Meio_Ambiente_files/Ril%20Biotec.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2015. p. 124.

⁴ FERREIRA, Helene Sivini. *A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – UFSC, Florianópolis, 2008. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp058682.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2015.

Ambiente. De acordo com o Sisnama, instituído pela Lei 6.938/81, o licenciamento ambiental é ato privativo dos entes federados; entretanto, a Lei da Biossegurança permite que outros órgão não integrantes do Sisnama participem do processo de licenciamento ambiental.

Ferreira ainda critica a Lei 11.105/2005, quando está desconsidero o princípio da precaução e afasta a exigência do estudo prévio de impacto ambiental, para a introdução de OGM no meio ambiente, conforme dispõe o §1º do art. 14 da Lei de Biossegurança, vinculando órgãos e entidades da administração às suas decisões técnicas.⁵

Nota-se que tal deliberação afasta não somente estados e municípios de atividades de sua competência, mas também a sociedade como um todo, uma vez que a participação popular, através de audiências públicas, não está contemplada no texto legal, conforme assinala Ferreira.⁶

É nesse contexto que a Lei da Biossegurança traz para o consumidor e para o patrimônio ambiental certa insegurança acerca dos processos adotados na produção, no manejo, na comercialização e no descarte dos transgênicos e, por consequência, das implicações advindas do consumo destes produtos pelo ser humano e aos possíveis danos ocasionados ao meio ambiente, o que demanda mecanismos (ações constitucionais) que garantam a efetividade da tutela constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previstos no art. 225 da Constituição Federal.

4 Tutela ambiental constitucional: o Direito de Ação do consumidor, na defesa dos direitos individuais e coletivos

O direito à vida, direito individual previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, está associado ao direito à vida digna, inserido no art. 1º, inciso III, da Carta Magna. Nesse aspecto, a garantia a uma vida digna está associada à garantia da qualidade de vida, face o que dispõe o art. 225 da Constituição Federal, que também se destina aos direitos coletivos, dentre eles a proteção do solo, o patrimônio genético, a flora e a função socioambiental da propriedade; direitos muitas vezes violados no processo de monoculturas e que, portanto, merecem ser tutelados por nosso ordenamento jurídico brasileiro.

As garantias constitucionais supracitadas justificam a redação do art. 6º, inciso I, da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor), que coloca, como primeiro direito básico do consumidor, o direito à vida.

⁵ FERREIRA, op. cit.

⁶ Idem.

Do ponto de vista dos consumidores, a questão da segurança alimentar ganhou mais visibilidade após episódios como o que sucedeu com o mal da vaca louca (BSE – Encefalopatia Espongiforme Bovina), gripe aviária, as contaminações das carnes e do leite pelas dioxinas e os benzopirenos nas gorduras, evidenciando a necessidade de maior controle na produção agroalimentar.⁷

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor assegura, como direito ao consumidor, em seu art. 31, o acesso a informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa, sobre as características, qualidades, a quantidade, composição, o preço, a garantia, os prazos de validade e a origem dos produtos, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores, além de garantir que a publicidade dos produtos tenha como condição a disponibilidade de dados fáticos, técnicos e científicos, para informação dos legítimos interessados (parágrafo único do art. 36 do CDC), no caso, o consumidor.

Outrossim, o cumprimento do dever de informar, segundo Vieira, está amparado pela inversão do ônus da prova, no que se refere, por exemplo, à função da adequabilidade e suficiência das informações prestadas sobre os riscos à segurança e à saúde dos consumidores; na improbidade de informações acerca do uso do produto ou serviço; e no descompasso entre as informações constantes de publicidade, embalagem, rotulagem ou recipiente e a realidade de fornecimento do produto.⁸

O direito de informação também está previsto na Constituição Federal, que, em seu art. 220, dispõe: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão ea informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.” Ainda, o art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, estabelece, no inciso XIV, que o acesso à informação é assegurado a todos, devendo ser resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; e que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. (inciso XXXIII).

Todos esses respaldos legais legitimam o consumidor propor ação que vise assegurar direito que se refere à defesa de direitos difusos e transindividuais relativos ao patrimônio ambiental, através da Ação Popular, ou de ser representado, através da Ação Civil Pública, observados os respectivos alcances de cada remédio processual.

⁷ VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. A percepção do consumidor diante dos riscos alimentares: a importância da segurança dos alimentos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XII, n. 68, set. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6587>. Acesso em: 8 ago. 2015.

⁸ Idem.

4.1 Ação Civil Pública *versus* Ação Popular

No que se refere à legitimidade do consumidor para agir em nome próprio na defesa dos interesses difusos em matéria ambiental, a ação popular mostra-se o remédio processual adequado, conforme garante o art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal.

Outra possibilidade de defesa dos direitos transindividuais é a ação civil pública, através da qual o consumidor pode ser representado, conforme previsto no Constituição Federal, pelo Ministério Público (art. 129, inciso III), por entidades associativas (art. 5º, inciso XXI), organização sindical, entidade de classe ou associação (art. 5º, inciso LXX), ou, ainda, pessoas jurídicas da administração pública direta (União, estados, Distrito Federal e municípios) e indireta (autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista), conforme disposto na Lei 7.347/85 e art. 82, inciso II, do CDC, não cabendo ao consumidor, portanto, nestes casos, legitimidade para propor ação.

Para Silveira, a ação popular, mesmo que de suma importância, no que se refere à conquista do cidadão de exercer por si próprio o direito de defesa de bem público ou da coletividade, não possui o caráter reparatório que possui a ação civil pública.⁹

Sobre o alcance da ação civil pública, comparado ao da ação popular, Milaré complementa:

Nunca é demais lembrar que, em matéria ambiental, a ação civil pública e a ação popular têm características assemelhadas, mas não idênticas. Por um lado, ambas as modalidades de ação almejam a proteção dos interesses transindividuais da sociedade, e não o amparo do direito individual de seus autores, mesmo no caso dos interesses individuais homogêneos. Nesta última hipótese, embora estejam em jogo direitos individuais homogêneos, mas, ainda assim, individuais – não são interesses de titularidade do autor da ação, ou seja, da parte ideológica (uma associação ou o Ministério Público, por exemplo). Por outro lado, contudo, as partes legitimadas são diferentes, pois a ação civil pública ambiental só pode ser ajuizada por órgão público ou pessoa jurídica, como indicado, e ação popular ambiental só pode ser proposta por pessoa física, vale dizer, pelo cidadão que preencha os requisitos impostos pela lei (STF, Súmula 365). Mas há outro elemento importante a distingui-las: não tem a ação popular ambiental o tom de reparabilidade de que é dotada a ação civil pública ambiental. Bem se vê, no texto constitucional, que o provimento jurisdicional principal buscado por aquela é a “anulação do ato lesivo”.¹⁰

Rios ressalta que o poder reparatório presente na ação civil pública pode representar tanto o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, como a reparação de danos morais e patrimoniais, através de condenação pecuniária.¹¹

⁹ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014.

¹⁰ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 941-942.

¹¹ RIOS, Aurélio Virgílio Veiga Rios; IRIGARAY, Carlos Teodoro Huguency (Org.). *O direito e o desenvolvimento sustentável*. Curso de Direito Ambiental. São Paulo: IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

No entanto, para que se tenha eficácia substancial, Fensterseifer refere que, na proteção do bem jurídico ambiental, e não somente formal, é necessário a implementação de técnicas processuais que garantam a efetividade do comando condenatório.¹²

4.2 Tutela efetiva do direito do consumidor em matéria ambiental? Os desafios a serem superados no Processo Civil brasileiro

A jurisdicionalização do bem jurídico ambiental traz à tona a problemática da ideologia e da dogmática processual, verdadeiros obstáculos, no que diz respeito à efetivação da proteção do meio ambiente.

Para Lunelli, o caráter privatista que norteia o processo civil é um dos principais entraves para a efetiva tutela do bem jurídico ambiental. Para o autor “o bem ambiental reclama tutela diversa, livre das presilhas ideológicas e distanciada da dogmática processual”.¹³

Segundo Silveira, o processo civil brasileiro como um todo faz parte de um sistema jurídico-político-econômico, ou seja, visa garantir o exercício de um direito de propriedade moderno, de denegação do bem comum perante a onipotência do privado.¹⁴

Lunelli complementa que “compreender os institutos processuais contemporâneos, destinados a garantir o cumprimento das decisões judiciais é uma das possibilidades que podem contribuir para formação de um processo ambiental que, efetivamente, realize a proteção do bem ambiental”.¹⁵

Essa “maleabilidade”, que enseja a tutela do bem comum, pode estar presente no sistema *common law* do direito norte-americano, como nos ensina Marin: “Nos EUA, em face do sistema common law e da figura da class action, em geral, mesmo as demandas de caráter coletivo são interpostas por seus titulares, representados diretamente pelos procuradores ou por alguns dos prejudicados”.¹⁶

Para Lunelli, a efetivação da proteção do bem ambiental passa necessariamente pela libertação do processo civil de ideologias e da dogmática processual, sendo maleável quanto à estrutura processual, adotando medidas coercitivas como as

¹² 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, RS: Livraria do Advogado, 2008.

¹³ LUNELLI, Carlos Alberto. Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção do bem ambiental: a contribuição do contempt of court. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson (Org.). *Estado, meio ambiente e jurisdição*. Caxias do Sul, RS: Educus, 2012. p. 161.

¹⁴ SILVEIRA, op. cit.

¹⁵ LUNELLI, op. cit.

¹⁶ MARIN, Jeferson. A necessidade de superação da estandardização do processo e a coisa julgada nas ações coletivas de tutela ambiental. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson (Org.). *Estado, meio ambiente e jurisdição*. Caxias do Sul, RS: Educus, 2012. p. 186.

astreintes, admitindo a discricionariedade do juiz (na medida em que se apresenta o caso concreto), e no cumprimento efetivo da ordem judicial.¹⁷

5 Considerações Finais

O que se observa em termos de avanços da tutela ambiental é que, em que pese se disponibilize de instrumentos de garantia desses direitos, muito caminho ainda há de ser percorrido para que os bens ambientais tenham a devida e necessária proteção prevista em nossa Constituição Federal.

Apenas nas últimas décadas, o consumidor teve garantido o direito de informação acerca das características, qualidade, composição e origem dos alimentos, o que adveio do CDC, de modo que a conscientização ambiental desses cidadãos ainda está em formação.

Mas, mesmo para os mais atentos de seus direitos e da importância de se buscar uma vida saudável, os interesses econômicos, as mazelas do sistema processual e o alcance insuficiente das ações de tutela obstam que esses direitos sejam exercidos em sua amplitude.

Exemplo do massacre econômico sobre os interesses ambientais, a própria Lei da Biossegurança, que veio com o propósito de normatizar e assegurar o controle e fiscalização dos OGMs, desde sua produção, comercialização, até o seu descarte, apresenta situações em total descompasso com seu desígnio, como quando vincula o registro e a autorização de transgênicos no País, apenas às suas decisões técnicas (CTNio), retirando um direito que constitucionalmente era dos Entes federados.

Ainda, quando se pensa na apreciação do Judiciário, como último recurso na busca do seu direito, o consumidor fica limitado à proposição da Ação Popular, a qual não possui o caráter reparatório do dano ambiental, o que está previsto na Ação Civil Pública, mas que, no entanto, necessita da representação do Ministério Público, de entidades associativas, organizações sindicais, entidades de classe, associações, ou, ainda, de pessoa jurídica da administração direta ou indireta, o que retira a legitimidade do próprio consumidor agir em favor da tutela do bem ambiental.

Por fim, no que se refere às questões do processo civil, a rigidez imposta pela dogmática jurídica e a ideologia vinculada ao caráter privatista impedem o exercício da atividade discricionária do juiz e a atuação, de acordo com o caso em concreto, o que torna inviável, na maioria das vezes, o cumprimento da ordem judicial de proteção do bem ambiental.

¹⁷ LUNELLI, op. cit.

Referências

BARROS-PLATIAU; GRANJA, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias. Biotecnologias e biossegurança: fatores agravantes da desigualdade internacional? [online]. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília ano 37, n. 145 jan./mar. 2000. Disponível em:

<http://marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Meio_Ambiente_files/Ril%20Biotec.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. *Lei 11.105*, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNBe e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 8 ago. 2015.

BRASIL. *Lei 11.346*, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm>. Acesso em: 8 ago. 2015.

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, RS: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERREIRA, Helene Sivini. *A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – UFSC, Florianópolis, 2008. Disponível em:

<<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp058682.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2015.

LUNELLI, Carlos Alberto. Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção do bem ambiental: a contribuição do contempt of court. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson (Org.). *Estado, meio ambiente e jurisdição*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

MANIGLIA, E. *As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar* [online]. São Paulo: Ed. da Unesp; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

MARIN, Jeferson. A necessidade de superação da estandardização do processo e a coisa julgada nas ações coletivas de tutela ambiental. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson (Org.). *Estado, meio ambiente e jurisdição*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga Rios; IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney (Org.). *O direito e o desenvolvimento sustentável*. Curso de Direito Ambiental. São Paulo: IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. A percepção do consumidor diante dos riscos alimentares: A importância da segurança dos alimentos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 68, set. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6587>. Acesso em: 8 ago. 2015.

2 – Palestrantes

1

Leneamentos nas obrigações de dar ou entregar, de fazer e não fazer

Arnaldo Rizzardo*

1 Classificação das obrigações

Pelo sistema brasileiro, desde o Código Civil de 1916, as obrigações, quanto ao objeto, ostentam-se em três grandes grupos, discriminados na seguinte ordem: as obrigações de dar, as de fazer e as de não fazer.

Os conteúdos se misturam em alguns resquícios ou pontos. No significado de *fazer* sempre há algo que se dá. Na empreitada mista, exemplificativamente, não ingressa apenas a construção da obra, mas inclui-se o fornecimento de materiais, diferentemente daquela de simples mão de obra ou de labor. Na parceria, o contrato envolve o plantio e a entrega de parte da produção. Já no arrendamento, a característica dominante é dar.

Há contratos onde o *dar* se faz acompanhar do *fazer*. Exemplo típico está na compra e venda, visto que inerentes à figura a entrega da coisa e a imposição de responder pela evicção e pelos vícios redibitórios. Também na promessa de compra e venda, além de se comprometer o promitente vendedor a entregar um bem, fica obrigado a fazer a escritura definitiva.

A classificação tríplice das obrigações se insinuou em todo o direito brasileiro, a ponto de se formarem instrumentos para o seu cumprimento e sua execução, como se verifica no Código de Processo Civil, que disciplina a execução de dar ou entregar coisas certas e incertas, a execução de fazer e de não fazer (Livro II, Título II, do CPC/1973 e Parte Especial, Livro II, Título II, do novo CPC, introduzido pela Lei 13.105, de 16.3.2015, a entrar em vigor após um ano de sua publicação oficial, que ocorreu em 17.3.2015).

Mas o sistema brasileiro traz outras detalhações, tratando das obrigações alternativas, que se apresentam com uma pluralidade de prestações, assegurando ao devedor a escolha de uma delas. Desenvolve, também, as divisíveis e indivisíveis, nas quais existem vários titulares, com a possibilidade do cumprimento parcial, ou de parte delas. Na sequência, existe o disciplinamento das solidárias, aparecendo dois ou mais titulares de direitos e de obrigações, facultando-se o exercício por todos os sujeitos

* Desembargador aposentado e advogado

ativos ou por um apenas, e o cumprimento perante um dos obrigados ou perante a totalidade, ressalvado ao solvens ou àquele que cumpre o direito de regresso contra os demais, na parte proporcional resultante da divisão do encargo pelo número de responsáveis.

2 Obrigações de dar ou entregar – coisa certa

Como a própria palavra está a indicar, a obrigação de dar compreende a entrega de coisa.

Traz Clóvis a definição dada por Freitas, em seu “Esboço”: “Obrigação de dar é aquela cuja prestação consiste na entrega de uma coisa móvel ou imóvel, seja para constituir um direito real, seja somente para facultar o uso, ou, ainda, a simples detenção, seja, finalmente, para restituí-la ao seu dono”.

Exemplos de obrigações de dar

Aponta Shimura vários exemplos, devendo-se lembrar, no entanto, que se busca somente o cumprimento da sentença, se o título se baseou em decisão judicial:

“a) ‘A’ move uma ação de divisão (art. 946 do CPC), contra ‘B’ e ‘C’, igualmente condôminos de um imóvel. ‘B’ fica com a casa e os maquinários. ‘C’ fica com os 40% do terreno e com a criação de animais. Mas, ‘B’ é quem está na posse de todo o imóvel. Homologada a divisão, então, ‘A’ pode ingressar com execução para entrega de coisa certa (móvel ou imóvel);

b) em uma ação reivindicatória, ‘A’ pede o domínio do imóvel (lote) contra ‘B’. Proferida a sentença, se ‘B’ não entregar a coisa, ‘A’ fica autorizado a mover cumprimento de sentença para entrega de coisa;

c) após a quitação de veículo adquirido em consórcio, cabe ação de execução para entrega de coisa. Uma vez quitadas as prestações, subsistem a liquidez e a certeza da obrigação da administradora do consórcio em entregar o bem. O credor pode optar pela execução de entrega de coisa incerta. Depois do depósito, o bem fica individualizado (o número do chassi, a cor, o modelo, etc.);

d) contrato de compra e venda de 500 sacas de feijão soja, ou café beneficiado;

e) ação do herdeiro contra outro herdeiro/inventariante, para que faça a entrega de coisa que lhe coube na partilha (formal de partilha – arts. 475-N e 1.027 do CPC);

f) ação de cumprimento de promessa de doação, em que é reconhecido o direito à adjudicação;

g) ação de dissolução de sociedade para que um sócio entregue o bem partilhado a um outro sócio;

- h) ação para que o autor pignoratício devolva o bem objeto do penhor liquidado;
- i) ação para usufrutuário entregar a coisa ao fim do usufruto”.

O art. 475-N do Código de Processo Civil é tratado no art. 515, *caput*, incisos e parágrafos, do novo CPC. Já os citados arts. 946 e 1.027 correspondem aos arts. 569 e 655 do novo CPC, instituído pela Lei 13.105, de 16.3.2015, a entregar em vigor em 17 de março de 2016.

A execução

O procedimento para conseguir o cumprimento da obrigação de dar enquadra-se na parte do Código de Processo Civil, que disciplina a execução para a entrega de coisa certa. Desde que embasada em título que infunda certeza e liquidez, e se vencida a obrigação, presta-se para o acionamento por meio de execução de entrega de coisa certa.

Com efeito, reza o art. 621 do Código instrumental: “O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação, ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos.”

A matéria vem disciplinada, no novo CPC, no art. 806, com a seguinte redação: “O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, em 15 (quinze) dias, satisfazer a obrigação.”

Prazo de embargos

O prazo de embargos, no regime vigente, de conformidade com o art. 738, é de 15 dias. Eis a regra: “Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação.” Tal prazo restou mantido no art. 915 do novo CPC: “Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contado, conforme o caso, na forma do art. 231.”

Cumprimento da obrigação de entregar ou dar

Apenas se tiver por base título extrajudicial, a obrigação de dar ou entregar fica sujeita à execução em exame, porquanto, em havendo execução fundada em título judicial, basta pedir o cumprimento.

Embargos e segurança do juízo

Para embargar, não mais se faz necessário que esteja seguro o juízo, por força do art. 738 do CPC. O novo CPC, no art. 915, também não exige a segurança do juízo através de penhora ou outra garantia. Veja-se o dispositivo: “Os embargos serão

oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contado, conforme o caso, na forma do art. 231.”

Por sua vez, o art. 231 estabelece o começo do prazo: “Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:

I – a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;

II – a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça”.

Depósito da coisa

Em pretendendo o devedor efetuar o depósito, embora a tanto não se faça obrigatório, permite-se ao juiz que o nomeie como depositário, ou a terceira pessoa, no que se encontra apoio no art. 622 do atual CPC: “O devedor poderá depositar a coisa, em vez de entregá-la, quando quiser opor embargos”. Salienta-se que o prazo para o depósito é de 10 dias, contado “da juntada do mandado de citação”, conforme o art. 621. O novo CPC não trouxe disposição correspondente à prevista no art. 622.

É de 10 dias, pela razão de que o prazo constante, no art. 621, foi alterado para 15 dias unicamente para os embargos, conforme art. 738.

Mandado de imissão ou de busca e apreensão

Deve-se, ainda, levar em conta o art. 625 do CPC: “Não sendo a coisa entregue ou depositada, nem admitidos embargos suspensivos da execução, expedir-se-á, em favor do credor, mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se tratar de imóvel ou de móvel”.

No novo CPC, a possibilidade de imissão na posse pelo credor, caso não satisfeita a obrigação, vem prevista no § 2º do art. 806, lembrando que, na forma do *caput* do art. 806, o prazo para a satisfação da obrigação é de quinze dias: “Do mandado de citação constará ordem para imissão na posse ou busca e apreensão, conforme se tratar de bem imóvel ou móvel, cujo cumprimento se dará de imediato, se o executado não satisfizer a obrigação no prazo que lhe foi designado”.

Efeito suspensivo aos embargos

Existe a possibilidade de se conceder o efeito suspensivo aos embargos, em vista da regra geral constante do § 1º do art. 739-A do atual Código, o que vem repetido no § 1º do art. 919 do novo CPC.

Tanto no sistema vigente, como no novo Código de Processo Civil, para se conceder o efeito suspensivo uma das condições consiste no depósito da coisa ou na garantia do juízo.

Veja-se o art. 739-A ao Código de Processo Civil: “Os embargos do executado não terão efeito suspensivo”. A disposição se repete no art. 919 do novo CPC.

Somente em casos especiais, abre-se a possibilidade de dar efeito suspensivo, na letra do § 1º: “O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”. O novo CPC, no § 1º do art. 919, tem regra semelhante: “O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”.

Se não encontrado o bem

E não se encontrando o bem com o devedor, ou o tendo ele alienado?

Expede-se mandado de busca junto ao detentor, ou adquirente, segundo o art. 626 (art. 808 do novo CPC, com o mesmo sentido): “Alienada a coisa quando já litigiosa, expedir-se-á mandado contra o terceiro adquirente, que somente será ouvido depois de depositá-la”.

Cumprido o mandado, cabem os embargos, tanto os ajuizados pelo detentor como os apresentados por terceiro, sendo que, quanto ao devedor, inicia o prazo a partir da citação. Mas, para tanto, indispensável a intimação. Não se admite a subtração do direito à defesa, que está assegurado no próprio art. 626 (art. 808 do novo CPC), ao prever que o adquirente somente será ouvido depois de depositar a coisa.

Indenização ou ressarcimento

Não se operando o oferecimento do bem em depósito, e sem resultado o mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, fornece-se uma estimativa do valor, ou pede-se o arbitramento e outras formas de se chegar à avaliação, para, então, citar-se novamente o devedor, a fim de que satisfaça a quantia devida, em três dias, sob pena de penhora e avaliação. Se procedida a penhora, segue a execução o procedimento estabelecido para a execução de quantia certa.

Benfeitorias na coisa

Se a coisa a ser entregue contiver benfeitorias feitas pelo devedor ou por terceiros, devem ser indenizadas, conforme art. 628 (art. 810, e seu parágrafo único, do novo CPC, com redação modificada, mas mantendo o regramento): “Havendo benfeitorias indenizáveis feitas na coisa pelo devedor ou por terceiros, de cujo poder ela houver sido tirada, a liquidação prévia é obrigatória. Se houver saldo em favor do devedor, o credor o depositará ao requerer a entrega da coisa; se houver saldo em favor do credor, este poderá cobrá-lo nos autos do mesmo processo”.

Assim, uma vez oferecida em depósito a coisa, ou efetuada a busca e apreensão, abrem-se ensanchas para a apresentação dos competentes embargos de retenção, com a posterior avaliação nos próprios autos de embargos, através de perícia, se exigida pelas partes, para a finalidade de encontrar o valor das benfeitorias, e a devida compensação de seu valor com o dos frutos, em vista do § 1º do art. 745 do CPC (§ 5º do art. 917 do novo CPC).

Outro aspecto importante. Observe-se a redação do § 1º do art. 627 (§ 1º do art. 809 do novo CPC), que se transcreve: “Não constando do título o valor da coisa, ou sendo impossível a sua avaliação, o exequente far-lhe-á a estimativa, sujeitando-se ao arbitramento judicial”. Ou seja, dará o exequente o valor da coisa, ou da obrigação sujeita à execução. Em princípio, pois, não se apresenta estritamente necessário o arbitramento, ou a avaliação.

Tutela específica na obrigação de dar ou entregar

A tutela específica na obrigação de dar ou entregar veio introduzida pela Lei 10.444, de 7.5.2002, sendo que já existia na obrigação de fazer ou não fazer, vinda com a Lei 8.952, de 13.12.1994.

Ficaram acrescentados o art. 461-A e seus §§ 1º, 2º e 3º ao Código de Processo Civil. No novo CPC a matéria se encontra no art. 498 e em seu parágrafo único.

A disciplina envolve a entrega de coisa certa ou incerta.

A tutela específica constitui-se de um conjunto de medidas com a finalidade de tornar efetivas as obrigações de dar ou entregar, inclusive com o deferimento liminar da tutela.

Dentre outras medidas, liminarmente o juiz poderá determinar a remoção dos bens para o poder do credor; ou faculta-se, para constranger a cumprir, fixar uma multa, ou determinar a busca e apreensão do bem móvel objeto da obrigação, e a imissão de bem imóvel. Todavia, no processo de conhecimento não se impede que o juiz conceda a tutela antecipada, na previsão do art. 273 do Código de 1973, e a tutela provisória, no regramento do art. 294 e seu parágrafo único, do novo CPC.

Nota-se, pois, que existe uma ação ordinária de cognição, de conhecimento, na qual o credor expõe o seu direito, salientando a falta de cumprimento. Pede-se que, na sentença, seja determinado o cumprimento, com as possíveis medidas que garantam a satisfação, ou que constringam o devedor a atender àquilo a que se comprometeu. Dados os graves prejuízos que advêm da falta de cumprimento, liminarmente solicita-se ao juiz que ordene a entrega imediata, ou o depósito, ou o fornecimento de um produto.

É importante que se veja o regramento. Estatui o art. 461-A (art. 498 do novo CPC): “Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação”.

Por conseguinte, a medida consistirá, em seu primeiro momento, na fixação de prazo para o cumprimento da obrigação.

O § 1º do art. 461-A (parágrafo único do art. 498 do novo CPC) cuida da tutela específica na entrega de coisa incerta: “Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz”.

A indicação abrangerá o gênero e a quantidade. Assim, tantas sacas de um produto, com a indicação do tipo e demais características.

Não atendida a determinação, apresenta o § 2º a providência que cabe: “Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel”.

O novo CPC cuida da matéria no art. 538, quando disciplina o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de dar ou entregar coisa. Eis o dispositivo: “Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel”.

De acordo com o § 3º (sem equivalência no novo CPC), aplicam-se à tutela específica de entrega ou de dar as regras relativas à tutela específica na obrigação de fazer ou não fazer, constantes dos §§ 1º a 6º do art. 461 (as matérias previstas nos §§ 1º e 2º do art. 461 vêm tratadas nos arts. 499 e 500 do novo CPC, sendo que o § 3º do art. 461 não possui equivalência no novo CPC, e a matéria tratada nos §§ 4º e 5º está disciplinada nos arts. 537 e 536, § 1º, do novo CPC), e que consistem nas seguintes medidas: a conversão da obrigação de dar em perdas e danos; a incidência concomitante em multa; a imediata busca e apreensão de móveis ou imissão de posse em imóveis, ou qualquer outra providência que dê garantia aos bens; a imposição de multa diária a requerimento do credor ou de ofício; a imposição de providências como a retirada do

bem do poder do devedor e sua remoção ou seu recolhimento para local seguro; a redução ou elevação e a modificação da periodicidade da multa, caso verificar que se tornou insuficiente ou excessiva.

3 Obrigações de dar ou entregar – coisa incerta

Coisa incerta

A entrega de algo não perfeitamente considerado em sua individualidade, compreendido no gênero dos bens a que pertence, há então a obrigação de entregar coisa incerta. Não se considera o bem em sua estrutura individuada, mas no conjunto em que está incluído. Assim, por exemplo, a obrigação do comerciante que vendeu duzentas sacas de açúcar, de determinada marca. Acerta-se um negócio de venda de cereais – sacas de arroz, de feijão, de soja, de milho, e especifica-se o tipo de produto, como de primeira qualidade, com tal grau de umidade, ou de seleção de grãos.

As coisas incertas são fungíveis, isto é, incluem-se naquelas que podem ser substituídas por outras da mesma espécie, qualidade e quantidade – art. 85 do Código Civil.

Direito à escolha pelo devedor

Na obrigação de dar coisas incertas, ao devedor cabe o direito da escolha. Ele efetuará a seleção do produto ou dos bens para serem entregues ao credor, se nada prever o contrato. Tal a regra constante do art. 244 do Código Civil: “Nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação; mas não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor”.

Execução da obrigação de dar coisa incerta

A matéria está regulada no Código de Processo Civil, entre os arts. 629 e 631 (arts. 811 a 813 do CPC/2015).

O primeiro deles indica a quem compete a escolha: “Quando a execução recair sobre coisas determinadas pelo gênero e quantidade, o devedor será citado para entregá-las individualizadas, se lhe couber a escolha; mas se essa couber ao credor, este a indicará na petição inicial”. O art. 811 do novo CPC mantém o mesmo sentido.

Prazo para o cumprimento

Em qual prazo cumprirá o devedor a obrigação? Há omissão, na parte específica do Código de Processo Civil que trata do assunto, a respeito. Entrementes, por força de

seu art. 631 (art. 813 do novo CPC), aplicando-se as normas que regem a entrega de coisa certa, será de quinze dias o prazo, contado da juntada do mandado aos autos, para o atendimento do conteúdo da citação, conforme prevê o art. 621 (art. 806 do novo CPC) e em face do art. 738 (art. 915 do novo CPC).

Impugnação da escolha

Cumprida ou não a obrigação, no prazo de 48 horas faculta-se a impugnação da escolha procedida. Assim prevê o art. 630 da lei instrumental civil: “Qualquer das partes poderá, em 48 (quarenta e oito) horas, impugnar a escolha feita pela outra, e o juiz decidirá de plano, ou, se necessário, ouvindo perito de sua nomeação”. Pelo art. 812 do novo CPC, o prazo passa a ser de 15 dias.

Conta-se o prazo da juntada do mandado de citação.

O prazo de 48 horas (15 dias pelo art. 812 do novo CPC) conta-se do primeiro dia útil seguinte à intimação da juntada ao processo do mandato cumprido.

Já o devedor impugnando a escolha, antes de entregar a coisa, se discordar da indicação, terá o prazo de 48 horas (15 dias pelo novo CPC) da juntada do mandato de citação. Somente depois de decidida a controvérsia transcorrerá o lapso de tempo de 10 dias para a entrega (15 dias pelo novo CPC).

Havendo impugnação, deverá o juiz decidir sobre qual a coisa. Para tanto, valer-se-á de perito, encerra o art. 630 (art. 812 do novo CPC).

Como se percebe, está-se, aí, numa primeira fase do processo de execução. Cumprindo-se o mandado, ou entregue espontaneamente a coisa, sem embargos, encerra-se o feito.

Apresentação de embargos

Mas, se não cumprido, ou se cumprido, houver embargos?

Nestas situações, prevê o seguinte o art. 631 do CPC (art. 813 do novo CPC): “Aplica-se à execução para entrega de coisa incerta o estatuído na seção anterior”. Por outras palavras, segue-se o procedimento para a entrega de coisa certa.

A entrega ou o depósito não se coloca como condição para os embargos (art. 738 do CPC e art. 915 do novo CPC). A citação é para fazer a entrega, ou o depósito, e para embargar, não mais se exigindo a imissão ou a apreensão e, muito menos, o depósito da coisa.

De regra, não serão os embargos recebidos no efeito suspensivo, constando de seu art. 739-A a concessão de tal efeito unicamente quando relevantes os seus fundamentos, com a possibilidade de causar a imissão ou apreensão grave dano de difícil e incerta reparação, e desde que a execução esteja garantida por penhora, depósito ou caução

suficientes. O novo CPC contempla a matéria no § 1º do art. 919, em termos diferentes: “O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”.

A tutela provisória, no novo CPC, vem introduzida nos arts. 294 a 299, destacando-se a redação do art. 294: “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”.

Se não entregue a coisa

E se não entregue ainda a coisa?

A solução está no art. 625 do CPC (matéria tratada no § 2º do art. 806 do novo CPC: “Do mandado de citação constará ordem para imissão na posse ou busca e apreensão, conforme se tratar de bem imóvel ou móvel, cujo cumprimento se dará de imediato, se o executado não satisfizer a obrigação no prazo que lhe foi designado”). Ou seja, procura-se a mesma mediante mandado de imissão de posse ou de busca e apreensão, conforme tratar-se de bem imóvel ou móvel.

No caso de não localização, ou alienada a coisa para terceiro, ou mesmo tendo-se perdido (possibilidade esta remota, por envolver geralmente bem fungível), nos moldes do art. 627 (art. 809 do novo CPC) procede-se à liquidação da obrigação, transformando-se, depois, em execução por quantia certa contra devedor solvente. Dispensa-se o arbitramento ou a liquidação por perícia se há estimativa idônea, ou se possível a simples avaliação.

4 Obrigações de fazer

***Fazer* em direito das obrigações**

O sentido de *fazer* compreende a ideia de prestação, de trabalho, de ação. Há um ato do devedor que deve ser feito. Está ele preso a um compromisso. Cumpra-lhe que preste um serviço.

O conteúdo da obrigação de fazer

Ampla é o campo destas obrigações, estendendo-se em vários setores, que podem ser discriminadas, exemplificativamente:

- a) obrigação de cunho contratual, ou que nasce de um contrato. Aí temos *fazer* uma empreitada, *desempenhar* mandato, *locar* um imóvel, e assim por diante;
- b) obrigação de prestar serviços, envolvendo mais trabalhos físicos, como construções, limpeza, consertos;

c) obrigação de prestar um fato, isto é, de outorgar uma escritura pública, de assinar um título cambial, de elaborar um instrumento contratual;

d) obrigação de realizar obras, constituídas de atividade física e de fornecimento, como na construção de casa, com o emprego de materiais;

e) obrigação de atividade eminentemente imaterial, exigindo-se o engenho, a arte, a inteligência, a cultura;

f) obrigação decorrente da lei ou dos fatos da vida, citando-se a prestação de assistência econômica e alimentar aos familiares, o oferecimento de instrução aos filhos, o atendimento médico e hospitalar.

Execução da obrigação de fazer

Anota-se que se está tratando da obrigação de fazer não decorrente de uma sentença, eis que, então, há o cumprimento da sentença, a teor do art. 475-I do CPC (art. 513 do novo CPC), seguindo-se o procedimento estabelecido no art. 461 e seus parágrafos do CPC (art. 497 do novo CPC).

O art. 632 do Código de Processo Civil (art. 815 do CPC de 2015) cuida da citação na obrigação de fazer: “Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe assinar, se outro não estiver determinado no título executivo”.

Para viabilizar esta execução, cumpre respaldar o pedido sempre em um título extrajudicial. No caso, sobressaem “a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores” (art. 585, inciso II, do CPC de 1973; e incs. II e III do art. 784 do novo CPC).

Cumprimento da obrigação pelo devedor

Poderá o devedor cumprir a obrigação, omitir-se ou ficar inerte, ou opor-se à execução.

Em cumprindo, opera-se a realização do desiderato da execução, ouvindo o juiz a parte credora em dez dias, dando por cumprida a obrigação. Reza o art. 635 do CPC (art. 818 do novo CPC, com o mesmo prazo): “Prestado o fato, o juiz ouvirá as partes no prazo de dez dias; não havendo impugnação, dará por cumprida a obrigação; em caso contrário, decidirá a impugnação”.

Se parcial o cumprimento, ou simplesmente interrompendo-se o andamento, resta ao credor exigir que prossiga a execução – art. 636: “Se o contratante não prestar o fato no prazo, ou se o praticar de modo incompleto ou defeituoso, poderá o credor requerer

ao juiz, no prazo de 10 (dez) dias, que o autorize a concluí-lo, ou a repará-lo, por conta do contratante”. O art. 819 do novo CPC dispõe em tanto diferentemente, pressupondo que o credor contratara a obrigação junto a terceiro, dada a deficiência revelada na confecção pelo devedor: “Se o terceiro contratado não realizar a prestação no prazo ou se o fizer de modo incompleto ou defeituoso, poderá o exequente requerer ao juiz, no prazo de 15 (quinze) dias, que o autorize a concluí-la ou a repará-la à custa do contratante”.

Prescreve o parágrafo único do citado art. 636: “Ouvido o contratante no prazo de cinco dias, o juiz mandará avaliar o custo das despesas necessárias e condenará o contratante a pagá-lo” (parágrafo único do art. 819 do novo CPC, ampliando o prazo para 15 dias).

Transitada em julgado a decisão que fixa o valor, surge aí a execução por quantia certa. Seguirá, então, a execução com a citação para pagar em três dias sob pena de penhora, e os demais atos elencados no art. 652, e seus parágrafos, do CPC (art. 827 e parágrafos do novo CPC).

Execução por terceiro

Ressalte-se, de início, o art. 634 do Código de Processo Civil (art. 817 do novo CPC): “Se o fato puder ser prestado por terceiros, é lícito ao juiz, a requerimento do credor, decidir que aquele o realize à custa do executado”.

O cumprimento passará para terceiro se houver recusa do devedor. A possibilidade também é assegurada pelo art. 249 do Código Civil: “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível”.

Para tanto, colhe-se proposta de terceiro.

Estabelece o art. 635 do CPC (art. 818 do novo CPC), a respeito:

“Prestado o fato, o juiz ouvirá as partes no prazo de dez dias; não havendo impugnação, dará por cumprida a obrigação; em caso contrário, decidirá a impugnação”.

Execução da obra pelo exequente ou credor

Definido o valor da obra ou do serviço, nada proíbe que o próprio exequente proceda à sua execução. Todavia, desde que o custo não ultrapasse ou o valor manifestado por proposta de terceiro, ou a estimativa a que se chegou em perícia. Para tanto, indispensável, antes, que se tenha a proposta e, se com ela discordar o executado, o resultado da perícia.

O art. 637 (art. 820 do novo CPC) disciplina a preferência do exequente ou credor: “Se o credor quiser executar, ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessários à prestação do fato, terá preferência, em igualdade de condições de oferta, ao terceiro”.

Em tais condições, cabe a adjudicação ao credor da prestação do serviço ou da obrigação de fazer, que se exercerá no prazo de cinco dias, nos termos do parágrafo único (parágrafo único do art. 820 do novo CPC): “O direito de preferência será exercido no prazo de cinco dias, contados da apresentação da proposta pelo terceiro (art. 634, parágrafo único)”.

Liquidação das perdas e danos e execução

Preferindo o credor a indenização nas perdas e danos, como faculta a segunda parte do art. 633 do CPC (art. 816 do novo CPC), exige-se uma liquidação mais pormenorizada para apurar o valor.

O parágrafo único do art. 633 (parágrafo único do art. 816 do novo CPC) ordena a liquidação: “O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa”.

Execução de obrigação infungível

Obrigação infungível é aquela que não pode ser sub-rogável. De acordo com o art. 247 do Código Civil, “incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”.

Há casos em que se torna impossível a execução da obrigação de fazer sem culpa do devedor. Várias as situações, como doença do devedor, viagem inesperada, interrupção do único caminho por onde deveria passar para chegar-se ao local do cumprimento, falta de materiais no comércio necessários para a obra, proibição da atividade pelo Poder Público.

Procurando resolver as situações, em termos de responsabilidade, prescreve o art. 248 do Código Civil: “Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do dele, responderá por perdas e danos”.

O art. 638 do Código de Processo Civil (art. 821 do novo CPC) trata da responsabilidade quando da recusa em cumprir. Caberá a execução consubstanciada em uma petição, dirigida ao juiz, onde se pede que mande o devedor fazer o prometido, num determinado prazo, sob pena de pagar as perdas e danos decorrentes.

Cita-se o devedor, que poderá comparecer aos autos para simplesmente expor que não lhe interessa desempenhar a obrigação, ou embargar, tendo, para tanto, o lapso de quinze dias.

O parágrafo único do art. 638 (parágrafo único do art. 821 do novo CPC) traça as normas para o ressarcimento: “Havendo recusa ou mora do devedor, a obrigação pessoal do devedor converter-se-á em perdas e danos, aplicando-se outrossim o disposto no art. 633”.

Execução da obrigação de emitir ato de vontade

Trata-se, aqui, da obrigação de cumprir uma declaração, ou de completar um ato de vontade a que se comprometera alguém, havendo a previsão legal de substituir-se tal ato por decisão judicial. Desde que recusado o cumprimento, a parte ingressa com a execução de fazer, para que uma decisão do juiz substitua o ato esperado, caso haja negativa do devedor. É o caso de quem prometera outorgar uma escritura, ou prestar uma fiança, ou lavrar um contrato de locação. Exemplo típico e clássico desta espécie é a promessa de compra e venda de lote, regulada pela Lei 6.766, de 1977, no art. 25; ou de terreno não loteado, estando a autorização no Decreto-lei 58, de 1937, art. 22.

Estatui o art. 466-A do CPC, na redação da Lei 11.232, de 22.12.2005: “Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”.

O novo CPC, no art. 501, abrangendo o conteúdo dos arts. 466-B e 466-C do CPC de 1973, assim dispõe: “Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”.

Como se percebe, em face do texto do art. 466-A, é indispensável a sentença, que, no entanto, por se tratar de processo de execução, isto é, de já haver título, consistirá, v.g., no simples ordenar do registro, ou no declarar que o devedor passa a ser fiador. Uma vez transcorrido o prazo concedido, e diante da inércia do devedor, expedir-se-á um mandado para o registro da promessa como compra e venda, ou para se elaborar o contrato em que se averbará a constituição da fiança, acompanhando cópia da decisão que considerou regular o contrato, reconheceu o inadimplemento, e manda suprir a declaração de vontade.

Multa em execução de título extrajudicial

Primeiramente, lembra-se que existe a obrigação de fazer e não fazer oriunda de convenção ou contrato, sendo o exercício do direito buscado mediante a execução de

título extrajudicial, e há a obrigação decorrente de sentença, formalizando-se a satisfação da obrigação mediante o cumprimento de sentença.

Quanto à primeira obrigação, estabelece o art. 645, do CPC de 1973: “Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida”.

Regra equivalente encontra-se no art. 814, do novo CPC: “Na execução de obrigação de fazer ou de não fazer fundada em título extrajudicial, ao despachar a inicial, o juiz fixará multa por período de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida”.

Ainda sobre esta execução de título extrajudicial, há a possibilidade de redução da multa pelo juiz – regra inserida no parágrafo único, do art. 645 do CPC de 1973: “Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo”. Repete-se a disposição no parágrafo único, do art. 814 do novo CPC: “Se o valor da multa estiver previsto no título e for excessivo, o juiz poderá reduzi-lo”.

A tutela específica em processos de ações relativas às prestações de fazer e não fazer

Em ações cujo objeto é a obrigação de fazer ou não fazer, autoriza-se a concessão de tutela específica, disciplinada no art. 461 e em seus parágrafos do CPC de 1973.

No novo CPC, o regramento da tutela específica consta em seus arts. 497 a 500.

Eis as regras da tutela específica, constantes do art. 461 e de seus parágrafos:

“Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior, ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

Percebe-se que, no art. 461, consta expressa a destinação da tutela específica à ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

O novo CPC trata do assunto, no art. 497, e em seu parágrafo único, assim redigidos:

“Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

Nos arts. 536 e 537 do mesmo novo CPC existem extensas regras, podendo-se invocar a sua aplicabilidade às obrigações no curso de seu cumprimento.

Mesmo a tutela antecipada (ou provisória no novo CPC) é suscetível de incidir, se atendidas as exigências para a aplicação.

A tutela específica no cumprimento de sentença de obrigação de fazer e não fazer

A tutela específica revela-se também apropriada quando do cumprimento de sentença, e desde que não concedida na mesma. Todavia, se já deferida, não se impede a alteração e a variação, com o deferimento de medidas novas e propícias a alcançar o desiderato do cumprimento. As regras são as do art. 461 do CPC. Pode-se afirmar que, pelo regime do Código de Processo Civil de 1973, está contemplado o mesmo procedimento para a ação de obrigação de fazer ou não fazer (como consta no *caput* do art. 461) e para o cumprimento de sentença. Tanto que seu art. 644 também é expresso relativamente ao cumprimento, impondo-se a transcrição: “A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo”.

Já o novo CPC tem uma discriminação e um procedimento próprios nos arts. 536 e 537 para o cumprimento de sentença, que se estendem também à obrigação de entregar coisa, conforme o § 3º de seu art. 538, na ordem que segue:

“Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º. Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º. O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º. O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

§ 5º. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I – se tornou insuficiente ou excessiva;

II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º. O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º. A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos incisos II ou III do art. 1.042.

§ 4º. A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Art. 538, § 3º: “Aplicam-se ao procedimento previsto neste artigo, no que couber, as disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer”.

A título exemplificativo, algumas medidas estão descritas no § 5º do art. 461 (matéria tratada no art. 536, § 1º, do novo CPC): imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva.

Outras existem, no que já reconheceu o STJ no REsp 890.441/RS, da 1ª T., j. em 13.3.2007, DJU de 2.4.2007: “Com efeito, o art. 461, § 5º, do CPC, ao referir que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, ‘determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas ou cousas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial’, apenas previu algumas medidas cabíveis na espécie, não sendo, contudo, taxativa a sua enumeração”.

Nota-se, pois, que existe uma ação ordinária de cognição, de conhecimento, ou uma execução, onde o credor expõe o seu direito, salientando a falta de adimplemento. Pede-se que seja determinado o cumprimento, com as possíveis medidas que garantam a satisfação, ou que constringam o devedor a atender àquilo a que se comprometeu.

Relativamente ao valor, não se admite que seja maior que a obrigação principal, até por uma questão de bom senso, conforme muito bem está demonstrado no seguinte aresto: “É possível a redução das astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, fixada a sua limitação ao valor do bem da obrigação principal, evitando-se o enriquecimento sem causa”. (REsp 947.466/PR, DJ de 13.10.2009).

Relativamente à concessão de liminar, com fulcro no § 3º do art. 461 (o novo CPC é omissivo quanto ao momento da concessão da tutela, depreendendo-se, no entanto, de seu art. 536 que a medida pode ser aplicada em qualquer momento), ensina Dinamarco: “Sem embargo de algumas diferenças de redação, o § 3º do art. 461 associa-se ao sistema de antecipação de tutela jurisdicional, estruturado no novo art. 273 do Código de Processo Civil. Tem-se aqui a outorga da própria tutela pedida e a ser concedida em sentença se o pedido proceder – e não medidas outras, instrumentais e destinadas somente a proteger a eficácia daquela. Como ‘antecipação de tutela específica’, essa de que cuida o § 3º visa a pôr o titular de direito no gozo da própria situação final sonhada pelo obrigado e postulada no petitum”.

5 Obrigações de não fazer

O dever de se abster

Consistindo a obrigação de não fazer na manifestação da vontade, em um negócio jurídico, em que se obriga um dos contratantes a se abster de ações, depreende-se que grande é a quantidade de figuras jurídicas com tal vinculação. Realmente, no Código Civil há vários institutos que levam a obrigar-se alguém a respeitar os direitos, e, portanto, a omitir atos positivos. A título de exemplos, parte-se da servidão, considerada a figura clássica da obrigação de não fazer.

Com efeito, estatui o art. 1.378, do Código Civil, quanto ao proprietário do prédio serviente: “A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis”. Porque proporciona utilidade a um outro prédio, decorre a obrigação de permitir a utilização. O cerne da obrigação de não fazer está justamente em abster-se de impedir o proveito da utilidade do prédio serviente.

Também o art. 1.383 revela tipicidade neste tipo de obrigação: “O dono do prédio serviente não poderá embaraçar de modo algum o exercício legítimo da servidão”.

Já na própria locação, nos diplomas que a regulam, sempre aparece a proibição de ceder ou sublocar, como reza o art. 13 da Lei 8.245, de 1991: “A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador”.

Relativamente às sociedades simples, não pode o sócio ceder a estranhos a sua quota sem o consentimento dos demais sócios, na redação do art. 1.003 do Código Civil: “A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade”.

No próprio depósito, há a proibição de utilização do bem e de dar a depósito de outrem, art. 640 do mesmo Código: “Sob pena de responder por perdas e danos, não poderá o depositário, sem licença expressa do depositante, servir-se da coisa depositada, nem a dar em depósito a outrem”.

No contrato de seguro, de acordo com o art. 768, na sua vigência, “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”, o que importa no dever de abster-se das condutas que propiciam o risco, como frequentar locais de perigo, ou estacionar o veículo em via infestada de marginais.

Desfazimento do ato e perdas e danos

Se o devedor praticar o ato, decorre ao credor o direito de exigir o desfazimento, à custa daquele, e de procurar o ressarcimento pelas perdas e danos.

O art. 251, do Código Civil, não enseja dúvidas: “Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos”.

Execução da obrigação de não fazer

A disciplina está nos arts. 642 e 643 do Código de Processo Civil (arts. 822 e 823 do novo CPC).

Dispõe o art. 642 (art. 822 do novo CPC): “Se o devedor praticou o ato a cuja abstenção estava obrigado pela lei ou pelo contrato, o credor requererá ao juiz que lhe assine prazo para desfazê-lo”.

Portanto, encaminhando a execução, e descrevendo o que ocorreu e aquilo que se pretende, requer-se a execução, consistente em desfazer, num prazo razoável e suficiente para desmanchar, ou demolir, ou destruir, ou desconstituir a ação ou obra indevidamente levada a efeito. Mas ao juiz cabe aferir o prazo, delongando-o, se necessário.

Até aí não surgem maiores dificuldades. Lançado o pedido, e recebendo a ordem o devedor poderá atender a determinação. Mostrando-se satisfeito o credor, dá-se o cumprimento, com a extinção do processo, como estabelece o art. 794, inciso I, do CPC (inc. II do art. 924 do novo CPC).

Uma vez não atendido por inteiro o ordenado, ou cumprido insatisfatoriamente, irá o credor completar o que falta. Seguem-se os trâmites do art. 643 (art. 823 do novo CPC).

Naturalmente, imprescindível que venha o título executável, consistente de um contrato. Se o título se originou de ação de conhecimento, a pretensão obstativa é buscada através de cumprimento de sentença.

Mesmo em uma norma legal permite-se o embasamento da execução. Se o dever à abstenção decorre de uma servidão, a infração enseja que se execute com base no dispositivo do Código Civil que manda o prédio serviente servir ao dominante – art. 1.383 do CC.

No despacho do juiz, ficará constando, além do prazo, a cominação ou a consequência no caso de desobediência ao ordenado:

– o desfazimento se procederá pelo credor, às expensas dele, devedor, com exigibilidade das perdas e danos;

– ou a responsabilidade do devedor pelo ressarcimento, se impossível o desfazimento.

O teor do ordenado se trasladará no mandado, a fim de que fique cientificado o destinatário do que lhe cabe.

Outrossim, imprescindível se advirta do prazo para os competentes embargos.

Como se desenvolverá a execução?

Observa-se, por primeiro, o art. 643 (art. 823 do novo CPC): “Havendo recusa ou mora do devedor, o credor requererá ao juiz que mande desfazer o ato à sua custa, respondendo o devedor por perdas e danos”.

É necessário que se faça uma vistoria, ou verificação in loco, para constatar e estimar os custos. Mais acertado será a avaliação através de perícia, com a participação do devedor, se não se fez revel, isto é, se está representado nos autos.

Mas, se impossível desfazer o ato, a única solução assenta-se sempre na indenização por perdas e danos, como preconiza o parágrafo único do art. 643: “Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos”. No novo CPC, a matéria está prevista no parágrafo único do art. 823, com o adendo de que “após a liquidação, se observará o procedimento de execução por quantia certa”.

6 A defesa na execução de entregar ou dar coisa certa ou incerta e de fazer e não fazer

A defesa por meio de embargos

Em todos os processos de execução, o meio comum de defesa se instrumentaliza mediante os embargos. Não que inexistam outros caminhos, como a exceção de pré-executividade e a ação anulatória, se verificadas nulidades dos títulos que instruem o processo de execução.

Constituem os embargos-meio de defesa, unicamente, para a execução fundada em título extrajudicial.

Se o título decorre de sentença ou decisão judicial, e buscando-se o seu cumprimento em sequência aos atos que conduziram à constituição do título, em obediência aos arts. 475-I e 475-J do CPC (respectivamente arts. 513 e 523 do novo CPC), a defesa se exercerá por meio de impugnação.

No cumprimento de sentença e tutela específica

É necessário esclarecer que, no cumprimento de sentença que contenha obrigação de dar ou entregar coisa certa ou coisa incerta, no pertinente à tutela específica, são obedecidas as disposições do art. 461-A e de seus parágrafos do CPC (arts. 498 e 538,

com os respectivos parágrafos, do novo CPC). Já no cumprimento de sentença decorrente de obrigação de fazer ou não fazer, os trâmites estão ditados no art. 461 e parágrafos do CPC (arts. 536 e 537 e parágrafos do novo CPC). Está assegurada a tutela específica nos dois tipos de cumprimento.

Os títulos judiciais estão enumerados no art. 475-N (art. 515 do novo CPC), devendo ser considerados também os que formam comando de dar ou entregar coisa certa ou incerta, de fazer e não fazer.

Impugnação no cumprimento de sentença e efeito suspensivo

A defesa se formalizará através da impugnação, cujos regramentos estão no art. 475-L e respectivos parágrafos (art. 525, parágrafos e incisos, do novo CPC).

O efeito suspensivo consta no art. 475-M: “A impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribuir-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação”. Todavia, é possível seguir o cumprimento, se oferecida caução suficiente e idônea pelo credor, conforme o § 1º: “Ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos”. Se deferido o efeito suspensivo, segundo o § 2º, “a impugnação será instruída e decidida nos próprios autos e, caso contrário, em autos apartados”.

No novo CPC, o regramento sobre o efeito suspensivo está sobretudo nos §§ 6º e 10º do art. 525:

§ 6º: “A apresentação de impugnação não impede a prática dos atos executivos, inclusive os de expropriação, podendo o juiz, a requerimento do executado e desde que garantido o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes, atribuir-lhe efeito suspensivo, se seus fundamentos forem relevantes e se o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação”.

§ 10º: “Ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando, nos próprios autos, caução suficiente e idônea a ser arbitrada pelo juiz”.

Regramentos para a execução e cabimento dos embargos

Os regramentos, para a execução, se encontram nos arts. 621 a 645 do CPC de 1973 (arts. 806 a 823 do novo CPC).

De modo que unicamente os títulos extrajudiciais de obrigações de entregar ou dar coisa certa ou incerta, e de fazer ou não fazer, são exigíveis por meio do processo de execução, formalizando-se a defesa através de embargos.

Efeito suspensivo

De regra, não terão os embargos efeito suspensivo.

É possível, porém, tal efeito, operando-se a interrupção ou suspensão do processo, se motivos ponderáveis forem alegados, e grave dano é suscetível de ocorrer, de difícil e incerta reparação, em virtude do § 1º do art. 739-A (§ 1º do art. 919 do novo CPC): “O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”.

De acordo com o art. 919, § 1º, do novo CPC, a concessão do efeito suspensivo dependerá da verificação dos requisitos para a concessão da tutela provisória, além da garantia da obrigação por penhora, depósito ou caução suficientes: “O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”. Percebe-se, ainda, do dispositivo que, além dos fundamentos relevantes que possam trazer grave dano de difícil ou incerta reparação (no novo CPC os fundamentos são os requisitos para a concessão da tutela provisória), faz-se indispensável a garantia do juízo. Consistindo a garantia em penhora, o § 6º do mesmo art. 739-A (§ 5º do art. 919 do novo CPC) permite que esta se realize, bem como a avaliação.

O efeito suspensivo, que acarreta o sobrestamento temporário do processo de execução, perdurando enquanto se desenvolvem os embargos, também consta no art. 791, inc. I (inc. II do art. 921 do novo CPC), na seguinte redação:

“Suspende-se a execução:

I – no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A)”.

Os embargos sem a garantia do juízo

O art. 736, da lei processual (art. 914 do novo CPC), aponta este meio de defesa para qualquer execução, sem que, para a sua apresentação, se exija a prévia garantia do juízo: “O executado independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos”.

O parágrafo único do mesmo art. 736 (§ 1º do art. 914 do novo CPC) instrui como se inicia o processamento: “Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias das peças processuais relevantes, que poderão ser declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal”.

Prazo para os embargos

Na forma do art. 738 (art. 915 do novo CPC), são oferecidos os embargos no prazo de 15 dias, que se conta a partir da citação: “Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação”.

Prazo na existência de mais de um executado

Para cada executado, em havendo mais de um, conta-se o prazo a partir da juntada do respectivo mandado citatório, salvo tratando-se de cônjuges (§ 1º do art. 738 – § 1º do art. 915 do novo CPC).

Prazo na citação por precatória

Na citação por precatória, começa o prazo da data da juntada da comunicação, ao juízo deprecante, da comunicação de que se procedeu a citação (§ 2º do art. 738 – § 2º do art. 915 do novo CPC).

Rejeição liminar dos embargos

Rejeitam-se liminarmente os embargos se configurada qualquer uma das hipóteses do art. 739:

- I – quando intempestivos;
- II – quando inepta a petição (art. 295); ou
- III – quando manifestamente protelatórios.

O novo CPC, no art. 918, alterando em parte o texto dos casos de rejeição liminar, considerou, ainda, no parágrafo único, como ato atentatório à dignidade da justiça, a oposição de embargos manifestamente protelatórios. Eis o texto: “O juiz rejeitará liminarmente os embargos: I – quando intempestivos; II – nos casos de indeferimento da petição inicial e de improcedência liminar do pedido; III – manifestamente protelatórios. Parágrafo único. Considera-se conduta atentatória à dignidade da justiça o oferecimento de embargos manifestamente protelatórios”.

Matérias para os embargos

Em relação aos embargos, algumas matérias aparecem previstas no art. 745, mas que não esgotam a possibilidade de outras: “Nos embargos, poderá o executado alegar:

I – nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado;

II – penhora incorreta ou avaliação errônea;

III – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

IV – retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621);

V – qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento”.

Mais uma hipótese está incluída no art. 917 do novo CPC, alterando, outrossim, a constante no inc. II supra:

I – inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

II – penhora incorreta ou avaliação errônea;

III – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

IV – retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa;

V – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI – qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento”.

O *habeas corpus*: garantia contra o risco de constrangimento ilegal

Lúcio Santoro de Constantino*

1 Introdução

O *habeas corpus*, que em latim significa *tome o corpo*, no ambiente jurídico brasileiro revela-se como ação constitucional a tutelar a liberdade locomotora da pessoa humana. E, assim, constitui-se em um instrumento para afastar a ilegalidade contra a liberdade fundamental de locomoção do indivíduo.

No cenário político brasileiro, o *habeas* vem positivado no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal e que prevê que conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Outrossim, por meio do art. 647 do Código Processual Penal (CPP) e que prescreve que dar-se-á *habeas corpus*, sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir.

Nesta esteira, o presente trabalho analisa o *habeas corpus* e sua utilização para além das situações de simples proteção contra o constrangimento ilegal firmado na violência ou na ameaça à liberdade de locomoção. Ou seja, quando o *mandamus* alcança, também, a mera possibilidade destas espécies de ilegalidades ocorrerem.

Por isso, serão examinados o conceito de *habeas corpus*, suas características fundamentais, suas possibilidades de cabimento, a ideia de ilegalidade contra a liberdade de locomoção, a figura do *habeas* profilático, para, ao fim, se compreender o caráter de preservação do direito frente ao simples risco de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

2 Conceito de *habeas corpus*, características e possibilidades

O *habeas corpus* pode ser conceituado como uma ação impugnativa autônoma e que serve para proteger a pessoa humana contra qualquer agressão à sua liberdade de locomoção. Nesta esteira, o *habeas corpus* não tem prazo para ser impetrado, pois a ilegalidade contra a liberdade de locomoção não pode jungir-se a qualquer formalismo temporal. Se alguém sofre a ilegalidade contra seu direito de locomoção, enquanto existir o desrespeito, existe o cabimento do *mandamus*.

* Doutor. Mestre e Especialista em Direito. Professor Universitário. Autor de livros jurídicos. Advogado.

Com relação à legitimidade ativa, a mesma vem descrita no art. 654 do CPP e refere expressamente que o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem. E é por esta razão, que o art. 1º, § 1º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), dispõe que: “Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal”.

Por sua vez, o art. 654 *in fine* estabelece que o Ministério Público fica legitimado para interposição de *habeas corpus*. Giza-se que esta norma, inclusive, vem acompanhada pela lei orgânica desta instituição, a 8.625/93 e pela Lei Complementar 75/93.

Por isso, firma-se a ideia de total amplitude no âmbito dos impetrantes, que permite concluir pela possibilidade de o próprio paciente, a pessoa jurídica, o insano mental, o menor de idade, o analfabeto (desde que alguém assine o pedido a seu rogo, art. 654, § 1º, *c*, do CPP), entre outros, serem autores da ação mandamental.

Ocorre que não se pode confundir a figura do impetrante, com a lógica de sua atividade pública. Assim, o servidor público só poderá impetrar ordem de *habeas corpus* se possuir, em sua atribuição, o *jus postulandi*. Logo, o *habeas* não poderá ser promovido pelo Delegado de Polícia, pois este, muito embora requisite ou represente formalmente, não possui *jus postulandi* capaz de lhe outorgar o direito de requerer/impetrar a ordem. Já o cidadão, mesmo que exerça a função de Delegado de Polícia, poderá requerer a ordem, pois nestes casos, a impetração se dá em nome, de pessoa física, e não em razão de seu exercício público. Outro exemplo é o juiz de Direito, o qual não poderá ser impetrante, eis que em sua função não existe o direito postulatório – o magistrado nada pede, ele efetivamente decide. E no caso da concessão de *habeas* de ofício, tem-se que lembrar que este instituto se firma como dever funcional da magistratura, tanto que o juiz tem competência para expedir de ofício ordem de *habeas*, quando, no curso do processo, verificar que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (art. 654, § 2º, do CPP). Assim, não há que se falar em impetração promovida pelo juiz.

Com relação à legitimidade passiva, é possível visualizar-se a figura do coator, como o responsável pela ilegalidade contra o direito de ir, vir ou ficar do paciente. Por certo, deve-se distinguir o coator, ou seja, aquele que firma a ilegalidade, do detentor ou executor, os quais apenas cumprem a ordem determinada. Por exemplo, se o juiz de Direito promover prisão ilegal, será ele coator, sendo o carcereiro, ou seja, aquele que mantém o indivíduo na cela, o detentor. Neste caso, evidentemente, o *habeas* deverá ser impetrado contra a ordem do magistrado e não do carcereiro.

Já no atinente ao particular ser coator, ou seja, alguém que não a autoridade, o tema desperta efervescência. Veja-se que, no exame atencioso da processualística penal,

é possível se entender que o coator, no *habeas corpus*, é sempre tratado como autoridade (art. 649, *in fine* do CPP) – *autoridade coatora*. Ocorre que autoridade é aquele, conforme Meirelles,¹ que exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente ou sem remuneração. Ora, muito embora se saiba que o constrangimento imposto pelo particular possa caracterizar crime de sequestro ou cárcere privado (art. 148 do Código Penal) e que, em alguns casos, seja mais eficaz, pela celeridade, a comunicação junto à polícia para as devidas providências legais de flagrante, não existe qualquer proibição legal e que impeça o particular de ser considerado coator junto à ordem. E, nesta esteira, já se entendeu que sendo o *habeas corpus* instrumento criado para tutelar o direito de liberdade do indivíduo, a função policial jamais poderá afastar a possibilidade de impetração.² Assim, é de se admitir a impetração de *habeas* contra ato de particular. E os exemplos neste sentido são esclarecedores: hóspede custodiado pelo gerente do hotel, por não pagar diárias; paciente impedido de deixar o hospital, sem a satisfação das despesas de internamento, entre outros.

O interesse de agir atinente ao *habeas* obriga a existência do constrangimento ou risco à liberdade de deambular. Significa dizer que o interesse está jungido a alguém que sofra ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação ou risco à sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Logo, se o constrangimento ou risco alegado não ocorrer ou deixar de existir, faltarão interesse de agir, e o julgamento do *habeas corpus* restará prejudicado.³ Denominasse de interesse primário, aquele voltado ao afastamento da ilegalidade contra a liberdade locomotora. E de interesse secundário, aquele vinculado à própria provocação da providência jurisdicional. Os exemplos de falta de interesse de agir podem ser arrolados desde *habeas* para trancar inquérito policial, cujo arquivamento foi determinado pelo juiz até *habeas* para trancar processo administrativo.

Por sua vez, a possibilidade jurídica com relação ao pedido ou à causa de pedir, se refere a existência de condições à interposição do *habeas*. Ou seja, é imperioso que o pedido tenha em vista atacar ofensa direta ou indireta à liberdade locomotora. E, para melhor se entender esta questão, observa-se as explícitas situações de impossibilidade jurídica:

Veja-se que a Constituição Federal, em seu art. 142, § 2º, determina expressamente: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.—. *Mandado de Segurança*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 403.

² RT 305/79.

³ “*HABEAS CORPUS* – Cessada a coação, depois de impetrada a ordem, julgam prejudicada a impetração”. (TJRGS 170/70).

militares”. Assim, a Carta Política impede a impetração de *habeas corpus* nos casos de transgressão disciplinar militar. E esta proibição serve, outrossim, nas prisões disciplinares da polícia militar, art. 144, §§ 5º e 6º, da Carta Magna. E não poderia ser diferente, pois tal restrição ocorre em nome da preservação da hierarquia e disciplina, princípios essenciais da atividade militar. Ora, se a prisão por punição disciplinar é uma das formas de se coagir ao cumprimento da ordem militar, uma vez que permitido ao subordinado atacar esta prisão, através de *habeas*, indiretamente se permitiria que se atacasse a ordem de seu comandante, o que, por certo, inviabilizaria a estrutura militar, que fica assentada na ordem e no cumprimento.

Porém, é importante destacar que, sendo a punição por transgressão disciplinar militar um ato administrativo, a mesma necessita observar os requisitos legais de competência, objeto, finalidade, forma e motivo. Logo, a existência de vício sobre alguns dos requisitos do ato que determine a prisão disciplinar, por certo permitirá a concessão da ordem em face do flagrante desregramento junto ao direito administrativo. Contudo, nestas condições, não se discutirá o mérito da decisão administrativa, ou seja, a própria punição prisional, mas, sim, sua legalidade frente às regras essenciais do ato. Logo, é viável a impetração de *habeas corpus* contra o ato administrativo⁴ e não contra o mérito da punição por transgressão disciplinar militar,⁵ quando aquele não estiver conforme o texto legal.

Já com relação ao estado de sítio, o art. 138 da Constituição Federal refere que o decreto do Estado de Sítio indicará sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas e, depois de publicado, o presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas. Nesta esteira, emerge o entendimento sobre a impossibilidade jurídica de interposição de *habeas corpus* nos casos de estado de sítio. Entretanto, reconhecemos como cabível o *habeas* frente a este *estado*, desde que o *mandamus* não esteja vinculado às situações referidas no decreto, pois entendemos que a mera vigência do Estado de Sítio não pode, por si só, determinar o afastamento da preciosa garantia constitucional, sob pena de se perpetuar eventual ilegalidade. Exemplo: é evidente o cabimento do *habeas*, quando na existência de estado de sítio, em razão de distúrbios sociais, e alguém reste preso por dívida civil.

3 O constrangimento ilegal e o risco de constrangimento ilegal: *habeas corpus* profilático

⁴ RHC 219, TRF 5º Região, RBCCrim 1/235. Mesmo sentido RHC1.375, STJ, DJU 16.10.91, p.14.488.

⁵ HC 5397, STJ, DJU 4.8.97, p. 34649. Mesmo sentido: RHC 2047-0, STJ, DJU 12.04.93, p. 6.084.

Como se depreende, a ilegalidade contra a liberdade de locomoção da pessoa humana é o fundamento primordial para o cabimento do *habeas corpus*. E quando se diz sobre ilegalidade, se está a tratar do constrangimento ilegal ou risco de constrangimento ilegal. Por esta razão, é importante se entender a suave distinção existente.

Para a doutrina tradicional, a violência e a ameaça se constituem no efetivo constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, pois alguém que esteja preso ou reste ameaçado de sofrer prisão está, indiscutivelmente, constrangido em sua liberdade de deambular. Nesta esteira, a tradição do *habeas corpus* limita seu cabimento quando presente a violência, ou seja, o “estar preso”, ou quando existente a ameaça, ou seja, “vai ser preso”.

Ocorre que, com o passar do tempo, surgiram novas situações que, por não se enquadrarem na teoria tradicional do constrangimento ilegal acima conceituado, ficaram sem adequadas respostas. Assim, a mera possibilidade de existir um risco de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, ou seja, sem a presença efetiva da violência ou da ameaça, passou a exigir uma resposta concreta, sobre o cabimento ou não do *habeas*.

Imaginemos o exemplo de alguém que está sofrendo processo-crime embasado em denúncia inepta. O réu, então, pede o reconhecimento da inépcia, em sua resposta prévia, mas o juiz não defere. Como não há recurso contra esta decisão e não há violência, sequer ameaça, pois o réu está solto e sem qualquer determinação de prisão, podendo, inclusive, ser absolvido no final do feito, ficam prejudicados os *habeas* liberatório e preventivo, contra a violência e a ameaça respectivamente. Ocorre que, neste caso, estamos frente a um claro risco de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção. Daí cabível o *mandamus* de natureza profilática para trancamento da ação penal.

Nesta esteira, é possível se admitir uma nova situação de cabimento de *habeas*. Ou seja, quando o indivíduo fica vinculado não ao constrangimento ilegal firmado pela violência ou ameaça, mas, sim, ao mero risco de que esta violência, ou ameaça, venham a existir. Trata-se, então, de uma nova espécie de *habeas*, que serve para afastar a possibilidade de existência de violência ou ameaça à liberdade de deambular.

Assim, cabível o *habeas corpus* de natureza profilática, quando visualizada falta de justa causa, ou seja, carência de motivo legal para o risco de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

Porém, outrossim, é essencial para a impetração do *mandamus* profilático, que esteja presente a lógica do direito líquido e certo. Giza-se que a origem da perífrase *direito líquido e certo* não tem berço junto ao mandado de segurança, mas, sim, junto ao próprio *habeas*. Nos dizeres de Barbi:

[...] não foi criada pelo legislador constituinte nem pelo legislador ordinário. Limitaram-se eles a buscá-la na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde a introduzira Pedro Lessa, ao tempo da formulação da doutrina brasileira do habeas corpus, e para aplicação a este. A filiação histórica do mandado de segurança ao habeas corpus influenciou poderosamente na determinação dos conceitos daquele, de que pretenderam fazer, afinal, a modalidade civil do habeas corpus.⁶

Inclusive, pode-se observar a expressão *líquido e certo*, como circunlóquio atécnico. E conforme Sidou: “É sem dúvida uma locução ao mesmo tempo pobre, redundante e vaga”.⁷

É que quando se refere direito líquido e certo, o que realmente se busca explicitar é o aspecto que se apresenta de forma manifesta na existência, delimitado na extensão e comprovado de plano. Ou seja, o direito líquido e certo aqui referido é aquele visualizado de plano e incontroverso. Desta forma, a controvérsia e a existência de *quaestiones facti* de alta indagação (matéria de profundidade cognitiva) é elemento impeditivo do *habeas*.

Por isso, a única matéria sobre ilegalidade possível de ser apreciada em *habeas* é aquela que se apresenta de fácil cognição, capaz de permitir o entendimento de plano e sem controvérsia.

Desta forma, a ilegalidade revelada como direito líquido e certo é que estabelecerá a espécie de *habeas*. Assim, podemos nos deparar com o:

- *Habeas corpus* liberatório (repressivo): que é aquele que ataca o constrangimento ilegal líquido e certo, e se encontra na forma de violência. Ou seja, trata-se do *habeas* que busca liberar o indivíduo da coação concreta à liberdade de locomoção e que o restringe fisicamente. Exemplo: O paciente está preso. Neste caso, concedida a ordem, expede-se o alvará de soltura.

- *Habeas corpus* preventivo: é aquele que serve para afastar o constrangimento ilegal líquido e certo, e se estabelece na forma de ameaça. Como ainda não se concretizou a violência, pois a coação encontra-se no estágio da ameaça, o *habeas corpus* preventivo serve para afastar o mal prometido. Exemplo: Expedido mandado de prisão, mas o paciente ainda não foi preso. Neste caso, concedida a ordem, expede-se o salvo-conduto.

- *Habeas corpus* profilático: é aquele que ataca o risco de constrangimento ilegal líquido e certo. Ou seja, serve para as situações em que não há violência ou ameaça, mas condições de ocorrerem. Logo, quando esta possibilidade for visualizada como

⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 49.

⁷ SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 142.

direito líquido e certo, caberá, então, *habeas corpus* profilático ou preservativo. E já tivemos oportunidade de assentar em Constantino:

É que muitas vezes observa-se que a ilegalidade, frente à liberdade de locomoção, não se consubstancia em constrangimento, mas permite o risco deste vir a ocorrer. É o caso do ato ilegal que, inobstante não resulte em violência ou coação, sequer na forma iminente, à liberdade de locomoção, determina a possibilidade deste acontecimento.

[...] Nestas situações, onde a ilegalidade torna provável a emersão do constrangimento, é que se faz uso do remédio heróico para sanar o ilegal, expurgando-se a referida potencialidade.⁸

E assim, é possível se encontrar, no gênero *habeas corpus*, três espécies distintas de *mandamus*: Liberatório, Preventivo e Profilático.

Por certo, esta nomenclatura não tem observação obrigatória,⁹ contudo se apresenta de forma pedagógica e muito eficaz para a aprendizagem. Veja-se, por exemplo, que os *habeas*, promovidos em razão da legitimidade da intimação para depor em comissões parlamentares de inquérito, são referidos como preventivos,¹⁰ quando, na realidade, são cristalinos exemplos de *habeas* profiláticos. Outrossim, aqueles interpostos para afastar prova ilícita juntada ao feito, e que venha contra o réu.

E o *mandamus*, na forma profilática, observará os mesmos requisitos legais estabelecidos aos demais *habeas*, pois é imprescindível que seja requerido em língua portuguesa e observada a prescrição do art. 654, § 1º, do CPP, e que estabeleça que a petição de *habeas corpus* conterà o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação – no caso o risco de constrangimento – e o de quem exercer a ilegalidade. E não poderia ser diferente, pois se o paciente e o coator firmam as devidas competências ao processamento e julgamento do *habeas*, é fundamental que sejam identificados. Já o impetrante, também, deve ser qualificado para permitir o conhecimento do *mandamus*, pois não se admite o pedido anônimo ou apócrifo – no caso do analfabeto, alguém deverá assinar a seu rogo. Outrossim, é imperioso que o *habeas* esclareça sobre a ilegalidade reclamada, mesmo que não venha com argumentos técnicos, sequer com fundamento legal, pois o essencial é estar explícito o fato, para permitir a possibilidade jurídica do pedido.

Independentemente da forma de ofensa à liberdade de locomoção da pessoa humana, sempre surgirá o *habeas* como remédio heroico. E seja na espécie de *habeas corpus* liberatório (repressivo), *habeas corpus* preventivo ou *habeas corpus* profilático, todos terão em comum as mesmas regras e formalidades existentes ao *mandamus*, pois

⁸ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Habeas corpus liberatório, preventivo e profilático*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 40.

⁹ E nem poderia, pois, sendo cabível a impetração por qualquer pessoa, o *habeas* não exige rigor técnico.

¹⁰ HC 71.193, 06.04.94. Mesmo sentido: HC 71.261, 11.05.94; HC 71.039, 07.04.94.

o objetivo jurídico será sempre o mesmo: afastar a ilegalidade contra a liberdade de locomoção do indivíduo.

4 Conclusão

De todo o exposto, é possível se concluir que, existindo ilegalidade contra a liberdade de locomoção do indivíduo, caberá *habeas corpus*.

E que esta ilegalidade pode ser visualizada através da figura do constrangimento ilegal a da liberdade de locomoção, ou por meio do risco de constrangimento a esta liberdade, dependendo da presença de violência, ou ameaça, ou da possibilidade de ocorrerem.

Porém, em todos os casos, a existência do direito líquido e certo é necessária para permitir a impetração, pois sem um direito visualizado de plano e incontroverso, não haverá como se explorar a lógica do *mandamus*.

E podemos deparar-nos com *habeas corpus* liberatório, que ataca o constrangimento ilegal na forma de violência; o *habeas corpus* preventivo, que serve para afastar o constrangimento ilegal, na forma de ameaça; e o *habeas corpus* profilático, que ataca o risco de constrangimento ilegal, em que não há violência nem ameaça.

Logo, *habeas* na modalidade *profilática* surge como importante instrumento, já que permite suprir eventuais deficiências formais, existentes no nosso ordenamento processual penal.



EDUCS