

Marcia Andrea Bühring • Italo Roberto Fuhrmann • Liane Tabarelli
(Orgs.)

DIREITOS FUNDAMENTAIS:
DIREITO AMBIENTAL E OS NOVOS DIREITOS
PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO



EDUCS

Direitos Fundamentais: Direito Ambiental e os Novos Direitos para o Desenvolvimento Socioeconômico

Organizadores

Marcia Andrea Bühring

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora na PUCRS, na ESMAFE e na Universidade de Caxias do Sul (UCS), no Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental. Linha de Pesquisa: Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico no grupo de pesquisa: Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente. Projeto de pesquisa: Consequências das mudanças climáticas. Advogada e Parecerista. *E-mail*: mabuhrin@ucs.br; marcia.buhring@pucrs.br

Italo Roberto Fuhrmann

Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor de Direito Constitucional e Internacional em cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu*. Coordenador do grupo de estudos em Direito Constitucional da Escola Superior de Advocacia ESA/OAB-RS. Autor do livro *Judicialização dos direitos sociais e o direito à saúde*, publicado pela editora Consulex (2014). Coorganizador da Coletânea *Ensino Jurídico no Brasil: 190 anos de história e desafios*, editado pela OAB-RS. Autor de diversos artigos científicos na área do Direito Público. Advogado em Porto Alegre. *E-mail*: italoroberto.fuhrmann@outlook.com

Liane Tabarelli

Advogada e parecerista. Professora-adjunta na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora em cursos de pós-graduação e preparatórios para concursos públicos. Doutora em Direito pela PUCRS. Ex-bolsista da Capes de Estágio Doutoral (Doutorado-Sanduiche) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Autora de obras e de diversos capítulos de livros e artigos jurídicos. *E-mail*: liane.tabarelli@pucrs.br



FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Presidente:
Ambrósio Luiz Bonalume

Vice-Presidente:
José Quadros dos Santos

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:
Nilda Stecanela

Pró-Reitor Acadêmico:
Marcelo Rossato

Diretor Administrativo:
Cesar Augusto Bernardi

Chefe de Gabinete:
Gelson Leonardo Rech

Coordenador da Educs:
Renato Henrichs

CONSELHO EDITORIAL DA EDUCS

Adir Ubaldo Rech (UCS)
Asdrubal Falavigna (UCS)
Cesar Augusto Bernardi (UCS)
Guilherme Holsbach Costa (UCS)
Jayme Paviani (UCS)
Luiz Carlos Bombassaro (UFRGS)
Nilda Stecanela (UCS)
Paulo César Nodari (UCS) – presidente
Tânia Maris de Azevedo (UCS)

© dos organizadores

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

D598 Direitos fundamentais [recurso eletrônico] : direito ambiental e os novos direitos para o desenvolvimento socioeconômico / org. Marcia Andrea Bühring, Italo Roberto Fuhrmann, Liane Tabarelli. – Caxias do Sul, RS: Educs, 2018.
Dados eletrônicos (1 arquivo).

Apresenta bibliografia.
Modo de acesso: World Wide Web.
ISBN 978-85-7061-914-3

1. Direitos fundamentais. 2. Direito ambiental. 3. Desenvolvimento sustentável. I. Bühring, Marcia Andrea. II. Fuhrmann, Italo Roberto. III. Tabarelli, Liane.

CDU 2. ed.: 342.7

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direitos fundamentais	342.7
2. Direito ambiental	349.6
3. Desenvolvimento sustentável	502.131.1

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Michele Fernanda Silveira da Silveira – CRB 10/2334.

Direitos reservados à:



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	6
1 Resiliência: estratégias e avanços no exemplo de Porto Alegre e os 30 anos do Relatório Brundtland	12
<i>Resilience: strategies and advances in the Porto Alegre example and the 30th anniversary of the Brundtland Report</i> Marcia Andrea Bühring	
2 O direito fundamental à saúde no Brasil – aspectos teórico-normativos e práxis jurisdicional	32
<i>The fundamental right to health in Brazil: theoretical normative aspects and jurisdictional practice</i> Italo Roberto Fuhrmann	
3 A sustentabilidade ambiental como direito fundamental e os deveres anexos impostos aos contratantes em pactos agrários	64
<i>Environmental sustainability as fundamental law and annexed duties taxed to contractors in agricultural pacts</i> Liane Tabarelli	
4 Notas sobre a liberdade religiosa como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988.....	86
<i>Remarks on Religious Freedom as a Fundamental Right in the Federal Constitution of 1988</i> Ingo Wolfgang Sarlet	
5 O ensino jurídico como importante ferramenta de efetivação dos direitos fundamentais.....	103
<i>Legal education as an important tool of fundamental rights effectiveness</i> Alexandre Torres Petry	
6 O seu ou o meu? Dados empíricos sobre a redistribuição de processos no Supremo.....	120
<i>Yours or mine? Empirical Data on case attribution at the Brazilian Supreme Court</i> Ivar Alberto Hartmann, Lívia Ferreira e Daniel Chada	
7 Vinculação de receita mínima para a satisfação do direito à educação no Brasil (CF, art. 212): dirigismo constitucional e dever de progressividade	145
<i>Minimum revenue binding to the fulfillment of the right of education in Brazil (art. 212, CF/88): constitutional dirigism and duty of progressivity</i> Amanda Costa Thomé Travincas	

- 8 Desenvolvimento sustentável, *rule of law* e a vinculação do princípio da sustentabilidade no ordenamento jurídico brasileiro 172
Sustainable development, rule of law and the vinculation of the principle of sustainability in brazilian legal ordinance
Augusto Antônio Fontanive Leal e Carlos Alberto Molinaro
- 9 O princípio da precaução como gerenciador de riscos na sociedade contemporânea 193
The principle of precaution as a risks manager in contemporary society
Gabriel da Silva Danieli, Rubiane Galiotto e Leonardo da Rocha de Souza
- 10 Da pesquisa em *Direito Ambiental e Sociedade*: (novos) direitos ambientais e políticas públicas para o desenvolvimento socioeconômico 211
The research in Environmental Law and Society: environmental rights and public policies for socioeconomic development
Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira
- 11 O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a construção de uma cultura à luz da democracia participativo-ambiental 234
The ecologically balanced environment right: the construction of a culture in the light of participative environmental democracy
Paula Dilvane Dornelles Panassal

Apresentação

A coletânea *Direitos fundamentais: Direito Ambiental e os novos direitos para o desenvolvimento socioeconômico*, projeto idealizado e desenvolvido pelos advogados e professores Marcia Andrea Bühring, Italo Roberto Fuhrmann e Liane Tabarelli, em parceria institucional com a Editora da Universidade de Caxias do Sul, através do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) da UCS, torna público um conjunto de textos científicos cujo eixo central radica na temática dos *direitos fundamentais socioambientais* nos contextos jurídico e político brasileiros, desde uma perspectiva interdisciplinar. A escolha do tema proposto deve-se a dois fatores preponderantes: do ponto de vista institucional, o tema da proteção e promoção dos direitos fundamentais vai ao encontro dos postulados estruturantes da história da advocacia no Brasil, através da atuação profissional dos advogados na defesa imprescindível dos direitos individuais e sociais dos cidadãos em juízo, promovendo a cidadania por meio da valorização permanente da advocacia, como função social indispensável à Justiça.

Com o incremento vertiginoso da ciência e da tecnologia insta um estudo aprofundado e abrangente sobre os novos desafios na tutela efetiva dos direitos fundamentais. O outro fator relaciona-se, diretamente, com a atual conjuntura político-social brasileira. Em tempos de crise política e econômica, determinante de uma crescente instabilidade social, torna-se cada vez mais imprescindível o múnus de natureza social exercido pelos pesquisadores na abordagem científica de questões que impactam, de modo decisivo, a vida dos cidadãos e da sociedade em geral.

Os direitos fundamentais, assim como as Constituições que os dotam de estrutura normativa, são produtos dos *circunstancialismos* históricos; são um construto jurídico de uma época específica e nascem em lugares determinados, jungidos a fatores políticos, sociais, religiosos, econômicos e culturais. Não obstante o caráter histórico determinar o processo ínsito e dialético de formação e perecimento dos direitos fundamentais numa determinada comunidade política, faz-se correta e necessária a asserção de que tais posições jurídicas, na esteira dos postulados básicos do chamado *constitucionalismo moderno*, vinculam e submetem, normativamente, os poderes constituídos, traduzem-se em garantias indisponíveis a eventuais maiorias eleitorais, numa acepção marcadamente

contramajoritária ante a atuação político-estatal, e conformam, à luz da já consagrada doutrina constitucional alemã, um *sistema de valores*,¹ objetivamente aferível, que disciplina e traça as diretrizes de atuação dos órgãos estatais, na condição de deveres de proteção contra agressões provindas do Estado ou de particulares.

Nessa perspectiva, infere-se do próprio subtítulo da obra, justamente, a análise dos direitos fundamentais numa dupla dimensão, seja na qualidade de barreiras (limite) à atuação estatal mediante a atividade jurisdicional em defesa das minorias, exercida tipicamente pelas Cortes Constitucionais, seja pela atuação positiva do Estado, em especial da Administração Pública, na promoção e concretização dos direitos fundamentais, afastando-se da concepção estritamente liberal de direitos exclusivamente de defesa do indivíduo, diante da ingerência dos poderes estatais. Outro aspecto que dialoga com a concretização fática dos direitos fundamentais é a possibilidade de acesso direto, pela via procedimental, a instâncias judiciais, designadamente ao Tribunal Constitucional, em casos de flagrante violação de direitos. Em termos de Direito Comparado, um modelo a ser estudado e, no que for compatível com nossa cultura jurídica, adotado na sistemática processual-constitucional brasileira, é a figura jurídica da reclamação constitucional *Verfassungsbeschwerde*. Através dessa ação constitucional específica de proteção individual de direitos e garantias fundamentais, o Tribunal Constitucional Federal alemão está se tornando, cada vez mais, para além de uma típica Corte Constitucional *ad hoc*, um verdadeiro *Tribunal de Direitos Fundamentais*, no qual mais de 95% dos processos julgados versam sobre essa temática.

O marco histórico do processo de positivação dos direitos humanos em direitos fundamentais se reconduz, originariamente, às grandes declarações de direitos do final do século XVIII, especialmente à declaração de direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776, que serviu como modelo aos demais Estados da Nova Inglaterra, culminando na promulgação da Constituição norte-americana, após o processo de independência, em 17 de setembro de 1787. Desde então, os

¹ Esse entendimento teve como autor mais destacado o jurista alemão Carl Friedrich Rudolf Smend, que conceituava a Constituição como um sistema de valores com finalidades sociais específicas, numa perspectiva jurídica de *integração*, contrariando a doutrina constitucional que pregava a separação estrita entre Estado e Sociedade. (SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1928. p. 67 ss).

direitos fundamentais são conceituados como “the basis and foundation of the government”, qualificando-se como normas jurídicas que estão acima do legislador e que marcam, designadamente, a transição do Estado Absoluto ao *Estado Constitucional*. Os direitos fundamentais são, portanto, uma categoria dogmática, que deve ser estudada e compreendida nas suas dimensões *analítica* (sistemático-constitutiva do Direito Positivo), *empírica* (condições e possibilidades de eficácia) e *normativa* (interpretação e aplicação) na condição de normas garantidoras de direitos subjetivos e impositivas de deveres objetivos.

A partir de tais premissas fundamentais, os autores do presente livro abordam o tema dos direitos fundamentais conectados à conjuntura jurídico-normativa e aos contextos social e cultural brasileiros, com o objeto claro de solucionar problemas do cotidiano nacional em face das graves violações de direitos e garantias no Brasil, objeto, inclusive, de censura no cenário jurídico internacional.²

O primeiro artigo, “Resiliência: estratégias e avanços no exemplo de Porto Alegre e os 30 anos do Relatório Brundtland”, de autoria da professora e advogada Marcia Andrea Bühring, apresenta a resiliência, termo muito difundido na década de 1970, que passou a integrar os discursos mais recentes, devido a reiterados desastres naturais no Brasil e no mundo, como enchentes, vendavais e deslizamentos. O objetivo da pesquisa era compreender a resiliência urbana em termos práticos, apresentando estratégias e avanços a exemplo de fatores como o Índice de Desenvolvimento Urbano (IDU), o número de habitantes, a renda média, a taxa de analfabetismo, se as habitações são consideradas precárias, o acesso às redes de água potável e de esgoto, o lixo acumulado no logradouro, a destinação adequada do lixo e a arborização no entorno das edificações.

O artigo do advogado e professor Italo Roberto Fuhrmann, intitulado “O direito fundamental à saúde no Brasil: aspectos teórico-normativos e praxis jurisdicional”, aborda, desde uma perspectiva empírica, o contexto judicial brasileiro, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do acesso ao direito à saúde, sem descurar de

² O Estado brasileiro já foi condenado diversas vezes pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial diante das péssimas condições do sistema prisional, como, por exemplo, no caso da penitenciária “Urso Branco”, em Porto Velho – RO, em 2002, e no caso do complexo penitenciário de Pedrinhas, em São Luís – MA, em 2014.

aspectos doutrinários e teóricos subjacentes. O autor delinea o espectro concernente às dificuldades do Judiciário brasileiro em efetivar a tutela do direito à saúde, seja na perspectiva jurídico-processual, seja no plano fático-financeiro.

Na sequência, o texto da professora e advogada Liane Tabarelli apresenta considerações acerca da sustentabilidade ambiental, com a necessária eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, a partir de uma interpretação civil-constitucional no que se refere aos impactos do cumprimento do direito-dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio nos pactos agrários de arrendamento e parceria rurais. Ainda, ao se tecer comentários sobre a boa-fé objetiva, destaca o reconhecimento de novos deveres impostos aos contratantes de avenças agrárias, a fim de se concretizar o comando insculpido no art. 225, *caput*, da Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88).

O texto de autoria do professor Ingo Wolfgang Sarlet, intitulado “Notas sobre a liberdade religiosa como direito fundamental na Constituição Federal de 1988”, explora o tema da liberdade religiosa, identificando o âmbito normativo desse direito na Constituição brasileira, especialmente a partir da determinação jurídico-conceitual da liberdade de consciência. O autor, na esteira da doutrina internacional dos direitos humanos, segundo a qual a eficácia jurídica e a aplicabilidade legal de tal direito também dependem da natureza e da intensidade das crenças religiosas e da função social da religião numa determinada sociedade, traça parâmetros de atuação estatal no Brasil para a promoção e proteção da liberdade religiosa com base na Constituição, sem descuidar de aportes da literatura jurídico-estrangeira.

Em seguida, o professor Alexandre Torres Petry expõe, no seu artigo “O ensino jurídico como importante ferramenta de efetivação dos direitos fundamentais”, a atual crise do ensino jurídico no Brasil, insere num ambiente mais abrangente de crise social, econômica e política, apresentando algumas propostas para sua solução. O autor destaca que a principal função do ensino jurídico contemporâneo é, de fato, a mudança social, e o ensino jurídico, especialmente no Brasil; para a consecução desse desiderato, deveria, entre outros, se afastar dos modelos tradicionais de ensino, inspirados em modelos ultrapassados diante das profundas transformações sociais, políticas e, inclusive, jurídicas da nossa sociedade. Nesse contexto, ressalta o professor Alexandre que o

ensino jurídico deve estar voltado à interferência na sociedade, promovendo a necessária mudança social em busca de uma justiça efetiva.

A dinâmica da gestão processual, no âmbito da jurisdição do STF, é tema da contribuição desenvolvida pelos professores Ivar Alberto Hartmann, Livia Ferreira e Daniel Chada, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas/RIO. O direito fundamental à duração razoável do processo e o acesso a instâncias judiciais de cúpula são temas prementes e necessitavam, na esteira do trabalho dos autores, de um estudo mais empírico e analítico. O texto, a partir de dados estatísticos e de informações processuais, traz elementos instigantes para uma compreensão mais ampla e precisa da atuação do Supremo, apontando aos principais óbices para uma tramitação célere dos processos em nossa Suprema Corte.

O artigo da lavra da doutora Amanda Costa Thomé Travincas aborda a temática do direito à educação, na perspectiva teórica do dever de progressividade em matéria de direitos sociais prestacionais. De forma inovadora e bem-articulada, a autora propõe uma tese na qual a vinculação de um *quantum* mínimo vinculativo de aplicação orçamentária não contradiz o dever jurídico-constitucional de efetivação progressiva dos direitos fundamentais sociais, no âmbito da teoria da Constituição dirigente.

Na sequência, apresentamos o texto dos professores Augusto Fontanive Leal e Carlos Alberto Molinaro, que trata do designado princípio da sustentabilidade e do alcance de sua vinculação constitucional, analisando-o de forma transversal e dogmática, em relação ao ordenamento jurídico brasileiro em suas múltiplas acepções.

O artigo dos autores Gabriel da Silva Danieli, Rubiane Galiotto e Leonardo da Rocha de Souza, intitulado “O princípio da precaução como gerenciador de riscos na sociedade contemporânea”, aborda, sem dúvida, tema de extrema importância à nova conjuntura jurídico-dogmática dos direitos fundamentais no Brasil. Tal como posto pelos autores, o objetivo desse texto é analisar a sociedade atual e os riscos a ela inerentes, buscando observar de que forma o princípio da precaução pode proporcionar o gerenciamento de riscos, para que não se tornem perigos concretos.

No alusivo à investigação científica em Direito Ambiental, o texto apresentado pelo professor Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, intitulado “Da

pesquisa em Direito Ambiental e Sociedade: (novos) direitos ambientais e políticas públicas para o desenvolvimento socioeconômico”, propõe uma caracterização do campo de estudos abrangido pelo tema “Direito Ambiental e Sociedade”, que é a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (PPGDir/UCS). O texto procura demonstrar que a área “Direito Ambiental e Sociedade” não é caracterizada pela referência a um dado corpo normativo, mas, antes, de maneira mais dinâmica, por um determinado corte epistemológico, que tem relação com as mudanças sociais contemporâneas.

Colmatando o elenco de textos da presente coletânea, apresentamos o artigo escrito pela advogada *Paula Dilvane Dornelles Panassal*, intitulado “O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a construção de uma cultura à luz da democracia participativo-ambiental”. Tal contribuição analisa o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e a construção de uma nova cultura à luz de uma possível democracia participativo-ambiental.

Por fim, consignamos que este contributo para ampliação e aprofundamento da literatura jurídico-nacional acerca dos *direitos fundamentais* visa, em primeira linha, a estimular e consolidar a incorporação do tema nas Faculdades de Direito, como conteúdo imprescindível à formação humanista do bacharel em Direito, destacando, sobremaneira, a formação de novos direitos nesse início de milênio. A afirmação dos direitos humanos, como leciona o jurista Fabio Konder Comparato, passa pela constatação de que, apesar de inúmeras diferenças físicas e culturais, que, de resto, caracterizam os seres humanos, nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação pode afirmar-se superior aos demais, e que todos os seres humanos, por serem dotados de igual dignidade, merecem igual respeito e proteção estatal.

Os organizadores
Porto Alegre e Caxias do Sul, verão de 2018.

Resiliência: estratégias e avanços no exemplo de Porto Alegre e os 30 anos do Relatório Brundtland¹⁻²

Resilience: strategies and advances in the Porto Alegre example and the 30th anniversary of the Brundtland Report

Marcia Andrea Bühring*

Resumo: O termo *resiliência*, muito difundido na década de 70, foi expandido e passou a integrar os discursos, mais recentemente, com os reiterados desastres naturais que ocorreram, no Brasil e no mundo, quando muitas cidades sofreram com enchentes, vendavais e deslizamentos. Dessa forma, a expressão cidades resilientes a desastres volta ao cenário nacional, em razão das medidas que as cidades passaram a adotar para se preparar para os desastres ou prontamente restabelecer serviços básicos à população. Nesse contexto, o marco teórico é a sugestão da ONU dos dez passos essenciais, para que as cidades possam restabelecer os serviços essenciais: hospitais, o fornecimento de luz, água, telefone, etc., observando o trabalho conjunto e comprometido que está sendo desenvolvido por atores, gestores, comunidade, políticos e universidades, a partir do método analítico. O objetivo central da pesquisa é trazer o exemplo de Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil, hoje considerada uma cidade resiliente a desastres pela ONU, que significa compreender a resiliência urbana em termos práticos, apresentando as estratégias e mostrando quais foram os avanços. Como conclusão, a apresentação dos dados práticos, dos avanços, em cada uma das 17 regiões, a exemplo do IDH, n. de habitantes, renda média, taxa de analfabetismo, se as habitações são consideradas precárias, acesso à rede de água potável, acesso adequado à rede de esgoto, lixo acumulado nos logradouros, destinação adequada do lixo e arborização, no entorno das edificações.

Palavras-chave: Resiliência. Mudanças climáticas. Relatório Brundtland.

Abstract: The term resilience, widespread in the 1970s, was expanded and became part of the discourses, most recently with the repeated natural disasters that occurred in Brazil and in the world, when many cities suffered floods, gales, landslides. In this way, the term cities resilient to disasters, returns to the national scene, because of the measures that the cities began to adopt to – prepare for the disasters or promptly reestablish basic services to the population. In this context, the theoretical framework is the UN’s suggestion of the 10 essential steps, so that cities can restore essential services, hospitals, restore light, water, telephone, etc. Observing the joint and committed work that is being developed by actors, managers, community, politicians, and universities, from

¹ Com o Tema, recebi o **PRÊMIO: Heráclito Fontoura Sobral Pinto 2017, considerado a melhor produção em Direito Ambiental em proveito da dignidade da pessoa humana**, apresentada no evento realizado entre 7 e 9 de junho, na Ordem dos Advogados do Brasil, em São Paulo.

² Síntese da palestra e apresentação de trabalho no I ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISADORES EM DIREITO AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. Em 9 de junho de 2017. OAB/São Paulo.

* Doutora pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) – Brasil. Mestre pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora na PUCRS, na Esmafe e na Universidade de Caxias do Sul (UCS), no Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental Linha de Pesquisa: Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico; grupo de pesquisa: “Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente”. Projeto de pesquisa CMC-U. Advogada e parecerista. *E-mail:* mabuhri@ucs.br; marcia.buhring@pucrs.br.

the analytical method. The central objective of the research is to bring the example of Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brazil, today considered a resilient city to disasters by the UN, means to understand urban resilience in practical terms, presenting the strategies and showing the progress. And as a conclusion the presentation of the practical data, the progress in each of the 17 regions, such as the HDI, number of inhabitants, average income, illiteracy rate, if housing is considered precarious, access to potable water, access To the appropriate sewage network, garbage accumulated in the yard, adequate disposal of garbage, afforestation around the buildings.

Keywords: Resilience. Climate changes. Brundtland Report.

Introdução

Desenvolvimento sustentável é a palavra de ordem, juntamente com sustentabilidade, associada à resiliência e à dignidade, o que resta demonstrado, inclusive, nos 17 novos objetivos do milênio para efetivação até 2030.

Dessa forma, como primeira tarefa, no presente artigo, se traça a evolução de alguns planos legais que difundem bem essas ideias, passando pela Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972; pelo Relatório “Nosso Futuro Comum”, ou “Relatório Brundtland”; pela Convenção sobre Diversidade Biológica; pela Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudança do Clima de 1992; pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento; pela Rio-92, ou Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; pelo Protocolo de Quioto de 1998; pela COP-3; pela Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável de 2002, entre outros.

Num segundo momento, a análise do termo *resiliência*, ou cidades resilientes a desastres, ou seja, como as cidades estão se preparando para os desastres e prontamente restabelecendo serviços básicos à população.

Esse trabalho está sendo desenvolvido por atores, gestores, comunidades, políticos e universidades e, para tanto, usa-se o método analítico, a fim de mostrar o exemplo da cidade de Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil, hoje considerada uma cidade resiliente pela Organização das Nações Unidas (ONU). No final, apresentam-se alguns avanços em cada uma das 17 regiões.

Evolução dos planos legal-legislativos que difundem o desenvolvimento sustentável

Nunca antes, em toda a história, se falou e se idealizou tanto o desenvolvimento sustentável, associado à resiliência e à dignidade. E, para dar conta do tamanho do desafio, se traça abaixo a evolução de alguns planos legais que difundem essas ideias.

Num **primeiro** plano, a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, oportunizou ao mundo um documento oficial e universal, também conhecido como Declaração de Estocolmo, pois foi realizado em Estocolmo, capital da Suécia, cidade-sede da 21ª reunião plenária, em 16 de junho de 1972, quando foram fixados 26 princípios de proteção ambiental, que “marcaram o início da busca por uma conciliação entre práticas de preservação ambiental e desenvolvimento”.³ E o termo utilizado foi *ecodesenvolvimento*.

Num **segundo** plano, ainda em 1983, a Organização das Nações Unidas (ONU) indicou a então primeira-ministra da Noruega, para chefiar a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a fim de aprofundar propostas mundiais na área ambiental. E em 1987, essa comissão apresentou o documento chamado: “Nosso Futuro Comum”, reconhecido internacionalmente como “Relatório Brundtland”, pois leva o nome da primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, cujo conceito de desenvolvimento sustentável foi consagrado com o lançamento do relatório da ONU. Esse “representa um dos primeiros esforços globais para se compor uma agenda global para a mudança de paradigma no modelo de desenvolvimento humano”. Esse relatório “reúne informações colhidas com especialistas de quase todo o planeta ao longo de três anos de análises e pesquisas”.⁴ E aponta o desenvolvimento sustentável como fio condutor, pois define desenvolvimento sustentável como “o desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações

³ DECLARAÇÃO DA CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO – 1972. Disponível em:

<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

⁴ Idem.

futuras de atender às suas próprias necessidades”,⁵ conforme a Comissão Brundtland (1987).

E, nesse contexto, em 1988, foi criado o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) justamente “para fornecer uma fonte objetiva de informação científica” pela Organização Meteorológica Mundial (OMM) e o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). Ou seja, as mudanças climáticas só viriam a ganhar “repercussão graças à sua incorporação à pauta política”.⁶

Num **terceiro** plano, a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), de 1992, e o Decreto Legislativo 2, de 1994, que aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, foram realizados na cidade do Rio de Janeiro. Logo no art. 2º, dentre inúmeras definições, fixou, outros termos, a “utilização sustentável” que significa “a utilização de componentes da diversidade biológica de modo e em ritmo tais que não levem, no longo prazo, à diminuição da diversidade biológica, mantendo assim seu potencial para atender às necessidades e aspirações das gerações presentes e futuras”.⁷

Num **quarto** plano, a Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudança do Clima, em 1992, ainda lembrando que essa convenção foi assinada e ratificada por mais de 175 países, e que, logo no art. 1º, traz, dentre outras definições, a de clima e resiliência: 1 “Efeitos negativos da mudança do clima”, significando as mudanças no meio ambiente físico ou na biota resultantes da mudança do clima que tenham efeitos deletérios significativos sobre a composição, resiliência ou produtividade de ecossistemas naturais e administrados, sobre o funcionamento de sistemas socioeconômicos ou sobre a saúde e o bem-estar humanos. 2. “Mudança do clima” significa uma mudança que pode ser direta ou indiretamente atribuída à atividade humana, que altere a

⁵ RELATÓRIO “NOSSO FUTURO COMUM”. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/N8718467.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

⁶ Relatório do Painel de Alto Nível do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre Sustentabilidade Global. Povos resilientes, planeta resiliente: um futuro digno de escolha. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/docs/gsp-integra.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

⁷ CDB. Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/cdb_ptbr.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

composição da atmosfera mundial e que se some àquela provocada pela variabilidade climática natural e observada ao longo de períodos comparáveis.⁸

Comenta Milaré que um primeiro passo foi dado em 1992, com a chamada “Cúpula da Terra”, já que, tendo tomado uma escala internacional, muitas nações se mobilizaram para analisar e saber quais atitudes poderiam ser tomadas para compreender o perigo global que significam as mudanças climáticas.⁹

Num **quinto** plano, a Agenda 21 foi adotada por mais de 178 governos durante a Rio-92, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, que ocorreu na cidade do Rio de Janeiro, em junho de 1992. A Agenda 21 “é um amplo plano de ação elaborado para ser aplicado de forma global – nacional e localmente – por organizações do Sistema das Nações Unidas, governos e membros da sociedade civil para cada área onde a atividade humana causa impactos ao meio ambiente”.¹⁰

Num **sexto** plano, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Rio-92, que ocorreu em junho de 1992, no Rio de Janeiro. Logo, no princípio 1º, destaca: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”, ou seja, novamente destaca o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. A Rio-92 reafirmou a Declaração que fora adotada em Estocolmo, 20 anos antes, com a publicação de 27 princípios para servir de “norte” e orientar as nações no que tange à preservação do meio ambiente.¹¹

Num **sétimo** plano, o Protocolo de Quioto de 1998, a chamada Conferência das Partes – COP-3, que foi realizada em Quioto, no Japão, em dezembro de 1997, e que culminou na decisão por consenso de adotar um protocolo para reduzir a emissão de gases de efeito estufa dos países industrializados. Uma redução em pelo menos 5% em relação aos níveis do ano de 1990 até 2012.¹²

⁸ Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

⁹ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 10 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015. p. 1.155.

¹⁰ AGENDA 21. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

¹¹ Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

¹² Protocolo de Quioto. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/protocolo-de-quioto1998.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

Num **oitavo** plano, a Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável, de 2002, intitulada “Das nossas origens ao futuro”, que logo, no 1º e 2º itens refere o compromisso com o desenvolvimento sustentável e a dignidade, ou seja: “1. Nós, representantes dos povos do mundo, reunidos durante a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável em Joanesburgo, África do Sul, entre 2 e 4 de setembro de 2002, reafirmamos nosso compromisso com o desenvolvimento sustentável.” E o item 2. “Assumimos o compromisso de construir uma sociedade global humanitária, equitativa e solidária, ciente da necessidade de dignidade humana para todos.”¹³

Nesse contexto, é publicado o guia: *Mude o hábito*, guia da ONU com o objetivo de “alcançar um público amplo, trazendo soluções para indivíduos, empresas, cidades e países, além de outros países que apresentam características similares como ONGs e organizações intergovernamentais”, ou seja, *Mude o hábito* significa, justamente, que todos podem e devem tomar diferentes atitudes para a redução da emissão de gases causadores do efeito estufa.¹⁴

E, também, nesse contexto, o relatório: *Sustainable Innovation and Technology Transfer Industrial Sector Studies. Recycling – From E-Waste to Resources*, de 2009, que significa: Reciclando – do lixo eletrônico aos recursos, um Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que “reuniu dados de onze países em desenvolvimento para estimar a geração atual e futura do lixo eletrônico”,¹⁵ novamente pensando no desenvolvimento sustentável.

Por ser importante, refere-se também ao relatório IPC-IG, que avalia o quadro atual de esforços e discursos sobre mudança climática e desenvolvimento, “buscando uma melhor compreensão do que seria necessário para alcançar algum equilíbrio entre evitar o pior das mudanças climáticas e gerenciar seus impactos, permitindo novos progressos em matéria de desenvolvimento”,¹⁶ Esse relatório também questiona quais medidas de mitigação estão sendo adotadas e por quem.

¹³ Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/07/unced2002.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

¹⁴ Guia *mude o hábito*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/mudehab_web.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

¹⁵ Relatório *Recycling – from e-waste to resources*. Disponível em:

<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/EWaste_final.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

¹⁶ Relatório do Painel de Alto Nível do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre Sustentabilidade Global. povos resilientes, planeta resiliente: um futuro digno de escolha. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/docs/gsp-integra.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

Nesse ínterim, outro relatório de 2011, vale a menção: “De olho no meio ambiente em mutação: Do Rio a Rio+20” é uma tradução de *Keeping track of our changing Environment: From Rio to Rio+20*, que é uma compilação de dados estatísticos efetuada pelo PNUMA, é parte integrante da série Panorama Ambiental Global – 5 (GEO-5) do PNUMA, “documento de maior autoridade da ONU sobre o estado, as tendências e perspectivas do meio ambiente global”.¹⁷

Segundo Achim Steiner, a publicação desse relatório ajuda a contar a história de como o mundo era 20 anos atrás, de onde nos encontramos hoje e de qual direção seguir, além de apontar o estado do meio ambiente em relação às águas, ao *habitat*, à degradação, a produtos químicos e resíduos.¹⁸

Outro relatório fundamental é o do “Painel de Alto Nível sobre Sustentabilidade Global”, de 2012, intitulado: “Povos Resilientes, Planeta Resiliente: um Futuro Digno de Escolha”. O painel “é composto por 22 membros e foi criado pelo Secretário-Geral em agosto de 2010 para formular um novo projeto de desenvolvimento sustentável e de baixo carbono”. O Brasil se fez representar pela Ministra do Meio Ambiente, Izabella Teixeira. O relatório “contém 56 recomendações para colocar em prática o desenvolvimento sustentável e integrá-lo às políticas econômicas o mais rápido possível”.¹⁹

Dessa forma, e por importante, vale referência ao guia intitulado: “Rio+20 – O Futuro que Queremos”, de 2012, que serviu de base e roteiro para a Rio+20, e significa “oportunidade de modificar o paradigma financeiro tradicional e agir

¹⁷ *Keeping track of our changing environment from Rio to RIO+20* (1992-2012). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/Keeping-Track-of-Changing-Environment-UNEP.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

¹⁸ **Tradução livre de:** “This publication helps to tell the story of where the world was 20 years ago and where we collectively stand today, and to show the direction in which we need to move in a post-Rio+20 world. It also highlights the missing pieces in our knowledge about the state of environment— such as those related to freshwater quality and quantity, ground water depletion, ecosystem services, loss of natural habitat, land degradation, chemicals and waste—due to lack of regular monitoring, collection and compilation of data. Scientifically-credible data for environmental monitoring remains inadequate and the challenge of building in-country capacity to produce better policy-relevant data needs urgent attention. We hope this report will inform all those participating in the Rio+20 events and the entire process and help set the world on a path towards a more sustainable environment”. (*Keeping track of our changing environment from Rio to RIO+20* (1992-2012). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/Keeping-Track-of-Changing-Environment-UNEP.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

¹⁹ Guia ‘Rio+20 – o futuro que queremos’. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/03/Rio+20_Futuro_que_queremos_guia.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

para acabar com a pobreza, lidar com a destruição do meio ambiente e construir uma ponte para o futuro”.²⁰

Segundo Sha Zukang, secretário-geral da Conferência Rio+20, “o desenvolvimento sustentável não é uma opção! É o único caminho que permite a toda a humanidade compartilhar uma vida decente neste único planeta. A Rio+20 dá à nossa geração a oportunidade para escolher este caminho”.²¹

Dessa feita, surgiu também o “Rascunho Zero”, na Rio+20, em 2012 (*Zero draft*). Esse documento apresenta sugestões, ideias e também comentários “de 643 propostas enviadas por esses países e instituições e será (foi) o principal texto a ser discutido pelos líderes mundiais, na conferência, para garantir um compromisso político renovado para o desenvolvimento sustentável”.²²

O item 87 sobre [desastres naturais] deixa clara a intenção do pedido: a “redução de riscos de desastres deve continuar a ser abordado no contexto do desenvolvimento sustentável e colocado na agenda de desenvolvimento pós-2015”, principalmente pela ampliação da coordenação entre os três níveis: nacional, regional e internacional. Destaca-se: para “melhores sistemas de previsão e alerta, assim como uma coordenação mais estreita entre a resposta a emergências, a recuperação inicial dos esforços de desenvolvimento”, e, por derradeiro, “incluindo a adoção da “Estrutura [pós-]Hyogo” e sua integração na política de desenvolvimento”.²³

Também o item 88 sobre [mudança climática] destaca, principalmente, que essa é um dos maiores desafios da época moderna, e uma preocupação enorme dos países que estão em desenvolvimento, justamente porque estão mais vulneráveis e estão, de forma mais acentuada, sofrendo os impactos negativos das mudanças do clima, com graves consequências à segurança alimentar e aos

²⁰ Relatório do Painel de Alto Nível do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre Sustentabilidade Global. Povos resilientes, planeta resiliente: um futuro digno de escolha. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/docs/gsp-integra.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

²¹ Relatório do Painel de Alto Nível do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre Sustentabilidade Global. Povos resilientes, planeta resiliente: um futuro digno de escolha. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/docs/gsp-integra.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

²² “Rascunho zero”. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/OFuturoqueQueremos_rascunho_zero.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

²³ “Rascunho zero”. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/OFuturoqueQueremos_rascunho_zero.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

esforços para erradicar a pobreza; também ameaça a integridade territorial, a viabilidade e a própria existência de pequenos Estados insulares em desenvolvimento.²⁴

O efeito estufa não é uma preocupação nova, como destacam Grubb, Vrolijk e Brack:

O Efeito Estufa não é uma preocupação nova. Em 1827, o cientista francês Fourier sugeriu que a atmosfera terrestre aquece a superfície, deixando passar a radiação solar de alta energia e armazenando parte das longas ondas de radiação que voltam da superfície. Isto é causado por uma série de “gases de efeito estufa”, notadamente o dióxido de carbono e vapor-d’água. No final do século XIX, o cientista sueco Arrhemius postulou que o aumento do volume de dióxido de carbono, emitido pelas fábricas da Revolução Industrial estava mudando a composição da atmosfera, aumentando a proporção dos gases de efeito estufa, e que isso iria causar o aumento de temperatura da terra.²⁵

Nem o conceito de clima é novo. Segundo o *Atlas One Planet*,

o clima pode ser conceituado como a descrição estatística da variação de temperaturas e o seu significado através de medidas relevantes do sistema atmosférico-oceânico ao longo de períodos de tempo que variam de semanas a milhares ou milhões de anos. A mudança do clima é definida como uma variação significativa no estado médio do clima ou em sua variação, persistindo por um período prolongado (tipicamente décadas ou mais longo). A mudança do clima afetará a ecologia do planeta impactando a biodiversidade, causando extinções de espécies, alterando padrões migratórios, e perturbando ecossistemas em maneiras incontáveis. As mudanças climáticas impactarão as sociedades humanas afetando a agricultura, as fontes de água e sua qualidade, padrões de estabelecimento e a saúde.²⁶

²⁴ “Rascunho zero”. Disponível em:

<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/OFuturoqueQueremos_rascunho_zero.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

²⁵ **Tradução livre de:** “The greenhouse effect is not a new concern. As early as 1827, the French Scientist Fourier suggested that the earth’s atmosphere warms the surface by letting through high-energy solar radiation but trapping part of the longer-wave heat radiation coming back from the surface. This is caused by a number of ‘greenhouse gases’, notably carbon dioxide and water vapour. At the end of nineteenth century the Swedish scientist Arrhemius postulated that the growing volume of carbon dioxide emitted by the factories of the Industrial Revolution was changing the composition of the atmosphere, increasing the proportion of greenhouse gases, and that would cause the earth’s temperature to rise”. (GRUBB, Michael; VROLIJK, Christian; BRACK, Duncan. *The Kyoto Protocol: guide and assessment*. Royal Institute of International Affairs, London: 1999. p. 3).

²⁶ **Tradução livre de:** “Climate is the statistical description in terms of the mean and variability of relevant measures of the atmosphere-ocean system over periods of time ranging from weeks to thousands or millions of years. Climate change is defined as a statistically significant variation in either the mean state of the climate or in its variability, persisting for an extended period (typically decades or longer)...Climate change will affect the ecology of the planet by impacting

Com a 18ª Conferência do Clima, em 2012 – Conferência das Nações Unidas sobre Mudança Climática (COP-18), em Doha, no Catar, houve a prorrogação da validade do Protocolo de Quioto para 2020. Estiveram reunidos 194 países, e alguns deles se desvincularam do acordo, ou seja, Japão, Rússia, Canadá, Nova Zelândia e Estados Unidos.²⁷

Nesse sentido, destaca Marengo, que a Declaração Hyogo do Japão, de 2005, frequentemente,

devido à falta de projeções confiáveis de mudanças climáticas no nível regional, as ações governamentais são tomadas só depois da ocorrência de eventos que causam desastres naturais, isto é, para remediar as perdas, que não podem ser prevenidas ou mitigadas antes da sua ocorrência. Assim, considerando que o inevitável aquecimento global agravará a vulnerabilidade das populações à intensificação dos desastres naturais, se devem priorizar esforços para melhorar os alertas antecipados de eventos extremos de clima e tempo, que devem ser disponibilizados rapidamente, como reconhecido pela Declaração Hyogo (ISDR, 2005), concebida como um meio para a adaptação à mudança climática e de supressão de seus efeitos devastadores em um período de dez anos (2005-2015).²⁸

Adverte-se que as prioridades do Marco de Ação de Hyogo 2005-2015 (ISDR, 2005) eram:

1 – garantir que a redução do risco de desastres seja uma prioridade nacional e local com forte base institucional para a aplicação; 2 – identificar, avaliar e monitorar os riscos de desastres e melhorar os sistemas de alerta precoce; 3 – utilizar conhecimento, inovação e educação para criar uma cultura de segurança e resiliência em todos os níveis; 4 – reduzir os fatores de risco subjacentes; e 5 – fortalecer a preparação para desastres para permitir uma resposta eficaz em todos os níveis. [...]

O “Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030”, serviu de complementação ao de Hyogo, naquilo que não foi atendido, como já se

biodiversity, causing species extinctions, altering migratory patterns, and disturbing ecosystems in countless ways. Climate change will impact human societies by affecting agriculture, water supplies, water quality, settlement patterns, and health”. (ATLAS ONE PLANET. *Many people*. United Nations Environment Program, 2012. p. 78-79. Disponível em:

<<https://na.unep.net/atlas/onePlanetManyPeople/book.php>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

²⁷ Revista Época. Disponível em:

<<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/noticia/2012/12/conferencia-do-clima-prorroga-validade-do-protocolo-de-kyoto-para-2020.html>>. Acesso em: 10 set. 2016.

²⁸ MARENGO, José A. *Mudanças climáticas globais e seus efeitos sobre a biodiversidade*: caracterização do clima atual e definição das alterações climáticas para o território brasileiro ao longo do século XXI. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2006. p. 25.

destacou em outro trabalho.²⁹ Adverte-se, novamente, que não foram cumpridas as ações na integralidade. E, dessa forma, vale referir pela atualidade esse importante marco, pois foi adotado na 3ª Conferência Mundial sobre a Redução do Risco de Desastres, em 2015, em Sendai, Miyagi, Japão.

Assim, foram estabelecidas também as seguintes prioridades de ação:

- 1 – Compreensão do risco de desastres;
- 2 – Fortalecimento da governança do risco de desastres para gerenciar o risco de desastres;
- 3 – Investir na redução do risco de desastres para a resiliência;
- 4 – Melhorar a preparação para desastres a fim de providenciar uma resposta eficaz e para “Reconstruir Melhor” em recuperação, reabilitação.³⁰

Vale citar, ainda, a Resolução A/RES/70/1, da Assembleia Geral das Nações Unidas, intitulada: “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, ou seja, são as metas para os próximos 15 anos. E, “em particular sua meta 13, e a adoção da Agenda de Ação de Adis Abeba da 3ª Conferência Internacional sobre o Financiamento para Desenvolvimento e Adoção do Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres”.³¹

Logo no preâmbulo, destaca:

Esta Agenda é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade. Também busca fortalecer a paz universal com mais liberdade. Reconhecemos que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável.³²

A Conferência de Paris foi a última conferência realizada na 21ª sessão, em Paris, em novembro e dezembro de 2015, na qual foram enfatizados,

²⁹ BÜHRING, Marcia Andrea; BARP, André. *Mudanças climáticas: mitigação e prevenção dos desastres/catástrofes*. In: *Direito Sociambiental* (no prelo).

³⁰ Marco Sendai. “Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030”. Disponível em: <[http://www.mi.gov.br/documents/3958478/0/Sendai_Framework_for_Disaster_Risk_Reduction_2015-2030+\(Portugu%C3%AAs\).pdf/4059be98-843e-49dd-836b-fe0c21e1b664](http://www.mi.gov.br/documents/3958478/0/Sendai_Framework_for_Disaster_Risk_Reduction_2015-2030+(Portugu%C3%AAs).pdf/4059be98-843e-49dd-836b-fe0c21e1b664)>. Acesso em: 10 set. 2016.

³¹ Transformando Nosso Mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

³² Transformando Nosso Mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

principalmente, a mitigação, a adaptação, as perdas e os danos em razão das mudanças climáticas. Observe-se o que segue:

Reconhecendo que as mudanças climáticas representam uma ameaça urgente e potencialmente irreversível para as sociedades humanas e para o planeta e, portanto, requer a mais ampla cooperação possível de todos os países e sua participação numa resposta internacional eficaz e apropriada, com vista a acelerar a redução das emissões globais de gases de efeito estufa, *Reconhecendo ainda* que serão necessárias reduções profundas nas emissões globais, a fim de alcançar o objetivo final da Convenção, e enfatizando a necessidade de urgência no combate às mudanças climáticas, *Reconhecendo* que a mudança climática é uma preocupação comum da humanidade, as Partes deverão, ao tomar medidas para combater as mudanças climáticas, respeitar, promover e considerar suas respectivas obrigações em matéria de direitos humanos, o direito à saúde, os direitos dos povos indígenas, comunidades locais, migrantes, crianças, pessoas com deficiência e pessoas em situação de vulnerabilidade, o direito ao desenvolvimento, bem como a igualdade de gênero, empoderamento das mulheres e a igualdade intergeracional.³³

A par de todas essas informações sobre desenvolvimento sustentável, [a grande palavra de ordem do milênio e do novo milênio] assim como o clima e as consequências das mudanças climáticas, este capítulo busca, principalmente, apresentar essa vinculação com a resiliência e, mais especificamente, o caso de Porto Alegre – RS.

Resiliência: o exemplo de Porto Alegre – RS

O termo *resiliência*, muito difundido na década de 70, foi expandido e passou a integrar os discursos, mais recentemente, com os reiterados desastres naturais que ocorreram no Brasil e no mundo, quando muitas cidades sofreram com enchentes, vendavais e deslizamentos. Dessa forma, o conceito *idades resilientes* a desastres volta ao cenário nacional, em razão das medidas que as cidades passaram a adotar para se preparar para os desastres ou prontamente restabelecer serviços básicos à população.

Nesse contexto, o marco teórico é a sugestão da ONU dos dez passos essenciais, para que as cidades possam restabelecer os serviços essenciais: hospitais, o fornecimento de luz, água, telefone, etc., bem como um trabalho

³³ Convenção de Paris. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

conjunto e comprometido que está sendo desenvolvido por atores, gestores, comunidades, políticos e universidades.

O objetivo central da pesquisa é trazer o exemplo de Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil, hoje considerada uma cidade resiliente a desastres pela ONU, significa compreender a resiliência urbana em termos práticos, apresentando as estratégias e mostrando quais foram os avanços. Inicialmente, cumpre (re)lembrar que Porto Alegre,³⁴ capital do Estado do Rio Grande do Sul, com IDH elevado, é uma das capitais mais arborizadas do País.³⁵

A proposta central da pesquisa é mostrar que as redes de resiliência são, portanto, compostas por 17 regiões na cidade de Porto Alegre, cuja ação é “integrada entre organizações da sociedade civil, universidade e liderança comunitária nas discussões sobre os pontos fortes e fracos de cada região”.³⁶

³⁴ “Porto Alegre, capital do Estado do Rio Grande do Sul, no extremo Sul do Brasil, é um dos centros políticos, econômicos e culturais do Brasil e uma das cidades latino-americanas de maior diversidade. Fundada em 1772 por casais açorianos, a cidade se expandiu ao acolher imigrantes de todo o mundo, especialmente da Alemanha, Itália, Espanha, Polônia e Portugal, além do elemento negro e do elemento indígena, que fizeram dela seu lar. [...] Com um Índice de Desenvolvimento Humano de 0,865, é a capital brasileira com os melhores índices de educação, longevidade e renda do Brasil. A expectativa média de vida em Porto Alegre é de 76,4 anos. [...] A área de Porto Alegre, de 496,684km², é um ponto de encontro de distintos sistemas naturais que imprimem uma geografia diversificada à cidade. Um anel de morros graníticos com 730 milhões de anos emoldura a região de planície onde está o grande centro urbano da cidade, ocupando 65% de seu território. [...] Porto Alegre é considerada uma das capitais mais arborizadas do País, famosa por seus túneis verdes. Com cerca de 1,3 milhão de árvores apenas nas vias públicas, Porto Alegre possui ainda 608 praças (4.522.344m²), 354 áreas verdes complementares (977.581m²), nove parques municipais (2.548.067m²) e três Unidades de Conservação (13.191.327m²) administradas pela Smam. Localizada no sul da cidade, a Reserva Biológica do Lami, que fica em uma área de 180 hectares, é a única reserva biológica do País administrada por ente municipal. A área possui uma grande variedade de espécies de flora e fauna, com mais de 300 espécies de plantas nativas e um número ainda maior de espécies de animais. Mais de 220 espécies de aves nativas foram registradas na reserva, incluindo espécies migratórias. As lagoas e os pântanos servem como berçário para muitos organismos aquáticos, como peixes, anfíbios e moluscos. Levando-se em conta apenas as áreas verdes municipais, Porto Alegre supera a recomendação da Organização Mundial da Saúde (OMS), atingindo 14,78m² de área verde por habitante. Se forem levadas em conta áreas verdes estaduais, federais e algumas áreas particulares, o índice sobe para 50m². Segundo a OMS, o mínimo recomendado é de 12m² de área verde por habitante. *Porto Alegre resiliente*”. Disponível em: <<http://portoalegreresiliente.org/downloads/PRA-POA-20150323.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

³⁵ BÜHRING, Marcia Andrea. Cidades resilientes a catástrofes: o exemplo de Porto Alegre. p. 210ss. In: RECH, Adir Ubaldo; COIMBRA, Diego (Org.). *Cidade: uma construção interdisciplinar*. Caxias do Sul, RS: Educus, 2016. Disponível em: <<http://www.uces.br/site/midia/arquivos/ebook-a-cidade.pdf>>. Acesso em: 1º mar. 2017.

³⁶ Integram a Rede:

1) “O Centro de Pesquisas e Estudos sobre Desastres no Rio Grande do Sul (Ceped – RS) é um núcleo interdisciplinar que realiza pesquisas e estudos sobre desastres naturais e aqueles causados

Vale fazer menção ao projeto chamado “Desafio Porto Alegre Resiliente”, que objetiva desenvolver estratégias, a fim de tornar a cidade mais resiliente, sendo os desafios tanto físicos quanto sociais e/ou econômicos.

Para solidificar o projeto, foram realizados *workshops*, orientados pela Fundação Rockefeller, que, num primeiro momento, “marcou a inclusão do tema *resiliência* no trabalho das secretarias e órgãos municipais”, e contou com 80 representantes.³⁷ Num segundo momento, “envolveu representações de universidades, terceiro-setor, setor público e privado” com seleção e engajamento das partes interessadas e definição de estratégias para os diferentes grupos de trabalho.³⁸

Cumprido destacar que foram dez mesas temáticas sobre diferentes temas como: saúde, educação, segurança, regularização fundiária, diversificação da economia e áreas de risco hidrológico.³⁹ Como resultado, o relatório apresenta cinco áreas que contemplam tanto os problemas quanto os desafios:

1 – ÁREAS DE RISCO HIDROLÓGICO – Situações a serem enfrentadas: famílias que vivem em áreas de alto risco da cidade são desalojadas de suas moradias a cada nova inundação ou alagamento, muitas vezes perdem seus poucos bens, sem que haja qualquer política pública para reparar seus prejuízos materiais; são prejudicadas em seus empregos pela falta de mobilidade, seus filhos perdem dias de escola, entre outros inúmeros prejuízos; moradia em áreas irregulares, lixo descartado nos arroios e nas ruas; infraestrutura de proteção envelhecida (bombas sucateadas), e falta de consciência ambiental.

pelo homem e seu impacto nos diversos ambientes. O Ceped, que é um órgão vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), tem como objetivo principal contribuir para a prevenção e mitigação dos desastres e seus efeitos.”

2) “O Centro de Inteligência Urbana de Porto Alegre (Ciupoa) é uma Organização Não Governamental preocupada em oferecer soluções sustentáveis às cidades, assim como em auxiliá-las na adaptação às mudanças climáticas.”

3) “A Defesa Civil é o conjunto de ações preventivas e de socorro para evitar ou minimizar desastres, preservar o moral da população e restabelecer a normalidade do convívio social.”

4) “A Fundação Rockefeller foi criada em 1913, nos Estados Unidos e tem como objetivo promover no Exterior o estímulo à saúde pública, o ensino, a pesquisa e a filantropia. É caracterizada como associação beneficente e não governamental, que utiliza recursos próprios para realizar suas ações em vários países do mundo”. E, 5) “Por meio da Secretaria de governança local, a Prefeitura traz no seu bojo uma nova cultura política baseada em relações horizontais de cooperação em torno de causas comuns no território. Essa forma de atuar, no entanto, estabelece que desafios e diferenças sejam superados com o objetivo de trazer resultados concretos à realidade que se quer mudar.” (*Porto Alegre Resiliente. Rede*).

³⁷ *Porto Alegre Resiliente. Rede*. Disponível em: <<http://portoalegreresiliente.org/a-rede/>>. Acesso em: 4 mar. 2016, p. 13.

³⁸ *Ibidem*, p. 18.

³⁹ *Idem*.

2 – REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA – Situações a serem enfrentadas: ausência de serviços básicos de água encanada, energia elétrica regular e outros serviços nas vilas irregulares, que causa prejuízos à saúde humana; incêndios e prejuízos materiais aos seus moradores; procedimentos de regularização fundiária demasiadamente lentos e investimentos insuficientes para urbanização de áreas.

3 – DIVERSIFICAR A ECONOMIA DA CIDADE – Situações a serem enfrentadas: áreas deprimidas da cidade como o 4º Distrito, necessidade de alavancar vocações da cidade como o cluster da saúde, necessidade de fomentar a economia criativa e da inovação, de forma a diversificar e fortalecer a economia da cidade; necessidade de promover o empreendedorismo e atrair novos investimentos, de modo a gerar novas oportunidades de negócios, trabalho e renda, especialmente para a juventude.

4 – SEGURANÇA E EDUCAÇÃO – Situações a serem enfrentadas: urgência em resolver as questões sociais, promover uma educação mais atrativa para os jovens, com currículos e escolas que agreguem as comunidades; ausência de educação técnica e profissionalizante, cursos oferecidos de baixo valor agregado e pouco foco em capacitação em serviços e a falta de creches, que favorece a violência sexual e o desemprego das mulheres.

5 – SAÚDE – Situações a serem enfrentadas: sistema de saúde demasiadamente focado na saúde curativa; falta de médicos especialistas e postos de saúde não informatizados; excessiva dependência do interior do Estado, sobrecarregando o sistema de saúde da Capital; falta de prioridade à saúde preventiva e à educação para a saúde tem também contribuído para o mau funcionamento do sistema.⁴⁰

Cabe, ainda, referir que a Fundação Rockefeller,⁴¹ nos Estados Unidos, reconheceu a cidade de Porto Alegre como cidade resiliente, portanto, coloca a capital dentre “as 100 cidades do mundo que estão melhor preparadas para voltar à normalidade após a ocorrência de algum desastre natural e melhor equipadas para a superação de tragédias coletivas”.

Porto Alegre foi assim eleita no dia 12/12/2013, lembrando que somente Porto Alegre e Rio de Janeiro “foram selecionadas para participar do Desafio Centenário das 100 Cidades Resilientes”. E, na defesa da candidatura, Porto Alegre destacou quatro iniciativas:

O Projeto Integrado Socioambiental (Pisa), o Observatório da Cidade de Porto Alegre (ObservaPoa), o Laboratório de Inteligência do Ambiente Urbano (Liau) e o Centro Integrado de Comando (Ceic).

– O Pisa pretende ampliar o índice de tratamento de esgotos da Capital de 27% para 77%, retomando a balneabilidade do Lago Guaíba e atuando no reassentamento de comunidades em áreas de risco.

⁴⁰ Ibidem, p. 22.

⁴¹ 100 Resilient Cities. Disponível em:

<<http://100resilientcities.rockefellerfoundation.org/cities/entry/porto-alegres-resilience-challenge>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

- O ObservaPoa oferece informações georreferenciadas sobre a cidade, consistindo em ferramenta fundamental para toda ação junto à mesma.
- O Liau está associado à Política de Educação Ambiental da Rede Municipal de Ensino, que procura nova forma de olhar para a cidade no processo de aprendizagem, produzindo saberes a partir do local e dos moradores do bairro no qual a escola está inserida.
- Inaugurado em 2012, o Ceic é um espaço de vídeo monitoramento 24 horas, que conta com diferentes serviços relacionados à segurança, defesa civil, trânsito, clima e tempo. A cidade tem hoje 75 áreas de risco, sendo 45 delas consideradas de extremo risco.⁴²

Nesses anos de trabalho, Porto Alegre pôde contar com mais de 500 atores sociais e inúmeras iniciativas. Com o “lançamento da Primeira Estratégia de Resiliência de Porto Alegre”, marcada pela assinatura de um compromisso de Porto Alegre “em destinar parte do seu orçamento para ações que fortaleçam a resiliência da cidade”,⁴³ é chegado o momento de implementar as iniciativas. Dessa forma, destaca-se “a partir da entrega da Estratégia, nossa meta é chegar até 2022, quando Porto Alegre completa 250 anos, com uma cidade ainda mais forte, que cultua a paz e é capaz de prever riscos, que tem uma economia dinâmica e inovadora, com vilas regularizadas e que oferece formas de mobilidade humana satisfatórias”.⁴⁴

Nesse compromisso, estão listadas em torno de 70 ações em seis diferentes áreas, que são “Mobilidade Humana, Bem Viver, Diversificação da Economia, Gestão de Riscos, Regularização Fundiária e Resiliência da Resiliência”, ou seja, ações específicas às 17 regiões.

Inclusive a Lei 12.608, de 10 de abril de 2012 que institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), destaca, no art. 3º: “A PNPDEC abrange as ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação voltadas à proteção e defesa civil. Parágrafo único. A PNPDEC deve integrar-se às políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais, tendo

⁴² Porto Alegre. Disponível em:

<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/portal_pmpa_novo/default.php?p_noticia=166185>. Acesso em: 20 dez. 2015. *Porto Alegre. Histórico*. Disponível em: <<http://portoalegre resiliente.org/em-dia-historico-porto-alegre-lanca-estrategia-e-firma-compromisso-para-aco-es-de-resiliencia/>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

⁴³ *Porto Alegre. Histórico*. Disponível em: <<http://portoalegre resiliente.org/em-dia-historico-porto-alegre-lanca-estrategia-e-firma-compromisso-para-aco-es-de-resiliencia/>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

⁴⁴ Idem.

em vista a promoção do desenvolvimento sustentável.” Também o art. 5º: “São objetivos da PNPDEC: [...] VI – estimular o desenvolvimento de cidades resilientes e os processos sustentáveis de urbanização.”

Conclusão

Como conclusão, apresentam-se os dados práticos, os avanços em cada uma das 17 regiões, a exemplo do IDH, n. de habitantes, renda média, taxa de analfabetismo, se as habitações são consideradas precárias, acesso à rede de água potável, acesso à rede de esgoto adequado, lixo acumulado no logradouro, destinação adequada do lixo e arborização no entorno das edificações.

Apontam-se ainda, os valores da resiliência em cada uma das diferentes áreas, como, por exemplo: “1 – Ao valorizar as relações harmônicas, de empatia e de gentileza, a cidade promove a colaboração e a cultura de paz. 2 – Ao instrumentalizar pessoas para técnicas agrícolas, a cidade promove a agricultura familiar, a produção de alimentos orgânicos e a saúde da população”, entre outras.

Porto Alegre, no centro do sistema, como “Cidade-Referência em Resiliência na América Latina em 2022”. Como destaca o mapa abaixo:

- A: “ecossistema dinâmico e inovador”,
- B: “da cultura de paz”,
- C: “da prevenção de riscos”,
- D: “da mobilidade de qualidade”,
- E: “da terra legal”,
- F: “do O. P. e da gestão resiliente” com metas, iniciativas, objetivos estratégicos claros e precisos.

Figura 1 – Cidade-Referência em Resiliência na América Latina em 2022



Fonte: Porto Alegre: Histórico. Disponível em: <<http://portoalegreresiliente.org/em-dia-historico-porto-alegre-lanca-estrategia-e-firma-compromisso-para-acoes-de-resiliencia/>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

Referências

AGENDA 21. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

ATLAS ONE PLANET. *Many people*. United Nations Environment Program, 2012. p. 78-79. Disponível em: <<https://na.unep.net/atlas/onePlanetManyPeople/book.php>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BÜHRING, Marcia Andrea; BARP, André. *Mudanças climáticas: mitigação e prevenção dos desastres/catástrofes*. In: *Direito Sociambiental* (no prelo).

BÜHRING, Marcia Andrea. Cidades resilientes a catástrofes: o exemplo de Porto Alegre. In: RECH, Adir Ubaldo; COIMBRA, Diego (Org.). *Cidade: uma construção interdisciplinar*. Caxias do Sul, RS: Educus, 2016. p. 210 ss. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/site/midia/arquivos/ebook-a-cidade.pdf>>. Acesso em: 1º mar. 2017.

100 Resilient Cities. Disponível em: <<http://100resilientcities.rockefellerfoundation.org/cities/entry/porto-alegres-resilience-challenge>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

CONVENÇÃO de Paris. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

CONVENÇÃO-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

- CDB. Convenção sobre diversidade biológica. Disponível em:
<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/cdb_ptbr.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.
- DECLARAÇÃO da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. 1972.
Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.
- DECLARAÇÃO de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável. Disponível em:
<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/07/unced2002.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.
- DECLARAÇÃO do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em:
<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.
- GUIA “mude o hábito”. Disponível em:
<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/mudehab_web.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.
- GUIA RIO+20: o futuro que queremos. Disponível em:
<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/03/Rio+20_Futuro_que_queremos_guia.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.
- GRUBB, Michael; VROLIJK, Christian; BRACK, Duncan. *The Kyoto Protocol: Guide And Assessment*. Royal Institute of International Affairs, London, 1999.
- KEEPING track of our changing environment from Rio to Rio+20 (1992-2012). Disponível em:
<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/Keeping-Track-of-Changing-Environment-UNEP.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.
- MARCO SENDAI. Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030.
Disponível em:
<[http://www.mi.gov.br/documents/3958478/0/Sendai_Framework_for_Disaster_Risk_Reduction_2015-2030+\(Portugu%C3%AAs\).pdf/4059be98-843e-49dd-836b-fe0c21e1b664](http://www.mi.gov.br/documents/3958478/0/Sendai_Framework_for_Disaster_Risk_Reduction_2015-2030+(Portugu%C3%AAs).pdf/4059be98-843e-49dd-836b-fe0c21e1b664)>. Acesso em: 10 set. 2016.
- MARENGO, José A. *Mudanças climáticas globais e seus efeitos sobre a biodiversidade: caracterização do clima atual e definição das alterações climáticas para o território brasileiro ao longo do século XXI*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2006.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.
- MITIGATION of what and by what? Adaptation by whom and for whom? Dilemmas in delivering for the poor and the vulnerable in international climate policy. Disponível em:
<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/IPCWorkingPaper79.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.
- PORTO Alegre Resiliente. Disponível em: <<http://portoalegreresiliente.org/downloads/PRA-POA-20150323.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.
- PORTO Alegre Resiliente. REDE. Disponível em: <<http://portoalegreresiliente.org/a-rede/>>. Acesso em: 4 mar. 2016.
- PORTO ALEGRE. Disponível em:
<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/portal_pmpa_novo/default.php?p_noticia=166185>. Acesso em: 20 dez. 2015.

PORTO ALEGRE: histórico. Disponível em: <<http://portoalegreresiliente.org/em-dia-historico-porto-alegre-lanca-estrategia-e-firma-compromisso-para-acoes-de-resiliencia/>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

PROTOCOLO DE QUIOTO. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/protocolo-de-quioto1998.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

RASCUNHO ZERO. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/OFuturoqueQueremos_rascunho_zero.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

Relatório do Painel de Alto Nível do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre Sustentabilidade Global. Povos Resilientes, Planeta Resiliente: um futuro digno de escolha. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/docs/gsp-integra.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

RELATÓRIO “Nosso Futuro Comum”. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/N8718467.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

RELATÓRIO *Recycling – from E-Waste To Resources*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/EWaste_final.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

REVISTA ÉPOCA. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/noticia/2012/12/conferencia-do-clima-prorroga-validade-do-protocolo-de-kyoto-para-2020.html>>. Acesso em: 10 set. 2016.

TRANSFORMANDO Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

O direito fundamental à saúde no Brasil: aspectos teórico-normativos e práxis jurisdicional[#]

The fundamental right to health in Brazil: theoretical normative aspects and jurisdictional practice

Italo Roberto Fuhrmann*

Resumo: A chamada *judicialização* do direito fundamental à saúde tanto no que se refere à análise de jurisprudência quanto no que atine à doutrina pátria e alienígena evidencia uma ampla discussão existente acerca do *se*, do *como* e *em que medida* podem ser judicialmente exigidos do Estado e dos particulares – especialmente em se tratando de entidades corporativas, nacionais e internacionais, a exemplo dos laboratórios de pesquisa farmacêutica – prestações materiais concernentes à preservação ou recuperação da saúde.

Palavras-chave: *Judicialização*. Direito à saúde. Direito brasileiro.

Abstract: The so-called *juridification* of the fundamental right to health, regard to the case law analysis and to the doctrine shows a large existing discussion about it, of how and in what extent may be judicially required material benefits concerning the preservation or restoration of health by the State and – especially by the corporate, national and international bodies, like the pharmaceutical research laboratories.

Keywords: *Juridification*. Right to health. Brazilian Law.

À guisa de introdução

A *judicialização*¹ da política e das relações sociais, de forma genérica, constitui um fenômeno cada vez mais presente no âmbito da produção acadêmica e no debate judicial brasileiro, sobretudo quando se trata de tema relacionado aos direitos sociais.² Com especial agudeza, o caso do direito à saúde, por lidar com

[#] Trata-se de texto atualizado e ampliado, originalmente publicado na *Revista Jurídica Portucalense*, n. 20, de 2016. (Revista da Faculdade de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto – Portugal).

* Professor de Direito Constitucional. Advogado em Porto Alegre.

¹ O termo *judicialização* é um neologismo, que não pode ser identificável no léxico gramatical da língua em geral. No contexto alemão, ele remonta ao debate sobre questões fundamentais da relação entre Direito e Sociedade, e Direito e Política, ainda à época da República de Weimar. O termo foi utilizado pela primeira vez por Hugo Sinzheimer, em ensaio intitulado “Die Zukunft der Arbeiterräte”, publicado em 1919, o qual descreveu a mudança do papel exercido pelos sindicatos na Alemanha. (NUSSBERGER, Angelika. *Sozialstandards im Völkerrecht: Eine Studie zu Entwicklung und Bedeutung der Normsetzung der Vereinten Nationen, der internationalen Arbeitsorganisation und des Europarats zu Fragen des Sozialschutzes*. Berlin: Duncker und Humblot, 2005. p. 462).

² Estudo seminal de LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 185 ss.

situações que, não raro, requerem premência no seu julgamento – sob pena, inclusive, de morte do litigante – e que, por outro lado, lida com o permanente incremento da tecnologia médica, o que, *ipso facto*, põe em causa, inexoravelmente, a questão orçamentária dos custos da saúde, especialmente em face de um ordenamento jurídico, como o brasileiro, que possui um amplo espectro normativo de garantia do direito à saúde, individual e coletiva, tem se revelado de difícil solução para o Poder Judiciário.³

O vocábulo *judicialização*, ou *ativismo judicial*, pode ser conceituado como a atuação do Poder Judiciário em questões que, tradicionalmente, sempre foram compreendidas como políticas,⁴ ou seja, questões que concernem a um âmbito de decisão coletiva.⁵ Trata-se, em outros termos, tanto do controle jurisdicional da vontade do soberano *Hobbes* – exercido, tipicamente, pelo controle abstrato de constitucionalidade – quanto pela aplicação direta da Constituição a determinadas situações.⁶ A democratização social, tal como se apresenta no *Welfare State*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou, primeiramente, após a derrota do nazi-fascismo e depois, na década de 1970, com o desmonte dos regimes autoritários do mundo ibero-americano, exurgindo Constituições informadas pela positivação de direitos fundamentais, estariam, de acordo com o

³ É inegável o alto nível de preocupação do Poder Judiciário brasileiro em relação à *Judicialização* do direito à saúde, atrelada ao binômio garantia constitucional-impacto econômico, posta a lume na convocação, à época, pelo presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Ferreira Mendes, de Audiência Pública sobre direito à saúde, em abril de 2009, com a participação de vários segmentos da sociedade civil.

⁴ Cf. instigante ensaio de COELHO, T. L., sobre a impossibilidade de se delimitar de forma predeterminada e estagnada as áreas do Direito e da política. A eficácia dos direitos fundamentais pelo controle judicial de políticas públicas: entre a auto-contenção e a necessária consideração da macro-justiça. In: PINTO, Élica Graziane; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre (Org.). *Judicialização, orçamento público e democratização do controle de políticas públicas*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010. p. 56-59).

⁵ COELHO, op. cit., p. 163.

⁶ Em período recente, os seguintes temas foram objeto de pronunciamento do STF ou de outros Tribunais: a) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência, relativamente à contribuição dos inativos, e da Reforma do Poder Judiciário, com a criação do Conselho Nacional de Justiça; b) Relações entre Poderes: determinação dos limites de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito e o papel do Ministério Público na investigação criminal; c) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção de gestação em hipóteses de inviabilidade fetal e as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias; d) Questões do dia a dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinatura telefônica, aumento do valor das passagens de transporte coletivo, fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde privados, etc. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 384-385).

estudo empreendido por Werneck Vianna, Resende de Carvalho, Cunha Melo e Baumann Burgos, no centro do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, incluindo o Poder Judiciário no espaço da política.⁷

O elemento essencial – como ponto de partida para a compreensão de qualquer teoria moderna sobre *judicialização* – radica na observação do crescimento quantitativo de normas jurídicas, ou seja, da cada vez mais intensa ação do Legislativo na construção do Direito, característica típica das sociedades modernas. Não obstante, tal aspecto quantitativo não tem, pura e simplesmente, o condão de abranger toda a análise sobre a verdadeira problemática da judicialização que, pelo contrário, refere-se muito mais às condições e aos efeitos dessas normas em relação ao Estado, à sociedade, aos cidadãos e ao próprio Direito.⁸

Chegamos talvez, no Brasil, ao auge do debate acerca dos limites e das possibilidades de atuação do Poder Judiciário em âmbitos dantes açambarcados pelos ditos “poderes democráticos”, originados da transição de um Judiciário periférico, ou melhor dizendo *dogmatizado* pela técnica do Direito Positivo, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais num sentido eminentemente político, para um Judiciário que, cada vez mais, se mostra como uma instituição central da democracia deliberativo-participativa, designadamente em relação à sua expressão propriamente política, assim como sob a perspectiva de sua intervenção no âmbito social.⁹ Vários foram os fatores à consecução dessa

⁷ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22. Nesse cenário, afirmam os autores, o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania, configurando uma ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas.

⁸ NUSSBERGER, Angelika. *Sozialstandards im Völkerrecht*. Eine Studie zu Entwicklung und Bedeutung der Normsetzung der Vereinten Nationen, der internationalen Arbeitsorganisation und des Europarats zu Fragen des Sozialschutzes. Berlin: Duncker und Humblot, 2005. p. 463.

⁹ VIANNA et al. op. cit., p. 22. Em estudo empreendido pelos autores, constatou-se, num período compreendido entre 1988 e 1998, um número crescente de ADIs ajuizadas por governadores, procuradores, associações de classe e partidos políticos, tendo por objeto um amplo espectro de interesses, desde o mais particular até os de caráter universalista, de modo que os tribunais, a partir da apropriação dos mecanismos constitucionais pela “comunidade de intérpretes”, cada vez mais, têm levado a jurisdição a todos os âmbitos da vida social. Nesse sentido, foi apontado o papel desempenhado pelos governadores que conduzem o STF a exercer funções de Conselho de Estado, designadamente em relação à racionalização estrutural e organizacional da Administração Pública, impedindo corporativismos, privilégios e particularismos, assim como as Associações de Classe que fazem do STF um partícipe nas questões da vida social, como regulação do mercado de

guinada de posicionamento do Poder Judiciário brasileiro, dentre os quais destacam-se o distanciamento progressivo das ações governamentais em relação ao texto constitucional aprovado em 1988, objetivando um alinhamento do País às exigências da chamada globalização e ao mercado como instância última e determinante da vida social; o aumento significativo da conscientização dos indivíduos acerca dos seus direitos; a ascensão institucional do Poder Judiciário, e a incorporação ao ordenamento jurídico pátrio de mecanismos de tutela como a Ação Civil Pública (ACP) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), além da significativa ampliação dos legitimados à proposição de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI).¹⁰

Mínimo existencial, reserva do possível e direito à saúde: uma leitura crítica a partir do Direito Constitucional Positivo brasileiro

Na busca de critérios para a *judicialização* dos direitos sociais e, de forma específica, do direito à saúde, cada vez mais avultam, no Direito brasileiro, duas categorias que, paradoxalmente, não se constroem a partir do Direito Positivo, mas que se depreendem a partir de argumentos estranhos à dogmática jurídica, nomeadamente da filosofia política e da economia. Trata-se do *mínimo existencial* e da *reserva do possível*.

Tanto o conceito de mínimo existencial quanto de reserva do possível são construções forjadas, originariamente, no âmbito da doutrina e jurisprudência alemãs, de tal sorte que, inicialmente, enfrentaremos o problema sob a perspectiva tedesca.

Na Alemanha, o combate às necessidades sociais, no sentido de retirar as pessoas de situações de pobreza extrema, era compreendido, inicialmente, como um problema de estabilidade interna da sociedade e não como uma questão de dignidade individual das pessoas. Tentava-se combater as situações de necessidade através de ações policiais, especialmente por meio de prescrições que proibiam a mendicância, ao mesmo tempo que criavam casas de trabalho para a população. Entretanto, a garantia de assistência social levava à perda automática, pelo beneficiado, do direito ao voto, assim como a limitação da livre-escolha de

trabalho, política econômica e social e, mediante a concessão de liminares nas ADIs, que contestam medidas provisórias, transformando-o em colaborador indireto na produção legislativa.

¹⁰ LOPES, op. cit., p. 229.

residência. Tratava-se, salvo melhor juízo, de um *estímulo* para que as pessoas não dependessem da assistência estatal. Essas consequências restritivas de cidadania só seriam abolidas do sistema jurídico alemão com a pressão exercida pelos veteranos de guerra (1914-1918), como forma de um *agradecimento da pátria*.¹¹

A partir da instituição da primeira República alemã e a consequente entrada em vigor da Constituição de Weimar, em 11 de agosto de 1919, além da supremacia política na Alemanha dos social-democratas pós-guerra-civil,¹² o ambiente jurídico-político acerca das prestações sociais materiais à população começa a ganhar novos contornos e uma nova perspectiva jurídica. Com efeito, um primeiro impulso decisivo nessa direção proveio do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha (BVerwGE 1, 159), dispondo sobre os princípios fundamentais para a assistência público-social.¹³ A pedra fundamental para uma análise conjunta do princípio do Estado Social, da dignidade humana e dos direitos fundamentais foi lançada por essa decisão. Nesse sentido, o tribunal entendeu que as normas infraconstitucionais que preveem prestações sociais são direitos subjetivos fundamentais, pois se relacionam com os arts. 1º, 2º, 3º, 20 e 79, § 3º da lei fundamental, extraíndo-se, ademais, como fundamento principal, o fato de que “seria incompatível com um Estado democrático que um número significativo de cidadãos, que participam da formação da vontade estatal como eleitores, ao mesmo tempo se defrontem com a ausência de proteção jurídica da sua própria existência”.¹⁴

Conforme ensina o jurista gaúcho Ingo Sarlet, uma das principais influências exercidas pela ordem constitucional alemã, assim como por seus teóricos e sua produção jurisprudencial, na doutrina e jurisprudência brasileiras,

¹¹ Cf., por todos, WALLERATH, Maximilian. Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums. Ein Beitrag zur Schutzdimension des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG. *Juristen Zeitung* 4, 63 Jahrgang, 15. p. 158, Februar 2008.

¹² Nas eleições para a formação da Assembleia Constituinte de Weimar, os social-democratas (SPD/USPD) foram os mais votados, elegendo, em 11 de fevereiro de 1919, Friedrich Ebert como primeiro presidente do *Reich*. Para um estudo sobre o rearranjo político-institucional da Alemanha após a Primeira Guerra Mundial. (LOUREIRO, Isabel. *A Revolução Alemã [1918-1923]*. São Paulo: Edunesp, 2005).

¹³ Essa decisão compartilhou o entendimento de um número significativo de juristas alemães, dentre os quais destacam-se Otto Bachof *VVDStRL* 12 (1954) e M. Herdegen. *Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar*, art. 1 § 1 Rn 114.

¹⁴ WALLERATH, op. cit., p. 159.

foi, dentre outras, a noção de um mínimo existencial em matéria de direitos sociais.¹⁵ Sua receptividade, por aqui, foi a melhor possível, salvo vozes isoladas que, diferentemente do pensamento dominante, se posicionam a favor de um absoluto esvaziamento normativo-constitucional dos direitos sociais, de modo que, em qualquer hipótese, inclusive quando estiver em causa o *mínimo existencial*, o fator prevalente deverá ser sempre as possibilidades orçamentárias do Estado.¹⁶

Na doutrina brasileira, já há diversos posicionamentos concernentes ao conteúdo do designado mínimo existencial. Ana Paula de Barcellos o conceitua a partir de quatro elementos jurídicos, três materiais, consubstanciados na educação fundamental, na saúde básica e na assistência aos desamparados, e um instrumental relacionado ao acesso à Justiça. Esses quatro pontos corresponderiam ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídico-positiva e, por consequência, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.¹⁷ Desde já, tal conceituação expõe uma clara contradição, exurgida a partir da incorporação de critérios metajurídicos à dogmática constitucional. Não há como fundamentar o direito à saúde num mínimo existencial desde a perspectiva estrita da saúde básica, pela simples razão de que o próprio direito à vida restaria seriamente afetado ao se excluir uma gama de prestações na área sanitária como tratamentos de alta complexidade e acesso a medicamentos excepcionais, que, à evidência, não constituem prestações básicas, mas que são, em alguns casos, indispensáveis à própria sobrevivência do paciente.

Outro autor de grande influência e que trata do tema é Ricardo Lobo Torres, integrante do que poderíamos designar de Escola da UERJ de Direitos Fundamentais.¹⁸ Segundo o autor, baseado fortemente na doutrina alemã, os

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A lei fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o Direito Constitucional brasileiro: algumas aproximações. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 3, n. 7, p. 94, abr./jun. 2009.

¹⁶ Nesse sentido (AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 184-185; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

¹⁸ No Brasil, grande parte da recente produção jurídico-literária sobre direitos fundamentais advém de juristas no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, como é o caso de Luís Roberto Barroso, Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos, Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto, Gustavo Amaral, dentre outros.

direitos econômicos, sociais e culturais são justiciáveis, no sentido de posições jurídico-subjetivas exigíveis judicialmente, apenas na medida em que constituam o conteúdo do mínimo existencial, esse, por sua vez, compreendido como um direito às condições mínimas de existência humana digna, o qual não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações estatais positivas, como Ensino Fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública, etc.¹⁹ Para Lobo Torres o conteúdo do direito ao mínimo existencial deve ser entendido no sentido que lhe dá a filosofia, ou seja, como direito ancorado no ser-aí [*Da-sein*] ou no ser-no-mundo [*in-der-Welt-sein*], integrando a estrutura de correspondências de pessoas ou coisas, em que consistiria o ordenamento jurídico.²⁰

Nessa senda, o mínimo existencial pode ser caracterizado como aquelas posições jurídico-prestacionais que integram o chamado *status positivus libertatis* (G. Jellinek), ou seja, os direitos sociais que se relacionam, em última análise, com a garantia da liberdade (proteção positiva dos direitos de liberdade).²¹ Na esteira da doutrina dos direitos sociais de Lobo Torres, uma diferença importante entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais é que enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador, que pode ser a orçamentária. As normas constitucionais sobre direitos econômicos, sociais e culturais são meramente programáticas, no sentido de que se restringem a fornecer diretivas ou orientações ao legislador, de modo que não possuem eficácia vinculante. Em outras palavras, para o autor os direitos econômicos, sociais e culturais não se submetem ao controle contramajoritário do Poder Judiciário e devem ser assegurados, a partir da cidadania reivindicatória e do exercício da democracia deliberativa.²²

Na busca de uma conceituação da categoria *mínimo existencial* e com enfoque diverso do supracitado autor, situa-se Ingo Sarlet, utilizando-a não apenas no que diz respeito à *judicialização* dos direitos sociais e, em especial, do direito fundamental à saúde, mas também como argumento, dentre outros, para a fundamentação do chamado “princípio da proibição do retrocesso social”, assim

¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 35-36.

²⁰ *Ibidem*, p. 36-37.

²¹ *Ibidem*, p. 241 ss.

²² *Ibidem*, p. 73.

como para uma possível vinculação jurídica dos particulares aos direitos fundamentais sociais, expressa na teoria da “eficácia horizontal”.

Conforme o autor, o direito a um mínimo existencial compreende tanto o mínimo existencial fisiológico (ligado à garantia da sobrevivência) quanto o mínimo sociocultural, abrangendo, além do direito à saúde, à educação, à moradia, à assistência e previdência social, também aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção do trabalhador, o direito à alimentação, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica, bem como o direito a uma renda mínima garantida, assumindo a condição de uma cláusula aberta e enquadrada no elenco dos direitos fundamentais implícitos, e que não pode ser tratada de forma insulada, apenas na esfera jurídica, reclamando uma exegese orientada pela realidade do mundo circundante, considerando fatores climáticos, culturais e econômicos.²³ Vinculando expressamente a noção de mínimo existencial ao direito à saúde, enfatiza que aquele deve ser compreendido como “todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”.²⁴

Por fim, colacionamos o entendimento da atual ministra do STF, Cármen Lúcia Antunes Rocha, que também se voltou à tarefa de conceituação do chamado mínimo existencial. Para Antunes Rocha, o mínimo existencial pode ser definido como o “conjunto das condições primárias sociopolíticas, materiais e psicológicas, sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente”.²⁵ Nesse sentido, o mínimo existencial atua como o conteúdo impositivo aos Poderes Públicos dos direitos fundamentais sociais e culturais, condicionando, destarte, as políticas públicas, permitindo que

²³ SARLET, op. cit., p. 350. Da mesma forma, identifica a determinação necessariamente relativa do círculo de prestações que consubstanciam o mínimo existencial, a depender das relações gerais econômicas e do contexto jurídico da comunidade no qual se reconhece tal mínimo. (WALLERATH, op. cit., p. 165).

²⁴ SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 196.

²⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 5, p. 448, jan./jun. 2005.

as pessoas libertem-se de situações de precariedade que as indisponham ao exercício dos direitos que lhes asseguram a dignidade humana.²⁶

Da teoria do mínimo existencial, podemos extrair algumas conclusões que, à luz do constitucionalismo brasileiro, indicam certa dose de prudência, especialmente quando se trata da incorporação de uma teoria forjada em um ambiente jurídico-social consideravelmente destoante do brasileiro, como é o alemão. Em primeiro plano, figura-se como questionável, no Brasil, a validade da argumentação que reduz o âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais, a partir de uma fundamentação filosófica dos mesmos, diafanamente inserida no contexto de uma Teoria da Justiça, de índole liberal.²⁷ Como bem constata Maria Clara Dias, em estudo dedicado à exploração filosófica dos direitos sociais, tal fundamentação dos direitos *básicos* está atrelada a um conceito filosófico de liberdade, à liberdade negativa em sentido amplo (Alexy), em termos de proporcionar a possibilidade factual de se elegerem alternativas de ação,²⁸ realizável apenas a partir de certo grau de distanciamento de situações de carência econômica.²⁹

Outro argumento contrário à utilização do mínimo existencial (como categoria vinculada à justiciabilidade das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais) é o que diz sobre sua intrínseca relação com a teoria dos direitos derivados a prestações, de modo que não se adequaria em países que consagram, em termos da Constituição, direitos sociais. Nesse sentido, Jorge Reis Novais põe a questão em termos de indagação: Uma tal teorização, pura e simplesmente identificadora dos direitos sociais, como direitos fundamentais de alguma forma justiciáveis, com mínimo existencial, reduzindo a essa dimensão toda a força jurídica dos direitos sociais, pode ser perfeitamente admissível numa Constituição sem direitos sociais, como a alemã? Mas será o modelo compatível com Constituições, como a portuguesa ou a brasileira, que consagram na

²⁶ Ibidem, p. 450.

²⁷ RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge (MA): Harvard University, 1999; HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

²⁸ Isso significa, em outros termos, que a liberdade de direito de X, escolher ou não a ação de Y, é para X inútil, se X, por razões concretas, não tem a possibilidade de eleger a escolha ou não de Y.

²⁹ DIAS, Maria Clara. *Os direitos sociais básicos: uma investigação filosófica da questão dos direitos humanos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 70 ss.

qualidade de direitos fundamentais um elenco pormenorizado e desenvolvido de direitos sociais?³⁰

A doutrina do mínimo existencial teve como *telos* o aumento da proteção jurídica dos direitos sociais garantidos pelo Direito Infraconstitucional, que, na Alemanha, subjazem quase a sua totalidade, de tal sorte que, no contexto alemão, a teoria pode ostentar, inegavelmente, o qualificativo de *progressista*, já que amplia o âmbito de proteção, agora em sede constitucional dos direitos sociais.³¹ Ademais, traduz-se em opção dogmaticamente correta, já que o texto constitucional alemão prevê a cláusula do Estado Social em seu art. 20, possibilitando a sindicabilidade na esfera judicial de prestações, ainda que mínimas, de direito social.³²

Em se tratando do Direito Constitucional brasileiro, ou de qualquer Estado constitucional que preveja direitos sociais em sua Constituição, o efeito é inverso, ou seja, há uma redução do conteúdo normativo das correspondentes posições jurídicas [*Schutzbereich*] com a incorporação da doutrina do *mínimo existencial*. Ademais, sob o ponto de vista finalístico, cuida-se de uma construção jurisprudencial que buscou uma solução para o *problema* da não posituação de direitos fundamentais sociais na lei fundamental alemã, especialmente em relação à proteção jurídico-constitucional da seguridade social na Alemanha.

Ainda que, sob um aspecto pragmático, importemos a teoria do mínimo existencial para o cenário jurídico brasileiro, sob o argumento de que se trata de mecanismo apto a resolver os problemas clássicos da justiciabilidade dos direitos sociais, aquela especialmente ligada à questão da separação dos poderes, ainda assim, tal teoria não teria muito a contribuir. Primeiramente, o nível de indeterminação e abstração dos direitos sociais, em sede constitucional, não se

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 197. Para uma resenha da obra (TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, de Jorge Reis Novais. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 4, n. 11, p. 203-213, abr./jun. 2010).

³¹ A mais recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha *Bundesverfassungsgericht* acerca do mínimo existencial, que se desenvolveu a partir da censura ao legislador ordinário por ter escolhido métodos estatísticos inadequados para a definição do nível mínimo de subsistência, e pela ausência de reconhecimento de prestações individuais excepcionais, que, de acordo com o caso concreto, sejam indispensáveis à manutenção de uma vida condigna. Disponível em: <www.bverfg.de/entscheidungen/ls20100209_1bv1000109.html>.

³² Art. 20, I “Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat”.

reduz pela sua mera transposição a um conceito de mínimo existencial, que, da mesma forma, apresenta dificuldades na busca de critérios objetivos para sua delimitação, relativamente ao argumento da observância do princípio da separação de poderes.³³ De outra banda, a incorporação de tal teoria atuaria em direção contrária ao desenvolvimento da atual dogmática dos direitos fundamentais como direitos indivisíveis e interdependentes,³⁴ inclusive em termos de uma dogmática unitária,³⁵ acentuando uma distinção tipológica, metajurídica, entre categorias de direitos fundamentais.

No Brasil, o Poder Judiciário já se manifestou diversas vezes vinculando a prestação social em saúde, ou seja, o objeto da demanda, ao conceito de mínimo existencial, principalmente nos casos em que estava em jogo, de um lado, a própria sobrevivência do demandante, ou a melhora de seu quadro de saúde, relacionado, por sua vez, ao princípio da dignidade da pessoa humana, e, de outro, preceitos constitucionais como separação de poderes e a correlata legitimidade democrática para alocação de recursos orçamentários.³⁶

Em retrospectiva histórica, as decisões do STF na conformação do objeto do direito à saúde – ainda que o tema tenha ganhado visibilidade tão somente a partir da multicidada decisão RE 271286/RS, de relatoria do ministro Celso de Mello, apontam a julgamentos que – majoritariamente –, embora concedendo as prestações estatais, especialmente no âmbito do fornecimento de medicamentos excepcionais, tiveram como base jurídica a preexistência de lei municipal, estadual e/ou federal, que fundamentava o pedido do autor.³⁷ Há, inclusive, na jurisprudência pretérita do STF, decisões que, ignorando um núcleo mínimo exigível de prestações em matéria de assistência social em saúde, outorgavam prevalência ao princípio da separação de poderes e à correlata repartição de

³³ NOVAIS, op. cit., p. 193.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁵ NOVAIS, op. cit., p. 251 ss.

³⁶ Nesse sentido, dentre outros, ADPF 45/DF, min. rel. Celso de Mello, julgada aos 29 de abril de 2004; AI 767681/GO, min. rel. Cármen Lúcia, julgada em 5 de novembro de 2010 (objeto de repercussão geral); SS 3989/PI, min. rel. Gilmar Mendes, julgada em 7 de abril de 2010; SL 256/TO, min. rel. Gilmar Mendes, julgada em 20 de abril de 2010; STA 283/PR, min. rel. Gilmar Mendes, julgadas em 7 de abril de 2010; SS 3751/SP, min. rel. Gilmar Mendes, julgada em 20 de abril de 2009, dentre outras.

³⁷ Dentre outras, RE 264645/RS, min. rel. Marco Aurélio, julgada aos 11 de abril de 2000; RE 246262/RS, min. rel. Marco Aurélio, julgada em 17 de setembro de 1999;

competências entre os entes da Federação, designadamente no que atine à competência legislativa.³⁸

Relativamente ao conteúdo do objeto do direito à saúde, houve uma significativa ampliação pelo STF. Em uma das primeiras decisões do STF sobre o direito à saúde, após a promulgação do texto constitucional de 1988, ficou assente a influência da nova Constituição sobre o posicionamento dessa corte, especialmente no que diz respeito a uma maior abrangência do objeto do direito à saúde, que, ao vinculá-lo este à proteção e promoção do meio ambiente, inclusive em termos de meio ambiente do trabalho, deferiu a cessação de atividades poluentes de indústria mineradora no Estado do Mato Grosso do Sul.³⁹

Nesse sentido, as mais recentes decisões do STF estão utilizando como critério de determinação do âmbito de proteção do direito à saúde a compatibilização entre o mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível, designadamente quando estiver em causa a aplicação direta da norma constitucional que consagra o direito à saúde (art. 196, CF/88), ou seja, na qualidade de direito originário a prestações, ante a ausência de política pública específica. Na jurisprudência pretérita do STF, há decisões que, ignorando um núcleo mínimo exigível de prestações em matéria de assistência social em saúde, outorgavam prevalência ao princípio da separação de poderes.⁴⁰ Especialmente após o julgamento da ADPF 45 e a realização da Audiência Pública sobre Direito à Saúde, em abril de 2009, a jurisprudência tem se direcionado à utilização do conceito de mínimo existencial para a determinação do objeto do direito à saúde, não relacionada, necessariamente, à sobrevivência física do paciente e pela desconstituição do argumento baseado no princípio da separação de poderes, quando estão em causa prestações originárias.

A partir da noção do mínimo existencial, a jurisprudência do STF vem determinando como objeto do direito à saúde tanto o fornecimento de medicamentos, incluindo suplemento alimentar, não oferecido pelo Sistema Único

³⁸ RE 259508 AgR/RS, min. rel. Maurício Corrêa, julgado em 8 de agosto de 2000. No julgamento de cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1595-8/SP, em 30 de abril de 1997, sob a relatoria do ministro Nelson Jobim, por maioria de votos, foi suspensa, por motivo de competência legislativa, a eficácia da Lei 9.495/1997, do Estado de São Paulo, que ampliava a cobertura dos planos privados de saúde, atingindo, inclusive, situações pretéritas, em que os tratamentos já estavam sendo realizados com base na supracitada lei.

³⁹ SS 249/MS, min. rel. Rafael Mayer, julgada em 13 de dezembro de 1988.

⁴⁰ RE 259508 AgR/RS, min. rel. Maurício Corrêa, julgado em 8 de agosto de 2000.

de Saúde, desde que comprovada sua necessidade e eficácia, no caso concreto, e aprovada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) (SS 3989/PI; SS 4045/CE, ambas de relatoria do ministro Gilmar Mendes), como o fornecimento de equipamentos excepcionais para cirurgia (STA 283/PR, min. rel. Gilmar Mendes), assim como prestações que viabilizem o tratamento médico fora do domicílio do paciente, como despesas de transporte, alimentação e pernoite no local do tratamento, especialmente em face da inércia da Administração Pública (SL 256/TO, min. rel. Gilmar Mendes). Por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento 767681/GO, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia, decidido em 5 de novembro de 2010, foi posta como tema de repercussão geral a possibilidade do Poder Judiciário de determinar reformas em estabelecimento prisional, ainda que ausente na previsão orçamentária do Estado, objetivando a melhora das condições de higiene, aeração e saúde dos apenados, em estrita vinculação com a garantia do mínimo existencial.

Judicialização do direito à saúde e sua dimensão econômica: a cláusula da reserva do possível

Ao se tratar da efetivação judicial do direito à saúde e dos direitos sociais, de forma geral, comumente se aborda o tema a partir da sua dimensão econômica, imersa num conflito objetivo entre necessidades infinitas e meios finitos.⁴¹ Trata-se da chamada *reserva do possível*, construção teórica que condiciona a efetivação dos direitos sociais – originalmente vinculada à efetivação dos direitos sociais derivados a prestações *Teilhaberechte* –, à capacidade financeira do Estado.⁴²

Com efeito, a teoria da *reserva do possível* ganhou contornos jurídicos mais precisos a partir do desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, destacando-se a multicitada decisão BVerfGE 33, 303 (333), chamada, popularmente, de decisão *numerus clausus*.⁴³ Tratou-se, na

⁴¹ WALLERATH, op. cit., p. 157.

⁴² O princípio da reserva do possível [vorbehalt des möglichen], para a doutrina alemã, não se reporta apenas à capacidade econômica do Estado, mas também ao respeito à liberdade de conformação do legislador de decidir sobre políticas públicas prioritárias. (MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts*, 2. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2000. p. 267 ss. v. V).

⁴³ No nosso entender, de forma acertada, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins referem que tal decisão não se coaduna diretamente com a problemática dos direitos fundamentais sociais em sentido estrito, na direção de que se tratava, no contexto alemão, de uma análise judicial da

ocasião, do direito de acesso à vaga no Ensino Superior, na qual se firmou o entendimento de que, além da disponibilidade orçamentária, era necessária a razoabilidade da prestação, no sentido de se aferir o que o indivíduo pode exigir razoavelmente da sociedade.⁴⁴ Nesse sentido, a reserva do possível, na esteira do que leciona Ingo Sarlet, se desdobra numa tríplice dimensão, abrangendo: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, relacionando-se com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, dentre outras; e c) na perspectiva do titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação e de sua razoabilidade.

Como visto, a chamada reserva do possível não abrange apenas o viés econômico da concretização dos direitos sociais, mas também outras possibilidades de ordem jurídica e institucional, podendo servir, nesse sentido, como possível critério balizador por ocasião de colisões entre direitos fundamentais, desde que preservado, em qualquer hipótese, o núcleo essencial de ambos os direitos.⁴⁵ Cumpre destacar que, para o caso específico do direito à saúde, além da escassez de recursos financeiros, o qual torna-se cada vez mais evidente à medida que avança o processo de desenvolvimento da tecnologia médica, há também a questão da disponibilidade de órgãos, pessoal especializado e equipamentos, além da questão legal-constitucional da repartição de competências.

Como exposto acima, não se nega o impacto econômico dos direitos sociais e a eventual utilização da reserva do possível como argumento no cenário jurídico brasileiro, já que, nem mesmo na Alemanha, economia central da União Europeia, dispensa-se o debate acerca dos limites orçamentários à efetivação dos direitos sociais, de modo que essa questão, especialmente no Brasil, deve ser levada a sério. Todavia, o que se impõe é a análise crítica do posicionamento impeditivo da

intervenção do Estado na liberdade profissional de candidatos ao curso de Medicina numa universidade alemã. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p. 131).

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287.

⁴⁵ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 203.

intervenção judicial no âmbito da efetivação dos direitos sociais, tendo como fundamento último a escassez de recursos e a correlata competência parlamentar em matéria orçamentária, no sentido de formulação de políticas públicas e alocação de recursos.

Primeiramente, o potencial da teoria da *reserva do possível*, do ponto de vista jurídico-constitucional brasileiro, deve ser significativamente atenuado, especialmente no que diz respeito ao embate entre direitos sociais e limites orçamentários, já que direitos fundamentais sociais não se condicionam, ou melhor, não estão em estrita dependência do legislador ordinário, como, de resto, se apresentam os direitos derivados a prestações de matriz infraconstitucional. Ademais, o fato de que o direito à saúde não constitui um direito absoluto não significa, necessariamente, que esse deva ser limitado pela capacidade econômica do Estado, mas que possa, eventualmente, sofrer limitações ante a proteção e garantia de outro direito fundamental.⁴⁶

De outra banda, ainda que admitamos o argumento da escassez de recursos como argumento apto a limitar a fruição dos direitos sociais, pelo disposto no art. 5º, § 1º, da CF/88, caberia ao Poder Público, em última análise, a comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, de modo que o argumento *a priori*, de que o Estado brasileiro não tem meios financeiros para arcar com as demandas sociais, sem comprovação fática para o caso concreto, é de pronto descartado.⁴⁷

Com efeito, a limitação estrita das possibilidades do Direito pela economia é objeto de estudo científico desde a doutrina marxista, que relega o Direito à mera

⁴⁶ Sustentada a tese da viabilidade de limitação do direito à saúde, pelo fato de este não ser absoluto diante das possibilidades orçamentárias do Estado, dentre outros argumentos. (AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 38).

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, p. 205, jul./dez. 2008. Nesse sentido, também ROCHA, op. cit., p. 451. Segundo a autora, “obrigatoriedade do Estado de comprovar a não existência dos recursos para todas as medidas que seriam necessárias para o cumprimento das normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como de demonstrar que não despendeu, injustamente, os recursos existentes, ou não os desviou para outras medidas que seriam secundárias – ainda que fossem públicas – em relação àquelas que seriam primárias e impositivas para a concretização dos direitos fundamentais”.

condição de superestrutura ideológica da classe dominante.⁴⁸ A teoria da *Análise Econômica do Direito*,⁴⁹ ao atribuir, para o campo do Direito, maior significação à categoria *eficiência* do que à categoria *legalidade/constitucionalidade*, acaba condicionando todo o sistema jurídico pela lógica da infraestrutura das relações econômicas. Nesse particular, Lima Lopes, ao criticar o uso indevido de categorias externas à lógica jurídica, destaca que, ainda que seja mais eficiente do ponto de vista econômico, abandonar parte da população à própria sorte, eliminar sujeitos não desejados, impedir o acesso de etnias a certos lugares e assim por diante, a obrigatoriedade ou não de tais ações não pode ser respondida com o critério do custo.⁵⁰

A jurisprudência brasileira tem se posicionado, na sua maioria, no sentido de dar plena eficácia ao dispositivo constitucional que garante o direito à saúde, quando contrastado com a alegação genérica dos limites orçamentários do Estado.⁵¹ Nesse viés, há jurisprudência farta a respeito, citando-se desde a remota (1997), embora paradigmática, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento 97.000511-3, do rel. des. Sérgio Paladino, na qual se entendeu que o direito à saúde, garantido na Constituição, é suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente, o custeio de tratamento (experimental), nos EUA, de menor de idade, vítima de distrofia muscular progressiva de *Duchenne*, ao custo de U\$ 163.000,00, de modo que “ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima

⁴⁸ Na esteira do que leciona Karl Marx, o Direito não pode ser entendido como um sistema mais elevado do que a estrutura econômica e do que o desenvolvimento cultural de determinada sociedade por ela (infraestrutura) condicionado. (MARX, Karl. *Crítica ao Programa de Gotha*: comentários à margem do Partido Operário Alemão. Porto Alegre: L&PM, 2001. p. 107).

⁴⁹ A maior parte dos juristas e economistas, ao utilizar a expressão *Análise Econômica do Direito*, se refere, geralmente, à aplicação de métodos econômicos, especialmente de microeconomia, a questões legais. Entretanto, há diversas escolas e ramos da ciência em que é abordada em diversos sentidos. Entre nós (TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53-6; CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. São Paulo: Campus, 2008).

⁵⁰ LOPES, op. cit., p. 271-272.

⁵¹ Daniel Wang, em estudo empírico acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao impacto econômico das decisões judiciais em matéria de direitos sociais, aponta que a preocupação da Corte Suprema em relação aos limites orçamentários, designadamente no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos, apenas começou a ser sistematicamente enfrentada a partir de 2007. (WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET; TIMM, op. cit., p. 353).

grandeza sob o argumento de proteger o Erário”, até a recente decisão do STF, STA 175, julgada em 2010, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, a qual deferiu tratamento, ao custo de R\$ 52.000,00 mensais, não previsto nos protocolos e diretrizes terapêuticos do SUS, a jovem portadora de doença neurodegenerativa rara *Niemann-Pick Tipo C*.

Principalmente em relação às decisões mais recentes, o STF tem abordado o tema do possível impacto econômico nas finanças públicas de decisões judiciais que versam sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais, em especial do direito à saúde, sem que, com isso, o direito tenha sido inviabilizado, inclusive em termos de demanda individual.⁵² No caso de relatoria do ministro Celso de Mello, ADPF 45/2004,⁵³ que vem atuando como o grande precedente nas decisões sobre o eventual embate entre finanças públicas e acesso a prestações de saúde, o tribunal entendeu, via Jurisprudência, que, expressamente se referindo à cláusula da reserva do possível, se mostraria

ilícito ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Desse modo, a cláusula da reserva do possível – *ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível* (grifo nosso) – não poderia ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

⁵² Destoando da maior parte das decisões, estão a STA 91/AL, julgada aos 26 de fevereiro de 2007, e a SS 3073/RN, julgada em 9 de fevereiro de 2007, ambas de relatoria da ministra Ellen Gracie, fundamentadas na limitação de recursos e na necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas. Conforme a decisão, apenas os medicamentos contemplados na Portaria 1.318 do Ministério da Saúde seriam, no caso, de fornecimento obrigatório pelo Estado. Isso representaria, no entender da ministra, o respeito a uma decisão alocativa tomada no âmbito da Administração Pública.

⁵³ ADPF 45/MC – DF, min. rel. Celso de Mello, julgada aos 29 de abril de 2004. Tratou-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto emanado do Presidente da República ao § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possuía o seguinte conteúdo material: “§ 2º. Para efeito do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.”

Da argumentação sob o prisma econômico, pode-se aferir que a cúpula do Poder Judiciário brasileiro não anui com o argumento de que o direito à saúde não pode ser contrastado com outros critérios, inclusive de índole econômico-financeira, mas que tal juízo de ponderação deve ser exercido a partir de demonstrações objetivas para o não atendimento de demandas referentes ao direito à saúde.⁵⁴ Nesse passo, o argumento baseado única e exclusivamente no alto custo do tratamento/medicamento não é considerado, pelo STF, como motivo para o não deferimento da demanda na esfera do direito à saúde.⁵⁵ A atuação do Judiciário, na garantia da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do SUS.⁵⁶ Contudo, entende o tribunal que não há interferência indevida quando a ordem judicial defere prestação de saúde já prevista no SUS. Quando o pedido está fora do previsto na política pública, afirmou-se que se deveria ponderar o objeto do pedido com a capacidade do sistema de saúde de arcar com despesas da parte, mas também com despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.⁵⁷

Ainda que as decisões do STF, versando sobre escassez de recursos, reserva do possível e custos dos direitos, não tenham produzido, até o momento, um rol extensivo de critérios, objetivos e claros – ensejando, inclusive, decisões

⁵⁴ Entendimento esse que também é compartilhado por parte da doutrina, cf. dentre outros (ROCHA, op. cit. p. 451). “obrigatoriedade do Estado de comprovar a não-existência dos recursos para todas as medidas que seriam necessárias para o cumprimento das normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como de demonstrar que não despendeu, injustamente, os recursos existentes, ou não os desviou para outras medidas que seriam secundárias – ainda que fossem públicas – em relação àquelas que seriam primárias e impositivas para a concretização dos direitos fundamentais”; SARLET, op. cit., p. 205: “levar a sério a ‘reserva do possível’ significa também, especialmente em face do disposto no art. 5º, § 1º, da CF/88, que cabe ao Poder Público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”.

⁵⁵ Cf. a decisão-paradigma, STA 175 AgR-CE, min. rel. Gilmar Mendes, julgada aos 17 de março de 2010.

⁵⁶ Cf., dentre outras, SL/CE 228, min. rel. Gilmar Mendes, julgada aos 14 de outubro de 2008; STA 238/TO, min. rel. Gilmar Mendes, julgada aos 21 de outubro de 2008; STA/AL 277, min. rel. Gilmar Mendes, julgada em 1º de dezembro de 2008.

⁵⁷ Cf., STA 223/PE, min. rel. Ellen Gracie, julgada aos 12 de março de 2008. Nesse caso, o tribunal entendeu que a concessão via judicial de tratamento a ser realizado no Exterior, por médico estrangeiro, pelo fato de não estar previsto nos procedimentos do SUS, e por ser altamente dispendioso para o Estado em termos financeiros, violaria a ordem pública, especialmente por ter sido concedida sem a instauração prévia de um procedimento administrativo.

contraditórias,⁵⁸ implicando prejuízo à Administração Pública, que terá dificuldade na previsão (para o planejamento) de políticas públicas, assim como para o cidadão, que tem menos clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário, e, inclusive, para os próprios juízes, que necessitam de parâmetros mais seguros e coerentes para suas decisões⁵⁹ –, vislumbra-se, pelo menos, a direção na qual as decisões estão sendo proferidas, de modo a dar prevalência, ainda que *prima facie*, ao direito fundamental à saúde.

Direito à saúde no Brasil a partir de sua dimensão prestacional: uma construção a partir da análise jurisprudencial

[...]

III (i) – Fornecimento de Medicamentos de Alto Custo e/ou Experimentais – O problema do acesso a medicamentos não previstos pelos órgãos estatais.

Apesar da produção local de medicamentos genéricos e da correlata previsão de um número significativo de tratamentos disponibilizados pelas listas e protocolos terapêuticos do SUS, a problemática do acesso a medicamentos excepcionais, de alto custo ou em fase de experimentação, no Brasil, tem sido objeto de intenso debate, em especial pelo fato de envolver diversos interesses, sociais, políticos e econômicos muitas vezes contrapostos. O fenômeno da *farmaceuticalização* da saúde pública no Brasil [*Pharmaceuticalization of Public Health*], como observa o antropólogo João Biehl, põe em risco a própria sustentabilidade da política de tratamentos médicos, refletido, exemplificativamente, no caso específico de acesso a tratamento para a Aids que, em 2005, destinou mais de dois terços do orçamento do País para a compra de

⁵⁸ A título exemplificativo, cf. as contradições das decisões nas Suspensões de Tutela Antecipada 138 e 91, ambas de relatoria da ministra Ellen Gracie. No primeiro caso, referentemente a uma demanda individual, houve concessão do pedido por ter como fundamento a gravidade e necessidade da continuação do tratamento, pondo em risco a vida do demandante, ao passo que, no segundo caso, desenvolvida em ação coletiva, ainda que inserta no mesmo contexto, a demanda foi indeferida pelo fato de o medicamento não constar em política pública de distribuição. A esse respeito, ver pesquisa de Florian Hoffmann e Fernando Bentes sobre o baixo êxito das demandas coletivas, especialmente em ação civil pública, no âmbito do direito à saúde. (A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. 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. 383-416).

⁵⁹ WANG, op. cit., p. 370.

ARV⁶⁰ a fabricantes estrangeiros.⁶¹ No bojo desse fenômeno, surgido a partir da mobilização em torno do tratamento da Aids, muitos governos regionais estão sendo forçados a alterar seus orçamentos para a saúde pública, em especial, em face do crescente número de demandas judiciais por medicamentos de alto custo, impulsionadas por grupos de pacientes com doenças crônicas e genéticas raras, e que contam com o apoio da indústria farmacêutica.⁶² Não obstante, a incorporação de novos fármacos ao sistema público de saúde não é um fenômeno exclusivo do Brasil, mas constitui, cada vez mais, um elemento indissociável da maioria dos sistemas de saúde no mundo, proporcionando, em maior ou menor medida, uma melhoria ou manutenção das condições de saúde das populações.⁶³ A jurisprudência brasileira tem se manifestado diversas vezes acerca do fornecimento de medicamentos de alto custo, tanto no que se refere aos já previstos em políticas públicas, como nos protocolos e nas diretrizes terapêuticas do SUS ou no programa de dispensação de medicamentos excepcionais, quanto os medicamentos em fase experimental, sem comprovação de eficácia e/ou sem registro nos órgãos oficiais do governo, em especial na Anvisa.

A decisão que, sem dúvida, abordou o tema de forma mais abrangente foi a Suspensão de Tutela Antecipada 175 AgR/CE, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, julgada em 17 de março de 2010. Tratou-se, em linhas gerais, do ajuizamento de ação por intermédio do Ministério Público Federal em favor de jovem com doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, objetivando o fornecimento pelo Estado de medicamento denominado Zavesca (princípio ativo *miglustat*), cujo tratamento revelava-se de alto custo (R\$ 52.000,00, ao mês), não previsto nos protocolos e nas diretrizes terapêuticas do SUS, apesar de aprovado pela Anvisa e pela Agência Europeia de Medicamentos. De acordo com os documentos coligidos nos autos do processo, o medicamento pleiteado era o único capaz de deter a progressão da doença de

⁶⁰ *Antiretroviral drugs*. Medicamentos que inibem o desenvolvimento do vírus HIV no corpo humano.

⁶¹ BIEHL, João. *Will to live: Aids therapies and the politics of survival*. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 99.

⁶² Idem.

⁶³ SCHEFFER, Mário. Judicialização e incorporação de tecnologias: o caso dos medicamentos para tratamento da Aids no Sistema Único de Saúde. In: KEINERT, Tânia; DE PAULA, Silvia; BONFIM, José (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 129.

Niemann-Pick Tipo C, aliviando, assim, os sintomas e sofrimentos neuropsiquiátricos da paciente, de modo a lhe possibilitar um aumento de sobrevida e/ou melhora da sua qualidade.

A União, como polo passivo na demanda, utilizou, preponderantemente, como argumentos à suspensão da tutela, o princípio da separação de poderes, uma vez que o Poder Judiciário estaria usurpando da Administração Pública o exercício precípua de formulação de políticas públicas; a não inserção do medicamento *Zavesca* na lista de protocolos e diretrizes do SUS, não estando contemplado pela política farmacêutica da rede pública; a ineficácia do medicamento pleiteado para o tratamento da doença *Niemann-Pick Tipo C* – apesar de não comprovar a impropriedade do fármaco –; a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e passiva da União, visto que a responsabilidade solidária dos integrantes do SUS não está ainda normatizada, além de suscitar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

Com efeito, tal decisão pode ser entendida como um marco jurisprudencial, relativamente à definição de rumos hermenêuticos à atuação dos juízos e tribunais brasileiros, especialmente no que concerne às demandas judiciais por tratamentos de alto custo. Essa decisão encontra-se no bojo de uma análise conjunta (Plenária) do STF que indeferiu nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinavam ao SUS o fornecimento de remédios de alto custo e tratamentos não oferecidos a pacientes com doenças graves.

Importantes diretrizes foram consignadas nessa decisão, como a que privilegia o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, ressalvada a comprovação da ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente. Nesse cenário, o STF não vedou ao Poder Judiciário a concessão de medida diversa à custeada pelo SUS, que poderá ser fornecida a determinada pessoa desde que essa comprove a indispensabilidade do tratamento pleiteado. Quedou pacífico o fato de que a medicina baseada em evidências científicas,⁶⁴ adotada pelo SUS brasileiro através dos Protocolos

⁶⁴ Considerando a crescente complexidade da atenção à saúde, especialmente com o uso cada vez maior de novas tecnologias, sejam elas de diagnóstico ou curativas, o SUS passou a adotar critérios da “Medicina com Base em Evidências”. A MBE se baseia na aplicação do método científico a toda prática médica, ou seja, a partir de “provas científicas” buscadas na crítica da literatura, consulta da literatura original (fontes primárias) e/ou revisões sistemáticas da literatura e diretrizes clínicas baseadas em evidências (fontes secundárias). (KEINERT, Tânia M. Mezzomo.

Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, pode ser contestada na esfera judicial, devendo esses ser submetidos à revisão periódica e a novas elaborações.

Ainda nesse contexto, ou seja, quando não há política pública específica de serviços de saúde, a decisão fez expressa distinção entre os tratamentos puramente experimentais e os novos tratamentos ainda não testados pelo sistema de saúde brasileiro. Relativamente aos tratamentos experimentais, aqueles sem comprovação científica de sua eficácia e que são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas, a participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. De fato, essas drogas – como de resto afirmado na Audiência Pública – não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, sendo que o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou de programas de acesso expandido, de modo que não é possível obrigar o SUS a custeá-las. Nesse sentido, o laboratório que realiza a pesquisa deve continuar a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término. De outra banda, os novos tratamentos (aqueles ainda não incorporados pelo SUS) podem, eventualmente, ser pleiteados pela via judicial.

Com efeito, a inexistência de protocolo clínico no SUS, especialmente diante do fato de que o conhecimento médico não é estanque, e de que sua evolução é muito rápida e de difícil acompanhamento pela burocracia administrativa, não pode significar violação do princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesse caso, frisou-se a imprescindibilidade da devida instrução processual, com ampla produção de provas, tornando a medida cautelar, nesse sentido, em meio inidôneo de efetivação do direito em sede judicial.

Por fim, o argumento exclusivamente baseado no alto custo do medicamento não pode servir de critério de indeferimento da demanda, justamente em face da existência de uma Política de Dispensação de Medicamentos Excepcionais que, fundamentalmente, objetiva o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis. Nesse

Apresentação. In: KEINERT, T. M. M.; DE PAULA, Sílvia; BONFIM, José (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 16).

contexto, a simples argumentação fundada na dimensão econômica do tratamento mostra-se inidônea, na perspectiva do Judiciário brasileiro, para o indeferimento da demanda judicial.

Outras decisões no âmbito do STF também trataram da concessão de medicamentos de alto custo, como dão conta os exemplos da Suspensão de Segurança 2944, de relatoria da ministra Ellen Gracie, julgada em 17 de agosto de 2006, deferindo pedido pelo fornecimento gratuito pelo Estado da Paraíba de *Citrato de Sildefanil*, que, embora não esteja previsto na lista de medicamentos a serem fornecidos à população (Portaria Ministerial 1.318 de 2002) e de elevado custo, o seu não fornecimento acarretaria risco à vida do impetrante, que sofria de doença relacionada à hipertensão pulmonar; e a Suspensão de Segurança 3345/RN, da min. relatora Ellen Gracie, julgada aos 13 de setembro de 2007, que determinou o fornecimento pelo Estado do Rio Grande do Norte do medicamento Fortéo (*Tereparatida*) à impetrante, portadora de doença crônico-degenerativa, muito embora sua não previsão orçamentária e seu elevado custo financeiro.⁶⁵

Embora, atualmente, o objeto do direito à saúde no Brasil concentre-se mais no acesso a medicamentos, esse abrange uma gama variada de serviços e prestações médicas, como acesso a consultas, aparelhos cirúrgicos,⁶⁶ órteses/próteses,⁶⁷ suplemento alimentar,⁶⁸ consultas com profissionais de saúde

⁶⁵ Nesse sentido, ver as seguintes decisões no âmbito do STF: SS 2793/MT, min. rel. Nelson Jobim, julgada aos 21 de setembro de 2005; SS 2842/MT, min. rel. Nelson Jobim, julgada em 6 de fevereiro de 2006; Pet 1246 MC/SC, min. rel. Celso de Mello, julgada em 31 de janeiro de 1997; RE 198265/RS, min. rel. Celso de Mello, julgado em 19 de setembro de 2001; RE 273834/RS, min. rel. Celso de Mello, julgado em 23 de agosto de 2000; RE 393175 AgR/RS, min. rel. Celso de Mello, julgado em 12 de dezembro de 2006; AI 452312/RS, min. rel. Celso de Mello, julgado em 31 de maio de 2004; RE 557548/MG, min. rel. Celso de Mello, julgado em 8 de novembro de 2007; RE 195.192-3/RS, min. rel. Marco Aurélio, julgado em 22 de fevereiro de 2000, dentre outros. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, podem se colacionar os seguintes julgados: RMS 17903/MG, min. rel. Edson Vidigal, julgado em 2 de maio de 2005; REsp 684.646, min. rel. Luiz Fux, julgado em 5 de maio de 2005; REsp 658323, min. rel. Luiz Fux, julgado em 3 de fevereiro de 2005; STA 59 AgR/SC, mi. rel. Edson Vidigal, julgada em 25 de outubro de 2004; AgRg na SS 1408, min. rel. Edson Vidigal, julgado em 25 de outubro de 2004; RMS 17425/MG, min. rel. Eliana Calmon, julgado em 14 de setembro de 2004; REsp 625329/RJ, min. rel. Luiz Fux, julgado em 3 de agosto de 2004; RMS 11183/PR, min. Rel. José Delgado, julgado em 22 de agosto de 2000; Resp 57608/RS, min. rel. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 16 de setembro de 1996; AI 874718/RS, min. rel. Teori Albino Zavascki, julgado em 7 de fevereiro de 2008; REsp 338373/PR, min. rel. Laurita Vaz, julgado em 10 de setembro de 2002; Resp 353147, min. rel. Franciulli Netto, julgado aos 18 de agosto de 2003, dentre outros.

⁶⁶ STA 283/PR, julgada em 7 de abril de 2010.

⁶⁷ RE 568537/DF, julgado em 26 de outubro de 2009.

⁶⁸ SS 4045/CE, julgada em 7 de abril de 2010.

não médicos, como nutricionistas e fisioterapeutas, dos quais as internações em UTIs e CTIs – objeto da seguinte investigação – faz parte.

III (ii) – Internações Hospitalares UTIs/CTIs

O objeto do direito à saúde, na jurisprudência brasileira, não se resume apenas à concessão de medicamentos, mas também abrange o direito a internações em UTIs e em Centros de Terapia Intensiva (CTIs). Com efeito, uma das principais decisões sobre a matéria foi proferida recentemente pelo STF, na ocasião da Suspensão de Liminar 228/CE, cuja relatoria coube ao ministro Gilmar Mendes, e cujo julgamento se deu em 14 de outubro de 2008. Tratou-se de pedido de suspensão de liminar, ajuizada pela União, contra decisão proferida pelo Juízo da 18ª Vara Federal de Sobral (Ação Civil Pública 2007.81.03.000799-0) e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em UTIs para hospitais públicos ou particulares que disponham de tais unidades, assim como o início de ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTI adulta, 10 leitos de UTI neonatal e 10 leitos de UTI pediátrica.

Na origem, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Ceará ajuizaram Ação Civil Pública, com pedido de liminar, buscando garantir à população dos 61 municípios que compõem a Macrorregião Administrativa do SUS de Sobral o acesso aos serviços médicos de urgência necessários ao tratamento intensivo, quando em condições de grave risco à saúde. Alegaram que, após a instauração do Inquérito Civil Público, constatou-se um quadro de saúde pública extremamente agravado na região, a qual só disponibilizava nove leitos para atendimento a pacientes do SUS.

A decisão liminar que a União buscou suspender, ao determinar que todos os pacientes que necessitassem de atendimento em UTIs fossem transferidos para hospitais que a possuíssem e que fossem realizadas ações necessárias para providenciar a instalação e o funcionamento de 10 leitos de UTI neonatal, 10

leitos de UTI pediátrica e 10 leitos de UTIs adulta na macrorregião de Sobral, fundamentou-se em medida legislativa já concretizada nesse sentido.⁶⁹

Outras decisões corroboram esse entendimento, citando-se, a título exemplificativo, as decisões em sede de STJ, nas quais o direito à saúde pressupõe a possibilidade de internação de paciente em UTI, havendo o direito de pleitear o pagamento por parte do Estado da internação em tais unidades realizada na rede privada,⁷⁰ a declaração de abusividade das cláusulas contratuais de planos de seguro de saúde limitativas do tempo de internação,⁷¹ e a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ação, visando à internação hospitalar e ao tratamento de saúde em UTI, em demanda individual e como direito indisponível.⁷²

III (iii) – Cláusulas contratuais no Regime de Saúde Suplementar

O art. 197, *caput*, inserido no título VIII (Da Ordem Social) da CF/88, estabelece, expressamente, que cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, a fiscalização e o controle das ações e dos serviços de saúde, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Extrai-se desse preceito constitucional que todos os serviços e ações de saúde estão sob o domínio do Poder Público, ainda que sejam prestados por instituições de direito privado. Com base nisso, foi criada, em 28 de janeiro de 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, cuja principal tarefa é a de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas

⁶⁹ Portaria 3.432/GM, de 12 de agosto de 2002, do Ministério da Saúde: “Todo hospital que atenda gestante de alto risco deve dispor de leitos de tratamento intensivo adulto e neonatal”. A Portaria MS/GM 1.101, de 13/6/2002, que estabelece os parâmetros de cobertura assistencial no âmbito do SUS, especifica a quantidade mínima de leitos de Unidades de Tratamento Intensivo de acordo com o número de habitantes de cada região; e a Portaria MS/GM 3.432, de 13/8/1998, alterada pela Portaria 332, de 28/3/2000, que estabelece critérios de classificação para as Unidades de Tratamento Intensivo, torna obrigatória a existência de leitos de UTI neonatal nas unidades que possuam maternidade de alto risco.

⁷⁰ REsp 1198486, min. rel. Eliana Calmon, julgado em 19 de agosto de 2010.

⁷¹ REsp 361415, min. rel. Luis Felipe Salomão, julgado em 15 de junho de 2009.

⁷² REsp 899820/RS, min. rel. Teori Albino Zavascki, julgado em 24 de junho de 2008.

relações com prestadores e consumidores (Lei 9.961/2000).⁷³ A dificuldade em regulamentar o setor não decorre apenas do aumento significativo no que se refere ao número de beneficiários, mas também ao fato de que, diferentemente dos demais setores regulados pela Administração Pública, como, por exemplo, as Telecomunicações (Anatel), Petróleo e Gás (ANP) e Energia Elétrica (Aneel), que foram decorrentes da desestatização, a Agência Nacional de Saúde Suplementar nasceu praticamente do zero, já que o conhecimento sobre o setor era açambarcado pelos agentes do mercado.⁷⁴

Apesar da existência de instâncias administrativas de regulação do setor privado da saúde, o Poder Judiciário é constantemente acionado à solução de casos relacionados ao conflito entre a operadora de planos privados de saúde e o consumidor. Por diversas vezes, os tribunais brasileiros se manifestam no sentido de declarar como abusivas cláusulas contratuais que, na visão do Judiciário, atentam contra o direito à saúde.⁷⁵ A maior parte delas diz respeito ao afastamento prévio para tratamento de moléstias infectocontagiosas de notificação compulsória, como é o caso da Aids/HIV (AgRg no Resp 265872/SP, min. rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 18 de setembro de 2003; AgRg no Resp 251722/SP, min. rel. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 22 de outubro de 2001; Resp 255064/SP, min. rel. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 5

⁷³ Dentre suas competências, destacam-se: a) fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; b) autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, de acordo com parâmetros e diretrizes gerais fixadas conjuntamente pelos Ministérios da Fazenda e da Saúde; c) estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços oferecidos pelas operadoras; d) expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões; e e) propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar para a regulação do setor de saúde suplementar.

⁷⁴ CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O mercado de saúde suplementar: a busca do equilíbrio. In: NOBRE; DA SILVA, op. cit., p. 275. Ademais, o autor sustenta que a falta de conhecimento do setor público sobre o privado no tocante à assistência à saúde é decorrente do esforço despendido à construção do SUS e do preconceito de parte dos sanitaristas em relação ao setor privado, inclusive com uma visão estatizante do sistema de saúde.

⁷⁵ Dentre outros, o STJ: AI 1051037, min. rel. Aldir Passarinho Júnior; julgada em 10 de março de 2009; AI 1103208, min. rel. Sidnei Benetti, julgada em 27 de fevereiro de 2009; AI 1057060, min. rel. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), julgada em 25 de fevereiro de 2009; AI 1075075, min. rel. João Otávio de Noronha, julgada em 12 de março de 2009; REsp 1046355, min. rel. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgada em 15 de maio de 2008; REsp 519.940, min. rel. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgada em 17 de junho de 2003.

de abril de 2001), assim como as que limitam o tempo de internação (Resp 251024/SP, min. rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 27 de setembro de 2000 e Resp 158728/RJ, min. rel. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 16 de março de 1999). Em relação a esta última, o STJ já editou súmula no sentido de declarar como abusiva cláusula contratual de plano de saúde que limita, no tempo, a internação hospitalar de segurado (súmula 302/STJ).

Com efeito, trata-se, como desenvolvido no item 2.5 da chamada “eficácia horizontal” do direito à saúde, que, embora, no caso, seja objeto de um contrato entre particulares, tem recebido proteção judicial, especialmente com base no CDC e nas normas constitucionais de tutela do direito à saúde. Esse posicionamento dos tribunais dialoga também com a própria noção de função social dos contratos. O contrato, assim como os principais institutos clássicos do Direito Privado, como dá conta o exemplo do direito de propriedade, vem, especialmente, a partir da denominada função social do Direito, engendrada no constitucionalismo do início do século XX, sofrendo alterações nas suas bases estruturais de legitimação jurídica. Se, dantes, num contexto marcado pela teoria político-filosófica liberal e individualista, de matriz kantiana, o contrato baseava-se tão somente na vontade individual dos contratantes, aptos a determinar a forma e o conteúdo do objeto contratado, limitado apenas pela estrita legalidade, cujos efeitos só diziam respeito à relação entre os contratantes, contemporaneamente o contrato, para sua validação jurídico-constitucional e legal, necessita, também, atender a uma função social, que transcende a esfera estrita da relação jurídica intersubjetiva.

III (iv) – Tratamentos Excepcionais no Exterior

Em recente decisão da lavra da ministra Cármen Lúcia, RE 542641/DF, julgada em 28 de maio de 2010, ficou assente o posicionamento do STF em relação à possibilidade ou não de o Estado custear ao demandante tratamento excepcional no Exterior. Com efeito, nessa decisão, não ficou descartado, a princípio, o direito a tratamento de saúde no Exterior, mormente quando se tratar de risco à vida do paciente. Contudo, tal possibilidade ficaria restrita à ocorrência de certas circunstâncias como a não existência de tratamento similar da doença no

Brasil, e que tal tratamento, a ser realizado no Exterior, tenha sua eficácia demonstrada pela comunidade médica nacional.⁷⁶

Nesse mesmo sentido, na Suspensão de Segurança 2.998, da min. rel. Ellen Gracie, julgada em 29 de novembro de 2006, foi deferido tratamento no Exterior a paciente, cuja estadia na França para submissão a procedimento cirúrgico foi custeada pelo Estado do Rio Grande do Norte, mediante a entrega ao impetrante da importância de R\$ 50.037,30. Tratava-se de paciente hipossuficiente, cujo tratamento médico era indispensável à sua sobrevivência. Ademais, o procedimento técnico (Ablação por Laser) apenas era realizado pela equipe médica do Hospital Antoine-Béclère, conforme atestado pelo laudo médico do Hospital Universitário de Brasília – HUB.

Em decisão pronunciada em sede de Suspensão de Tutela Antecipada,⁷⁷ foi indeferido o pedido da União no sentido de suspender o pagamento de U\$ 218.833,00, relativamente ao custeio de tratamento realizado no Texas – EUA, a paciente portador de *Linfoma de Hodgkin*, caso raro de câncer que o levaria à morte se não fosse tratado com urgência. No caso, todos os tratamentos possíveis no Brasil foram testados, de modo que nenhum obteve êxito no combate à doença. A necessidade vital do tratamento, o esgotamento das possibilidades do mesmo de ser realizado no Brasil e a indicação, através de laudo médico, de tratamento em instituição norte-americana balizaram a decisão do Supremo.

Cumprido, por fim, a menção à Suspensão de Tutela Antecipada 36.⁷⁸ Tratou-se de pedido pela União de suspensão de sentença que, em Ação Civil Pública, determinou o financiamento de operação de transplante hepático, a ser realizado nos Estados Unidos. No caso concreto, o tribunal entendeu razoável permitir ao paciente que se tratasse no Exterior, em razão da comprovada incapacidade técnica da Administração Pública para realizar o procedimento cirúrgico pleiteado. Tal procedimento nunca havia sido realizado no País, não se configurando como mero transplante hepático, mas de cirurgia complexa, já que

⁷⁶ Neste mesmo sentido, RE 421402/DF, min. rel. Dias Toffoli, julgado em 6 de maio de 2010. Tratava-se de tratamento da doença *Retinose Pigmentar*, a ser realizado na República de Cuba. O ministro colacionou, ainda, outro argumento referente à viabilidade econômica da pretensão, uma vez que “há que se observar que o direito social da proteção à vida e à saúde assegurados pela Constituição traduz-se em objetivo a ser alcançado pela sociedade, mas deve ser avaliado dentro das possibilidades reais do sistema previdenciário do País”.

⁷⁷ STA 50/PA, min. rel. Nelson Jobim, julgada em 7 de novembro de 2005.

⁷⁸ STA 36/CE, min. rel. Nelson Jobim, julgada em 21 de setembro de 2005.

realizada em portador de *Maple Syrup Urine Disease* (MSUD), que pressupõe acompanhamento metabólico pré, intra e pós-operatório, em que a descompensação implicaria graves sequelas neurológicas ou mesmo a morte do paciente.

Conclusão

O direito fundamental à saúde assume um amplo espectro de posições jurídicas desenvolvidas tanto a partir da sua dimensão jurídico-objetiva quanto subjetiva, de modo que ainda que sua perspectiva prestacional, como direito positivo, se mostre à evidência, um conjunto de outras posições jurídicas se desprende de sua perspectiva defensiva, organizatória e procedimental.

Em termos gerais, ao fenômeno da *judicialização*, especialmente compreendida como produção intensificada do Direito Positivo, se antepõem, dentre outros, argumentos que se baseiam na formalização; na desintegração; na desestabilização; e nos limites jurídicos da capacidade de ação governamental. O aspecto da formalização se relaciona com o estreitamento do espaço de decisão do titular da decisão política *die Einengung des Entscheidungsspielraums der politischen Entscheidungsträger*. Nesse sentido, no lugar de um poder pragmático de decisão política, instaura-se a técnica da formalidade, própria do Direito. Judicialização significa *neutralidade* e *formalização jurídica*, afastando-se das decisões de poder (político). A desintegração, por seu turno, pode resultar também como consequência do estreitamento do âmbito político de decisão, considerando que, a partir da prescrição jurídica de determinados objetivos e métodos de seguridade social, não sejam, ao mesmo tempo, oferecidas respostas adequadas para novos desenvolvimentos sociais e econômicos, especialmente no que se refere a padrões internacionais de regulação jurídica. Diante do aumento progressivo da produção de normas jurídicas, também se identifica a desintegração como fenômeno derivado da *judicialização*, especialmente pela inefetividade e falta de clareza de boa parte das novas regulações, configurando uma séria ameaça à segurança jurídica

Por seu turno, a dificuldade do Poder Judiciário de decidir litígios em que esteja em causa, especificamente, a efetivação de direitos sociais, trazendo a debate jurídico questões vinculadas à justiça distributiva, reside justamente na

estrutura institucional de seus órgãos, nos mecanismos processuais de efetivação de direitos (processo legislativo de formação do Direito), assim como pela cultura geral em que se inserem os atores encarregados de pôr o sistema em funcionamento (juízes, advogados, promotores de Justiça, etc.). Ainda nesse contexto, cita-se o fato de que os juízes, geralmente, aceitam as opiniões comuns da sociedade e do pensamento jurídico profissional de seu tempo (pré-compreensão); que as demandas judiciais relacionadas aos direitos sociais requerem soluções de reforma social, e não de garantia do *status quo*; o fato de que ao Poder Judiciário faltam meios institucionais para executar e monitorar decisões que impliquem programas de ação continuada, como é o caso típico das políticas públicas (ainda que não se possa reportar única e exclusivamente à problemática de efetivação dos direitos sociais para o campo das políticas públicas); o fato de que como os tribunais não podem agir de ofício, mas apenas por provocação, os programas de reforma não apenas não podem ser executados por eles, como também não podem ser iniciados por eles, fazendo com que os mesmos ajam apenas conforme interesses episódicos e descoordenados e sejam proibidos de ter uma agenda de reformas; e, por derradeiro, que os tribunais não possuem poderes institucionais para alocar livremente recursos orçamentários.

O princípio geral da igualdade também é invocado como obstáculo à efetivação judicial dos direitos sociais, baseando-se no fato de que apenas parcela da população, e justamente a mais instruída, que, em regra, também é a mais privilegiada sob o ponto de vista financeiro, teria seu direito social satisfeito, enquanto o restante da população, que dificilmente tem acesso ao Poder Judiciário, seja pelo ônus financeiro do processo, seja pela falta de conhecimento quanto a seus direitos, ficaria na dependência da formulação e implementação de políticas públicas governamentais. A isso soma-se o argumento segundo o qual a concessão de demandas individuais pelo Poder Judiciário aprofundaria a exclusão dos pobres pela transferência dos recursos dos programas institucionalizados para cumprimento de decisão judicial, cujos beneficiários são, em sua maioria, oriundos da classe média.

O termo *judicialização* tem sido empregado com um inequívoco sentido pejorativo, de excesso de atuação do Poder Judiciário em questões que atinem, em primeira linha, à atuação dos poderes representativos da democracia parlamentar, cujo principal argumento à sua autorrestrição se fundamenta no princípio da

separação de Poderes, mais especificamente, na reserva parlamentar em questão orçamentária. Grande parte das demandas judiciais que envolvem o direito à saúde se refere, em primeira linha, ao não cumprimento pelos Poderes Públicos de obrigação já regulamentada na esfera legislativa e incorporada em política pública predefinida pelos órgãos da Administração Pública, de modo que, aqui, não há de se falar em limitação no espaço decisório da política, designadamente dos Poderes Legislativo e Executivo.

Referências

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DIAS, Maria Clara. *Os direitos sociais básicos: uma investigação filosófica da questão dos direitos humanos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- KEINERT, T. M. M.; DE PAULA, Sílvia; BONFIM, José (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- LOUREIRO, Isabel. *A revolução alemã [1918-1923]*. São Paulo: Edunesp, 2005.
- MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts*. 2. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2000. v. V.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- NUSSBERGER, Angelika. *Sozialstandards im Völkerrecht. Eine Studie zu Entwicklung und Bedeutung der Normsetzung der Vereinten Nationen, der internationalen Arbeitsorganisation und des Europarats zu Fragen des Sozialschutzes*. Berlin: Duncker und Humblot, 2005.

PINTO, Élide Graziane; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre (Org.). *Judicialização, orçamento público e democratização do controle de políticas públicas*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei Fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o Direito Constitucional brasileiro: algumas aproximações. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 3, n. 7, abr./jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALLERATH, Maximilian. Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums. Ein Beitrag zur Schutzdimension des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG. *Juristen Zeitung* 4, 63 Jahrgang, 15, Februar 2008.

A sustentabilidade ambiental como direito fundamental e os deveres anexos impostos aos contratantes em pactos agrários

Environmental sustainability as fundamental law and annexed duties taxed to contractors in agricultural pacts

Liane Tabarelli*

Resumo: Este trabalho apresenta considerações acerca da sustentabilidade ambiental com a necessária eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, a partir de uma interpretação civil-constitucional no que se refere aos impactos do cumprimento do direito-dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio nos pactos agrários de arrendamento e parceria rurais. Ainda, ao se tecerem comentários sobre a boa-fé objetiva, destaca-se o reconhecimento de novos deveres impostos aos contratantes de avenças agrárias, a fim de se concretizar o comando insculpido no art. 225, *caput*, CF/88.

Palavras-chave: Sustentabilidade ambiental. Contratos agrários. Eficácia direta e imediata. Direitos fundamentais. Boa-fé objetiva.

Abstract: This work presents considerations about environmental sustainability with the necessary direct and immediate effects of fundamental rights, based on a civil-constitutional interpretation regarding the impacts of the right-duty compliance to the environment ecologically balanced and healthy in the agrarian pacts of rental and partnership. Also, when comments are made on objective good faith, intends to show the recognition of new duties imposed on contractors of agrarian agreements in order to realize the command inscribed in art. 225 of Brazilian Federal Constitution.

Keywords: Environmental sustainability. Agrarian contracts. Direct and immediate effects. Fundamental rights. Objective good faith.

Introdução

Na contemporaneidade, todos os ramos do Direito exigem uma leitura constitucionalizada. Os princípios-vetores constitucionais e, em especial, os que se referem aos direitos fundamentais, demandam que todos os Poderes da República reúnam esforços conjuntos para sua concretização. Desse modo, a tarefa de interpretação civil-constitucional adquire significativa importância para fins de cumprir esse compromisso nas relações intersubjetivas.

* Advogada e parecerista. Professora-adjunta na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Docente em cursos de pós-graduação e preparatórios para concursos públicos. Doutora em Direito pela PUCRS. Ex-bolsista da Capes de Estágio Doutoral (Doutorado Sanduíche) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Autora de obras e de diversos capítulos de livros e artigos jurídicos. *E-mail:* liane.tabarelli@pucrs.br

O presente trabalho visa a refletir sobre a interpretação civil-constitucional e a tutela da boa-fé nas relações negociais agrárias entre particulares. Nesse cenário, abordam-se as obrigações laterais que surgem do cumprimento do comando contido no art. 422, CC/2002, como forma de concretizar a sustentabilidade ambiental.

Nessa linha, fundamental é observar que a presente reflexão se presta a ratificar a necessária eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, tendo em vista que a tutela da boa-fé, em última instância, representa a concretização do princípio da dignidade humana.

A hermenêutica constitucional

A palavra, o uso do vernáculo é (e sempre foi) instrumento de trabalho do jurista, seja ela escrita, seja falada, aquele que opera o Direito sempre se dedicou a compreender, delimitar, apreender, enfim, interpretar o sentido que as palavras podem adquirir em um texto. Interpretar é estabelecer o alcance de uma proposição, revelar o seu sentido.

Não obstante as contribuições de Kelsen para a Ciência do Direito,¹ nos dias atuais, o Direito é “contaminado” por inúmeros axiomas, proposições valorativas, éticas, morais, entre outras, que, muitas vezes, representam o momento histórico e as prioridades de determinada sociedade. Ainda: partindo-se do contributo de Kelsen que estabelece o sistema jurídico com uma estrutura piramidal, no qual a lei das leis, isto é, a Constituição Federal do Brasil (CF/88), situa-se no topo desse sistema, a interpretação constitucional adquire significativa importância.

Nesse sentido, interpretar a Constituição significa, em última instância, dar concretude aos direitos fundamentais ali insculpidos. O Texto Maior prescreve os objetivos e fundamentos da República, e todo o ordenamento jurídico infraconstitucional deve ser interpretado de modo a prestigiar os comandos constitucionais. Os direitos fundamentais ali prescritos devem ser prioridade absoluta de realização por parte dos agentes de um Estado que se intitula Democrático de Direito.

¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Interessante é pontuar, nessa linha, a lição de Freitas, ao advertir que “*jurista é aquele que, acima de tudo, sabe eleger diretrizes supremas, notadamente as que compõem a tábua de critérios interpretativos aptos a presidir todo e qualquer trabalho de aplicação do Direito*”.²

Por outro lado, impera salientar, neste estudo, que, ao se almejar uma interpretação concretizante dos preceitos e da axiologia constitucional presente, em particular, nos seus fundamentos, urge conhecer os vetores principiológicos contidos na mesma. O Direito atual, acompanhando os ensinamentos de Alexy, cuida de uma rede de princípios e regras.³ Essa teia de mandamentos, de densidades e hierarquias distintas demanda intérpretes preparados para lhes otimizar os comandos e produzir a máxima eficácia possível.

Veja-se, por oportuno, as contribuições de Freitas acerca de preceitos propostos em estudo de interpretação constitucional:

- a) todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional e se afigura irrenunciável preservar, ao máximo, a coexistência pacífica e harmoniosa entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade;*
- b) a interpretação constitucional é processo tópico-sistemático, de maneira que resulta impositivo, no exame dos casos, alcançar solução de equilíbrio entre o formalismo e o pragmatismo, evitando-se soluções unilaterais e rígidas;*
- c) ao hierarquizarmos prudencialmente os princípios, as normas e os valores constitucionais, devemos fazer com que os princípios ocupem o lugar de destaque, ao mesmo tempo situando-os na base e no ápice do sistema, vale dizer, fundamento e cúpula do mesmo;*
- d) o intérprete constitucional deve ser o guardião, por excelência, de uma visão proporcional dos elementos constitutivos da Carta Maior, não entendida a proporcionalidade apenas como adequação meio-fim. Proporcionalidade significa, sobretudo, que estamos obrigados a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos;*
- e) o intérprete constitucional precisa considerar, ampliativamente, o inafastável poder-dever de prestar a tutela, de sorte a facilitar, ao máximo, o acesso legítimo do jurisdicionado. Em outras palavras, trata-se de extrair os efeitos mais fundos da adoção, entre nós, do intangível sistema de jurisdição única;*
- f) o intérprete constitucional deve guardar vínculo com a excelência ou otimização máxima da efetividade do discurso normativo da Carta, no que esta possui de eticamente superior, conferindo-lhe, assim, a devida coerência interna e a não menos devida eficácia social;*

² FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – R. TCMG*, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, p. 18, abr./jun. 2000.

³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

g) o intérprete constitucional deve buscar uma fundamentação racional e objetiva para suas decisões sincrônicas com o sistema, sem adotar soluções contra legem, em que pese exercer atividade consciente e assumidamente positivadora e reconhecendo que a técnica do pensamento tópico não difere essencialmente da técnica de formação sistemática, ambas facetas do mesmo poder de hierarquizar e dar vida ao sistema, entre as várias possibilidades de sentido;

h) o intérprete constitucional deve honrar a preservação simultânea das características vitais de qualquer sistema democrático digno do nome, vale dizer, a abertura e a unidade, que implica dever de zelar pela permanência na e da mudança;

i) o intérprete constitucional deve acatar a soberania da vitalidade do sistema constitucional no presente, adotando, quando necessário e com extrema parcimônia, a técnica da exegese corretiva;

j) o intérprete constitucional precisa ter clareza de que os direitos fundamentais não devem ser apreendidos separada ou localizadamente, como se estivessem, todos, encartados no art. 5º da Constituição;

k) o intérprete constitucional, sabedor de que os princípios constitucionais jamais devem ser eliminados mutuamente, ainda quando em colisão ou contradição, cuida de conciliá-los, com maior ênfase do que aquela dedicada às regras, que são declaradas inconstitucionais, em regra, com a pronúncia de nulidade;

l) o intérprete constitucional somente pode declarar a inconstitucionalidade (material ou formal) quando frisante e manifestamente configurada juridicamente. Dito de outro modo, deve concretizar o Direito, preservando a unidade substancial e formal do sistema em sua juridicidade.⁴

Note-se, pois, que a atividade interpretativa envolve, ineroxavelmente, uma ação hierarquizante diante de inúmeros princípios e regras que são potencialmente aplicáveis no caso concreto, mas que, se assim o fossem, respostas absolutamente contraditórias e paradoxais daí resultariam.

Freitas, ademais, endossa a noção de hierarquização da atividade interpretativa ao afirmar que

com efeito, uma vez que inexistente hipótese de dispensa da hierarquização (interpretar é, sempre e sempre, hierarquizar), o relevante consiste em perceber que a inafastabilidade da hierarquização converte o critério hierárquico axiológico numa diretriz operacional superior em confronto com os demais critérios (cronológico e da especialidade), sendo necessário, também, assumir os consectários desta onipresença hierarquizante, especialmente ao lidarmos com o fenômeno da colisão de princípios e, de resto, com as denominadas antinomias de segundo grau. [...]

Hierarquizar é, pois, a nota suprema da interpretação jurídica como um todo. Hierarquizando os princípios e as regras constitucionais, mais evidente transparece o papel concretizador do intérprete (juiz ou o cidadão em geral) de ser o positivador, aquele que dá vida ao ordenamento, sem convertê-lo propriamente em legislador. Ultrapassa-se, desse modo, a polêmica, sem

⁴ FREITAS, op. cit., p. 43-46.

sentido dialético, entre objetivismo e subjetivismo. Mais intensa se mostra a valia da preocupação tedesca com a *adequação funcional*. Preferível, por isso mesmo, afirmar que o intérprete constitucional em geral (e, de modo maiúsculo, o magistrado), de certo jeito, positiva o Direito por derradeiro. Fora de dúvida, o intérprete (não o legislador) é quem culmina o processo de positivação jurídica.⁵

Destarte, registre-se que, diante da atividade precípua e hierarquizante da interpretação constitucional, a fim de prestigiar a concretude dos direitos fundamentais, inúmeros princípios devem ser observados e aplicados para se obter uma solução que mais se aproxime da realidade e axiologia constitucional. Isso porque é flagrante que, nos dias atuais, a crescente aplicação dos princípios tem relegado às regras atuação secundária, e os operadores do Direito devem adquirir destreza e habilidade para atuar com esse novo Direito: O Direito “por princípios”.

Moraes, nesse passo, alerta para o fato de que

a eficiência do Direito “por princípios” depende fundamentalmente da atuação do juiz constitucional durante o processo de concretização do Direito para o qual é imprescindível sua capacidade de percepção dos valores sociais. A sociedade, por sua vez, já condicionada pelo modelo legalista que prometia sempre uma solução previsível para com os conflitos, vê-se, hoje, perplexa diante da possibilidade de concorrência de soluções diferentes, ao abrigo do Direito, sem ter ainda a compreensão de que esta multiplicidade advém de seu caráter encantadoramente livre, plural e mutante. A melhor via que poderá eleger o juiz, nestes tempos de transição, para atender este desafio de reconstruir e “constituir” o Direito no caso concreto, ou seja, de dizer se determinada conduta é ou não compatível com os princípios constitucionais (= valores), é a interação com a sociedade civil. Afinal, rigorosamente, numa democracia quem dita o Direito é a sociedade, reservando-se, agora, sob a égide do Direito “por princípios”, também ao juiz, em especial, ao juiz constitucional, o papel de decodificador dos valores (= princípios) que ela aceita em determinado momento e em determinado local.⁶

Ainda, acerca da temática, Freitas complementa que

as normas estritas ou regras vêm perdendo, cada vez mais, espaço e relevo para os princípios, despontando estes, por definição, como superiores àquelas, conquanto não se deva postular um sistema constituído apenas de princípios, erro idêntico ao de pretender um ordenamento operando como mera e desconectada aglutinação de regras. [...]

⁵ FREITAS, op. cit., p. 21.

⁶ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 187.

A cimentação da sistematicidade ocorre por força da amálgama unicamente trazida pela natureza e pela atuação dos princípios fundantes e fundados do ordenamento jurídico.⁷

Constata-se, pois, a importância da tarefa interpretativa e sua complexidade na contemporaneidade. Inúmeros interesses a serem atendidos, compreensões divergentes, prioridades distintas dos mais diversos intérpretes. De qualquer modo, frise-se que o vetor maior para a interpretação constitucional, que envolva direitos fundamentais, deve ser, de modo imperativo, um resultado que produza as menores limitações ou restrições de forma a prestigiar, o quanto possível, sua maior eficácia.

Assinale-se que

*assim, devem ser interpretadas restritivamente as limitações, havendo, a rigor, regime unitário dos direitos fundamentais das várias gerações, donde segue que, no âmago, todos os direitos têm eficácia direta e imediata, reclamando crescente acatamento encontrando-se peremptoriamente vedados os retrocessos. Com efeito, uma vez reconhecido qualquer direito fundamental, sua ablação e sua inviabilização de exercício mostram-se inconstitucionais. Nessa ordem de considerações, todo aplicador precisa assumir, especialmente ao lidar com os direitos fundamentais, que a exegese deve servir como energético anteparo contra o descumprimento de preceito fundamental, razão pela qual deve ser evitado qualquer resultado interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a interpretação deve ser de molde a levar às últimas consequências a “fundamentalidade” dos direitos, afirmando a unidade do regime dos direitos das várias gerações, bem como a presença de direitos fundamentais em qualquer relação jurídica.*⁸

Há que se salientar, também, que, não obstante vários sejam – ou possam ser – os intérpretes constitucionais, ainda mais em se tratando de um Estado como o brasileiro, que admite o sistema difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, o Judiciário tem a atribuição, por excelência, de realizar essa insigne tarefa.

Marcelo Figueiredo tem ressaltado o papel do Judiciário, por longa data, como garantidor dos direitos civis e da liberdade individual, no Estado de modelagem liberal e no Estado Democrático de Direito que o Brasil se propõe a

⁷ FREITAS, op. cit., p. 17.

⁸ FREITAS, Juarez. O Princípio da Democracia e o controle do orçamento público brasileiro. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 4, N. Esp., p. 19, 2002.

ser exige do Judiciário a tutela dos direitos sociais, sem que isso seja invasão da seara de competência dos demais poderes.⁹

Entenda-se, ademais, que o Poder Judiciário, além de ser o poder constitucionalmente consagrado para a interpretação constitucional, é aquele que deve possuir imparcialidade ao realizar a prestação jurisdicional. Embora não esteja ele comprometido com interesses como porventura pode ocorrer com o Executivo e o Legislativo, deve, sim, haver uma atuação afirmativa das Cortes de Justiça, no sentido da promoção dos direitos fundamentais quando de sua atuação. Nesse sentido, pois, não há que se falar em imparcialidade dos juízes que, antes e acima de tudo, devem ter compromisso constitucional.

Freitas já se manifestava nesse sentido em duas oportunidades distintas quando assevera:

Ora, em face de ser o juiz o detentor único da jurisdição, surge o *amplo e irrenunciável direito de amplo acesso à tutela jurisdicional como uma contrapartida lógica a ser profundamente respeitada*, devendo ser proclamado este outro vetor decisivo no processo de interpretação constitucional: *na dúvida, prefira-se a exegese que amplie o acesso ao Judiciário, por mais congestionado que este se encontre*, sem embargo de providências inteligentes para *desafogá-lo, sobretudo coibindo manobras recursais protelatórias* e estabelecendo que o Supremo Tribunal Federal deva desempenhar exclusivamente as atribuições relacionadas à condição de Tribunal Constitucional, sem distraí-lo com tarefas diversas destas, já suficientemente nevrálgicas para justificar a existência daquela Corte.¹⁰

[...]

Almejo, finalmente, deixar consignado que se mostra indispensável apostar no Poder Judiciário brasileiro, em sua capacidade de dar vida aos preceitos ilustrativamente formulados e crer na sua fundamentada sensibilidade para o justo, razão pela qual insisto em proclamar que todos os juízes, sem exceção, precisam, acima de tudo, ser respeitados, fazendo-se respeitar, como *juízes constitucionais*.¹¹

Logo, diante das considerações aqui tecidas, vislumbra-se a importância da interpretação constitucional como instrumento de realização dos direitos fundamentais.

⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, p. 40, jul./ago. 2007.

¹⁰ FREITAS, op. cit., p. 29-30.

¹¹ FREITAS, op. cit., p.11-23.

Interpretação civil-constitucional e tutela da boa-fé objetiva

O Código Civil (CC) de 2002, enriquecido na sua estrutura por princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, revela a intenção legislativa de se pretender um sistema aberto, suplantando-se o formalismo jurídico da codificação civil de 1916. Isso em razão de que “o Código, enquanto sistema fechado, busca imunizar o sistema jurídico do ambiente, ‘trazendo condições ideais’ para aplicação da lei como concebida no seu texto”,¹² mas essa imunização se mostra impossível para uma ciência social como o Direito. Adequada, nesse ponto, é a seguinte transcrição:

Infere-se que a regra do Direito, em si mesma, se confronta com uma crise de racionalidade, uma incapacidade crescente de dar conta da realidade. O Direito não é mais um redutor do real, e ele não mais o contém. Justifica-se a insistência em centrar e colocar no palco da relação entre Direito e a sociedade o problema de assimetria, a relação de interdependência, exatamente para que fique claro o fato de que é o Direito que está na sociedade e não vice-versa. Já não é o Direito que dá conta das relações sociais. Embora isso pareça uma flagrante obviedade, em um sistema dominado por uma orientação monolítica e concentrada, o reconhecimento dessa realidade se mostra relevante.¹³

Assim, o legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso, em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se das normas que não prescrevem certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem, assim, de ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites à aplicação das demais disposições normativas.¹⁴

Nesse contexto, pode-se afirmar que “torna-se imprescindível que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública”.¹⁵

¹² ARONNE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 29.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 247-248.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XIX.

¹⁵ TEPEDINO, op. cit., p. XX.

Isso porque o ato interpretativo não é arbitrário, mas vinculado. As cláusulas gerais inseridas no CC de 2002 – tal como a boa-fé objetiva – que possuem liberdade de significado de conformação, encontram limites nos princípios constitucionais. Elas promovem a interpretação e aplicação do Direito, através da ponderação de valores presentes no caso concreto por parte do intérprete/juiz.

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência.¹⁶

Veja-se que

o Direito é um fenômeno profundamente social, o que revela a impossibilidade de se estudar o Direito Civil sem que se conheça a sociedade na qual ele se integra, bem como a imbricação entre suas categorias e essa sociedade.

Nomeadamente o direito positivado é profundamente histórico e contextualizado. Assim procedendo, ele opera a definição de uma moldura que se assenta em um juízo de inclusão e de exclusão, segundo esses valores dominantes, por meio de categorias jurídicas.

Tratar da configuração clássica do sujeito e das transformações conceituais pelas quais o sujeito passou constitui uma tentativa de localizar, nestes dois últimos séculos, o indivíduo abstratamente considerado, elevado ao patamar da juridicidade no que se designou como sujeito. Ao final do século XX, portanto, séculos depois da vigência do estatuto moderno fundamental da apropriação dos bens, da titularidade e do sujeito – o Código Civil napoleônico – esboça-se uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis aí o porvir do Direito Civil.

Sujeito concreto e cidadania não se assentam na razão de uma compreensão exclusivamente abstrata do sujeito: passa a ter sentido o plano do seu conteúdo, bem como suas projeções concretas. Com isso, é possível afirmar que, quando a Constituição Brasileira de 1988 tutela o direito à vida – e coloca em um primeiro grau o direito de personalidade –, situando em um primeiro patamar o sujeito, não está fazendo homenagem àquele sujeito abstrato do sistema clássico. Refere-se a um novo sujeito, alguém que tenha uma existência concreta, com certos direitos constitucionalmente garantidos: vida, patrimônio mínimo (que compreende habitação) e sobrevivência.¹⁷

Nesse sentido, em sendo o Direito um produto da cultura da sociedade na qual ele vige, as cláusulas gerais insculpidas no diploma civil pátrio de 2002, tal como a boa-fé objetiva, apresentam-se de forma que sua “estrutura tem

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 2. tir. São Paulo: RT, 2000. p. 299.

¹⁷ FACHIN, op. cit., p. 206-207.

maleabilidade suficiente para se adequar às transformações sociais que estão por ocorrer”.¹⁸

Especificamente no que se refere à cláusula contida no art. 422, CC/2002, ela disciplina um padrão de conduta a ser observado nas contratações entre particulares. Trata-se da imposição da observância de deveres de lealdade, probidade e retidão por parte daqueles que negociam, seja no antes, seja no durante, seja no depois da celebração da avença. É a atribuição de valor jurídico à proteção da confiança, a qual se revela de fundamental importância nas atividades negociais.

Nesse passo, diz-se que

o princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.¹⁹

O conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva determina, pois, condutas honestas e leais entre os que participam de relações negociais, impondo, inclusive, deveres anexos ou laterais às partes contratantes não inicial (e expressamente) previstos no instrumento, a fim de se concretizar, de modo efetivo, práticas contratuais confiáveis e legítimas. São exemplos de deveres anexos, por exemplo, o dever de segurança, o dever de informação, o dever de sigilo, entre outros. Oportuno é registrar, no presente ponto do trabalho, que “pelo prisma do Código, há três funções nítidas no conceito de boa-fé objetiva: função interpretativa (art. 113); função de controle dos limites do exercício de um direito (art. 187); e função de integração do negócio jurídico (art. 422)”.²⁰

¹⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 54. v. 3.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 395. v. 2.

Nessa esteira, em havendo necessidade de interpretação do pacto por parte do Judiciário ou de um mediador, o intérprete deve pautar sua atividade interpretativa de forma a preencher o conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva, prestigiando a concretização da principiologia constitucional de 1988, em particular de um dos fundamentos da República, qual seja, a dignidade humana (art. 1º, III, CF/88). Observe-se que a tutela da dignidade humana perpassa pela tutela da confiança no âmbito negocial, já que “a fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana”.²¹

Vê-se, nesse horizonte, que as “cláusulas gerais contidas na codificação civil, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato, serão preenchidas, no caso concreto, conforme valores, regras e princípios constitucionais”.²²

Nesse diapasão, interessante é registrar também que

no Direito os valores são capturados e desvendados pelas quatro fontes de produção de normatividade jurídica, quais sejam a legislativa, a jurisprudencial, a costumeira e a negocial, sendo operacionalizados pelos modelos jurídicos [...]. Um modelo dogmático sintetizará, contudo, a totalidade dos valores: será o que tem a pessoa humana como “valor-fonte” do ordenamento.²³

Destarte, a revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico, corresponde a uma alavanca para repensar o Direito Civil brasileiro contemporâneo e suas categorias fundamentais.²⁴

A tutela da boa-fé objetiva aproxima-se, dessa forma, da teoria da aparência, na medida em que ao intérprete incumbirá o controle do exercício abusivo de poderes/direitos, quando se enaltecerá a honestidade de quem agiu com base nas aparências, garantindo-se a devida proteção jurídica à confiança negocial em detrimento do abuso de direito.

²¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 117.

²² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o Direito Contratual brasileiro. In: TARTUCE, Flávio et al. *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 51-52.

²³ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 176.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 115.

Para ilustrar tal situação, lembra-se da regra prevista no art. 309, CC/2002, que versa sobre a validade do pagamento feito ao credor putativo. Observe-se que

essa situação ingressa no sistema jurídico, que se abre para compreender algo que ordinariamente não passa de um fato. O Direito acaba “copiando” esse ato, oferecendo-lhe dignidade jurídica em homenagem a determinado valor. A putatividade tutela um juízo ético nesse comportamento do devedor.²⁵

Assim é que “em princípio, contratante algum ingressa em um conteúdo contratual sem a necessária boa-fé. A má-fé inicial ou interlocutória em um contrato pertence à patologia do negócio jurídico e, como tal, deve ser examinada e punida”.²⁶ Isso se deve ao fato de que

toda cláusula geral remete o intérprete para um padrão de conduta geralmente aceito no tempo e no espaço. Em cada caso o juiz deverá definir quais as situações nas quais os partícipes de um contrato se desviaram da boa-fé. Na verdade, levando-se em conta que o Direito gira em torno de *tipificações* ou descrições legais de conduta, a cláusula geral traduz uma tipificação aberta.²⁷

Logo, diz-se que “o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma prestação creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta”.²⁸ Em assim sendo, a boa-fé objetiva, ao proteger a confiança negocial, exige que o intérprete/juiz, ao apreciar o comportamento das partes contratantes, constate se houve (ou não) abuso de direito e determine o alcance do conteúdo do pacto, por meio de sua atividade interpretativa, de forma mais adequada a concretizar os ditames constitucionais. Nessa linha:

O art. 422 do Código Civil é uma norma legal aberta. Com base no princípio ético que ela acolhe, fundado na lealdade, confiança e probidade, cabe ao juiz estabelecer a conduta que deveria ter sido adotada pelo contratante, naquelas circunstâncias, levando em conta ainda os usos e costumes. Estabelecido esse modelo criado pelo juiz para a situação, cabe confrontá-lo com o comportamento efetivamente realizado. Se houver contrariedade, a conduta é ilícita porque violou a cláusula da boa-fé, assim como veio a ser integrada pela atividade judicial naquela hipótese. Somente depois dessa determinação,

²⁵ FACHIN, op. cit., p. 203.

²⁶ VENOSA, op. cit., p. 395.

²⁷ Idem.

²⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2001. p. 586.

com o preenchimento do vazio normativo, será possível precisar o conteúdo e o limite dos direitos e deveres das partes.²⁹

De igual modo, além de rechaçar o abuso de direito, o comando da cláusula geral do art. 422, CC/2002 impõe a tutela da aparência, conferindo efeitos jurídicos a situações em que se vislumbra um equívoco escusável, que acarretaria invalidade da relação contratual. Isso garante proteção de expectativas legítimas da parte que, justificadamente, acreditou na conduta da outra parte do negócio e pautou o seu comportamento, em função desse depósito de confiança realizado. Trata-se de cuidado com a lisura de atitudes dos contratantes e a lealdade negocial, prestigiando-se, assim, a dignidade da pessoa humana. Veja-se:

A boa-fé como baliza ou pauta para a aferição da licitude do exercício jurídico, apanhando, portanto, o *modo de exercício* dos poderes, direitos e situações contratuais [...].

Nesta função, atua a boa-fé (como bem averbou o Superior Tribunal de Justiça em outros julgados)³⁰ tanto negativamente, ao opor “barreira à enganação”, ao ardid e à alegação da própria torpeza; quando positivamente, ao proteger expectativas legítimas de quem crê e confia na conduta alheia, naquelas situações em que é justificável, a um dos contratantes, depositar um “investimento de confiança”, na regularidade ou no significado da conduta da contraparte.³¹

Observe-se, por outro lado, que a segurança jurídica do ordenamento, diante de normas de tessitura aberta como as cláusulas gerais no Código Civil de 2002, é preservada por meio de uma interpretação civil-constitucional que prestigie os princípios-vetores da Carta Maior.

No que tange a critérios para se obter segurança jurídica, diante de um sistema normativo aberto, consoante Martins-Costa: “vista a lei não como limite, mas como *ponto de partida* para a criação e o desenvolvimento do direito, manifesta-se a utilidade das cláusulas gerais”.³²

²⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 248.

³⁰ Vide *REsp*. 591917/GO, 3ª. T., j. 16.12.2004, rel. min. Nancy Andrighi, DJ 1º/2/2005.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. O caso dos produtos Tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na rescisão de contratos duradouros e na caracterização da supressão: comentários ao acórdão no REsp 401.704/PR (rel. min. Honildo Amaral de Mello Castro: desembargador convocado no TJ/AP, Dje 2/9/2009). In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2011. p. 536-537.

³² MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 292.

Fato é que as escolhas interpretativas não devem se dar de modo irrestrito e desarrazoado. Defende-se, aqui, que o limite da discricionariedade judicial deve ter como fundamento último a *supereficácia* social dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas. Ou seja, a justificação dessa atuação com discricionariedade do juiz encontra ressonância no fundamento do próprio sistema jurídico, isto é, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, adverte Martins-Costa que

toda e qualquer reconstrução dogmática está, em primeiro lugar, atada aos valores e diretivas do ordenamento, que exige do juiz não apenas ato de vontade, mas, fundamentalmente, ato de conhecimento e de responsabilidade, razão pela qual a exigência constitucional da motivação da sentença deve ser acrescida pela mais completa explicitação dos elementos de fato e de direito que ensejaram, na hipótese examinanda, a invocação da boa-fé.³³

Dessa forma, essa abertura semântica normativa das cláusulas gerais do diploma civil pátrio de 2002, tal como a boa-fé objetiva, não obstante permita diversas interpretações por meio de conceitos discricionários por parte do intérprete/juiz, não conduz à insegurança do sistema, já que a tarefa interpretativa encontra limite na concretização da principiologia constitucional de 1988.

Oportuno, nessa linha, é invocar os ensinamentos de Gadamer para quem a verdade de um texto não está na submissão incondicionada à opinião do autor nem só nos preconceitos do intérprete, senão na fusão dos horizontes de ambos, partindo do ponto atual da história do intérprete, que se dirige ao passado em que o autor expressou-se.³⁴

Assim, a real finalidade da hermenêutica jurídica é “encontrar o Direito” (seu sentido) na aplicação *produtiva* da norma, pois a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto, senão, também, produtivo.³⁵ Daí a importância da dimensão constitucional do Direito Civil.

Nesse sentido, são as contribuições de Fachin para quem

três perspectivas se presentificam em direção ao porvir: de uma parte, considerando-se que um Código que não está na ordem do dado, uma dimensão criativa é a que fará, sob as luzes da jurisprudência, doutrina e

³³ MARTINS-COSTA, op. cit., 2002, p. 657-658.

³⁴ GADAMER, Hans-George. *Verdad y método*. Trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Salamanca: Sígueme, 1977.

³⁵ *Ibidem*, p. 366.

legislação superveniente, a concretude real e efetiva da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002; de outra parte, uma teoria crítica, inclusive por coerência, deve estar no campo do inacabado, do refazimento permanente, o que se alça como alavanca metodológica de análise e não apenas como dissecação estável de seu objeto; e por derradeiro, a dimensão constitucional do Direito Civil brasileiro contemporâneo abarca, ao lado dos horizontes formais e substanciais dessa base, a perspectiva de reconstrução incessante do próprio Direito Civil para que, no limite, acerte o passo com as demandas de seu tempo, e na possibilidade, contribua na edificação da justiça.³⁶

Ratifica-se, pois, que a teoria da aparência, mesmo não expressamente contemplada no Código Civil brasileiro atual, inspira a cláusula geral da boa-fé objetiva, como um modelo de conduta a ser observado entre os contratantes, a qual ordena uma interpretação civil-constitucional construtiva que valorize a confiança negocial. Trata-se do reconhecimento de novos deveres na sociedade contemporânea, em especial nas relações contratuais, os quais derivam da imposição do cumprimento de deveres anexos às partes contratantes particularmente em pactos agrários, como consequência da observância da boa-fé objetiva no Direito Civil pátrio, para concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado. É exatamente sobre essa temática que se refletirá no item a seguir.

A sustentabilidade ambiental como direito fundamental e os deveres anexos impostos aos contratantes em pactos agrários

As reflexões às quais se propõe este artigo tratam de um dos temas que mais despertam a atenção na contemporaneidade: o cruzamento das exigências do desenvolvimento sustentável com a sustentabilidade econômica das avenças contratuais, em especial, na seara agrária. Nessa linha, veja-se que a Constituição Federal de 1988 anuncia a sustentabilidade de forma plena em seus arts. 170, VI, e 225, *caput*. Assim é que conforme o art. 225, *caput* da CF/88 “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” e o art. 170, VI da Lei Maior dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

³⁶ FACHIN, op. cit., 2012, p. 363.

digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [...]”.

Dessa forma, o Poder Público e a sociedade precisam envidar adicionais esforços, nas relações públicas e privadas, para que a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado não continue a ser vista como empecilho para o crescimento econômico. Trata-se, nem mais nem menos, da tutela das gerações presentes e futuras. Logo, a sustentabilidade ambiental, contemplada nos arts. 170, VI, e 225, *caput*, da CF/88, é direito fundamental (de eficácia direta e imediata). Sua concretização é dever tanto do Poder Público como da coletividade, o que obriga o reexame dogmático dos contratos agrários, quais sejam contratos de arrendamento e parceria rurais.

Assim, nesse contexto, fundamental é lembrar a regra do art. 421 do Código Civil de 2002, qual seja a do cumprimento da função social dos contratos. Observe-se: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Aproximando-se o mandamento constitucional da sustentabilidade ambiental da regra insculpida no art. 421 do Código Civil de 2002, qual seja o cumprimento da função social dos contratos, enfrenta-se, em particular, a necessidade de observância do cumprimento da função social dos contratos agrários, quais sejam arrendamento e parceria rural. Desse modo, é preciso explorar, aproximando-se o Direito Constitucional, o Ambiental, o Civil e o Agrário, a hipótese de que a sustentabilidade, em sua perspectiva ambiental, condiciona e limita o exercício da autonomia privada nos contratos agrários. Nesse quadro, objetiva-se demonstrar que a sustentabilidade ambiental pode/deve ser compreendida como condição para o adimplemento da função social especificamente dos contratos agrários de arrendamento e parceria rurais.

Por outro lado, dentre os princípios que alimentam o sistema de codificação civil de 2002 está o da boa-fé objetiva, que se encontra insculpido no art. 422 do referido diploma. Sua relação com a sustentabilidade não é difícil de perceber, uma vez que acarreta, entre outros, o dever anexo de cooperação, o qual não se coaduna com atitudes individualistas, hostis ao ambiente ou causadoras de danos ambientais. Com efeito, não poderia haver cooperação se o individualismo conduzisse a um negócio jurídico desviado das finalidades constitucionalmente

estipuladas no art. 225.³⁷ Ilustra bem o início desse entendimento a posição jurisprudencial adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATOS AGRÁRIOS. OMISSÃO PELO ARRENDADOR DE GRAVAME DE PRESERVAÇÃO FLORESTAL NA ÁREA OBJETO DO ARRENDAMENTO. CORTE DE ÁRVORES PARA O PLANTIO DA SAFRA. BOA-FÉ OBJETIVA. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. Considerando que a terra cuja fração foi objeto de arrendamento possuía gravame de preservação ambiental em 90.4% de sua extensão, e que tal dado foi deliberadamente omitido pelo autor ao demandado quando da celebração do contrato de arrendamento, acreditando este estar autorizado a cortar as árvores que impediam a execução do contrato, inviável sua responsabilização e condenação ao pagamento das perdas e danos reclamados. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70052349529. Nona Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 28/8/2013.³⁸

No que se refere às origens desse princípio, saliente-se que o italiano Emilio Betti foi um dos primeiros juristas a mencionar a aplicação objetiva do princípio da boa-fé. Já advertia ele que

a boa-fé contratual consiste não em um estado de ignorância, mas se aproxima de uma atitude cooperativa ativa, necessária para satisfazer as expectativas dos outros por meio de atitudes positivas próprias. Compreenda-se a negociação de boa fé, que hoje refere-se à lei e tendo em conta a conclusão e interpretação do contrato, e, especialmente, no que diz respeito ao cumprimento das obrigações tomadas, e, como lealdade a um acordo, como o envolvimento no cumprimento das expectativas dos outros. É, essencialmente, lealdade e compromisso com a cooperação. É um critério de

³⁷ TABARELLI, Liane. *Contratos agrários e sustentabilidade ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

³⁸ Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=APELA%C3%93+C%DVEL.+CONTRATOS+AGR%C1RIOS.+OMISS%C3%93+PELO+ARRENDADOR&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

conduta inspirado e informado no interesse da outra parte.³⁹ [Tradução livre].⁴⁰

Compreende-se que a boa-fé objetiva impõe aos contratantes um agir correto, leal. Trata-se da tutela da confiança entre os particulares. Ela “acaba por veicular a ideia de solidariedade”,⁴¹ já que é a “porta de entrada por excelência dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais”.⁴²

Assim, se exige um agir correto, com boa-fé por parte dos contratantes quando, ao negociarem, exercitam sua autonomia privada. Saliente-se que “toda atribuição de autonomia demanda, como fator de equilíbrio, a atribuição de responsabilidade”.⁴³ Logo, ao se contratar, com o “recebimento de autonomia de disposição, recebe-se também a responsabilidade pelas consequências das decisões tomadas”.⁴⁴

De um lado, pois, no que tange ao controle dos efeitos dos contratos, incluindo a eficácia com relação a terceiros, o exercício de autonomia privada deve se conformar à função social do pacto.⁴⁵ Por outro lado, analisando-se a avença sob um ângulo interno, exige-se dos contratantes comportamentos que observem padrões de confiança e lealdade.

Convém salientar que, embora muitos sejam os significados da expressão boa-fé no Direito, no âmbito desta investigação importa o de ser ela reconhecida como aumento de deveres além dos que as partes contratantes expressamente

³⁹ “Invece la buona fede contrattuale consiste non già in uno stato di ignoranza, ma in un atteggiamento di fattiva cooperazione che porta ad adempiere l'altrui aspettativa con un positivo contegno proprio, da spiegare nell'interesse altrui. [...] Qui dobbiamo osservare che nella buona fede contrattuale, alla quale oggi la legge fa riferimento, sia con riguardo alla conclusione e all'interpretazione del contratto, sia soprattutto con riguardo all'adempimento dell'obbligazione assunta, [...] sia come fedeltà ad un accordo concluso, sia come impegno nell'adempimento delle altrui aspettative. Essa è essenzialmente fedeltà e impegno di cooperazione. [...] La 'bona fides' consiste in un criterio di condotta ispirata ed informata all'interesse della controparte, condotta diretta all' adempimento positivo della aspettativa di cooperazione di essa controparte.”

⁴⁰ BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni: prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 71, 77-79. v. 1.

⁴¹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 169.

⁴² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de Direito das Obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 142.

⁴³ SILVA, op. cit., 2006, p. 123.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Ibidem, p. 134.

manifestaram desejo de contrair – chamados deveres acessórios, secundários, conexos ou laterais –, tais como o dever de informação e o dever de cooperação.⁴⁶

Sem dúvida, cumpre realçar a importância do princípio da boa-fé para uma moderna concepção de relação obrigacional, já que a “boa-fé objetiva e autonomia de vontade são princípios que se complementam e permitem que o Direito Contratual esteja apto a oferecer respostas aos anseios das pessoas”,⁴⁷ na medida em que “buscam exercer sua liberdade (obrigando-se pela própria vontade), mas que, ao mesmo tempo, também requerem alguma proteção às justas expectativas que possuem”.⁴⁸ Mas urge dar um passo além e dizer que a boa-fé objetiva não se mostra compatível com vontades ambientalmente lesivas.

Logo, há que se zelar pela realização plena da justiça socioambiental, nos ajustes contratuais em geral. É que a sustentabilidade, mormente em sua dimensão ambiental, condiciona a eficácia contratual, atuando como incontornável limitador da autonomia privada. Isso se aplica a todo e qualquer contrato que produza impacto ambiental com ênfase aos contratos agrários.⁴⁹

Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que a codificação civil na atualidade é recheada de normativas abertas, que permitem a atualização do sistema por parte do próprio intérprete. O dogma da completude, que foi notável durante o Positivismo Jurídico, cedeu diante da dinamicidade da sociedade contemporânea. O Direito é alimentado pelos fatos sociais e pela cultura da sociedade na qual ele vige. Assim, Direito e sociedade são indissociáveis, e qualquer tentativa de “engessar” um dos dois sistemas está fadada ao fracasso.

Dentre as cláusulas gerais disciplinadas na codificação civil de 2002, encontra-se a boa-fé objetiva positivada no art. 422. Trata-se da tutela da confiança nas relações entre os particulares. A boa-fé objetiva é cláusula geral que impõe um padrão de conduta reto, probó durante as fases pré- e pós-contratual.

⁴⁶ TABARELLI, Liane. *Contratos agrários e sustentabilidade ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

⁴⁷ USTÁRROZ, Daniel. *A responsabilidade contratual no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 93.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁹ TABARELLI, op. cit.

Nesse contexto, fundamental é mencionar a importância da atividade interpretativa, no âmbito de um Direito Civil com inspiração constitucional e cuja leitura de seu texto jamais pode olvidar, por parte do intérprete, a concretização dos direitos fundamentais nas relações horizontais. Para fins deste artigo, importa uma interpretação civil-constitucional concretizante dos direitos fundamentais, que, de modo especial, prestigie e enalteça a dignidade humana, reconhecendo sua íntima relação com a tutela da confiança na seara das relações negociais, e, como consequência disso, o reconhecimento de novos deveres decorrentes da observância da boa-fé objetiva, no âmbito contratual agrário, com vistas à tutela da sustentabilidade ambiental.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARONNE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2014.

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni: prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1953. v. 1.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível Nº 70052349529*. Nona Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 28/8/2013.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2001.

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

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, p. 27-66, jul./ago. 2007.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – R. TCMG*, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, p. 15-46, abr./jun. 2000.

FREITAS, Juarez. O princípio da democracia e o controle do orçamento público brasileiro. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 4, n. Esp., p. 11-23, 2002.

GADAMER, Hans-George. *Verdad y método*. Trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Salamanca: Sígueme, 1977.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o Direito Contratual brasileiro. In: TARTUCE, Flávio. *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 41-80.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 2. tir. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. O caso dos produtos Tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na rescisão de contratos duradouros e na caracterização da *supressio*: comentários ao acórdão n. REsp 401.704/PR (rel. min. Honildo Amaral de Mello Castro: desembargador convocado no TJ/AP, *Dje* 2/9/2009). In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2011. p. 513-542.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 307-324.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da aparência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 24, p. 222-231, mar. 1982.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de Direito das Obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 119-146.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 147-160.

SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: atualidades III: princípios jurídicos no Direito Privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 403-450.

TABARELLI, Liane. *Contratos agrários e sustentabilidade ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XV-XXXIII.

USTÁRROZ, Daniel. *A responsabilidade contratual no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 2.

Notas sobre a liberdade religiosa como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988

Remarks on Religious Freedom as a Fundamental Right in the Federal Constitution of 1988

Ingo Wolfgang Sarlet*

Resumo: O presente texto versa sobre a liberdade religiosa na sua condição de direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988, em que tal liberdade teve assegurado um *status* particularmente reforçado, apresentando diversas dimensões e implicando um conjunto de deveres de proteção.

Palavras-chave: Liberdade religiosa. Direitos fundamentais. Constituição Brasileira de 1988.

Abstract: this paper discusses the freedom of religion in its condition as a fundamental right in the Brazilian Federal Constitution of 1988, in which that liberty was granted a particularly strong status covering diverse dimensions and implying a set of duties of protection.

Keywords: Religou freedom. Fundamental rights. Brazilian Constitution of 1988.

Introdução

As liberdades de consciência, de crença e de culto, as duas últimas usualmente abrangidas pela expressão genérica “liberdade religiosa”, constituem uma das mais antigas e fortes reivindicações do indivíduo. Levando em conta o seu caráter sensível (uma vez que associado à espiritualidade humana) e mesmo a sua exploração política, sem falar nas perseguições e mesmo nas atrocidades cometidas em nome da religião e por conta da amplamente praticada intolerância religiosa ao longo dos tempos, foi uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos e uma das primeiras também a alcançar a condição de direito humano e fundamental consagrado na esfera do Direito Internacional dos direitos humanos e nos catálogos constitucionais de direitos.

Não foi, portanto, à toa que um autor do porte de Georg Jellinek, em famoso estudo sobre a origem da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), chegou a sustentar que a liberdade religiosa, especialmente como reconhecida nas declarações de direitos das ex-colônias inglesas na América do

* Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique – Alemanha. Professor Titular na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Norte, foi a primeira expressão da ideia de um direito universal e fundamental da pessoa humana.¹

Independentemente da posição de Jellinek estar, ou não, correta em toda sua extensão, o fato é que a proteção das opiniões e cultos de expressão religiosa, que guarda direta relação com a espiritualidade e o modo de conduzir a vida dos indivíduos e mesmo de comunidades inteiras, sempre esteve na pauta preferencial das agendas nacionais e supranacionais em matéria de direitos humanos e fundamentais, assim como ocorre na esfera do Direito Constitucional Positivo brasileiro.

Todavia, o modo pelo qual a liberdade de consciência e a liberdade religiosa foram reconhecidas e protegidas nos documentos internacionais e nas Constituições ao longo do tempo é bastante variável, especialmente no que diz respeito ao conteúdo e aos limites de tais liberdades. Bastaria, para tanto, elencar alguns exemplos que se referem aos documentos supranacionais. De acordo com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, no seu art. 18,

toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

O *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, de 1966, por sua vez, embora tenha reproduzido, em termos gerais, o texto da declaração de 1948 foi mais além, como dá conta a redação do art. 18.

1. Toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de ter ou de adotar uma religião ou uma convicção da sua escolha, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individualmente ou conjuntamente com outros, tanto em público como em privado, pelo culto, cumprimento dos ritos, as práticas e o ensino. 2. Ninguém será objeto de pressões que atentem à sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou uma convicção da sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a sua religião ou as suas convicções só pode ser objeto de restrições previstas na lei e que sejam necessárias à proteção de segurança, da ordem e da saúde públicas ou da moral e das liberdades e direitos fundamentais de outrem. 4. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e,

¹ JELLINEK, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Trad. de Adolfo Posada, México: Unam, 2003. p. 115 ss.

em caso disso, dos tutores legais a fazerem assegurar a educação religiosa e moral dos seus filhos e pupilos, em conformidade com as suas próprias convicções.

Essa fórmula que, nos seus traços essenciais, foi retomada, no plano regional, pela *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, de 1969, no seu art. 13 dispõe:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado. 2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças. 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Traçando-se uma rápida comparação com outro documento de abrangência regional, mais antigo, no caso a *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, de 1950, verifica-se que essa não foi tão detalhada quanto o documento americano, que já é posterior ao Pacto Internacional de 1966, portanto, já tomou este como parâmetro. Com efeito, de acordo com o art. 9º da Convenção Europeia:

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.

Bem mais sintética é a *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos*, de 1981, em matéria de liberdade religiosa, visto que, no teor do art. 8º,

a liberdade de consciência, a profissão e a prática livre da religião são garantidas. Sob reserva da ordem pública, ninguém pode ser objeto de medidas de constrangimento que visem a restringir a manifestação dessas liberdades.

Por derradeiro, merece registro a *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 2000, cujo art. 10 dispõe:

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. O direito à objeção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

Importa, ainda, no âmbito do sistema internacional, referir que a liberdade religiosa foi objeto de reconhecimento e proteção por meio de um documento específico, designadamente, da Declaração da ONU sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação baseadas na religião ou na convicção, proclamada pela Assembleia Geral, em 1981, mediante a Resolução 36/1955.

Embora os fortes elementos em comum, também na esfera dos textos constitucionais se registram significativas diferenças quanto ao modo de positivação da liberdade religiosa, muito embora se cuide de direito amplamente reconhecido na esfera do Direito Constitucional, desde as primeiras declarações de direitos.² Voltando-nos diretamente ao exame da evolução constitucional brasileira pretérita, constata-se que a liberdade religiosa se faz presente desde a *Carta Imperial de 1824*, mais precisamente, no art. 179, inciso V, de acordo com o qual, “ninguém pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica”, não tendo sido feita referência expressa à liberdade de consciência ou mesmo à objeção de consciência. A *Constituição de 1891*, art. 72, § 3º, dispunha que “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum”, contendo, todavia, uma série de outros dispositivos que versavam

² CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr von. Religionsfreiheit. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 598 ss. v. VII.

sobre o reconhecimento apenas do casamento civil (art. 72, § 4º), o caráter secular dos cemitérios e a garantia do acesso para os cultos de todas as ordens religiosas (art. 72, § 5º), a proibição de subvenções oficiais (públicas) para igrejas ou cultos (art. 72, § 6º).

Embora a Constituição de 1891 não tenha feito uso da expressão *liberdade de consciência*, ou objeção de consciência, ela previa que nenhum cidadão poderia ser privado de seus direitos civis e políticos e nem se eximir do cumprimento de qualquer dever cívico por motivo de crença ou função religiosa (art. 72, § 28), além de impor a perda dos direitos políticos por parte daqueles que alegassem motivos de crença religiosa para se eximir do cumprimento de obrigação imposta pelas leis da República (art. 72, § 29).

A *Constituição de 1934* manteve a previsão do caráter secular dos cemitérios, agregando, todavia, que as associações religiosas poderiam manter cemitérios particulares, sujeitos a controle pelo Poder Público (art. 113, § 6º). Quanto ao direito à liberdade religiosa este foi enunciado no art. 113, § 4º, onde consta que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil”, de modo que, pela primeira vez, foi feita referência à liberdade de consciência. Já de acordo com o art. 122, § 4º, da *Constituição de 1937*, “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes”.

Novamente não há menção expressa à liberdade de consciência, que voltou a ser contemplada na *Constituição de 1946*, no art. 141, § 7º, que dispunha ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil”, fórmula que, em termos gerais, foi retomada na *Constituição de 1967*, cujo art. 150, § 5º, reza que “é plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes”, tendo sido, esse, mantido na íntegra na *Emenda Constitucional 1, de 1969* (art. 153, § 5º).

Já na Constituição Federal de 1988, as liberdades de religião e de consciência foram contempladas em três dispositivos no âmbito do título Dos Direitos e Garantias Fundamentais:

a) art. 5º, 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 a suas liturgias; b) art. 5º, VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; c) art. 5º, 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.

Dentre os dispositivos constitucionais diretamente relacionados, assumem destaque os seguintes:

a) art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; b) art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei; § 1º – às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar; c) art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, [...] VIII; d) art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais; § 1º – O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental; e) art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; § 2º – O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Tanto os dispositivos que dizem respeito aos principais documentos internacionais quanto o marco textual da atual Constituição Federal, desde logo apontam, tal como ocorre em geral no Direito Comparado, que, embora a liberdade de consciência e a liberdade religiosa apresentem uma forte conexão, sendo inclusive objeto de previsão no mesmo artigo ou no mesmo grupo de disposições textuais, cuida-se de direitos distintos. Assim, antes de avançarmos com o exame da liberdade religiosa propriamente dita, importa, ainda que de

modo sumário, iniciar, no próximo segmento, com uma distinção entre liberdade religiosa e liberdade de consciência.

A distinção entre liberdade de consciência e liberdade religiosa

Como já adiantado, embora a liberdade de consciência tenha forte vínculo com a liberdade religiosa, ambas não se confundem e apresentam dimensões autônomas. A liberdade de consciência assume, de plano, uma dimensão mais ampla, considerando que as hipóteses de objeção de consciência (apenas para ilustrar com um exemplo) abarcam hipóteses que não têm relação direta com opções religiosas, de crença e de culto.³ Bastaria, aqui, citar o exemplo daqueles que se recusam a prestar serviço militar, em virtude de sua convicção (não necessariamente fundada em razões religiosas); de participar de conflitos armados e eventualmente vir a matar alguém. Outro caso, aliás, relativamente frequente, se refere à recusa de médicos a praticarem a interrupção de gravidez e determinados procedimentos, igualmente nem sempre por força de motivação religiosa.

Assim, amparados na lição de Konrad Hesse, é possível afirmar que a liberdade de crença e de confissão religiosa e ideológica aparece como uma manifestação particular do direito fundamental mais geral da liberdade de consciência. Esse, por sua vez, não se restringe à liberdade de *formação* de consciência (o foro interno), mas abarca a liberdade de *atuação* da consciência, protegendo-se, de tal sorte, de efeitos externos à decisão fundada na consciência, inclusive quando não motivada religiosa ou ideologicamente.⁴ Ainda de acordo com Konrad Hesse, é nisso que se corporifica a negação, pela ordem constitucional, de uma intervenção estatal no que se refere à definição do que é verdadeiro ou correto, de modo a assegurar a cada indivíduo a proteção da sua

³ Na literatura brasileira, ver, entre outros, SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 11-12, sustenta-se que a liberdade de consciência é uma liberdade mais ampla do que a liberdade de crença, já que mesmo o descrente possui aquela e pode exigir sua tutela. Portanto, a liberdade de consciência “abarca tanto a liberdade de se ter como a de não se ter uma religião”. Mais recentemente e para maior desenvolvimento da diferenciação entre liberdade religiosa e liberdade de consciência e de pensamento, ver WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79 ss.

⁴ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995. p. 168.

personalidade espiritual e moral e garantir a livre-discussão e formação do consenso sobre o que é certo ou errado.⁵

Considerada em separado, a liberdade de consciência pode ser definida, com Weingartner Neto, como a faculdade individual de autodeterminação no que diz respeito aos padrões éticos e existenciais das condutas próprias e alheias e a total liberdade de autopercepção em nível racional ou mítico-simbólico, ao passo que a liberdade religiosa (ou de religião) engloba, no seu núcleo essencial, tanto a liberdade de ter quanto a de não ter ou deixar de ter uma religião, desdobrando-se em diversas outras posições fundamentais, que serão, pelo menos em parte, objeto de atenção logo adiante.⁶

Particularmente relevante para efeitos de proteção da liberdade religiosa, mas também para a diferenciação entre essa e a liberdade de consciência, assume relevo a própria definição do que se considera uma religião. Desde logo, há que se reconhecer o acerto da lição de Erwin Chemerensky, para quem parece impossível formular uma definição de religião que englobe a ampla gama de crenças espirituais e práticas presentes em uma sociedade plural como é a do Brasil. (Registre-se que, embora o autor esteja a se referir aos Estados Unidos da América, a afirmação, ainda que talvez não na mesma dimensão, aplica-se ao Brasil), pois não há uma característica particular ou um plexo de características que todas as religiões tenham em comum, a fim de que possa ser possível defini-la(s) como religião(ões), definição ampla que se revela particularmente importante para maximizar a proteção das manifestações religiosas.⁷

Por outro lado, até mesmo para preservar a diferença entre liberdade de consciência e liberdade religiosa e assegurar uma devida aplicação de ambas (especialmente quanto à sua proteção), na condição de direitos fundamentais, não se poderá ampliar em demasia o conceito de religião, ainda mais quando está em causa também o reconhecimento e a proteção da dimensão institucional da liberdade religiosa, ou seja, das Igrejas e locais de culto, o que será objeto de atenção neste texto.

⁵ Idem.

⁶ Cf. Jayme Weingartner Neto, Liberdade religiosa na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 481-482.

⁷ CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. 3. ed. New York: Aspen, 2006. p. 1.187.

A dupla dimensão: objetiva e subjetiva das liberdades de consciência e de religião

Tanto a liberdade de consciência quanto a liberdade religiosa, tal como os demais direitos fundamentais, apresentam uma dupla dimensão: *subjetiva* e *objetiva*. Na condição de direitos subjetivos, elas, aqui ainda em termos muito gerais, asseguram tanto a liberdade de confessar (ou não) uma fé ou ideologia quanto geram direitos à proteção contra perturbações ou qualquer tipo de coação oriunda do Estado ou de particulares.⁸ Já como elementos fundamentais da ordem jurídico-estatal objetiva, tais liberdades fundamentam a neutralidade religiosa e ideológica do Estado, como pressuposto de um processo político livre e, como base do Estado Democrático de Direito.⁹ Dessa dupla dimensão subjetiva e objetiva decorrem tanto direitos subjetivos tendo como titulares tanto pessoas físicas quanto jurídicas (neste caso, apenas a liberdade religiosa e não quanto a todos os seus aspectos) quanto princípios, deveres de proteção e garantias institucionais que guardam relação com a dimensão objetiva,¹⁰ tudo conforme ainda será objeto de maior desenvolvimento.

Por outro lado, no que diz respeito, especificamente, à neutralidade religiosa e ideológica do Estado, essa se constitui, especialmente no tocante ao aspecto religioso, em elemento central das ordens constitucionais contemporâneas, mas com raízes na vertente do constitucionalismo, especialmente de matriz francesa, o que foi incorporado à tradição brasileira a contar da Constituição Federal de 1891. Na CF de 1988, tal opção (do Estado laico) encontra sua previsão expressa no seu já referido art. 19, que veda aos entes da Federação que estabeleçam, subvencionem ou embaracem o funcionamento de cultos religiosos ou Igrejas.

A referência feita a Deus no Preâmbulo da CF/88, além de não ter caráter normativo, não compromete o princípio da neutralidade religiosa do Estado,¹¹

⁸ HESSE, op. cit., p. 167.

⁹ Idem.

¹⁰ WEINGARTNER NETO, op. cit., p. 482.

¹¹ No âmbito da jurisprudência do STF, destaca-se o julgamento da ADI 2.076 de 8/8/2003, proposta pelo Partido Social Liberal, que ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Assembleia Legislativa do Estado do Acre por omissão da expressão “sob a proteção de Deus” no preâmbulo da Constituição Estadual.¹¹ Alegou o requerente que o preâmbulo da Constituição Federal integraria o seu texto, possuindo suas disposições verdadeiro valor jurídico. O STF,

que, por sua vez, não implica – ainda mais consideradas as peculiaridades da ordem constitucional brasileira – um total distanciamento por parte do Estado da religião, distanciamento que – na acepção de Tavares que aqui se partilha – sequer se revela como sendo desejável.¹² Com efeito, como bem pontua Miranda, há que se distinguir entre laicidade e separação (no sentido de independência) entre Estado e Igreja (e comunidades religiosas em geral) de laicismo e de uma postura de menosprezo e desconsideração do fenômeno religioso (das religiões e das entidades religiosas) por parte do Estado, pois uma coisa é o Estado não professar nenhuma religião e não assumir fins religiosos, mantendo uma posição equidistante e neutra, e outra coisa é assumir uma posição hostil em relação à religião e mesmo proibitiva de religiosidade.¹³

Importa destacar que o laicismo e toda e qualquer postura oficial (estatal) hostil em relação à religião revela-se incompatível tanto com o pluralismo afirmado no preâmbulo da CF/88, quanto com uma noção, inclusive, de dignidade da pessoa humana e liberdade de consciência e de manifestação do pensamento, de modo que a necessária neutralidade se assegura por outros meios, tal como o demonstra o disposto no art. 19, I, bem como um conjunto de limites e restrições à liberdade religiosa, aspecto que aqui não será desenvolvido. Nesse sentido, há quem sustente, mesmo, que uma estrita e radical separação entre Igreja e Estado seria, em certa medida, até mesmo incompatível com o reconhecimento da liberdade religiosa, um direito fundamental.¹⁴ De todo modo, o que se verifica é que outras manifestações podem ser extraídas da CF/88, no sentido de uma postura aberta e sensível para as religiões, sem que, com isso, se esteja a assumir (do ponto de vista do papel e da posição do Estado) qualquer compromisso com determinada religião e Igreja, o que pode ser ilustrado com os exemplos da previsão, ainda que em caráter facultativo, de ensino religioso em escolas públicas de Ensino Fundamental (art. 210, § 1º, CF/88) e a possibilidade de reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso (art. 226, §§ 1º e 2º, CF/88).

todavia, entendeu que ao preâmbulo não assiste qualquer *relevância* jurídica, destacando que o Estado brasileiro é laico, sendo vedada a distinção entre deístas, agnósticos ou ateístas.

¹² TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 606.

¹³ MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*. p. 448-449. t. I.

¹⁴ von Campenhausen, *Religionsfreiheit*, p. 599.

Conteúdo da liberdade religiosa como direito fundamental

Também a liberdade religiosa deve ser compreendida como um direito fundamental em sentido amplo, que se decodifica, no âmbito de sua dimensão subjetiva e objetiva, em um complexo diferenciado de efeitos jurídicos objetivos e de posições jurídicas subjetivas.¹⁵

Como direito subjetivo, a liberdade religiosa opera tanto como direito de defesa, portanto, de cunho negativo, quanto como direito a prestações (direito *positivo*) fáticas e jurídicas, muito embora, como já frisado, a dimensão subjetiva não pode ser reduzida a um único tipo de posição negativa ou positiva. Aqui não se tem condições senão as de selecionar alguns exemplos, notadamente, os que têm assumido maior relevância em termos teóricos e práticos na ordem constitucional brasileira, remetendo, para uma análise mais minuciosa, à literatura especializada.¹⁶

Na sua condição de direito negativo, a liberdade religiosa desdobra-se, numa primeira aproximação quanto ao seu conteúdo, em uma liberdade de crença, que diz respeito à faculdade individual de optar por uma religião ou de mudar de religião ou de crença, ao passo que a liberdade de culto, que guarda relação com a exteriorização da crença, se refere aos ritos, às cerimônias, aos locais e a outros aspectos essenciais ao exercício da liberdade de religião e de crença.¹⁷ Também a liberdade de associação e de organização religiosa encontra-se incluída no âmbito de proteção da liberdade religiosa, de tal sorte que ao Estado é vedado, em princípio, interferir na esfera interna das associações religiosas.¹⁸

Importa frisar que, como se dá de modo geral no domínio dos direitos de liberdade, também a liberdade religiosa assume a condição de uma liberdade simultaneamente negativa e positiva, visto que assegura a faculdade de não professar alguma crença ou praticar algum culto ou ritual (liberdade negativa, de não exercício) quanto assegura que o Estado e terceiros (particulares) não

¹⁵ Na literatura brasileira, Jayme Weingartner Neto, op. cit., p. 72 ss., apresentando um pioneiro, original e analítico catálogo de posições fundamentais vinculadas à liberdade religiosa.

¹⁶ Em especial, o já referido inventário de posições subjetivas sugerido por Jayme Weingartner, *idem*.

¹⁷ SORIANO, op. cit., p. 12-13.

¹⁸ Sobre o tema, ver a monografia de SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. *A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro*. São Paulo: Mackenzie, 2007. p. 59 ss.

impeçam – salvo nos limites da própria ordem constitucional – o exercício das diversas manifestações da liberdade religiosa (liberdade positiva).¹⁹

Na condição Direito Positivo, podem também ser destacadas várias manifestações. Assim, em caráter ilustrativo, verifica-se que o art. 5º, VII, da CF/88, assegura, “nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”. Quanto a tal aspecto, entende-se que o Estado não pode impor aos internos sob sua responsabilidade, nessas entidades, o atendimento a serviços religiosos (o que violaria a liberdade de professar uma religião e de participar (ou não) dos respectivos cultos), mas deve, sim, colocar à disposição o acesso efetivo ao exercício da liberdade de culto e de crença aos que assim o desejarem.²⁰

A liberdade religiosa engloba tanto direitos individuais quanto direitos coletivos de liberdade religiosa, pois, além dos direitos individuais de ter, não ter, deixar de ter, escolher uma religião (entre outras manifestações de caráter individual), existem direitos coletivos, cuja titularidade é das Igrejas e organizações religiosas, direitos que se referem à auto-organização, autodeterminação, direito de prestar o ensino e a assistência religiosa, entre outros,²¹ aspectos que, por sua vez, estão relacionados ao problema da titularidade e dos destinatários do direito fundamental.

Titulares e destinatários da liberdade religiosa

Titulares da liberdade religiosa são, em primeira linha, as pessoas físicas, incluindo os estrangeiros não residentes, pois, dada sua conexão com a liberdade de consciência e dignidade da pessoa humana, aplica-se, aqui, o princípio da universalidade. Cuida-se tanto de um direito humano quanto de um direito fundamental.²² Como a liberdade religiosa contempla uma dimensão institucional e abarca a liberdade de organização religiosa, naquilo que for compatível, cuida-se também do direito das pessoas jurídicas, ainda que essas não sejam titulares,

¹⁹ CAMPENHAUSEN von, op. cit., p. 654-655.

²⁰ MENDES; BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 358.

²¹ CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 611-12. No mesmo sentido, MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, p. 447 ss.

²² CAMPENHAUSEN von, op. cit., p. 644.

por exemplo, do direito de professar, ou não, uma religião.²³ Quanto aos destinatários, em que pese seja também aqui o Estado o principal destinatário, vinculado que está (diretamente) às normas de direitos fundamentais e mesmo aos deveres de proteção estabelecidos pela CF/88, o direito de liberdade religiosa projeta-se nas relações privadas, o que se pode dar de maneira direta ou indireta. Apenas em caráter ilustrativo, bastaria recordar os ambientes de trabalho e escolar, onde também o empregador, os demais empregados, os professores e a entidade de ensino (portanto tanto na perspectiva das pessoas físicas quanto das pessoas jurídicas) devem abster-se de intervir no âmbito da livre-opção religiosa, salvo para assegurar o exercício do mesmo direito por parte de outros trabalhadores ou alunos (estudantes) ou mesmo para a proteção de outros direitos. A liberdade de consciência e a liberdade religiosa podem, portanto, operar como limites ao poder de direção do empregador e da empresa, dos professores e das escolas e mesmo em outras situações nas quais se coloca o problema.

Evidentemente, a medida da vinculação tanto do Poder Público quanto dos particulares à liberdade religiosa dependerá tanto da dimensão particular de tal liberdade que estiver em causa quanto de uma maior ou menor afinidade com os modelos de uma eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, temática que aqui não será desenvolvida.

O problema dos limites e das restrições à liberdade religiosa analisado à luz de alguns exemplos

Embora sua forte conexão com a dignidade da pessoa humana, a liberdade religiosa, mas também a liberdade de consciência, notadamente naquilo em que se projeta para o exterior da pessoa,²⁴ é um direito fundamental sujeito a limites e restrições, modalidade que é da liberdade de expressão (manifestação do pensamento) e, especialmente, da liberdade de consciência (que é mais ampla), a liberdade religiosa, embora como tal não submetida à expressa reserva legal (no art. 5º, VI, a CF/88 estabelece ser inviolável a liberdade de consciência e de

²³ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 611-612, 617.

²⁴ ISRAEL, Jean-Jacques. *Direitos das liberdades fundamentais*. Trad. de Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005. p. 497-502. As liberdades de pensamento de consciência e de religião, interiorizadas, por sua vez, são absolutas, de tal sorte que apenas seu exercício pode suscitar discussões e justifica que sejam fixados limites.

crença, sendo assegurado o livre-exercício dos cultos religiosos), encontra limites em outros direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana, o que implica, em caso de conflito, cuidadosas ponderação e atenção, entre outros aspectos, aos critérios da proporcionalidade. Já a proteção dos locais de culto (como dever estatal que é) e a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, são, nos termos da CF/88, sujeitos à regulamentação legal (ver, para a prestação de assistência religiosa, o caso das Leis 6.923/1981 e 9.982/2000), mas a legislação deverá, de qualquer modo, atender aos critérios da proporcionalidade e não poderá, em hipótese alguma, afetar o núcleo essencial do direito de liberdade religiosa e esvaziar a garantia da organização religiosa.²⁵ Por outro lado, a própria CF/88 estabelece limites à liberdade religiosa e de consciência, quando, no art. 5º, VIII, dispõe que “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”. O postulado do Estado laico (melhor formulado como postulado da neutralidade estatal em matéria religiosa), por sua vez, também interfere no exercício da liberdade religiosa, pois o Poder Público não poderá privilegiar determinada orientação religiosa, ainda que majoritária, como, por exemplo, se verifica na discussão em torno da colocação, ou não, de crucifixo em escolas e repartições públicas, que tem dividido a doutrina e a jurisprudência no Brasil e no Direito Comparado e no Internacional. A resposta correta depende de muitos fatores, inclusive e especialmente, do marco do Direito Constitucional Positivo, resultando evidente, embora nem sempre seja bem-observado. A existência de uma tradição de tolerância e mesmo de aceitação do uso de determinados símbolos religiosos ou ainda de datas e feriados religiosos vinculados a uma orientação religiosa amplamente majoritária, sem que, com isso, se verifique uma intervenção desproporcional no exercício de liberdade negativa e positiva de religião por parte das demais correntes, igualmente, constitui critério relevante a ser observado, como, aliás, decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no importante e recente caso *Lautsi* contra a Itália, julgado em caráter definitivo, em 2011, no sentido de que os Estados que ratificaram a Convenção Europeia dos Direitos Humanos possuem uma liberdade de ação quanto à opção

²⁵ Sobre os limites e restrições em matéria de liberdade religiosa, ver, no Brasil e por todos, WEINGARTNER NETO, op. cit., p. 187 ss.

de manterem, ou não, o crucifixo em prédios do Poder Público e que não se configura, no caso, uma violação da liberdade religiosa.²⁶

Assim, embora a existência de decisões de Tribunais Constitucionais pela retirada do crucifixo, como foi o caso do famoso julgado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1995,²⁷ ou mesmo a recente e polêmica decisão administrativa do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, mediante provocação de entidade não governamental e não religiosa, igualmente decidiu pela retirada do crucifixo dos prédios do Poder Judiciário gaúcho,²⁸ é possível argumentar que não se trata, necessariamente, da única ou da melhor resposta possível, mesmo e, em especial, no caso da ordem constitucional brasileira. De todo modo, não será, aqui, que teremos condições de aprofundar o exame da questão.

Por sua vez, os conflitos relativos à liberdade religiosa com outros direitos fundamentais e bens jurídico-constitucionais são múltiplos. Assim, podem, a depender do caso, ser justificadas restrições quanto ao uso da liberdade religiosa para fins de prática do curandeirismo e exploração da credulidade pública, especialmente quando, com isso, se estiver incorrendo em prática de crime ou afetando direitos de terceiros ou interesses coletivos.²⁹

²⁶ Em virtude de recurso apresentado perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (2006) pela Sra. Soile Lautsi (nacionalidade finlandesa, o que aponta justamente à titularidade universal da liberdade religiosa) contra decisão do Estado italiano, uma Câmara da Segunda Seção do Tribunal Europeu, em 3/11/2009, acolheu o recurso e condenou a Itália por violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em virtude da manutenção de crucifixos em escolas públicas. Todavia, por força de uma apelação operada pela Itália, a assim chamada *Grand Chambre* do Tribunal europeu, por maioria esmagadora de 15 votos contra 2, reformou a decisão em 18/3/2011, entendendo, entre outros argumentos, que o crucifixo é um símbolo passivo e que não exerce uma influência direta sobre a liberdade religiosa de pessoas não cristãs.

²⁷ BVerfGE 93, p. 1 ss.

²⁸ Decisão de 6/3/2012, relator des. Cláudio Maciel (decisão tomada por unanimidade).

²⁹ Nesse sentido, ver o precedente do STF representado pelo RMS 16.857, com relatoria do min. Eloy da Rocha, julgado em 22/10/1969, que versa sobre recurso em mandado de segurança impetrado em face de ato da Delegacia de Polícia de Costume de Belo (MG) consistente na apreensão de bens da Igreja Evangélica Pentecostal “O Brasil para Cristo” e na proibição do exercício do culto religioso. A constrição foi justificada na existência de exploração da credulidade pública, eis que dois pastores estariam anunciando, publicamente, a cura de “enfermos e aleijados, através do ‘milagre da benção e da oração da fé’”. Legitimou-se, na ocasião, o Poder de Polícia para “evitar a exploração da credulidade pública”, deferindo-se, contudo, o *writ* em parte, a fim de assegurar tão somente o exercício de culto religioso, “enquanto não contrariar a ordem pública e os bons costumes”. (Acerca do crime de curandeirismo e liberdade religiosa, ver ainda RHC 62.240, de rel. min. Francisco Rezek, julgado em 13/12/1984).

Situação que já mereceu atenção da doutrina e da jurisprudência nos planos nacional e internacional diz respeito ao conflito entre a liberdade de consciência e de crença com os direitos à vida e à saúde, como se verifica, de forma particularmente aguda, no caso dos integrantes da comunidade religiosa das “Testemunhas de Jeová”, cujo credo proíbe transfusão de sangue. Se para o caso de menores de idade se revela legítima a intervenção estatal para, em havendo manifestação contrária dos pais ou responsáveis, determinar o procedimento médico quando tido como indispensável, no que se verifica substancial consenso, é pelo menos questionável que se queira impor a pessoas maiores e capazes algo que seja profundamente contrário às suas convicções, por mais que tais convicções sejam resultado de um processo de formação que se inicia na mais tenra idade.

De qualquer sorte, quanto ao caso das pessoas maiores e capazes, não existe uma orientação definida, havendo entendimentos em ambos os sentidos.³⁰

Outro tema de relativo impacto no Direito Comparado, mas com importantes reflexos no Brasil, é o que trata do conflito entre liberdade religiosa e proteção dos animais. Ainda que não se atribua aos animais a titularidade de direitos subjetivos, o fato é que existe um dever constitucional de proteção da fauna, que, pelo menos em princípio, poderá justificar restrições ao exercício de direitos fundamentais, incluindo a liberdade religiosa. Se, na Alemanha (apenas para citar um exemplo), o Tribunal Constitucional Federal entendeu que deveria prevalecer a liberdade de profissão em combinação com a liberdade religiosa, tendo em conta que se tratava de caso envolvendo açougueiro turco, adepto do ramo sunita do islamismo, que teve o seu estabelecimento interdito pela autoridade administrativa, por estar abatendo animais para consumo sem a prévia sedação,³¹ no Brasil, a hipótese seguramente mais frequente é a que envolve os rituais afro-brasileiros do Candomblé e da Umbanda,³² em que também são sacrificados animais.

³⁰ Sobre o tópico, com uma atualizada amostra em termos de decisões judiciais no Brasil e no Exterior e uma boa síntese da discussão, ver LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de crença e objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 449-479.

³¹ BVerfGE 104, 337.

³² SILVA NETO, Manoel Jorge. A proteção constitucional da liberdade religiosa. *Revista de Informação Legislativa*, n. 160, p. 120 ss, out./dez. 2003, que fala em uma “liberdade de sacrifício de animais no ritual”.

A respeito de tal prática, encontra-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, declarou a legitimidade constitucional de lei estadual que admite a prática de abate para fins religiosos, desde que mediante consideração dos aspectos levando em conta a saúde pública e a proibição de crueldade com os animais,³³ decisão da qual foi interposto recurso ao STF,³⁴ que ainda não julgou a matéria.³⁵

A liberdade religiosa (incluindo a liberdade de culto e de organização religiosa) também pode entrar em conflito com a própria liberdade de expressão e comunicação, inclusive com a liberdade artística, como se verifica no caso de charges ofensivas a determinada orientação ou prática religiosa, ou mesmo obras literárias e outras formas de expressão. Problemas como o proselitismo no ambiente de trabalho ou o assédio religioso, a possibilidade de distribuição de panfletos e outros meios de divulgação da crença em espaços públicos, a possibilidade do uso do véu ou outros símbolos religiosos em estabelecimentos de ensino ou no local de trabalho, a legitimidade constitucional dos feriados religiosos e a discussão em torno de o quanto a objeção de consciência, especialmente por motivos religiosos, deve assegurar a realização de provas e concursos públicos em horário apartado. Esses são apenas alguns dos conflitos e problemas de interpretação que se tem oferecido ao debate na esfera da política e do Direito, resultando em decisões judiciais nem sempre simétricas quando se observa o cenário internacional. Todavia, não sendo o caso de aqui desenvolver tais questões, remete-se à literatura especializada.³⁶ O nosso intento era apenas o de traçar algumas considerações sobre o conteúdo da liberdade religiosa como direito fundamental na perspectiva da CF/88, na esperança de que a singeleza do texto ainda assim permita que dele se possa fazer algum uso para a teoria e prática da liberdade religiosa no Brasil.

³³ ADI 70010129690, do rel. des. Araken de Assis, julgada em 18/4/2005.

³⁴ RE 494601, do rel. min. Marco Aurélio, com parecer do procurador-geral da República, no sentido do desprovimento ou provimento parcial do recurso, de modo a preservar os rituais religiosos.

³⁵ Na doutrina brasileira, WEINGARTNER NETO, op. cit., p. 279 ss.

³⁶ No âmbito do Direito brasileiro, WEINGARTNER NETO, op. cit., p. 187 ss, bem como, por último, do mesmo autor: *Liberdade religiosa na Jurisprudência do STF*, especialmente p. 488 ss, apresentando um excelente e atualizado inventário da jurisprudência do STF (p. 494 ss).

5

O ensino jurídico como importante ferramenta de efetivação dos direitos fundamentais

Legal education as an important tool of fundamental rights effectiveness

Alexandre Torres Petry*

Resumo: O presente estudo analisa o ensino jurídico a partir da perspectiva dos direitos fundamentais. Defende, inicialmente, que os direitos fundamentais têm papel central no Direito e, por isso, devem ser fomentados. Após, aborda o papel do ensino jurídico, que deve estar voltado à mudança social através de uma formação humanística. Para que isso efetivamente ocorra, analisa o atual estágio do ensino jurídico e como deve o mesmo ser reestruturado para atingir seus fins. Ao final, defende com veemência que o ensino jurídico é importante ferramenta de efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ensino jurídico. Direitos fundamentais. Formação humanística.

Abstract: This study analyzes the legal education from the perspective of fundamental rights. It is argued at the outset that fundamental rights have a central role in law and should therefore be encouraged. Afterwards, the paper deals with the role of legal education, which should be geared towards social change through humanistic formation. For this to happen effectively, we analyze the current stage of legal education and how it must be restructured to achieve its goals. It's strongly argued that legal education is an important tool of fundamental rights effectiveness.

Keywords: Legal Education. Fundamental rights. Humanistic Formation.

Introdução

Os direitos fundamentais são o eixo central do nosso ordenamento jurídico. Irradiam-se para todos os campos do Direito, servindo como vetor para os juristas. Entretanto, uma das grandes questões é como fomentar os direitos fundamentais dando eficácia e eficiência aos mesmos.

Geralmente, estudos e pesquisas sobre os direitos fundamentais analisam as hipóteses de aplicação e, portanto, partem da realidade e da prática, a fim de

* Doutorando em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direitos Fundamentais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito e Economia pela UFRGS. Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela UFRGS. Graduado em Direito pela UFRGS. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/RS. Coordenador e professor no curso de Capacitação em Direito do Consumidor da Escola Superior de Advocacia da OAB/RS. Professor de Direito em cursos de graduação e pós-graduação. Advogado. *E-mail:* alexandre.petry@ipa.metodista.br

difundir os direitos fundamentais. Obviamente, essa forma de atuação não está errada; muito pelo contrário, deve continuar ocorrendo e em maior escala.

Entretanto, considerando que a educação tem um potencial transformador incrível na sociedade, estrategicamente, deve-se investir na educação em direitos fundamentais e para os direitos fundamentais em todos os níveis de educação, mas, principalmente, no âmbito superior e nas Faculdades de Direito.

Uma sociedade calcada nos direitos fundamentais começa pela conscientização das pessoas do que são esses direitos, para que servem e como incidem. De igual forma, essa mesma sociedade precisa ter juristas que acreditem e propaguem os direitos fundamentais, os quais devem ser constantemente incentivados, pesquisados e, principalmente, defendidos, já que não são raros ataques contra os direitos fundamentais, que precisam ser preservados, vedando-se retrocessos.

Nesse contexto, o ensino jurídico possui destaque e relevância, considerando que é nas Faculdades de Direito que os direitos fundamentais são estudados com mais afinco. Portanto, é o local ideal para intenso debate, análise, apoio e incentivo. Sem dúvida, devem as Faculdades de Direito assumir importante papel no desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Ocorre que o ensino jurídico no Brasil atingiu um nível preocupante, visto que lógicas mercadológicas se impõem a qualquer custo, tornando-se as Faculdades de Direito verdadeiras empresas que olham para seus alunos como *consumidores* e respondem aos interesses do mercado, os quais não costumam ser pautados pelos direitos fundamentais. Essa realidade é preocupante, pois baixa, em muito, o nível e a qualidade de ensino do Direito.

Nessa linha, abordar a questão do ensino jurídico correlacionado com os direitos fundamentais é um desafio necessário e enriquecedor, uma vez que defender os direitos fundamentais deve ser “bandeira” de todos os juristas, sendo que essa defesa passa pela articulação de um ensino jurídico de qualidade, calcado nos verdadeiros interesses da sociedade: a fomentação dos direitos fundamentais e a concretização da cidadania plena.

A centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

Antes mesmo de defender a centralidade dos direitos fundamentais, ou mesmo os direitos humanos em última instância,¹ é importante lembrar que o reconhecimento de que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” é uma conquista ainda muito recente na História.² Isso porque, conforme destaca Lopes,³ precisamos lançar nosso olhar sobre o passado, ou para buscar a restauração do próprio passado, ou mesmo para perseguir um futuro melhor.

De acordo com o historiador Hobsbawm,⁴ no final da década de 1980 e início da década de 1990, sem dúvida, uma era se encerrou e outra nova muito diferente começou, sendo que, no final de sua obra, o autor ainda conclui que se a sociedade quer ter um futuro reconhecível, não pode ser pelo prolongamento do passado, pois se tentarmos construir o novo século com base no passado, certamente fracassaremos.

Esse novo século precisa ser melhor que os anteriores e, assim, estar alicerçado, no plano internacional, sobre os direitos humanos e, no plano nacional, sobre os direitos fundamentais, que são reconhecidos pela nossa Constituição como cláusulas pétreas e, mais do que isso, dotados de centralidade e eficácia.

Todas as normas constitucionais apresentam um mínimo de eficácia e, no caso dos direitos fundamentais, com base no art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), cabe ao Poder Público o dever de extrair das normas que o

¹ Direitos fundamentais e direitos humanos, embora semelhantes, são distintos. Segundo Canotilho (2003, p. 393), direitos humanos são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (representam uma dimensão jusnaturalista-universalista), enquanto os direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no espaço e no tempo. Os direitos humanos possuem sua raiz na própria natureza humana (caráter universal e inviolável), sendo que os direitos fundamentais são os direitos objetivamente reconhecidos (positivados) numa ordem jurídica concreta.

² Conforme COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 24.

³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 2.

⁴ HOBSBAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 562.

consagram a maior eficácia possível, possuindo, os direitos fundamentais, efeitos reforçados em relação a todas as demais normas constitucionais.⁵

Logo, sobre os direitos fundamentais impera a aplicabilidade imediata e a eficácia plena, devendo os direitos fundamentais ser reais e efetivos, assumindo o Estado a tarefa constitucional de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, pois, afinal, nas palavras de Caliendo,⁶ “as normas constitucionais são comandos normativos e não peças de literatura”.⁷

Dessa forma, os direitos fundamentais não são mera expectativa, retórica ou *faz-de-conta*; são direitos dotados de eficácia e que possuem relevante papel na sociedade. Além disso, conforme expõe Facchini Neto, atualmente, o Direito possui uma função diretiva da mudança social, sendo que essa função deve ser desempenhada por aqueles agentes que acreditam ser sempre possível contribuir para a melhoria das relações sociais. O referido autor ressalta, inclusive, que o Poder Judiciário é imprescindível à saudável convivência social na medida em que deve zelar pelos direitos fundamentais, arrematando, por exemplo, com a seguinte visão do Poder Judiciário e do juiz contemporâneo:

Mas também o Judiciário se faz cada vez mais imprescindível para a saudável convivência social, zelando para que sejam respeitados os direitos fundamentais dos cidadãos, não só pelo Estado, mas também pelos demais concidadãos [...].

E, sobretudo, exige um Juiz comprometido com o valor mor dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, qual seja, a dignidade do ser humano, com direito a um mínimo existencial e ao pleno respeito a seus direitos fundamentais.⁸

Segundo Silva,⁹ “proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental significa proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado

⁵ De acordo com SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 271.

⁶ SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito tributário e análise econômica do direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 19.

⁷ Dworkin utiliza a expressão “levando os direitos a sério”, questionando se os mesmos devem ser levados a sério, respondendo sua própria pergunta de forma afirmativa, pois “a instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas. (DWORKIN, 2002, p. 314).

⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no mundo contemporâneo. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.108, p. 161, dez. 2007.

⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 172.

para todos os indivíduos ou para boa parte deles”. Diante disso, considerando que os direitos fundamentais possuem centralidade no nosso ordenamento jurídico, possuindo a dignidade da pessoa humana importante função de referencial vinculante para o processo decisório no meio social,¹⁰ é dever de todo o jurista propagar a aplicação dos direitos fundamentais.

Portanto, importa agora analisar como se dá atualmente a formação dos nossos juristas, ou seja, se os mesmos têm acesso à educação jurídica enraizada em bases humanistas respaldadas pelos direitos fundamentais, debruçando-se, assim, sobre as características atuais do ensino jurídico, pois, sem dúvidas, há relação imediata entre a formação acadêmica de um jurista (podendo ser ele advogado, juiz, promotor, defensor público, delegado, enfim, qualquer uma das carreiras jurídicas) e a forma de sua atuação profissional.

O papel do ensino jurídico: formação humanística

A primeira pergunta a ser feita é: Qual é a função do ensino jurídico contemporâneo? A doutrina traz uma série de respostas, mas todas convergem a uma realidade: mudança social.

Martínez¹¹ destaca a necessidade de implantação de responsabilidade social no ensino jurídico, “sob pena da perpetuação jurídica das desigualdades e exclusões sociais observadas no cotidiano nacional”. Já Copetti e Morais¹² ressaltam que o ensino jurídico deve estar compromissado “com a liberdade, com a justiça social, com a solidariedade, com a erradicação da pobreza e da marginalização e com a redução das desigualdades sociais”.

No mesmo sentido, Scoz¹³ traz que cabe ao ensino jurídico combater as desigualdades e “(re)criar fontes, pluralizar vivências ao incremento de um processo de evolução e integração de conhecimento e culturas”. Santos¹⁴

¹⁰ De acordo com SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 172.

¹¹ MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. *Pedagogia jurídica*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 43.

¹² SANTOS, André Leonardo Copetti; MORAIS, José Luis Bolzan de. *O ensino jurídico e a formação do bacharel em Direito: diretrizes político-pedagógicas do curso de Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17.

¹³ SCOZ, Alexandra Silva. *Ensino jurídico de graduação brasileiro: ensaio sobre a produção de direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 138.

¹⁴ SANTOS, André Luiz Lopes dos. *Ensino Jurídico: uma abordagem político-educacional*. Campinas: Edicamp, 2002. p. 218.

caracteriza o ensino jurídico como “instrumento de fomento e sedimentação de uma cultura democrática”. Numa visão mais abrangente, Leite¹⁵ cita o ensino jurídico como uma perspectiva que “po[de] superar a distância dos problemas da realidade social, dinâmica e complexa, proporcionar uma formação profissional qualificada, que contribua para uma ordem social mais justa e a ampliação do acesso à justiça”.

Já Garcia¹⁶ conclui que o ensino jurídico tem que ter um sentido social e preparar as pessoas para o exercício da cidadania plena e completa, além de qualificar para o trabalho. Ademais, destaca a autora, que o ensino jurídico tem que investir na democracia, até porque a educação é a base da democracia.

Desse modo, o ensino jurídico está ligado à ideia de mudança social, cidadania e democracia, sendo que o seu vetor são os direitos humanos, exigindo-se, para tanto, uma formação humanística.

A formação humanística é muito mais que uma missão, já que é dever legal. Isso porque a Constituição Federal de 1988 (CF/88) traz, já no seu art. 205, que a educação visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, estabelecendo, em primeiro lugar, o exercício da cidadania como foco e, após, a qualificação para o trabalho. Prosseguindo na análise da Constituição brasileira, o art. 214, no seu inciso V, estabelece que a educação deve promover a formação humanística.

Segundo Garcia,¹⁷ o intérprete, necessariamente, deve deter-se na expressão “promoção humanista”, com o fim de alcançar um sentido humanístico ao ensino. A ideia humanista também aparece no art. 1º, inciso III da Constituição, que estabelece a dignidade da pessoa humana. Portanto, nitidamente, a CF/88 abarcou o sentido de humanismo, que, no século XXI, apresenta a vertente da universalidade dos direitos humanos.

Essa primeira leitura do Texto Constitucional é essencial, pois apresenta a vontade do legislador e o compromisso do Estado com os direitos humanos, sendo

¹⁵ LEITE, Maria Cecília Lorea. *Imagens da justiça, currículo e pedagogia jurídica*. In: LEITE, Maria Cecília Lorea (Org.). *Imagens da justiça, currículo e educação jurídica*. Porto Alegre: Sulina, 2014. p. 16.

¹⁶ GARCIA, Maria. O direito e o ensino do Direito: Educação e democracia: “a escola da liberdade” (Sampaio Dória). In: SILVEIRA; Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 361.

¹⁷ GARCIA, Maria. Art. 205 da CF: o pleno desenvolvimento da pessoa e a educação integrativa. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, n. 4, p. 286, jul./dez. 2011.

que a formação humanística deve ser fomentada através da educação. Essa linha humanista está de acordo com o pensamento de Freire,¹⁸ que sustenta a “impossibilidade da neutralidade da educação”. A educação deve ter um papel transformador, deve mudar, e a mudança precisa se dar a partir da formação humanística, aliás, preceito constitucional.

Em termos de ensino jurídico, a legislação que regulamentava os cursos de Direito era a Portaria 1.886, de 30 de dezembro de 1994, que fixava as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do ensino jurídico. Nessa norma não existia qualquer referência ou “preocupação” com a formação humanística. Pelo contrário, a fixação do conteúdo mínimo, prevista no art. 6º,¹⁹ sequer fazia referência aos direitos humanos.

Porém, passada quase uma década, no ano de 2004, sobreveio a Resolução CNE/CES 9, de 29 de setembro de 2004, que institui novas Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de Graduação em Direito, revogando a anterior Portaria 1.886. Sem dúvida, essa nova legislação representou avanços, pois estabeleceu para os cursos jurídicos o foco na formação humanística e com autonomia do educando, conforme disposto no art. 3º.²⁰

Dessa forma, é evidente que esse novo marco trouxe a preocupação com a formação humanística aliada a uma postura reflexiva e com capacidade para uma aprendizagem autônoma. Logo, indubitavelmente, foi um grande avanço, ainda que possa ser criticada pelo fato de novamente não ter estabelecido um foco específico nos direitos humanos, disciplina sequer citada nos eixos de formação

¹⁸ FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

¹⁹ Art. 6º. O conteúdo mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreenderá as seguintes matérias que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo pleno de cada curso:
I – Fundamentais: Introdução ao Direito, Filosofia (geral e jurídica, ética geral e profissional), Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política (com teoria do Estado);
II – Profissionalizantes: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional.

²⁰ Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

previstos no art. 5º da referida norma, a qual teve uma preocupação, de fato, muito maior com a formação voltada às exigências do mercado.

Destaca-se que essa crítica quanto à ausência de foco na educação em direitos humanos é sempre oportuna, uma vez que, segundo Ferraz,²¹ “a educação em direitos humanos, sendo pressuposto essencial para o exercício da cidadania plena, deverá constar das grades curriculares de ensino no Brasil”. Porém, não deveria ser como uma disciplina opcional ou com pouca relevância no curso. Defende-se a sua centralidade!

Nesse sentido, cita-se a Resolução 1, de 30 de maio de 2012, do Conselho Nacional de Educação, que estabelece as diretrizes nacionais para a educação em direitos humanos, determinando que as Instituições de Ensino Superior deverão efetivar a educação em direitos humanos com o foco na mudança e na transformação sociais, tanto é que a educação em direitos humanos deve fazer parte dos programas pedagógicos dos cursos, bem como todos os profissionais da educação precisam ter formação contínua em direitos humanos.

Portanto, essa resolução, emitida pelo órgão máximo da educação no Brasil (já que está ligado ao Ministério da Educação), corrobora a assertiva que os direitos humanos possuem centralidade na educação, o que se dá em todos os níveis, mas, principalmente, no curso de Direito dada as suas peculiaridades, em que essa centralidade deve ser reforçada.

Portanto, o ensino jurídico tem que contemplar uma visão humanista e, conseqüentemente, deve focar os direitos fundamentais, já que é um desdobramento dessa linha humanista. O grande problema é que o ensino jurídico, infelizmente, tem se distanciado do seu foco e, atendendo às exigências do mercado, num nítido processo de mercantilização (tanto instituições públicas como privadas), sofre um processo de *adaptação* às exigências do capital. Essa realidade é muito séria, preocupante e exige profunda reflexão.

²¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Educação em direitos humanos: pressupostos para o exercício da cidadania. In: SILVEIRA; Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 100.

O Ensino jurídico está em crise?

Estaria o ensino jurídico em crise? Esse questionamento é muito importante e, inclusive, põe em xeque a concepção ideológica de quem responde à questão, pois não há como ficar indiferente aos rumos que o ensino jurídico trilhou, principalmente, nas últimas duas décadas.

Segundo Freire, não há como ficar indiferente aos problemas que se apresentam ao educador, porque um dos resultados que se espera da educação é que ela melhore a sociedade, o que pode ser alcançado quando a educação é dada com uma orientação crítica, libertadora e dialógica.²² Além disso, a educação é um compromisso de todos: construir uma sociedade livre, em que a pessoa tenha um desenvolvimento integral, para que possa ser agente transformador da sociedade em que vive.²³

O ensino jurídico está em crise, sendo que as perspectivas são negativas. Vários são os motivos dessa crise, que enfraquecem a qualidade do ensino, promovendo a formação de juristas, na média, cada vez mais incapazes, o que, sem dúvida, é ruim para a sociedade de forma geral, já que o exercício da justiça fica comprometido como um todo.

Vivemos a era da massificação do ensino jurídico no Brasil, que é um fenômeno negativo. Sobre essa massificação,²⁴ cabe citar as palavras de Adeodato:

Sobre a existência do fenômeno não há qualquer dúvida, com dados que beiram o absurdo e que seriam cômicos se não fossem trágicos: há hoje (novembro de 2011) 1.210 cursos de direito no Brasil, e é matematicamente impossível que essa massa de alunos venha algum dia a trabalhar em profissões jurídicas. O debate importante é entender como isto está

²² Conforme FLECHA, Ramón. Por que Paulo é o principal pedagogo na atual sociedade da informação? In: FREIRE, Ana Maria Araújo (Org.). *A pedagogia da libertação em Paulo Freire*. São Paulo: Edunesp, 2001. p. 205.

²³ De acordo com ARAÚJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. *Educações: prática de liberdade e de responsabilidade*. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, n. 2, p. 26, jul./dez. 2010.

²⁴ João Maurício Adeodato ainda apresenta outros dados quanto ao número de cursos jurídicos, referindo, na p. 568 o seguinte: “Em detalhes, pensando no número dos cursos de direito existentes hoje nos países ditos emergentes (os BRICs), o Brasil tem 1.210, a Índia, 1.136, a China, 987, e a Rússia, 468.”

acontecendo, a quem aproveita e o que fazer para proteger a qualidade da prestação de serviços jurídicos no país.²⁵

A problemática do ensino jurídico não é recente como alerta Dutra, destacando que já em 1907 foi publicada a obra denominada *A reforma do ensino jurídico do Brasil*, de Aureliano Leal, que, desde então, apresentava preocupação e uma visão crítica acerca dos métodos educacionais da época. Ademais, em 1958, a Ordem dos Advogados do Brasil já realizava conferência para refletir sobre o tema. A referida autora, que apresenta a evolução histórica do ensino jurídico até os dias atuais, conclui que temos um “modelo de ensino jurídico que pouco mudou desde a fundação dos primeiros cursos jurídicos no país. Enquanto a sociedade, nesse mesmo período, passou por transformações radicais”.²⁶

Não se está aqui defendendo que a educação jurídica no Brasil sempre foi deficitária, ao contrário. Isso porque não se pode negar a absoluta importância da educação jurídica na evolução do País, uma vez que os cursos jurídicos fundados a partir de 1827 foram os principais responsáveis pela constituição de recursos humanos empregados em diversas áreas do Estado desde o século XIX.²⁷

Porém, é fato que, apesar das inovações legislativas, o ensino jurídico ainda está ligado a moldes tradicionais, inspirados em modelos ultrapassados ante as profundas transformações sociais, políticas, culturais, econômicas e, principalmente, jurídicas. A sociedade moderna apresenta novas expectativas, novos problemas, novas demandas que, sem dúvida, não podem ser resolvidas a partir de soluções do passado.²⁸

Na mesma linha, se posiciona Marques, que assim se manifesta sobre o atual estágio do ensino jurídico no Brasil:

²⁵ ADEODATO, João Maurício. A OAB e a massificação do ensino jurídico. In: SILVEIRA; Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 566.

²⁶ DUTRA, Fernanda Arruda. O problema do ensino jurídico no Brasil: breves reflexões. In: TRINDADE, André (Coord.). *Direito educacional: sob uma ótica sistêmica*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 106.

²⁷ Conforme BENTO, Flávio; MACHADO, Edinilson Donisete. Educação jurídica e função educacional. In: SILVEIRA; Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 209.

²⁸ Conforme DUARTE, Maurizete Pimentel Loureiro; DUARTE, Gerson Constância. A pedagogia como instrumento utilizado na formação dos alunos no curso de Direito. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, n. 6, p. 172, jul./dez. 2012.

O atual ensino jurídico tornou-se um processo de repetição de conteúdos já pré-determinados e codificados, que baseados em uma interpretação meramente legalista, traduzem verdades absolutas e inquestionáveis. Em face dessa problemática, constata-se que o ensino jurídico baseado na simples leitura de textos de lei não capacita seus operadores a enfrentarem os novos problemas sociais, constituindo, dessa forma, uma verdadeira farsa na qual o professor finge que ensina e os alunos representam que aprendem.²⁹

Deve-se ressaltar, também, que a crise do ensino jurídico está atrelada aos contextos social, econômico, político e cultural da sociedade moderna brasileira. Na verdade, pode-se afirmar que a crise do ensino jurídico está relacionada com a crise do próprio Direito, pois ela decorre das profundas e rápidas transformações sociais que a sociedade sofreu, principalmente, nas últimas duas décadas, razão pela qual deve ser proposta uma mudança no método de ensino do Direito, o que contribuirá para a própria evolução do Direito.³⁰

É tamanha a crítica ao atual nível em que se encontra o ensino jurídico que, segundo Gentil,³¹ chega-se ao extremo de afirmar que “já está se tornando usual comparar os conteúdos do ensino de Direito a um prato de *fast-food*”. O referido autor vai além e, na sua visão crítica, afirma que essa formação superficial, que torna o futuro jurista incapaz de resolver problemas complexos, é oriunda das exigências do mercado, de uma sociedade capitalista que mercantiliza até o ensino.

Essa mercantilização do ensino jurídico é um fenômeno da sociedade moderna ainda pouco estudado, pois é um grande desafio aos educadores ligados ao Direito, haja vista que está entre as principais causas da crise do ensino jurídico. Prova disso é que ocorreu uma assustadora proliferação de Faculdades de Direito no Brasil, nas últimas décadas. Tanto é verdadeira essa alegação que o Brasil é um dos países que mais têm Faculdades de Direito no mundo. Atualmente, o Brasil conta com cerca de 1.300 cursos, sendo que, no início da

²⁹ MARQUES, Fabiano Lepre. Ensino jurídico: o embate entre a formação docente e o pacto de mediocridade. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, n. 3, p. 196, jan./jun. 2011.

³⁰ De acordo com MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. Metodologia do ensino crítico do Direito Tributário no Brasil: uma proposta para a superação da crise do ensino jurídico. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, n. 4, p. 353, jul./dez. 2011.

³¹ GENTIL, Plínio Antônio Britto. A (in)eficiência da justiça e a preparação do bacharel. In: SILVEIRA; Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 420.

década de 1990, eram apenas 200.³² Fenômeno parecido ocorre com as especializações em direito e MBA, cursos estes com pouco controle, fato reconhecido pelo próprio Ministério da Educação (MEC).³³

Segundo Badr,³⁴ “a mercantilização do ensino acaba por levar à desumanização o professor e o aluno, e à coisificação a educação”.

Porém, parte-se do princípio de que esse fenômeno não é exclusivo ou isolado das Faculdades de Direito, visto que ocorre também no âmbito da Universidade como um todo, no qual estão inseridas as Faculdades de Direito, não podendo, a análise, ser descolada do contexto universitário, sob pena de minimização do problema.

Entretanto, reconhecer a crise do ensino jurídico, que ocorre principalmente pela mercantilização das Faculdades de Direito, é o primeiro passo para a busca de solução. O segundo é tratar do problema, defendendo-se, vigorosamente, uma formação humanística dos juristas, que precisam ter acesso a um ensino jurídico com foco na defesa e concretização dos direitos fundamentais.

Por um ensino jurídico voltado à defesa e concretização dos direitos fundamentais

O ensino jurídico precisa ter uma autêntica função social, sendo que a visão ultrapassada do conhecimento das leis, doutrinas e jurisprudências não é mais suficiente, já que está superada. O ensino jurídico deve estar voltado à interferência na sociedade e, com isso, promover a necessária mudança social em busca de justiça e harmonia. A promoção dos direitos fundamentais começa nas Faculdades de Direito, sendo que, a partir de então, deve se espalhar por toda a sociedade, que precisa ter ciência e exercer seus direitos, principalmente, os fundamentais, pois somente dessa forma teremos uma efetiva e plena cidadania.

³² Segundo informações prestadas em 22 de janeiro de 2014 pelo presidente da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/noticia/26589/presidente-da-oab-fala-sobre-ensino-juridico-ao-congresso-em-foco?argumentoPesquisa=formssof\(inflexional, "faculdades"\) and formssof\(inflexional, "direito"\)](http://www.oab.org.br/noticia/26589/presidente-da-oab-fala-sobre-ensino-juridico-ao-congresso-em-foco?argumentoPesquisa=formssof(inflexional,)>. Acesso em: 18 maio 2015.

³³ Segundo notícia veiculada em abril de 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/04/mec-admite-que-nao-tem-controle-sobre-pos-graduacao-e-mba.html>>. Acesso em: 18 maio 2015.

³⁴ BADR, Eid. *Curso de Direito Educacional: o Ensino Superior brasileiro*. Curitiba: CRV, 2011. p. 81.

É com ciência e promoção dos direitos que se terá condições de alcançar uma verdadeira democracia, conforme destacam Ruellas e Bruscato:

Assim, a autêntica democracia não se resume à representação, mas à participação ativa da comunidade popular. Para isso faz-se necessária a conscientização dos direitos, bem como os instrumentos para sua efetivação e proteção. Torna-se evidente a correlação e interdependência das questões de direitos fundamentais, democracia e cidadania, para a concretização de um legítimo Estado Democrático de Direito, com possibilidade de redução das desigualdades.³⁵

Nessa linha, refletindo sobre os operadores do Direito de que se necessita atualmente, bem como sobre as necessárias mudanças do ensino jurídico, as quais precisam estar pautadas pela mudança social, Machado se posiciona da seguinte forma:

Logo, se há uma missão constitucional de defesa legítima da ‘ordem jurídica democrática’ pelos operadores do direito, a alternativa que resta aos integrantes das carreiras jurídicas é, segundo pensamos, a de atuar mais no sentido do aprofundamento da democracia no âmbito das classes populares, lutando pela distribuição igualitária dos direitos fundamentais da pessoa humana e pela radicalização da cidadania, do que, propriamente, atuar apenas na aplicação e fiscalização formalista de uma legalidade no mais das vezes bloqueia a inclusão das massas populares, limitando a distribuição democrática da justiça social em nome da lei e da ordem.³⁶

Para repensar o Direito, antes, se impõe repensar o ensino do Direito. Sem uma modificação, de fato, no ensino jurídico, não se terá uma mudança efetiva no meio jurídico em que atuamos. Se a sociedade precisa ser guiada pelos direitos fundamentais, o ensino jurídico também. Nesse sentido, importantes são as palavras de Bittar:

Sem dúvida alguma, se se tiver que pensar na modificação das práticas jurídicas, no aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro, na modificação da cultura das instituições, ter-se-á que partir pela reforma do próprio *modus* pelo qual o Direito é ensinado, e da *inter-ação* entre teoria e prática, entre escola e profissão, entre reflexão acadêmica e implementação de reformas institucionais, pode-se até mesmo entrever, haverá de surgir a necessária e indispensável simbiose para a *re-adequação* do ensino jurídico brasileiro.³⁷

³⁵ BRUSCATO, Wilges Ariana; RUELLAS, Elaine Cristina da Silva. Direitos fundamentais: desconhecimento e interesse. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, n. 3, p. 38, jan./jun. 2011.

³⁶ MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 177.

³⁷ BITTAR, Eduardo C. B. *Estudos sobre ensino jurídico: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 11.

Considerando que os direitos humanos têm um caráter universal, bem como que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado,³⁸ são os direitos fundamentais que acabam assumindo relevância, já que estão dotados de eficácia direta (exigíveis). Nessa linha, o ensino jurídico tem que estar voltado a uma visão social, que passa pelo fomento, pela promoção, pela defesa e busca de efetivação dos direitos fundamentais.

Se é preciso reconstruir o Direito nacional, como destaca Wolkmer,³⁹ ao afirmar que necessitamos de novos juristas “comprometidos com a superação dos velhos paradigmas e com as transformações das instituições arcaicas, elitistas e não democráticas”, isso somente se dará pela ruptura de paradigmas do ensino jurídico, que tem que reconhecer a centralidade dos direitos humanos, abarcando uma formação humanística que busque expandir, na sociedade, a cultura dos direitos fundamentais.

Conclusões

Os direitos fundamentais são a base do nosso ordenamento jurídico. Portanto, precisam ser fomentados e expandidos ao máximo. Uma sociedade ciente, que respeite e exercite os direitos fundamentais, sem dúvida, será uma sociedade democrática e com cidadania efetiva e plena.

Porém, apesar do arcabouço legal em torno dos direitos fundamentais, os mesmos ainda não possuem, de fato, a primordial relevância que foi atribuída pelo ordenamento jurídico. Interferir e alterar essa realidade social passa, necessariamente, por uma mudança de paradigma no ensino jurídico, que está em crise e clama por transformações, o que começará pela implementação efetiva de uma formação humanística e que esteja voltada ao atual contexto social, que revela inúmeras desigualdades que precisam ser combatidas.

Aperfeiçoar o ordenamento jurídico para que o foco se direcione à concretização e efetivação dos direitos fundamentais perpassa, necessariamente, pela melhoria do ensino jurídico, que deve adotar uma formação humanística, que

³⁸ De acordo com BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 63.

³⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 167.

valorize os direitos humanos, defenda e estimule os direitos fundamentais, bem como incentive a verdadeira cidadania participativa, o que, em última análise, trará justiça acompanhada de mudança social.

Logo, o momento é de mudança no ensino jurídico, que precisa atender à sua função social, ou seja, formar juristas cientes *da* e aptos *a* entender sua relevância social, que defendam e busquem efetivar sempre os direitos fundamentais para a formação de uma sociedade mais justa, harmônica e solidária.

Referências

ADEODATO, João Maurício. A OAB e a massificação do ensino jurídico. In: SILVEIRA; Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAÚJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. Educações; prática de liberdade e da responsabilidade. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, n. 2, p. 13-26, jul./dez. 2010.

BADR, Eid. *Curso de Direito Educacional: o Ensino Superior brasileiro*. Curitiba: CRV, 2011.

BENTO, Flávio; MACHADO, Edinilson Donisete. Educação jurídica e função educacional. In: SILVEIRA; Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. *Estudos sobre ensino jurídico: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

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

BRUSCATO, Wilges Ariana; RUELLAS, Elaine Cristina da Silva. Direitos fundamentais: desconhecimento e interesse. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, n. 3, p. 21-40, jan./jun. 2011.

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

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

DUARTE, Maurizete Pimentel Loureiro; DUARTE, Gerson Constância. A pedagogia como instrumento utilizado na formação dos alunos no curso de direito. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, n. 6, p. 163-176, jul./dez. 2012.

- DUTRA, Fernanda Arruda. O problema do ensino jurídico no Brasil: breves reflexões. In: TRINDADE, André (Coord.). *Direito educacional: sob uma ótica sistêmica*. Curitiba: Juruá, 2010.
- FACCHINI NETO, Eugênio. O Judiciário no mundo contemporâneo. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, n. 108, p. 139-165, dez. 2007.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Educação em direitos humanos: pressupostos para o exercício da cidadania. In: SILVEIRA; Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 87-101.
- FLECHA, Ramón. Por que Paulo é o principal pedagogo na atual sociedade da informação? In: FREIRE, Ana Maria Araújo (Org.). *A pedagogia da libertação em Paulo Freire*. São Paulo: Edunesp, 2001.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- GARCIA, Maria. Art. 205 da CF: o pleno desenvolvimento da pessoa e a educação integrativa. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, n. 4, p. 285-293, jul./dez. 2011.
- _____. O Direito e o ensino do Direito. Educação e democracia: “a escola da liberdade” (Sampaio Dória). In: SILVEIRA; Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 357-368.
- GENTIL, Plínio Antônio Britto. A (in)eficiência da justiça e a preparação do bacharel. In: SILVEIRA; Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LEITE, Maria Cecilia Lorea. Imagens da justiça, currículo e pedagogia jurídica. In: LEITE, Maria Cecilia Lorea (Org.). *Imagens da justiça, currículo e educação jurídica*. Porto Alegre: Sulina, 2014. p. 15-57.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história: lições introdutórias*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARQUES, Fabiano Lepre. Ensino jurídico: o embate entre a formação docente e o pacto de mediocridade. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, n. 3, p. 189-207, jan./jun. 2011.
- MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. *Pedagogia jurídica*. Curitiba: Juruá, 2012.
- MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. Metodologia do ensino crítico do Direito Tributário no Brasil: uma proposta para a superação da crise do ensino jurídico. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, n. 4, p. 337-360, jul./dez. 2011.

SANTOS, André Leonardo Copetti; MORAIS, José Luis Bolzan de. *O ensino jurídico e a formação do bacharel em Direito: diretrizes político-pedagógicas do curso de Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, André Luiz Lopes dos. *Ensino jurídico: uma abordagem político-educacional*. Campinas: Edicamp, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCOZ, Alexandra Silva. *Ensino jurídico de graduação brasileiro: ensaio sobre a produção de Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito Tributário e análise econômica do Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O seu ou o meu?

Dados empíricos sobre a redistribuição de processos no Supremo[#]

Yours or mine? Empirical Data on case attribution at the Brazilian Supreme Court

Ivar A. Hartmann^{*}

Lívia Ferreira^{**}

Daniel Chada^{***}

Resumo: O Supremo Tribunal Federal (STF) é objeto do presente estudo, tendo em vista a importância de seu papel no controle de constitucionalidade abstrato e no concreto e a pequena quantidade de estudos que trata da gestão de processos no Supremo. Por esse motivo, utilizando a base de dados do projeto “Supremo em Números”, da FGV-Direito Rio, elaborou-se um estudo da redistribuição dos processos entre os ministros do STF para relatoria, com o intuito de verificar a duração média dessa fase processual, segundo diversas variáveis e em comparação com outras fases. Aborda-se também a alteração trazida pelo novo Código de Processo Civil, (CPC) no que diz respeito à inserção da ordem cronológica de julgamento de processos, por guardar relação importante com a questão da redistribuição. Os resultados mostram que a redistribuição, apesar de não ocorrer em todos os processos, configura o pior gargalo do trâmite no Supremo, mostrando a necessidade de aprimoramento urgente na gestão do Tribunal.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Controle de constitucionalidade. Direitos fundamentais. Redistribuição de processos. Gestão do tribunal.

Abstract: The Brazilian Supreme Court is the subject of this study due to the importance of its role in abstract and concrete constitutional review and also because of the dearth of studies on how the Court manages its lawsuits. Therefore, using the database of the “Supremo em Números” Project, from FGV-Direito Rio, we carried out a study about the reassignment of cases to the Justices with the goal of verifying the average duration of this step under different variables, as well as in comparison to other steps. In addition, we have also dealt with the changes brought by the new Civil Procedure Code on the chronological order of trials. The results show that case reassignment, although it doesn’t occur in all suits, constitutes the Court’s worst deadlock, highlighting the need for urgent improvement in the Court’s management.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Judicial review. Fundamental rights. Case reassignment. Court management.

[#] O presente artigo constitui versão ligeiramente alterada de artigo publicado na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça* do Rio de Janeiro em 2015.

^{*} Doutorando em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). LL.M pela *Harvard Law School*. Coordenador do projeto “Supremo em Números” Pesquisador no Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV-DIREITO RIO. *E-mail:* ivar.hartmann@fgv.br

^{**} Mestra em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUCRJ). Graduada em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Pesquisadora no projeto “Supremo em Números”. *E-mail:* livia.ferreira@fgv.br

^{***} Engenheiro-líder no projeto “Supremo em Números”. Doutorando pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas.

Introdução

Quando se trata de Jurisdição Constitucional, é necessário mencionar que o surgimento de uma Justiça Constitucional está diretamente conectado ao objetivo de salvaguardar da Constituição sua supremacia. A Jurisdição Constitucional é, portanto, elemento inerente ao Estado Democrático de Direito. Para abordar mais detalhadamente o exercício da Justiça Constitucional, convém apresentar, brevemente, os dois modelos de controle de constitucionalidade de leis existentes.

O modelo norte-americano de *Judicial Review* é aquele no qual “juízes e tribunais detêm competência para declarar nulos e írritos atos e leis contrários à Lei Fundamental”.¹

Sendo assim, é possível afirmar que o controle de constitucionalidade difuso é realizado durante um processo judicial – um caso concreto – em curso por qualquer juiz ou tribunal integrante do Poder Judiciário e que, nesses casos, a declaração de inconstitucionalidade ocorre de forma incidental, e seus efeitos são válidos apenas para as partes que litigaram em juízo, o que significa afirmar que esses efeitos são *inter partes*.

Já o modelo de controle concentrado tem características bastante distintas. Tem sua origem no modelo austríaco e foi amplamente adotado na Europa. Apresenta essa nomenclatura justamente por concentrar a atribuição de “guardar a Constituição” a um órgão jurisdicional específico – ou a um número limitado de órgãos.²

No modelo concentrado, o controle realizado é em tese ou abstrato. Os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade são, portanto, *erga omnes*, o que significa afirmar que são extensíveis a todos os casos a que a lei se refira.

O sistema adotado pelo Brasil é caracterizado como misto, uma vez que abarca tanto o difuso quanto o concentrado. No que toca ao modelo difuso, o exame de compatibilidade entre uma lei e a Constituição pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, durante a análise de um caso concreto e também pelo

¹ BINENBOJM, Gustavo. A nova Jurisdição Constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25.

² “No Brasil, no plano federal, o controle é realizado pelo STF tendo como paradigma a Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto, no plano estadual o controle é realizado pelo Tribunal de Justiça com paradigma na Constituição Estadual.” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004. p. 176-177).

STF. No âmbito do controle de constitucionalidade concentrado, o exame de compatibilidade entre uma lei e a CF/88 pode ser realizado única e exclusivamente pelo STF.

Nesse sentido, é importante abordar a atuação do STF referente à construção de uma jurisprudência firme no que diz respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais, os quais estão devidamente resguardados pelo art. 5º da CF/88. Essa jurisprudência se baseia na adoção de técnicas de decisão eficientes³ no âmbito do controle de constitucionalidade. Da mesma forma que essa atuação do Supremo se pauta pelo ativismo judicial, o qual busca concretizar as garantias constitucionais diante das frequentes omissões do Estado em efetivá-las.

Até aqui nada se trouxe de novo. Trata-se, atualmente, do senso comum – tanto na doutrina, quanto na jurisprudência – do Direito Constitucional brasileiro: nossa Corte Suprema tem papel central no controle de constitucionalidade, controle esse sem o qual não há Estado Democrático de Direito. Esse controle é exercido por meio de Ações Diretas de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade, além da arguição de descumprimento de preceito fundamental (abstrato) e por meio dos recursos extraordinários, agravos de instrumento e agravos em recurso extraordinário. A adequada tramitação e o rápido julgamento desses processos no Supremo, portanto, são o ponto nevrálgico do Direito Constitucional brasileiro moderno.

A despeito disso, pouco ou nada se discute na produção acadêmica nacional sobre a realidade ou a prática de tramitação desses processos. Parece evidente que de nada adianta exaltar a importância do controle concentrado e difuso exercido pelo STF para a realização do Estado Democrático de Direito, se o STF não encontra condições minimamente razoáveis para julgar tais processos ou se não consegue decidir as questões contidas nesses casos, em razão de sua carga de trabalho.

³ Relacionam com essas técnicas de decisão a adoção pelo STF de algumas teorias e a utilização de princípios e técnicas de interpretação, que representam avanços na proteção e efetivação dos direitos fundamentais, tais como: a ponderação de direitos fundamentais juntamente com a aplicação do princípio da proporcionalidade; a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; o princípio da máxima efetividade (assim como estatui o art. 5º, § 1º, da CF/88) e da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais; a técnica de interpretação da lei ainda constitucional e da modulação dos efeitos da decisão, a qual está devidamente prevista no art. 27 da Lei 9.868/1999.

Eis, portanto, a justificativa e o foco deste artigo: contribuir para o conhecimento, avaliação e compreensão das questões práticas relacionadas à tramitação das ações no controle concentrado e difuso no Supremo. Mais especificamente, nossa contribuição, aqui, está voltada ao incidente processual de substituição do relator e a ordem cronológica de julgamento dos processos estipulada pelo novo Código de Processo Civil (CPC).

Uma característica relevante do Supremo, nesse contexto, é o fato de configurar um “tribunal recursal de massa”. É o que mostrou o I Relatório “Supremo em Números” – o Múltiplo Supremo, que, por meio de um estudo viabilizado pela base de dados do projeto “Supremo em Números”,⁴ da FGV-Direito Rio – que será melhor descrita adiante – diagnosticou que os Recursos Extraordinários e os Agravos de Instrumento representam mais de 91,69% do total de todos os processos existentes no STF.⁵

Esse número tão alto demonstra que o Supremo, de fato, “não é uma corte que escolhe o que julga fundamental julgar. É antes uma corte escolhida pela parte”.⁶

Uma vez que é possível afirmar que o controle de constitucionalidade difuso tem um papel preponderante no Supremo, entende-se que a inserção da nova regra sobre a ordem cronológica de julgamento nos tribunais no novo CPC poderá fazer diferença não somente na redução da demora da prestação jurisdicional,⁷ como automaticamente também poderá se tornar uma aliada à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

No tocante à efetividade da prestação jurisdicional – hoje a pauta mais importante no Direito Processual pátrio – cabe ressaltar que a prestação efetiva da

⁴ Para este estudo foi analisado um total de 1.222.102 processos, desde 1988 até 2009.

⁵ “Existem outros processos de natureza recursal, como o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* ou o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Utilizamos essa classificação restritiva por conta de sua representatividade e por esses seguirem um comportamento próprio, como será demonstrado neste I Relatório. Sua natureza repetitiva e sua representatividade no total de processos — mais de 90% de todos os casos —, somadas a outras peculiaridades, como a quantidade média de andamentos até seu encerramento, por si sós, justificam esse tratamento apartado. Nesse sentido, pode-se, inclusive, adjetivar o Supremo Recursal. Trata-se do Supremo Recursal de Massa”. (FALCÃO, Joaquim; WERNECK, Diego Arguelhes; CERDEIRA, Pablo de Camargo. *I Relatório “Supremo em Números. O Múltiplo Supremo”*. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2011. p. 19).

⁶ FALCÃO; WERNECK; CERDEIRA, op. cit., p. 21.

⁷ Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/12/18/juizes-devem-emitir-sentencas-por-ordem-cronologica-com-novo-cpc>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

jurisdição pelo STF está intimamente ligada à efetividade dos direitos fundamentais,⁸ tendo em vista que cabe ao Supremo não somente a guarda da Constituição, mas também a proteção desses direitos, que são assegurados pela Lei Maior.

Com o advento da EC 45/2004 e a inserção do inciso LXXVIII no art. 5º da CF/88, a efetividade da prestação jurisdicional se consolidou como um instrumento de proteção dos demais direitos e das garantias fundamentais. Isso porque, a partir de então, adquiriu *status* de direito fundamental que tem por objetivo assegurar a todos, nos âmbitos judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Devido à importância do tema, como supramencionado, diversos doutrinadores do Direito pátrio já se manifestaram sobre a efetividade da prestação jurisdicional.

Para Cândido Rangel Dinamarco, “a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a sua plenitude todos os seus escopos institucionais”.⁹

Bedaque, por sua vez, afirma:

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.¹⁰

⁸ “A efetividade da prestação jurisdicional, via instrumentalidade do processo, trata-se de um direito fundamental e, portanto, não se resume a ‘declarar os direitos’, mas também, utilizar os meios idôneos a concretizar estes mesmos direitos, outrora lesados, ameaçados ou negligenciados”. (MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 91).

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 270.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 49.

Segundo Marinoni, é dever do juiz “conformar o procedimento adequado ao caso concreto como decorrência do direito de proteção e do direito à tutela jurisdicional efetiva”.¹¹

O filósofo alemão Alexy também já escreveu sobre o assunto, cuidando, em especial, da efetividade que também deve atender aos direitos fundamentais, como se pode observar:

Assim, percebe-se que existe o direito à técnica adequada à efetividade e que tal técnica deve ser adaptada aos direitos fundamentais, idônea a promover a proteção efetiva ao direito lesado. As normas de procedimento devem ser criadas de forma obter resultados efetivos e que atendam suficientemente aos direitos fundamentais.¹²

Ainda, em se tratando da efetividade no processo e conseqüentemente dos direitos fundamentais, considera-se grande relevo apontar o posicionamento de Brandão, a respeito da efetividade das ações constitucionais.¹³ Isso porque, o segundo o autor entende que

[...]
as Ações Constitucionais pertencem ao âmbito da Teoria Política e não ao Processo Civil, além de induzir uma revisão conceitual, **o que lhes dá maior amplitude e efetividade**, implica uma melhor compreensão sobre questões relativas ao próprio rito processual e, o que dá ao processo um maior dinamismo e o que é mais importante, induz o **cumprimento efetivo de sua finalidade, ou seja, a garantia ampla dos direitos decorrentes da cidadania**.¹⁴ (Grifou-se).

Uma vez já devidamente pontuadas questões relevantes acerca da efetividade do processo, convém ponderar que, mais do que nunca, no contexto da

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2008. p. 171.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 473.

¹³ Em tempo, convém apresentar as ações constitucionais e apontar a previsão constitucional e legal das mesmas: *Habeas corpus* (CF/88, art. 5º, Inc. LXVIII); *Habeas data*: (CF/88, art. 5º, Inc. LXXII, alíneas “a” e “b”); Mandado de segurança (CF/88, Art. 5º, Incs. LXIX e LXX); Mandado de injunção (CF/88, art. 5º, Inc. LXXI); Ação popular (CF/88, art. 5º, Inc. LXXIII; Lei 4.717/65); Ação civil pública (CF/88, art. 129, Inc. III; Lei 7.347/1985). Cabe citar, também, as ações constitucionais pertencentes ao controle de constitucionalidade concentrado: Ação Direta de Inconstitucionalidade (CF/88, art., 102, I, “a”); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (CF/88, art., 102, § 1º); Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (CF/88, art., 103, § 2º); ADI Interventiva (CF/88, art. 36, III – com modificações introduzidas pela EC 45/2004); Ação Declaratória de Constitucionalidade (CF/88, art. 102, I, “a”, e as alterações introduzidas pelas ECs ns. 3/1993 e 45/ 2004).

¹⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: “novos” direitos e acesso à Justiça*. 2. ed. Florianópolis: Ed. da OAB/SC, 2006. p. 23.

preparação que dos tribunais da vigência do novo CPC, estudos empíricos sobre a realidade da gestão judicial no Brasil são essenciais.

A nova regra sobre a ordem cronológica de julgamento nos tribunais demonstra isso. A falta de tais estudos é, sem sombra de dúvida, um dos motivos que cooperam para a morosidade do Judiciário no País. O Supremo, mais especificamente, é de importância excepcional para tais estudos por diversos motivos: primeiro, porque julga os processos mais importantes do País, inclusive e eventualmente, alterando regras processuais que depois impactam todos os demais tribunais; segundo, porque oferece condições favoráveis a levantamentos de gestão em razão de seu orçamento adequado. Diversos outros tribunais, inclusive os estaduais, sofrem com a falta de recursos que não lhes permite alcançar níveis razoáveis de eficiência – mas o STF não tem esse problema; terceiro, a despeito de terem orçamento confortável e grande quantidade de funcionários, estagiários e assessores em seus gabinetes, os ministros do Supremo recebem, em média, mais processos que outros ministros, desembargadores e juízes brasileiros. Isso significa que o contexto de gestão do STF oferece um indicador útil para comparações. De um lado, a carga de trabalho é maior (ou muito maior), mas, de outro, o orçamento também é mais abrangente; quarto, e talvez o mais importante, há um *deficit* de estudos sobre a carga de trabalho e gestão de processos do Supremo. Todos os tribunais do Judiciário brasileiro têm números publicizados e analisados pelo Conselho Nacional de Justiça no relatório anual “Justiça em Números”¹⁵ – com exceção do STF.

Diante disso, o artigo em tela pretende analisar a questão relativa ao tempo de redistribuição de processos aos ministros relatores do STF e, dessa forma, contribuir para uma melhor compreensão da prática de gestão processual no Supremo.

Vale enfatizar a importância do presente estudo, uma vez que irá proporcionar informações precisas e baseadas em dados empíricos sobre a atuação dos ministros-relatores no STF, especialmente como é tratada a questão do tempo no que toca à redistribuição de processos.

¹⁵ Além de uma série de outros dados essenciais, o relatório tem diagnosticado a taxa de congestionamento dos diferentes tribunais, o que permitiu identificar que o grande desafio de gestão parece ser, ao menos no momento, as execuções fiscais. (FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório “Supremo em Números”: o Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2014).

Analisa-se a duração em dias de determinados andamentos no Controle Concentrado de Constitucionalidade realizado pelo STF, bem como em outras classes processuais como *habeas corpus*, permitindo comparações. Ademais, realiza um estudo aprofundado a respeito da atuação dos ministros do STF, desde 2003 até 2013, no que toca ao tempo médio de espera por uma movimentação processual após a redistribuição dos processos por ministro-relator no Supremo.

Aliada a esse estudo, aborda-se, também, a inovação trazida pelo novo CPC no tocante à inserção da ordem cronológica de conclusão, como critério para que os juízes profiram sentenças ou acórdãos.

Considerando os grandes períodos de tempo em que, via de regra, os processos permanecem não somente com ministros-relatores do STF, mas com juízes para conclusão, é fundamental aprofundar o estudo, no que se refere à inserção do critério da ordem cronológica para julgamento dos processos, trazido pelo art. 12¹⁶ – sem correspondência no Código de 1973 – do recém-sancionado

¹⁶ Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§ 1º. A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º. Estão excluídos da regra do *caput*:

I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

II – o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;

III – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

IV – as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;

V – o julgamento de embargos de declaração;

VI – o julgamento de agravo interno;

VII – as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;

VIII – os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;

IX – a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

§ 3º. Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.

§ 4º. Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.

§ 5º. Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.

§ 6º. Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que:

I – tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;

II – se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.

Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, que entrou em vigor em março de 2016.

Portanto, no presente trabalho, analisa-se não apenas a atuação específica de determinados ministros, mas se realiza, também, um estudo geral que abrange a contabilização do tempo em dias acerca do andamento dos processos em geral e ainda do andamento de classes processuais específicas no controle de constitucionalidade abstrato e no concreto, permitindo comparações necessárias, para que se possa extrair conclusões sobre o estado da gestão no Supremo e, conseqüentemente, sobre os desafios práticos à efetivação das normas constitucionais.

Metodologia

Para levantar dados sobre a gestão dos processos no Supremo Tribunal Federal, e, mais especificamente, sobre o impacto da substituição de relatores nos processos, adotou-se a metodologia de pesquisa empírica, com técnica quantitativa. Os dados foram levantados usando a base de dados do projeto “Supremo em Números”. Trata-se de projeto de pesquisa do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), no Rio de Janeiro. O projeto realiza macroanálises de todos os processos do Supremo desde 1988.

Pesquisas como essa, envolvendo grandes *data sets*, têm permitido aos juristas analisar de maneira muito mais minuciosa decisões judiciais.¹⁷ Nesse contexto, a disponibilidade de equipamento computacional, *software* e suporte técnico desempenha um papel-chave na viabilização de estudos empíricos pelos pesquisadores do Direito nos Estados Unidos.¹⁸ A mesma situação prevalece no Brasil, onde faculdades de Direito recém-começam a adaptar-se a essa realidade, tornando o acesso a tal instrumental um elemento ainda mais importante de propostas de pesquisa.¹⁹ Os dados que subsidiam este artigo, bem como a

¹⁷ DIAMOND, Shari Seidman; MUELLER, Pam. Empirical legal scholarship in law reviews. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 6, p. 581-599, 2010.

¹⁸ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Building an infrastructure for empirical research in the law. *Journal of Legal Education*, v. 53, n. 3, 2003.

¹⁹ VERONESE, Alexandre. O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de Direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro.

diversificada produção do projeto “Supremo em Números”,²⁰ são possíveis somente em razão do uso de ferramental tecnológico potente.

Ademais, a técnica de pesquisa escolhida pretende responder às perguntas de pesquisa mediante um olhar do todo e não de processos ou de decisões isoladas do Supremo. O novo movimento de estudos empíricos²¹ no Direito, no qual o presente artigo se insere, sempre se distinguiu do realismo jurídico e da sociologia jurídica, nos quais as pesquisas são preponderantemente quantitativas e não qualitativas.²²

A versão da base de dados utilizada nesta pesquisa está em formato *Oracle SQL* e contém informações até 31 de dezembro de 2013, incluindo dados sobre 1.488.201 processos autuados, 2.692.587 partes e 14.047.609 registros de andamentos. Também fazem parte da base metadados sobre os processos como: o assunto jurídico, o órgão judicial de origem, o Estado de procedência, entre outras. Os andamentos abrangem informações sobre datas e resultados de decisões tomadas durante os processos, datas de distribuição dos processos, datas de conclusão ao relator do processo, trânsito em julgado e similares.

Mais importante são os andamentos da distribuição ao relator ou redistribuição que constitui a fonte principal de nossa pesquisa. Há 1.462.002 instâncias de andamentos desse tipo na base de dados. Dessas, 121.772 são ocorrências de redistribuição ou substituição de relator. As demais são distribuições originais. É possível que, em um pequeno número de casos, uma substituição de relator ou redistribuição tenha sido marcada erroneamente como

In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf>. Acesso em: nov. 2012.

²⁰ Ver, por exemplo (FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório “Supremo em Números”*: o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br>>. Acesso em: 3 abr. 2015. FALCÃO, Joaquim; ABRAMOVAY, Pedro; LEAL, Fernando; HARTMANN, Ivar A. *II Relatório “Supremo em Números”*: o Supremo e a Federação. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2013. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br>>. Acesso em 3 abr. 2015. FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório “Supremo em Números”*: o Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

²¹ YANOW, Dvora; SCHWARTZ-SHEA, Peregrine (Ed.). *Interpretation and method: empirical research, methods and the interpretive turn*. M. E. Sharpe, 2006.

²² SUCHMAN, Mark C.; MERTZ, Elizabeth. Toward a new legal empiricism: empirical legal studies and new legal realism. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 6, p. 555-579, 2010.

distribuição, mas nada leva a crer que isso ocorra em número significativo ou que não seja aleatório.

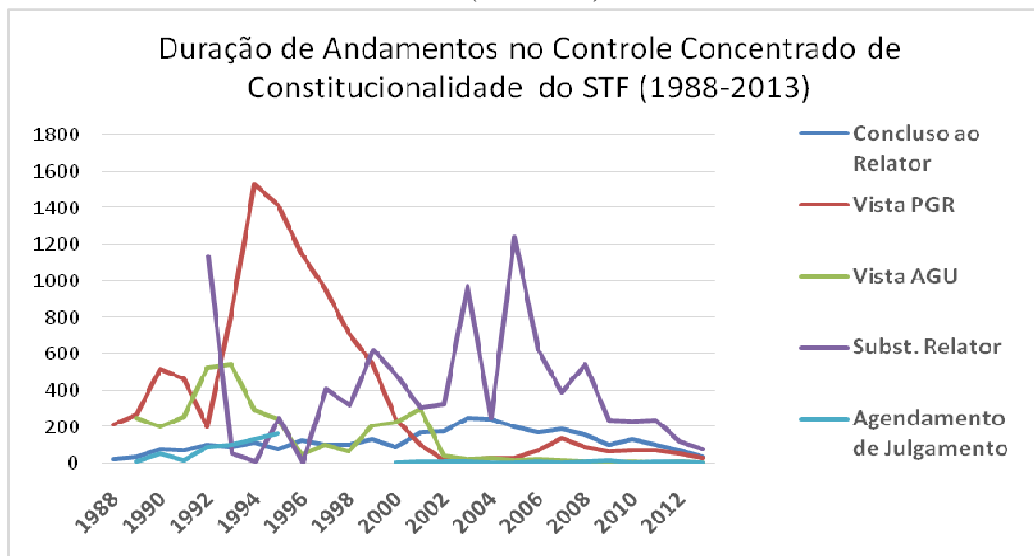
A duração da fase de redistribuição ou substituição de relator, bem como outras fases usadas para efeitos de comparação, são calculadas mediante a contagem da diferença entre a data desse andamento (ex.: “substituição de relator”, “arquivamento”, “vista à PGR”, etc.) e a data do andamento imediatamente posterior, qualquer que seja esse último. Trata-se de uma medida do tempo que o processo restou parado após a troca de relator, assumindo-se que o andamento seguinte significa uma movimentação processual produtiva, que retome as fases necessárias da ação ou do recurso.

Mas a maneira como é feita a contagem é evidentemente uma subestimação dessa demora, já que o andamento imediatamente seguinte pode ser a petição de uma das partes, dois anos mais tarde, clamando por providências do novo relator. Nesse caso hipotético, se o novo relator só tomar efetivamente alguma medida dois anos após a petição da parte, o tempo de demora terá sido subestimado pelo nosso levantamento. Seriam contados dois anos, quando, em realidade, deveriam ser contados quatro.

O motivo pelo qual se incorre nessa subestimação consciente é que há centenas de tipos de andamentos após a troca de relator, que podem ou não significar o reinício da movimentação processual. Como não é possível encontrar um padrão seguro, optou-se por garantir consistência – em 100% dos casos, estamos realizando o cálculo com o andamento imediatamente posterior – em detrimento de um pouco de precisão – nos casos em que o andamento imediatamente posterior não é uma providência tomada pelo novo relator, há uma subestimação do lapso temporal causado pela troca de relator.

Resultados

Gráfico 1 – Duração de andamento no controle concentrado de constitucionalidade do STF (1988-2013)



Fonte: A pesquisa.

O Gráfico 1 mensura, em dias, a duração dos andamentos no controle concentrado de constitucionalidade no STF desde 1988 até 2013.

Verifica-se que o tempo médio para conclusão dos processos ao relator gira em torno de 200 dias, tendo essa média superado os 200 dias, somente no período entre 2002 e 2004. Ressalte-se que, desde 2006, esse tempo médio tem sido reduzido e, em 2013, foi inferior a 40 dias.

A substituição do ministro-relator, por sua vez, apresenta um tempo médio altíssimo durante grande parte do período analisado, quase alcançando os 1.200 dias em 1993 e ultrapassando esse número em 2006. No entanto, apesar das altas registradas, esse tempo médio acompanha a tendência do tempo médio de conclusão ao relator que tem sofrido redução, especialmente desde 2011, quando ficou abaixo dos 200 dias.

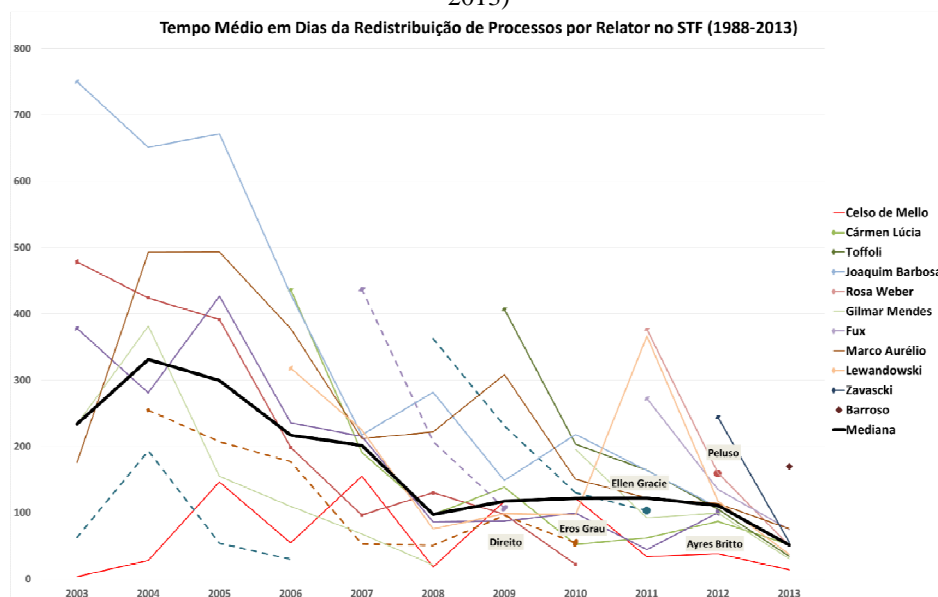
O tempo médio de vista pela Procuradoria-Geral da República (PGR) apresenta o recorde anual no gráfico. Entretanto, embora essa média tenha se mantido altíssima nos anos 90, ultrapassando os 1.500 dias em 1994, desde o início de 2000, o tempo médio de vistas à PGR sofreu uma diminuição drástica e desde então manteve-se na faixa dos 100 dias.

Observando o tempo médio de vistas à Advocacia-Geral da União (AGU), constata-se que esse permaneceu instável durante os anos 90, superando os 500 dias em 1992, ao passo que, em 1996, esse número foi um pouco maior que 50 dias. De toda forma, o tempo médio de vistas à AGU seguiu a tendência do tempo médio de vistas à PGR e foi consideravelmente reduzido no início dos anos 2000, mantendo-se abaixo dos 50 dias desde 2002 e não ultrapassando os 20 dias desde 2007.

No que diz respeito ao andamento e agendamento de julgamento, vale mencionar que este tempo médio nunca ultrapassou os 200 dias, nem mesmo nos anos 90 quando se manteve em alta. Nos anos 2000, essa média foi comparativamente a mais baixa do gráfico, como se pode observar, não ultrapassando os 20 dias.

Como se vê, nos anos 2000 o principal motivo de atraso nos processos do controle concentrado foi (disparadamente) a troca de relator. Isso é ainda mais grave quando se considera que, diferentemente das fases de vista à PGR ou AGU, a troca de relator é questão exclusivamente *interna corporis* do Supremo, não havendo qualquer ator externo ao tribunal cuja *performance*, necessariamente, afete o desenvolvimento do processo.

Gráfico 2 – Tempo médio em dias de da redistribuição de processos por relator no STF (1988-2013)



Fonte: A pesquisa.

No Gráfico 2 que apresenta o tempo médio em dias da redistribuição de processos por relator no STF, no período de 1988 até 2013, é possível notar que esse tempo médio, em relação a alguns ministros, costumava ser alto na primeira metade de 2000, tendo sido reduzido nos anos seguintes. Vale ressaltar que, assim como no Gráfico 1, é natural e esperado que as médias tenham diminuído nos últimos dois ou três anos, porque a duração máxima possível para uma redistribuição em 2013 é a metade da máxima possível em 2012. Como a base de dados vai até o final de 2013, redistribuições que iniciaram naquele ano e terminaram em 2014, por exemplo, não aparecem nos dados. As de 2013 que aparecem são justamente as mais curtas. Já uma redistribuição de 2001, que durou cinco anos, surge nos dados e pode fazer a média do ano de 2001 aumentar.

O caso que mais atrai a atenção é a do ex-ministro Joaquim Barbosa, que, em 2003, apresentou tempo médio de redistribuição de processos, nos casos que atuava como relator, superior a 700 dias, sendo esse o número mais alto dentre todos os ministros analisados. No entanto, nos anos seguintes, esse tempo médio passou a sofrer reduções, acompanhando a tendência da maioria dos ministros-relatores, e, em 2012, foi pouco maior que 100 dias.

De modo geral, os ministros apresentam média alta no início de seu mandato. Isso se deve ao fato de que, quando entram, assumem o gabinete do antecessor. Isso significa que milhares de processos são redistribuídos ao novo ministro de uma só vez. É mais difícil ainda dar conta da movimentação processual seguinte quando são recebidos milhares de processos do que quando se recebe algumas dezenas ou centenas, como o que ocorreu nos anos seguintes. O mesmo fenômeno sucede quando o ministro sai da presidência e recebe milhares de processos do gabinete do ministro que está assumindo o comando do Supremo. Isso pode ser notado, por exemplo, com a min. Ellen Gracie no Gráfico 2: sua média em 2006 é muito inferior àquela de 2008.

O ministro Marco Aurélio Mello, um dos mais antigos na composição da Corte, é o que possui o segundo índice mais alto no que diz respeito ao seu tempo médio em dias de redistribuição de processos quando atua como relator. Embora em 2003 esse número tenha sido inferior a 200 dias, entre 2004 e 2005, quase alcançou os 500 dias, tendo sido reduzido em seguida. Nos anos seguintes, o tempo médio aumentou novamente. Entretanto, também em 2010, tornou a cair e se mantém abaixo dos 80 dias atualmente.

Antônio César Peluso, que se manteve no cargo de ministro do STF entre 2003 e 2012, apresenta um tempo médio em dias de redistribuição dos processos como relator consideravelmente alto no ano de 2003, quase superando os 500 dias. Entretanto, da mesma forma como se verificou nos casos citados anteriormente, o tempo médio foi reduzido pouco depois. Em 2010, esse total foi inferior aos 50 dias. Vale observar que, entre 2010 e 2012, o ex-ministro Peluso assumiu a presidência do Supremo, por esse motivo, desse período não há informações disponíveis sobre o tempo médio de redistribuição dos processos.

A ausência de dados disponíveis sobre o tempo médio de redistribuição, no período em que os ministros assumem a presidência da Corte, se dá pelo fato de aos ministros-presidentes ser registrada apenas parte dos processos recebidos: somente os que se inserem nas hipóteses devidamente previstas no Regimento Interno do STF.²³

Ressalte-se, portanto, que os demais processos recebidos são objeto de distribuição livre ou por prevenção, no entanto, aos ministros-presidentes, excetua-se o registro desses. Logo, enquanto é presidente, o ministro não recebe nenhum processo novo a não ser na condição de presidente.

Ademais, cabe informar que, a partir do momento em que determinado ministro assume a presidência, esse faz a opção de permanecer relator de apenas alguns processos, ao passo que os demais processos são direcionados ao ministro que irá assumir seu gabinete. Geralmente, quem assume o gabinete do ministro, eleito presidente, é o que está deixando a presidência.

²³ 1. Recebimento e distribuição

Processos recebidos são todos aqueles que aportam pela primeira vez no tribunal. Incluem-se no conceito: feitos ajuizados diretamente no STF e aqueles advindos de outros juízos e tribunais, na forma de recurso. Os processos recebidos são objeto de registro denominado autuação.

Do total de processos recebidos: [...]

c) Parte é registrada ao ministro-presidente (arts. 13, V, “d”, e XV; 70, § 4º; 278; 297; 351 e 354-A, do RISTF): recursos internos interpostos de decisões proferidas pelo ministro-presidente; *habeas corpus* em que seja manifesta a incompetência da Corte para apreciação do pedido; feitos das classes Arguição de Suspeição (AS), Intervenção Federal (IF), Proposta de Súmula Vinculante (PSV), Suspensão de Liminar (SL), Suspensão de Segurança (SS) e Suspensão de Tutela Antecipada (STA); e

d) Os demais são objeto de distribuição, livre ou por prevenção, aos ministros da Corte, excetuado o presidente. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=explicafases>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

De qualquer maneira, excepcionalmente, em 2012, o tempo médio de redistribuição do ex-ministro superou os 150 dias.

No ano de 2003, o ex-ministro Carlos Ayres Britto também apresentava um tempo médio de redistribuição de processos relativamente alto ao atuar como relator: aproximadamente 400 dias. Em contrapartida, nos anos seguintes, seu tempo médio manteve-se em frequente queda. No ano de 2011, o ex-ministro alcançou seu menor tempo médio de redistribuição de processos atuando como relator: menos de 50 dias.

Em 2004 o atual ministro Gilmar Mendes apresentava um tempo médio de redistribuição dos processos bem próximo dos 400 dias. Acompanhando também a tendência da maioria dos demais ministros, o tempo médio foi reduzido no decorrer dos anos seguintes. Em 2008, por exemplo, seu tempo médio foi inferior a 25 dias. Nesse mesmo ano, o ministro assumiu a presidência do Supremo; logo, como mencionado, não há dados disponíveis a respeito de seu tempo médio de redistribuição de processos como relator. Em 2010, o tempo médio torna a aumentar quase superando 200 dias, porém, novamente, volta a ser reduzido em seguida. Atualmente, se encontra na faixa de 30 dias.

Analisando os ministros cujo tempo médio de redistribuição de processos, quando da atuação como relator, não ultrapassou 300 dias, cita-se o ex-ministro Eros Grau, que, em 2004, ultrapassou 250 dias. De 2007 até 2010, ano de sua aposentadoria, o tempo médio manteve-se inferior a 60 dias.

Contrariamente à maioria dos ministros, como se observou, a ex-ministra Ellen Gracie, no ano de 2003, apresentou tempo médio de redistribuição de processos, ao atuar como relatora, inferior a 70 dias. Porém, esse número aumentou logo em 2004, ficando bem próximo de 200 dias, voltando a cair nos anos seguintes. Em 2006, esse número é inferior a 30 dias. A ex-ministra Ellen ocupou a presidência do Supremo entre 2006 e 2008 e, por esse motivo, não há dados disponíveis sobre seu tempo médio de redistribuição de processos como relatora nesse lapso temporal. Em 2008, quando deixou a presidência, o número aumentou significativamente, e a ex-ministra apresentava um tempo médio superior a 360 dias. Nos anos posteriores, o número foi reduzido novamente, e, em 2011, ano de sua aposentadoria, foi um pouco superior a 100 dias.

O ministro que apresenta um desempenho que, de certa maneira, pode se caracterizar como uniforme, no tocante ao tempo médio de redistribuição dos

processos quando da atuação como relator, é o decano Celso de Mello. Apesar das variações que podem ser verificadas durante todo o período analisado, o seu tempo médio nunca ultrapassou os 200 dias, ou seja, esse número não apresenta modificações drásticas, embora sofra aumentos e reduções em determinados anos. De qualquer maneira, o ministro Celso de Mello também acompanha a tendência da redução do tempo médio de redistribuição, e o número, em 2013, foi inferior a 15 dias.

A atual ministra e presidente do STF, Cármen Lúcia, passou a compor a Corte em 2006. Nesse ano, seu tempo médio de redistribuição de processos foi superior a 400 dias. Tal número foi consideravelmente reduzido nos anos seguintes, e, a partir de 2010, passou a ser inferior a 100 dias. Em 2013, seu tempo médio de redistribuição foi um pouco maior que 50 dias.

O ex-presidente do STF, Ricardo Lewandowski, foi empossado no cargo de ministro também em 2006, ano em que seu tempo médio de redistribuição de processos como relator superou os 300 dias. Nos anos posteriores, esse número foi reduzido gradativamente, tanto que, em 2010, foi inferior a 100 dias. Curiosamente, em 2011, o ministro Lewandowski alcançou um tempo médio de redistribuição superior a 360 dias, número esse que, mais uma vez, foi reduzido logo em seguida e não superou os 40 dias em 2013.

No curto mandato de apenas dois anos do ministro falecido Carlos Alberto Menezes Direito, é possível notar que, em 2007, ano de sua posse, seu tempo médio de redistribuição de processos – quando de sua atuação como relator – era superior a 400 dias. Esse número acompanhou a tendência da maioria dos demais ministros e foi reduzido nos anos seguintes. Em 2008, o tempo médio foi, aproximadamente, a metade do ano anterior e, em 2009, ano de sua morte, foi ainda menor: pouco mais de 100 dias.

Substituto de Menezes Direito, o atual ministro José Antonio Dias Toffoli, tomou posse do cargo de ministro do STF em 2009 e, nesse ano, seu tempo médio de redistribuição de processos ao atuar como relator superou 400 dias. Em 2010, o número foi pouco maior que 200 dias. Nos anos que se seguiram, o tempo médio do ministro Dias Toffoli permaneceu em declínio e, em 2013, foi inferior a 40 dias.

Em 2011 tomou posse a atual ministra Rosa Weber. Nesse ano, seu tempo médio de redistribuição de processos, quando de sua atuação como relatora,

ultrapassou os 370 dias. Já em 2012, o número diminuiu consideravelmente e, acompanhando a tendência de grande parte dos ministros, foi reduzido a menos da metade do ano anterior. Em 2013, seu tempo médio foi de pouco mais de 50 dias.

Também no ano de 2011, foi empossado o atual ministro Luiz Fux. Nesse ano, seu tempo médio de redistribuição dos processos, como relator, foi superior a 270 dias. Já em 2012, o número também foi reduzido, aproximadamente, à metade: pouco mais de 130 dias. Em 2013, permaneceu em queda e foi inferior a 80 dias.

O ministro Teori Albino Zavascki (falecido), que tomou posse em 2012, apresentou, nesse ano, um tempo médio de redistribuição de processos superior a 240 dias. Já em 2013, seguindo a atual tendência de redução desse tempo médio em relação à grande parte dos demais ministros, Zavascki apresentou um tempo médio inferior a 60 dias.

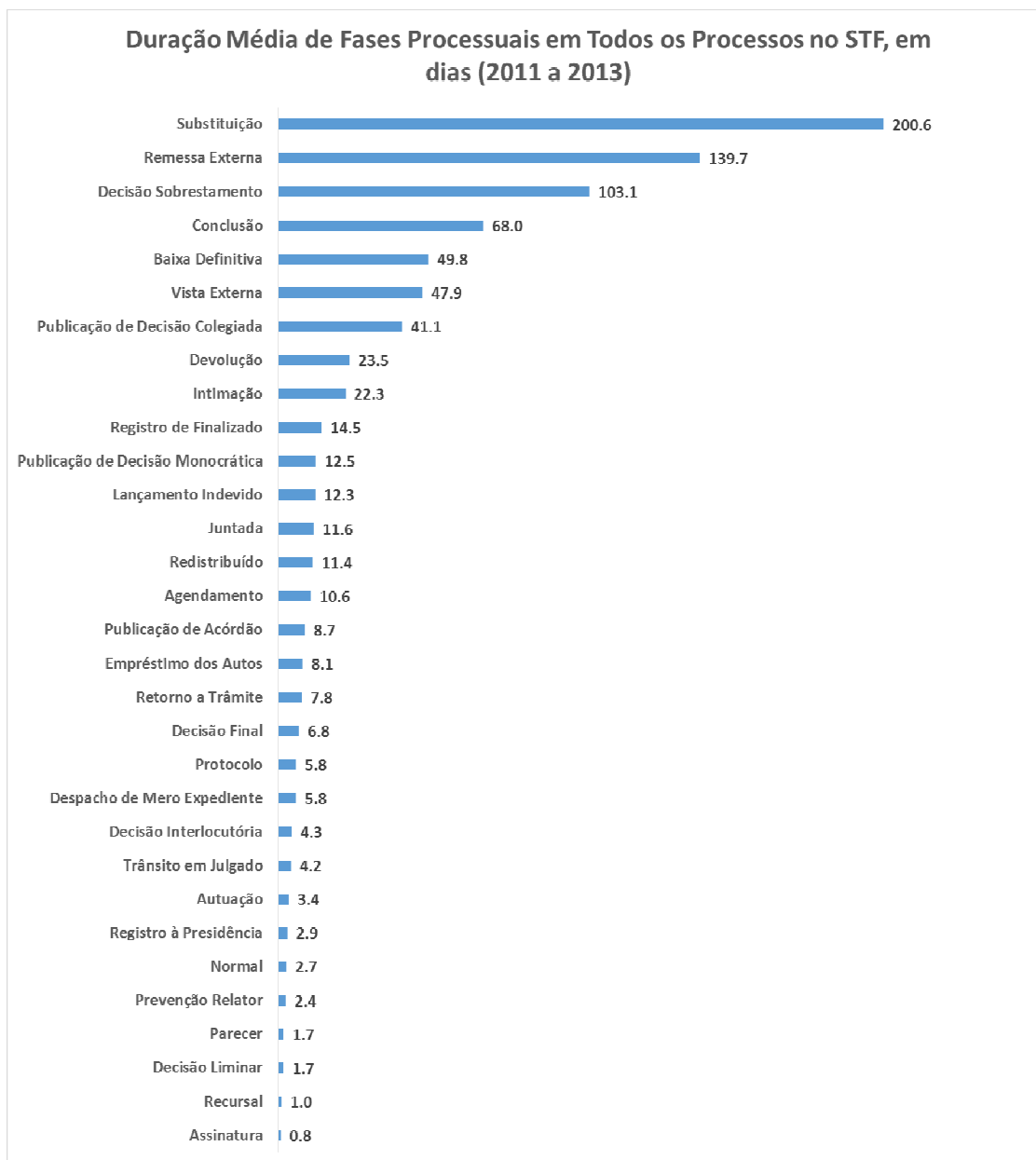
Cabe analisar a breve atuação do atual ministro Luís Roberto Barroso, que foi empossado em 2013; nesse ano, apresentou um tempo médio de redistribuição como relator de pouco mais de 160 dias. Devido ao curto período de seu mandato coberto pela base – meros seis meses, não é possível se extrair qualquer conclusão relevante sobre essa média.

Por fim, convém observar o desempenho da mediana, uma medida que não é influenciada facilmente por *outliers* e que reflete, com alguma precisão, o que é a normalidade em termos da duração da redistribuição de processos por relator no STF. Essa mediana apresenta um resultado, de certa maneira, semelhante à maioria dos ministros: tempo relativamente alto na primeira metade dos anos 2000, que acompanhou a tendência de redução nessa quantidade de dias nos anos posteriores. No ano de 2008, o tempo foi inferior a 100 dias, sofreu um leve aumento em seguida e se manteve acima dos 100 dias até 2012, quando tornou a diminuir e, em 2013, permaneceu na faixa dos 50 dias.

Em seguida, analisa-se a duração média – em dias – das fases processuais na totalidade de processos no Supremo; em Ações Diretas de Inconstitucionalidade; em Recursos Extraordinários com Agravo e em *Habeas Corpus*, de 2011 a 2013. A comparação se faz necessária porque a complexidade dos tipos de processo julgados pelos ministros do STF é altamente diversificada. Além disso, as regras sobre tramitação e fases são também diferentes em alguns casos. Por essa razão, é preciso comparar classes processuais diferentes, dentre as mais típicas do

Supremo, para avaliar se, de fato, a demora na redistribuição é um problema geral ou apenas do controle concentrado, por exemplo.

Gráfico 3 – Duração média de fases processuais em todos os processos no STF, em dias (2011 a 2013)



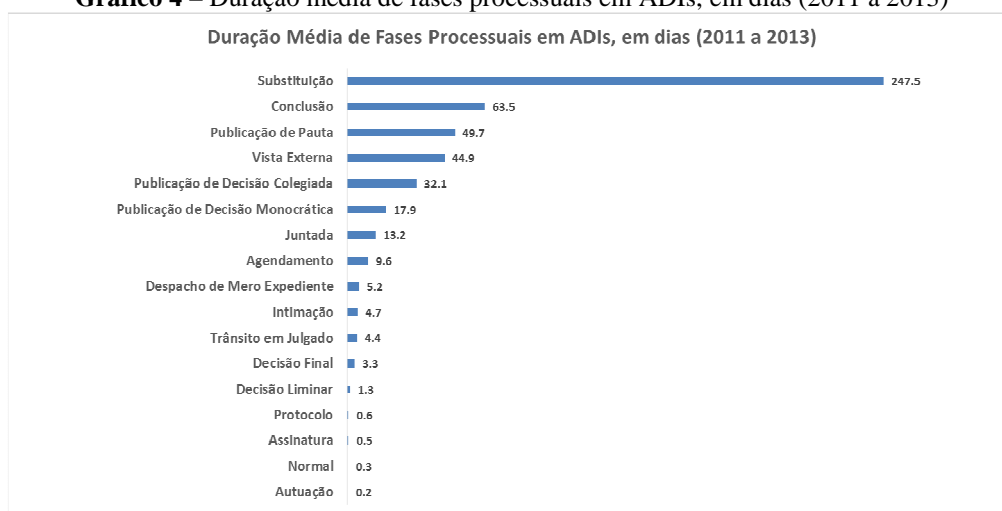
Fonte: A pesquisa.

No presente gráfico, que trata de todos os processos no STF, é possível constatar que a fase processual com maior duração média em dias é a substituição do relator, que está prevista no art. 38 do Regimento Interno do STF. A substituição, durante o período de tempo analisado, como se pode observar, durou, em média, pouco mais de 200 dias. De qualquer maneira, é imprescindível notar que, embora essa seja a fase processual com maior duração média, ela tem se mantido em frequente queda nos últimos anos, como se verificou anteriormente.

A substituição é seguida da remessa externa com duração média de 139,7 dias. Ainda na faixa dos 100 dias, está a decisão de sobrestamento, com duração média de 103,1 dias. Importante é notar que a conclusão ao ministro-relator é uma fase processual com duração média relativamente alta (68 dias), mas – como se observou no caso do controle concentrado – a duração média tende a se reduzir.

Por fim, cabe mencionar, que nos resultados referentes à totalidade dos processos no STF, as fases processuais: publicação da decisão monocrática, publicação do acórdão e decisão final, apesar da relevância, possuem uma duração média relativamente baixa.

Gráfico 4 – Duração média de fases processuais em ADIs, em dias (2011 a 2013)

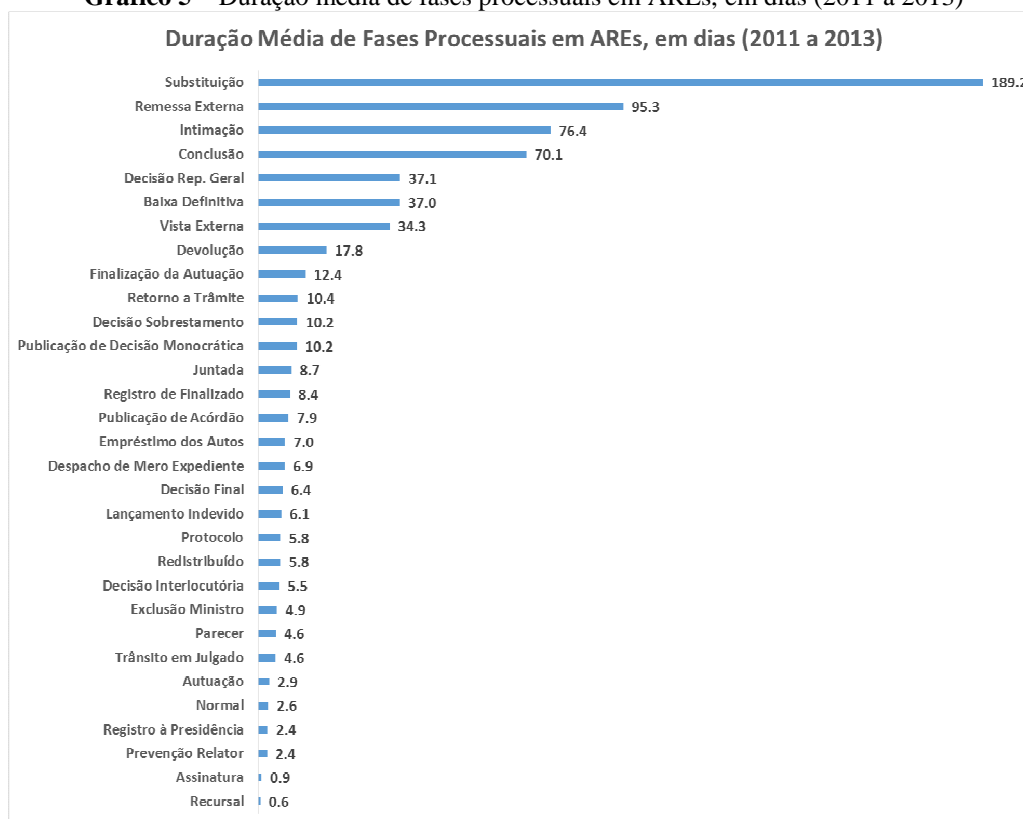


Fonte: A pesquisa.

A substituição de relator também é a fase processual com maior duração média quando se trata de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, alcançando 247,5 dias. Nesse contexto, entretanto, a substituição é seguida de conclusão ao

relator que apresenta uma duração média semelhante à duração média do total de processos no STF. Vale observar que a intimação; o trânsito em julgado, e a decisão final, que são fases processuais importantes, apresentam duração média de apenas 4,7; 4,4; e 3,3 dias, respectivamente.

Gráfico 5 – Duração média de fases processuais em AREs, em dias (2011 a 2013)



Fonte: A pesquisa.

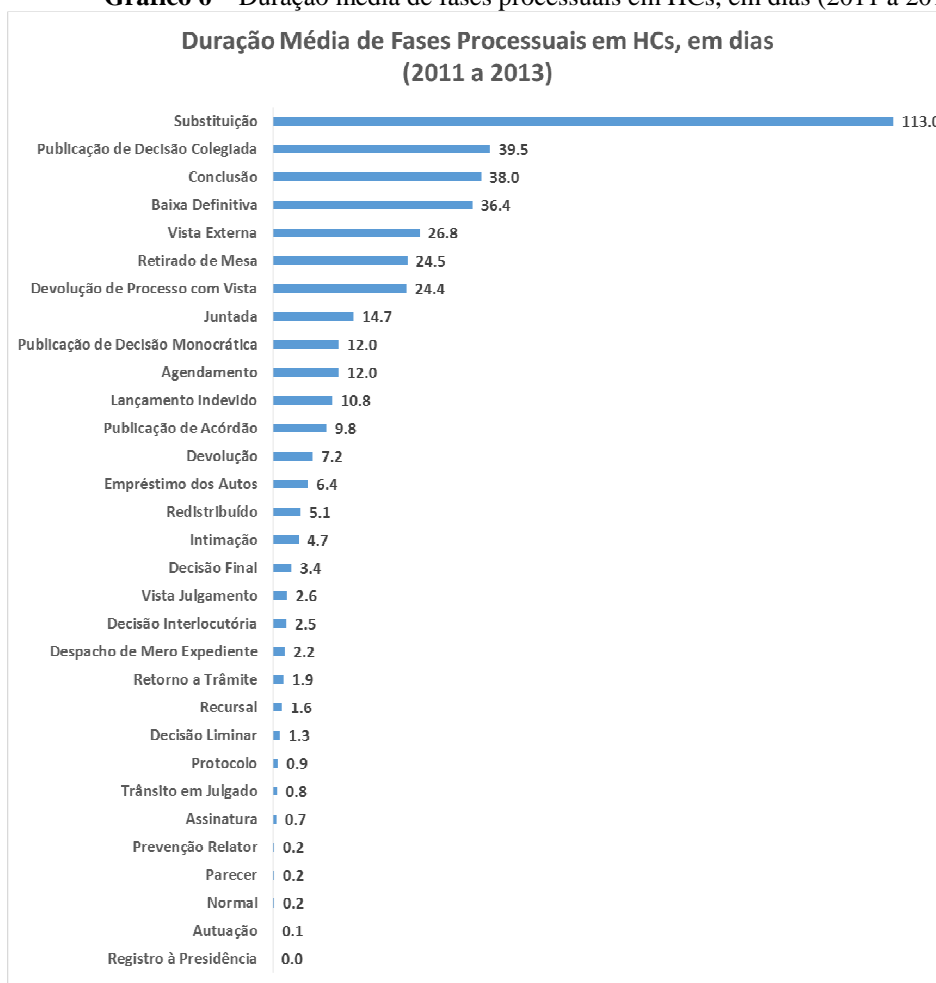
Optou-se por analisar os Agravos em Recurso Extraordinário por constituir, essa classe processual, atualmente, a principal porta de entrada de recursos no Supremo.²⁴ São dezenas de milhares de novos AREs por ano desde 2011, chegando ao STF, fazendo com que a gestão deles seja uma das principais tarefas desempenhadas pelos ministros. Em se tratando de duração média das fases processuais em AREs, mais uma vez, verifica-se que a substituição do relator apresenta maior duração média: 189,2 dias. No presente cenário, em seguida,

²⁴ Para um estudo detalhado dos AREs e seu impacto no Supremo, ver (FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A. Acesso ao Supremo: quando os recursos são parte do problema. *Diálogos sobre Justiça*, v. 1, p. 38-48, 2013).

encontram-se a remessa externa e a intimação que apresentam duração média de 95,3 e 76,4 dias, respectivamente.

A conclusão ao relator, por sua vez, possui duração média de 70,1 dias. Nota-se que, nesse contexto, a publicação do acórdão tem uma duração média de somente 7,9 dias, e o trânsito em julgado, de apenas 4,6 dias.

Gráfico 6 – Duração média de fases processuais em HCs, em dias (2011 a 2013)



Fonte: A pesquisa.

A classe processual *habeas corpus* foi escolhida por dois motivos: a) por se tratar da classe com maior número de processos nos últimos anos, dentre aquelas da jurisdição originária do Supremo; b) porque se trata daquela com o maior dano em caso de mora: a potencial permanência de um cidadão inocente na prisão. Daí assumimos que é o tipo de processo gerido com maior rapidez pelo

STF, o que o torna um importante objeto de estudo. Na verdade, os resultados do III Relatório do projeto “Supremo em Números” já confirmaram isso ao colocar o *habeas corpus* com duração baixa em todas as etapas processuais analisadas.²⁵ Observando o Gráfico 6, que apresenta resultados referentes à duração média das fases processuais em HCs, é possível concluir que os números são consideravelmente menores em relação aos outros cenários previamente analisados.

Nota-se, por exemplo, que a *substituição* novamente é a fase processual mais demorada, entretanto dura, em média, 113 dias, o que representa o menor número dentre os gráficos analisados. O mesmo ocorre com as demais fases processuais. Vale citar a *conclusão* ao relator, que apresenta duração média de 38 dias, número também inferior aos anteriormente observados.

Por fim, vale ressaltar quanto às demais fases processuais que chama a atenção o fato de a duração média da decisão final ser de apenas 3,4 dias, e o trânsito em julgado, uma duração média de somente 0,8 dias.

Mesmo naqueles processos em que o Supremo considera os mais delicados e urgentes, o problema da demora após a substituição do relator persiste.

Conclusão

Os dados comprovam a existência de um grande problema na gestão do Supremo. Uma vez que recebem processos de outros colegas, os ministros não dão atenção a eles, deixando-os parados durante muito tempo. Se os ministros tratassem os processos dos outros com a mesma diligência que os seus, as médias de conclusão ao relator e redistribuição seriam quase idênticas, porque a substituição não importa em nenhuma providência concreta ou tarefa independente. Quando recebe o processo, o novo relator apenas deve continuar a tramitação para a etapa seguinte, ou pedir pauta se o processo está pronto para julgamento.

Os processos que passaram por uma redistribuição acabam tornando-se secundários – no controle concentrado de constitucionalidade, no Supremo recursal ou mesmo na tramitação de casos urgentes como os *habeas corpus*. São claramente preteridos pelos processos do “próprio ministro” e aguardam muito

²⁵ FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, op. cit., p. 29 ss.

mais tempo. Esse exemplo mostra que a adoção da ordem cronológica obrigatória pode trazer benefícios e corrigir alguns desvios institucionalizados. Não há nenhuma razão jurídica para se fazer tramitar, com menor rapidez, um processo apenas porque o atual relator não vê aquele caso como *seu* – e esse comportamento já restou comprovado em outras fases processuais no Supremo.²⁶

Não se trata de acreditar que a ordem cronológica é uma panaceia e que constituirá a solução para todos os problemas da lentidão do Poder Judiciário. Tudo depende também de como os tribunais irão implementá-la. No entanto, se a regra for devidamente aplicada, poderá contribuir para um sistema de julgamento mais célere e para que seja oferecida uma prestação jurisdicional mais efetiva aos cidadãos.

Análises empíricas como essa ilustram a importância de se coletarem evidências sobre a prática real da gestão dos tribunais, evitando, assim, escolhas administrativas e legislativas fundadas apenas em intuições e escolhas arbitrárias. Essas estão sempre fadadas a causar mais danos que benefícios.

Mais ainda: o diagnóstico sobre a realidade da tramitação de ADIs, AREs e outros processos do controle abstrato e concreto de constitucionalidade complementam, de maneira importante, o debate teórico sobre a efetividade do Direito Constitucional brasileiro e do papel do Supremo no Estado Democrático de Direito.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à Justiça*. 2. ed. Florianópolis: Ed. da OAB/SC, 2006.

²⁶ Ver os dados do III Relatório “Supremo em Números” sobre a vigência de liminares e o rito sumário do controle concentrado de constitucionalidade. (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, op. cit., p. 45, 60).

DIAMOND, Shari Seidman; MUELLER, Pam. Empirical legal scholarship in law reviews. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 6, p. 581-599, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Building an infrastructure for empirical research in the law. *Journal of Legal Education*, v. 53, n. 3, 2003.

FALCÃO, Joaquim; WERNECK, Diego Arguelhes; CERDEIRA, Pablo de Camargo. *I Relatório Supremo em Números: o múltiplo supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

FALCÃO, Joaquim et al. *II Relatório "Supremo em Números": o Supremo e a Federação*. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2013. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

FALCÃO, Joaquim. HARTMANN, Ivar A. Acesso ao Supremo: quando os recursos são parte do problema. *Diálogos sobre Justiça*, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUCHMAN, Mark C.; MERTZ, Elizabeth. Toward a new legal empiricism: empirical legal studies and new legal realism. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 6, p. 555-579, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e processo: Direito Processual Civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v. 5.

VERONESE, Alexandre. O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de Direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf>. Acesso em: nov. 2012.

YANOW, Dvora; SCHWARTZ-SHEA, Peregrine (Ed.). *Interpretation and method: empirical research: Methods and the interpretive turn*. M. E. Sharpe, 2006.

Sítios virtuais

<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/12/18/juizes-devem-emitir-sentencas-por-ordem-cronologica-com-novo-cpc>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

<<http://jota.info/o-novo-cpc-e-o-fim-da-gestao-na-justica>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

<<http://www.conjur.com.br/2015-fev-09/processo-cpc-ordem-cronologica-julgamentos-nao-inflexivel>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=explicafases>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

Vinculação de receita mínima para a satisfação do direito à educação no Brasil (art. 212): dirigismo constitucional e dever de progressividade

Minimum revenue binding to the fulfillment of the right of education in Brazil (art. 212, CF/88): constitutional dirigism and duty of progressivity

Amanda Costa Thomé Travincas *

Resumo: Este estudo propõe-se a discutir em que termos a vinculação de receita mínima para a satisfação do direito à educação, no âmbito do art. 212 da Constituição Federal de 1988, não converge para um descompromisso estatal em face do dever de progressividade ínsito aos direitos sociais, na medida em que a observância do mínimo, no âmbito dos entes federativos, tem o condão de efetivar a tarefa constitucional, abandonando a premissa do que é acobertado sob o termo de dirigismo constitucional, qual seja a conferência da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais. Na oportunidade, constrói-se uma leitura apta a conciliar a fixação de mínimos constitucionais com o dever de satisfação progressiva do direito à educação, desde o contexto brasileiro.

Palavras-chave: Direito à educação. Vinculação de receitas públicas. Dever de progressividade.

Abstract: This study aims to discuss on what terms linking minimum revenue for the satisfaction to the right to education, under Article 212 of the Federal Constitution, does not converge to state disengagement in the face of progressivity duty embedded in social rights, as far as compliance with its minimum, under the federal entities, have the power to implement the constitutional task, abandoning the premise of which is covered up under the constitutional dirigism term, which is the guarantee of the maximum efficiency and effectiveness of fundamental rights. On that occasion, it is built a reading apt to reconcile the establishment of constitutional minimum with the duty of progressive realization of the right to education, from the Brazilian context.

Keywords: Right to education. Link to public revenues. Duty of progressivity.

Notas introdutórias

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu art. 34, VII, prevê, como pressuposto material a ensinar a decretação de intervenção da União nos estados e no Distrito Federal (DF), a hipótese de violação dos designados princípios sensíveis, dentre os quais figura a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino e em ações e serviços públicos de

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora universitária em São Luís – MA.

saúde (alínea e). O dispositivo encontra equivalente no art. 35, III da CF/88, reservado a elencar o mesmo pressuposto à decretação de intervenção estadual nos municípios. Tais enunciados remetem, implicitamente, ao assegurado pelo art. 212 da CF/88, na base do qual se assenta a opção constituinte de vincular receitas públicas à satisfação do direito à educação no Brasil. Tem-se que o descumprimento do dever decorrente da vinculação de recursos constitui fato que põe em risco a estabilidade da ordem constitucional, de sorte a justificar a ocorrência de um estado de legalidade extraordinário que visa à estabilização e à proteção da Constituição por meio da adoção de medida de excepcionalidade à superação da crise gerada. Disso se pode aduzir que a inércia estatal ou sua atuação aquém do *minimum* definido na Constituição é, por opção constituinte, elemento caracterizador de instabilidade, posto que fragiliza a própria democracia, desafinando a promoção de um direito social-basilar, qual seja o direito à educação.

A importância conferida pela Constituição no tocante à proteção e promoção do direito à educação é ainda inconteste se se compreender o aludido art. 212 como manifesta decisão de redução da esfera deliberativa dos poderes constituídos quanto à determinação parcial do *quantum* a ser destinado ao referido fim social. A vinculação de receitas é decisão que tem o condão de conferir suporte às ações estatais futuras em determinado diâmetro. No que concerne à educação, retira-se da vinculação constitucional, de logo, a obrigação de os entes federados atuarem nesse âmbito, aplicando recursos em dimensão não inferior aos percentuais firmados no Texto Constitucional.

Se, num primeiro recorte, o propósito se afina ao dever geral do Estado Federal quanto à realização de políticas públicas em matéria educacional, não se pode afastar, à partida, a inferência de que, uma vez satisfeita a hipótese fática da norma, isto é, tendo os entes federados executado suas obrigações mínimas, também terão atuado definitivamente e de modo satisfatório na promoção e proteção do direito à educação.

Tendo por certo que tal asserção esbarra no dever de conferir máxima eficácia e efetividade aos direitos sociais, este artigo se volta a construir uma interpretação constitucionalmente adequada do art. 212 da CF/88, na conjuntura do dirigismo constitucional brasileiro e do reconhecimento do dever de progressividade costurado aos direitos sociais.

Dirigismo constitucional, dever de progressividade e direitos sociais: o caso do direito à educação

No perímetro da dogmática constitucional, é consensual que a previsão normativa de direitos fundamentais pressupõe a existência de deveres de natureza estatal. É ainda verdade que a teoria dos deveres fundamentais passa a ocupar um lugar de centralidade nessa seara desde a admissão da relação inequívoca entre o estabelecimento de deveres e a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais. Dentre os deveres estatais – que são múltiplos, dada a compreensão de direitos como feixes de posições juridicamente protegidas,¹ destaca-se aquele que culmina no impedimento de regressão dos graus de satisfação dos direitos fundamentais já alcançados por intermédio de decisões estatais desde a eliminação de prestações sociais, sem o fornecimento de alternativas ou compensações.² A assim chamada proibição de reversibilidade³ avulta na condição de verdadeiro escudo no contexto de Estados Constitucionais marcados pela (ainda) precariedade da efetivação de direitos, embora, já não tão recente, consagração constitucional desses.⁴

Em rigor, a projeção da proibição de reversibilidade como trunfo argumentativo contra qualquer sorte de redução da proteção conferida a um direito fundamental vem reforçar o propósito de garantir segurança jurídica e proteger a confiança que os cidadãos depositam no Estado quanto à manutenção dos ganhos e das expectativas, o qual é depreendido, por exemplo, da instituição de cláusulas pétreas (CF/88, 60, §4º) e do chamado direito adquirido (CF/88, 5º, XXXVI) no Texto Constitucional brasileiro.⁵ Ocorre que, no âmbito da dogmática constitucional, o preceito tem merecido tratamento específico no contexto da tese

¹ Na definição conferida por Alexy à expressão direito fundamental como um todo, ver: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 249.

² QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 67.

³ Trata-se de termo que encontra um vasto espectro de sinônimos na doutrina, os quais são usados aqui indistintamente, a dizer: proibição de retrocesso social (Sarlet), proibição de regressividade (Courtis), proibição da evolução reacionária (Canotilho), entre outros.

⁴ Alexandrino chama de “tempo dos direitos” este lapso temporal entre a positivação de direitos fundamentais em Cartas Constitucionais e o alcance de um patamar adequado de satisfação. (ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais*. Estoril: Príncipe, 2007. p. 28-29).

⁵ Para uma fundamentação ampla da proibição de retrocesso social com especial atenção ao caso brasileiro (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 464-466).

dos limites às restrições aos direitos fundamentais. Essa teoria se ocupa em firmar elementos de controle do poder restritivo estatal, uma vez aceita a restringibilidade geral dos direitos fundamentais, como uma consequência de sua estrutura principiológica.⁶ Nesse sentir, a proibição de retrocesso serviria como barreira ao agir do Estado, ao lado de outros mecanismos de controle, entre os quais, a proporcionalidade, a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e o mínimo existencial.

Compreendendo-se como restrição qualquer afetação desvantajosa ao âmbito protegido por uma norma de direito fundamental,⁷ a proibição de reversibilidade atua como condicionante que visa a resguardar todos os direitos e as dimensões que lhes são comuns.⁸ É evidente que a problemática se perfaz, em maior medida, no debate acerca da afetação da dimensão positiva dos direitos fundamentais, quando salta à vista a questão de sua incidência sobre os chamados direitos derivados a prestações, que, na conhecida acepção de Canotilho, configuram autênticos direitos subjetivo-negativos.⁹

Com efeito, a proibição de reversibilidade dos direitos fundamentais é dotada, simultaneamente, de uma faceta negativa, que impõe abstenções ao Estado, impedindo-o de afetar as parcelas satisfeitas de um direito fundamental, e uma face positiva, que evidencia a necessidade de proteção eficiente do *quantum* conquistado, além de obstar a paralisia estatal, determinando a promoção

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 124-130, 584, enfatizando que o legislador democrático possui uma discricionariedade estrutural para sopesar. No Brasil (SILVA, Virgílio Afonso da. Os direitos fundamentais e a lei: a Constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumem, 2009. p. 605-618).

⁷ A definição é de (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 192 ss).

⁸ No mesmo sentido (SARLET, Ingo Wolfgang. Posibilidades y desafíos de un Derecho Constitucional común latinoamericano: un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 11, p. 100, 2009. No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), a aplicação da categoria à dimensão negativa já mereceu acolhimento. Veja-se, por exemplo, a afirmação de que “o princípio da proibição de retrocesso, [...] seria aplicável também aos direitos políticos, dentre os quais a invulnerabilidade do segredo de voto”. (BRASIL. STF. ADI 4543 MC/DF, rel. min. Cármen Lúcia. Julgada em: 19/10/2011).

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338-339.

progressiva de direitos, tal qual acentuado em documentos internacionais de direitos humanos e reforçado por teorias como a do constitucionalismo dirigente.

Nesse seguimento, destaca-se o art. 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, doravante Pidesc, o qual determina, *in verbis*, que

cada um dos Estados-partes [...] compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar, progressivamente, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no [...] Pacto por todos os meios apropriados, incluindo articulação por meio de medidas legislativas.

De seu turno, o direito à educação recebe acolhimento expresso no art. 13, §1º, segundo o qual

os Estados-partes [...] reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam, ainda, que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Tais dispositivos, que incidem efeitos na conjuntura jurídico-brasileira,¹⁰ reclamam um conjunto de definições de ordem interpretativa para sua aplicação, notadamente, e em primeira linha, no que diz respeito à determinação do objeto de sua proteção. O deslinde dessa constatação foi a criação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo objetivo é “esclarecer o sentido de alguns direitos e suas correspondentes obrigações com os Estados”¹¹ por meio da prática de emissão de Observações Gerais. Relativamente ao direito à educação, se volta a OG 13/1999 a definir que, a despeito dos obstáculos estruturais e de outra natureza que impedem a aplicação plena do comando geral estatuído no art. 2.1 do Pacto, a educação é um dos maiores investimentos financeiros que um Estado

¹⁰ A recepção do PIDESC no Brasil se deu por meio do Decreto 591, de 6 de julho de 1992. Posta a sua precedência em relação à Emenda Constitucional 45 e, precisamente, ao § 3º, art. 5º da CF/88 por ela incluído, sublinha-se a sua natureza de norma de *status* supralegal.

¹¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011. p. 86.

pode fazer, considerada sua condição de pressuposto para o pleno exercício de outros direitos.¹²

O eixo central do art. 2.1 do PIDSC – e também o cerne da controvérsia que gera – parece acomodar-se nos deveres estatais de: a) agir no máximo dos recursos disponíveis; e b) de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos. Nessa seara, encontram-se circunscritos elementos fulcrais da teoria dos direitos fundamentais, como a noção de reserva do possível, de máxima eficácia e efetividade dos direitos e, finalmente, de proibição de retrocesso. Nota-se que, nesse particular, a proibição de retrocesso depreende-se da ideia de progressividade, que significa o avanço paulatino das condições necessárias à garantia de um direito.¹³ Se esse é o caso, pode-se inferir que não só o regredir é vedado pela norma como, inclusive, e expressamente, o mover-se é ordenado. Não por outra razão, asseguram Abramovich e Courtis que há sempre um ônus de justificar: a) o retrocesso; b) o não movimento e, ainda mais, c) o não movimento em maior rapidez, pois é preciso dar passos em prazo breve.¹⁴

No Brasil, admite-se ser preponderante a tese de que a vedação de reversibilidade tem caráter relativo, podendo o Estado retroagir em cenários de escassez acentuada. No plano diametralmente oposto, poder-se-ia alegar – de algum modo plasticamente – que o Estado tem um dever de cariz absoluto de não regredir, mantendo o grau de satisfação dos direitos e, desejavelmente, progredindo quanto à satisfação deles, independentemente do contexto.¹⁵ A despeito de qualquer divergência doutrinária quanto ao alcance da vedação, quer sob um viés absoluto, quer sob uma perspectiva relativa, o preceito é sinônimo de limitação do poder decisório estatal, condicionando, em graus diferenciados, a reformulação das estratégias do Estado para o futuro.

¹² OBSERVAÇÃO geral 13 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. OBSERVACIÓN general 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponível em: <<http://www.servindi.org/pdf/ObservacionesyRecomendacionesGenerales.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.

¹³ COURTIS, Christian. La prohibición de regressividad en materia de los derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian. *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 3-52, *passim*.

¹⁴ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011. p. 100.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 467, que se alinha à primeira vertente.

Impende advertir que o ônus probatório da impossibilidade de satisfação de um direito, na medida pleiteada, é sempre do Estado, sendo acertado presumir, a partida, sua capacidade promocional e, no mesmo passo, a presunção de inconstitucionalidade da medida retroativa,¹⁶ ou, ainda melhor, não progressiva. Nesse diâmetro, o contra-argumento à deverosidade estatal, nos limites da nomeada reserva do possível, surge quando a escassez de recursos salta aos olhos, obrigando o redimensionamento do dever de progressividade. Desse modo, defluiu-se que a hipótese de um regredir estatal só é justificável quando o Poder Público comprova “a falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como [a] eficiente aplicação dos mesmos”.¹⁷

Não passa despercebido o fato de o constituinte brasileiro ter renunciado à previsão de enunciado normativo que proíba a reversibilidade dos direitos fundamentais e ordene a progressividade, em que pese a importância que as categorias exercem como freios ante a potencial “erosão das normas de direitos fundamentais”.¹⁸ Além da ausência de uma previsão geral, também quando se propõe a aclarar os deveres correlatos aos direitos fundamentais em espécie, deixa de fazer qualquer alusão específica ao preceito. É isso que se verifica, relativamente, ao direito à educação, previsto no art. 6º da CF/88 entre os designados direitos sociais, e no complexo normativo que se estende do art. 205 ao art. 214, o qual cuida de pormenorizar os deveres estatais relativos àquele direito, reconhecendo, em termos gerais, que a educação é direito de todos, já que constitui dever do Estado (CF/88, art. 205), sem, contudo, a remissão a deveres específicos de não regressão da escala de satisfação desse direito e de progressividade.

Dessa invisibilidade constitucional não decorrem consequências de cariz negativo. Dito de outra maneira, podendo-se extrair do texto constitucional deveres implícitos ou não positivados,¹⁹ é cabível assentir quanto à existência de uma vedação de reversibilidade e uma ordenação de progressividade dos direitos

¹⁶ *Ibidem*, p. 472.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, p. 205, jul./dez. 2008.

¹⁸ Expressão consagrada, no Brasil. (SARLET, *op. cit.*, 2014, p. 413).

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 236-237.

fundamentais, em geral, e – ao que aqui revela importância – do direito à educação, em particular.

É sabido que a consecução de políticas públicas à satisfação de direitos fundamentais implica custos. Para o financiamento dos direitos, arvora-se o Estado do poder arrecadatório que lhe confere a Constituição Federal por intermédio de normas de natureza tributária. Trata-se do que, no sentir de Cristina Pauner-Chulvi, converte-se no dever constitucional de contribuir com a sustentação dos gastos públicos, ou, ainda, na responsabilidade cidadã com a manutenção do Estado e com sua obrigação de redistribuição de renda e riqueza.²⁰ Esse ciclo, que principia com a contribuição e perpassa pela arrecadação, culmina no dever estatal de decidir sobre *o quanto* e *o como*, necessários à implementação de direitos. Ocorre que esse cenário decisório é insuperavelmente marcado por um grau de escassez, razão pela qual decidir sobre direitos fundamentais é sempre enfrentar *tradeoffs*, isto é, fazer escolhas conflitantes, na medida em que tão logo solucionam um problema, criam outros.²¹ No mesmo sentido, é comum dizer-se que opções nessa seara são sempre trágicas – na expressão cunhada por Calabresi e Bobbitt –, pois que, ocasionalmente, “implicam a negação de direitos”,²² sendo o objeto de uma política pública o resultado de uma combinação entre um grau de não realização de um direito e a necessidade de realização de um mínimo irrenunciável pelo caminho menos ofensivo.²³

A dificuldade nas decisões alocativas centra-se no conflito, que é perene, entre a não limitação das necessidades, a limitação de recursos e, ainda por cima, a onerosidade da aplicação dos recursos arrecadados.²⁴ Apesar disso, curiosamente, a consideração acerca da escassez como uma constante invariavelmente atrelada à noção de direitos não recebeu toda a atenção, pelo menos, na seara constitucional. Não é descabido supor que a explicação para isso

²⁰ PAUNER CHULVI, Cristina. *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. Disponível em: <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10429/pauner.pdf;jsessionid=7F07818855EF3BE803FB5001A45E3AF8.tdx2?sequence=1>>. Acesso em: 2 nov. 2015. p. 78.

²¹ MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thomson Learning, 2006. p. 2006, [n.1].

²² AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 81.

²³ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: Norton, 1932. p. 149.

²⁴ Assim, ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 207.

tenha origem em um justificado temor de fragilização dos direitos fundamentais, até o ponto de, radicalmente, só ser possível falar nesses “onde há fluxo orçamentário que o permita”.²⁵ Contudo, ao revés do que possa parecer, assumir a escassez como fato tem o condão de pôr às claras os limites e as possibilidades das tomadas de decisão envolvendo direitos fundamentais, no âmbito público.

Soma-se à escassez como fato a igualmente incontestável relevância do direito à educação, que torna não demasiado afirmar, como o faz Canotilho, que tal direito constitui verdadeiro pressuposto de exercício de outros direitos fundamentais,²⁶ isto é, sua proteção serve a um fim específico, qual seja “formar o seu titular para o exercício de direitos fundamentais, permitindo que seja, ele próprio, a decidir seu futuro [...]; [sendo a educação] um direito a serviço da liberdade e da autonomia do educando”.²⁷ Tendo em conta sua importância, há quem o eleve à condição de direito mínimo para uma vida condigna,²⁸ o que o torna parte da noção de mínimo existencial, sendo esse o conjunto das

condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado [...] e que ainda exige prestações estatais positivas, [sendo certo que] sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade.²⁹

²⁵ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 204, referindo-se à tese de Sustain e Holmes quanto aos custos dos direitos.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 473.

²⁷ ÁLVAREZ-ÁLVAREZ, Leonardo. La educación en el Estado Social y Democrático de Derecho. El ideário educativo en la Constitución española. In: SARLET, Ingo Wolfgang; PRESTO-LINERA, Miguel Ángel (Ed.). *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 213.

²⁸ Nesse sentido, afirma-se: “O direito à educação fundamental é um elemento do mínimo existencial, compondo o núcleo da dignidade humana e, portanto, sendo oponível aos poderes constituídos. Imaginar que seu atendimento pode ficar na dependência exclusiva da ação e dos humores do Executivo – em equipar sua rede de ensino de maneira conveniente – e do Legislativo – em dispor sobre a concessão de bolsas de estudo em instituições privadas – é tornar totalmente sem sentido tudo que se expôs até aqui, assim como o próprio Estado de Direito Constitucional. Ao Judiciário compete tutelar o mínimo existencial, e isso pelos meios substitutivos que forem necessários e aptos a atingir tal fim”. (BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 298).

²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 313-314.

Nesse cenário, há de ser compreensível a presença, na CF/88, de normas de caráter dirigente relativas ao direito à educação, como é o art. 212, que determina a aplicação anual, pela União e pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, de, respectivamente, pelo menos, 18% e 25% da arrecadação de impostos na manutenção e no desenvolvimento do ensino. O delineamento da atuação estatal para o futuro denota, nesses termos, a preocupação constitucional com os limites do exercício do poder deliberativo-estatal quanto ao direito à educação.

Encima-se a teoria do dirigismo constitucional na premissa de que o legislador não pode conformar direitos de qualquer modo,³⁰ o que, na lembrança de Bercovici, não é o mesmo que afirmar que o programa constitucional tolhe a liberdade de conformação legislativa ou a discricionariedade do governo.³¹ Ao mesmo passo que as tarefas estatais se configuram como tarefas constitucionais,³² a Constituição consagra-se em sua função de ordem, caracterizando-se como ordem fundamental,³³ o que, longe de desaguar em ingovernabilidade por enfitamento das decisões políticas,³⁴ mostra-se contumaz, ainda no contexto brasileiro, para assegurar a realização de direitos fundamentais.³⁵

No sentir de Schulte, a obrigação de garantia do efetivo uso dos direitos por seus titulares afeta o Estado de maneira a torná-lo necessário promovedor de intervenções sociais.³⁶ É justamente nessa conjuntura que também se enleva o

³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15.

³¹ BERCOVICI, Gilberto A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 40, abr./jun. 1999.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. VIII-XV.

³³ *Ibidem*, p. 148.

³⁴ O que seria, em verdade, causado pelo que Bercovici e Massonetto chamam de “constituição dirigente invertida”. (BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Sep. do Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, v. XLIX, p. 18-19, 2006.

³⁵ Sem adentrar as discussões sobre os termos de sobrevida do dirigismo constitucional no Brasil, cuida-se, no presente, de assentir com a pertinência de sua aceitação, no sentido do defendido em SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 266 [n. 67].

³⁶ SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 302-303.

condicionamento fiscal³⁷ dos direitos, a prospecção de estratégias de blindagem contra o seu esvaziamento e de promoção de sua máxima eficácia e efetividade.

A proteção jurídica da educação como direito social no Brasil

Federalismo e competências constitucionais para a consecução de metas em matéria de educação

Nos termos do art. 23, inciso V, CF/88, cabe à União, aos estados, ao DF e aos municípios proporcionar os meios de acesso à educação. Trata-se de competência comum de natureza administrativa, fixada no realce de um federalismo cooperativo, como de sorte tem se afigurado o modelo de Estado brasileiro. Digna de nota, nesse ponto, é a lição de Horta, no sentido de que “a competência comum condensa preceitos e recomendações dirigidas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, traduzindo intenções programáticas do constituinte”³⁸ a ser executadas, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, na medida da colaboração entre os entes federativos, com vistas ao equilíbrio do desenvolvimento e ao bem-estar social, a qual deve ser fixada por legislação complementar. Ressalte-se que, na linha do art. 211 da CF/88, a colaboração entre os entes federativos se dará pela atribuição de responsabilidade à União quanto à organização do sistema federal de ensino, aos municípios quanto ao fomento do Ensino Fundamental e da Educação Infantil e aos estados e ao Distrito Federal quanto à promoção dos Ensinos Fundamental e Médio, tudo na condição de esfera de responsabilidade principal, mas não exclusiva, sob pena de contradição em face do dever de cooperação instituído.

É de recordar que o equacionamento da atuação dos entes federativos é realizado desde a premissa da predominância do interesse,³⁹ cabendo à União o pertinente ao interesse geral, aos municípios o que se aproxima do interesse local, e aos estados, os assuntos de afetação regional ou residual. A atuação coordenadora da União, em matéria educacional, é retirada, notadamente, do art.

³⁷ Na expressão de CONTRERAS-PELÁEZ, Francisco. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 112.

³⁸ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 355.

³⁹ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira et al. O Estado Democrático de Direito e a necessária reformulação das competências materiais e legislativas dos Estados. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 186, p. 157, abr./jun. 2010.

24, IX da CF/88, que, combinado com as regras de interpretação das competências concorrentes fixadas pelos parágrafos 1º a 4º do mesmo dispositivo, revela a atribuição do ente federativo para a edição de normas gerais afeitas à educação e o poder concorrente dos estados, do DF e dos municípios no campo da suplementação complementar ou supletiva, se for o caso.

A par disso, registre-se que também o art. 22 da CF/88, em seu inciso XXIV, ateadado ao estabelecimento de competências privativas da União, remete ao ente o poder de edição das diretrizes e bases da educação nacional. Se é verdade que se trata de patente exemplo de impropriedade técnica do sistema de competências brasileiro, como quer Almeida,⁴⁰ também é de lembrar que, no campo das dispersões normativas, no que toca aos poderes normativos em matéria de educação, também em outro lugar e de forma aparentemente redundante, firma a Constituição a competência para estabelecer o Plano Nacional de Educação. Esse, duração decenal, arrimado em regime de colaboração entre os entes federativos (art. 214), sendo que na mesma esteira dispõe o art. 9º, I da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que, contudo, expressamente incumbe à União criá-lo, ao mesmo tempo que diz que essa elaboração deverá contar com a colaboração dos estados, do DF e dos municípios. A criação de planos dessa natureza é, como lembra Bucci, “a expressão mais frequente das políticas públicas [...] [nas quais] se estabelecem os objetivos da política, suas metas temporais, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação”.⁴¹

Nesse contexto, comporta remeter à recente promulgação da Lei 13.005/2014, que institui o Plano Nacional vigente, após quatro anos de tramitação no Congresso Nacional e um interstício temporal de três anos em relação ao período de vigência prospectado para o plano anterior. Acobertadas pelo PL 8.035/2010, 20 metas multidimensionais e suas respectivas estratégias de concretização se justificaram como

⁴⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 97 ss.

⁴¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 133, p. 95, jan./mar. 1997.

movimento coletivo de construção política e programática, [marcado por] uma visão sistêmica da educação que abarque todas as etapas e modalidades da educação de maneira integrada, a fim de que elas se reforcem reciprocamente e desencadeiem um ciclo virtuoso de investimento em educação.⁴²

Após a apresentação de substitutivos na Câmara e no Senado, redefinição de metas e realocação de estratégias, a redação final aprovada firma compromissos acerca do(a) 1. Educação Infantil; 2. Ensino Fundamental; 3. Ensino Médio; 4. Educação Especial e Inclusiva; 5. Alfabetização; 6. Educação Integral; 7. Aprendizado adequado e na idade certa; 8. Escolaridade média; 9. Alfabetização e alfabetismo funcional de jovens e adultos; 10. Educação de Jovens e Adultos integrada à Educação Profissional; 11. Educação Profissional; 12. Educação Superior; 13. Titulação de professores da Educação Superior; 14. Pós-Graduação; 15. Formação de Professores; 16. Formação Continuada e Pós-Graduação de Professores; 17. Valorização do professor; 18. Plano de carreira docente; 19. Gestão democrática; e 20. Financiamento da educação.⁴³

Se tudo isso se erige tomando em conta a repartição de competências desenhada na Constituição, a atuação dos entes federados importa uma coordenação permanente de modo a não subtrair responsabilidades e encampar esforços conjugados perante metas que são facialmente complexas. De tal sorte, é preciso sublinhar, como o faz Nina Ranieri, que suportar encargos obriga, simultaneamente, pensar em receitas.⁴⁴ Para Daniel Cara e Luiz Araújo, desde a proposta inicial apresentada ao Congresso, há um ocultamento do problema do financiamento da educação brasileira, o que se percebe, primeiramente, com a ausência de qualquer diagnóstico ou planilha de custos na proposição normativa. Ainda lembram que só após o início da tramitação do projeto de lei é que o Ministério da Educação apresentou o “PNE 2011-2020: metas e estratégias” e a “Previsão de investimento necessário para cumprir o PNE, além do investimento

⁴² PL 8.035/2010 – CONGRESSO NACIONAL. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/pl-8035-10-plano-nacional-deeducacao>>. Acesso em: 12 out. 2014. p. 31. Sítio no qual se pode encontrar, ainda, toda a tramitação do PL até sua conversão na supracitada lei.

⁴³ Para o acompanhamento contínuo das metas, remete-se ao OBSERVATÓRIO do PNE. Disponível em: <<http://www.observatoriodopne.org.br/>>. Acesso em: 12 out. 2014.

⁴⁴ RANIERI, Nina. Os estados e o direito à educação na Constituição de 1988: comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: RANIERI, Nina (Coord.). *Direito à educação: aspectos constitucionais*. São Paulo: Edusp, 2009. p. 44.

atual de 5% do PIB”, ambos documentos orientadores das matrizes do plano e do volume de recursos a ser dispendido para sua realização.⁴⁵

A despeito da crítica, não parece ser outra a finalidade da Meta 20 do PNE, que atenta exatamente ao tema do financiamento dos programas educacionais ao fixar o compromisso de ampliar o investimento público em educação pública de forma a atingir, no mínimo, o patamar de 7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) do País no 5º (quinto) ano de vigência desta lei e, no mínimo, o equivalente a 10% (dez por cento) do PIB no final do decênio. Entre as estratégias guindadas, destacam-se a garantia de fontes de financiamento permanentes e sustentáveis (20.1), a criação de lei complementar, na esteira do demandado pelo art. 23, parágrafo único da CF/88, para a cooperação entre União, estados, DF e municípios (20.9) e a destinação de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural e outros recursos à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, a ser acrescida ao já vinculado recurso inserto no art. 212 da CF/88 (20.3).⁴⁶

Na conjuntura do marco legal da política educacional, tem-se que o concernente ao nicho das competências federativas e ao financiamento da atuação dos entes federados constitui importante e primacial aporte à satisfação do direito à educação no Brasil. Se os contornos que traçam a nossa Constituição e, mais recentemente, o PNE, se afigurarem viabilizadores do cumprimento das metas tracejadas, será acertado ressaltar que o caráter programático das normas relativas à educação não gravou de inocuidade a atuação estatal, afinando-se, bem dizer, ao dever de satisfação maximizada do direito.

⁴⁵ ARAÚJO, Luiz; CARA, Daniel. O financiamento do PNE II. In: MANHAS, Cleomar (Org.). *Quanto custa universalizar o direito à educação?* Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2011. p. 67-68.

⁴⁶ A regulamentação da destinação de receitas do Pré-Sal para as áreas de educação e saúde se dá pela Lei dos *Royalties* – Lei 12.858/2013, que, precisamente em seu art. 2º, § 3º, dispõe: “União, Estados, Distrito Federal e Municípios aplicarão os recursos previstos nos incisos I e II deste artigo no montante de 75% (setenta e cinco por cento) na área de educação e de 25% (vinte e cinco por cento) na área de saúde.” (Grifamos). Ressalta-se também o art. 4º, que carrega o mencionado na Estratégia 20.3 do PNE quanto à adição dos recursos dos *royalties* aos vinculados no art. 212 da CF: “Os recursos destinados para as áreas de educação e saúde na forma do art. 2º serão aplicados em acréscimo ao mínimo obrigatório previsto na Constituição Federal.” Para além disso, já a Lei do Pré-Sal – Lei 12.351/2010 havia criado, em seu art. 47, o Fundo Social (FS) do Pré-Sal, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos na área da educação (inciso I).

Arquitetura das posições jusfundamentais protegidas pela Constituição Federal de 1988

O plexo de posições juridicamente protegidas no Texto Constitucional relativas à educação verbera a conveniência de se falar em um direito geral à educação do qual é possível extrair condutas de distintos matizes. Sendo esse um direito de faceta preponderantemente positiva, a expectativa principal gerada por sua positivação é de uma atuação comissiva por parte do Estado, notadamente com a finalidade de protegê-lo e promovê-lo. A par e concomitantemente, extraem-se, também dele, expectativas negativas, quais sejam as assim designadas “liberdades sociais” em matéria de educação, a exemplo das liberdades de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, reunidas no art. 206, inciso II.

Compreender o direito à educação como um todo é, dessa maneira, assimilar as relações entre seus titulares e destinatários em esquadras distintas, mas sem operar qualquer sorte de clivagem tendente a imprimir um regime de tutela que privilegie alguma de suas dimensões a despeito de outras. Isso significa adotar um regime único de tutela da educação, o que não importa invisibilizar diferenças a depender de seu campo de incidência e pretensões geradas.

No âmbito público, isto é, no espaço de condução estatal da implementação do direito – que é, sublinha-se, o que importa nessa oportunidade⁴⁷ – prevê a Constituição, em seu art. 205, que é dever do Estado a promoção da educação visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.⁴⁸ O mesmo enunciado é imperativo na definição da titularidade, assegurando tratar-se de direito de todos. No que diz respeito a esta última, há que se compreender que, com a expressão, o constituinte lança mão da titularidade simultaneamente individual e coletiva do direito à educação, que o faz exigível nas duas dimensões, ainda que penda uma

⁴⁷ Lembra-se, contudo, que a incidência privada do direito à educação é uma previsão expressa da Constituição, em seu art. 209, segundo o qual, “o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas às seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação da qualidade pelo Poder Público”. O não tratamento do tema, nessa esfera, justifica-se, exclusivamente, por questões metódicas atreladas ao recorte da abordagem.

⁴⁸ A definição do tipo de educação a ser fornecida qualifica a prestação estatal, que deve estar apta a: desenvolver a autonomia do indivíduo (pleno desenvolvimento da pessoa); capacitar à participação democrática (preparo para o exercício da cidadania) e fornecer preparo profissional (qualificação para o trabalho). (MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001. p. 160-161).

preferência por aquela última.⁴⁹ O estiramento disso é que o Estado investe-se dos deveres de promoção do direito à educação mediante políticas públicas, prioritariamente, visando a atingir uma coletividade, ao mesmo passo que a ele compete atender, de alguma maneira, às demandas individuais judicializáveis. Outro não poderia ser, aliás, o entendimento extraído mesmo do art. 5º, *caput*, que dispõe sobre a titularidade dos direitos fundamentais, ainda que, especialmente em razão do fato *custo*, tão caro à disciplina dos direitos sociais,

a titularidade individual [desses] esteja atualmente associado ao assim designado direito (e garantia) ao mínimo existencial, por sua vez, fundado essencialmente na conjugação entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, e que, precisamente por essa fundamentação, não pode ter sua titularidade individual afastada, por dissolvida numa dimensão coletiva.⁵⁰

No mais, para Ranieri, a Constituição ainda alarga a titularidade do direito à educação a grupos de pessoas indeterminados, como as gerações futuras, especialmente a partir

do art. 210 (relativo aos conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais), e de seu § 2º (que, como exceção à regra geral de utilização da língua portuguesa no ensino fundamental, assegura às comunidades indígenas a utilização de línguas maternas).⁵¹

Quanto aos deveres estatais, além da referência a um dever geral no art. 205, expresso e correlato, a Constituição insere, no art. 208, um conjunto de deveres fundamentais específicos e de caráter prestacional. Vejam-se, nesse particular, os deveres: a) de Educação Básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; b) de progressiva universalização do Ensino Médio gratuito; c) de atendimento educacional especializado aos

⁴⁹ Pelos argumentos que se apresentam ao direito à saúde (SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 4, n. 10, p. 205-229, jan./mar. 2010 e podem, sem qualquer distorção, ser transportados à educação.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 4, n. 10, p. 216, jan./mar. 2010.

⁵¹ RANIERI, Nina. Os Estados e o direito à educação na Constituição de 1988: comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: RANIERI, Nina (Coord.). *Direito à educação: aspectos constitucionais*. São Paulo: Edusp, 2009. p. 45.

portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; d) de Educação Infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; e) de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; f) de oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; e g) de atendimento ao educando, em todas as etapas da Educação Básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Essa enumeração de deveres torna incontroversa a existência de um direito público subjetivo (CF/88, art. 208, § 1º), que corrobora a possibilidade de exigibilidade individual e coletiva daquele direito perante a não oferta e permite a responsabilização da autoridade competente por omissão. (CF/88, art. 208, § 2º).

Para além de tais disposições constitucionais, importa lembrar que um direito de viés prestacional se desmembra também em exigências de organização e procedimento, materializadas em regras para a obtenção de um resultado conforme os direitos fundamentais.⁵² No tocante ao direito à educação, se alocam, nessa categoria, por exemplo, a garantia da autonomia universitária, prevista no art. 207, a criação do Plano Nacional de Educação, no art. 214, e a vinculação de receitas públicas com finalidade definida pela Constituição em seu art. 212.

Vinculação constitucional de receita mínima para a satisfação do direito à educação no Brasil: uma leitura do art. 212 da Constituição Federal em conformidade com o dever de progressividade relativo aos direitos sociais

Na seara do financiamento do direito à educação, o Título VII da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) dispõe sobre os recursos públicos que se prestam a fornecer condições de exercício das competências constitucionais administrativas dos entes federados, no que pertine à matéria. Ademais, configuram as normas ali ajuntadas concreções do Texto Constitucional, que, de maneira geral, refere-se ao custeio da educação em seus arts. 212 e 213.

Segundo o art. 68 da LDB, a origem dos recursos destinados à educação encontra-se: a) na receita de impostos próprios da União, dos estados, do Distrito

⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 473.

Federal e dos municípios; b) na receita de transferências constitucionais e outras transferências; c) na receita do salário-educação e de outras contribuições sociais; d) na receita de incentivos fiscais, cabendo, ainda, a instituição de outras fontes de financiamento por meio de lei.⁵³

Para assegurar a concretização da tarefa constitucional, o constituinte⁵⁴ lança mão da técnica de vinculação de receitas, ordenando que, no mínimo, 18%, no âmbito da União, e 25%, no âmbito dos estados, do DF e dos municípios da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, sejam direcionados à manutenção e ao desenvolvimento do ensino. O art. 69 da LDB reproduz o substrato do que está disposto no art. 212 da CF/88 com a seguinte redação:

A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, vinte e cinco por cento, ou o que consta nas respectivas Constituições ou Leis Orgânicas, da receita resultante de impostos, compreendidas as transferências constitucionais, na manutenção e desenvolvimento do ensino público.

O que o que se deve e o que não se deve compreender por despesas à manutenção e ao desenvolvimento do ensino estão elencados nos subsequentes arts. 70 e 71, respectivamente. Relativamente à receita da União destinada, obrigatoriamente, às políticas públicas promotoras de educação, há que se ressaltar a recente EC 95/2016, assim designada “Emenda do teto dos gastos públicos”, que incluiu o art. 110 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), dispondo, no ponto, que, na vigência do novo regime fiscal,

⁵³ No âmbito das contribuições sociais às quais se refere o art. 149 da CF/88, destaca-se aquela disciplinada pela Lei 10.168/2000, nomeada CIDE-Tecnologia, cujo fim é financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para apoio à inovação. O realce aqui operado deve-se ao fato de a lei, no esteio da arrecadação para composição do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, fixar uma subvinculação mínima em seu art. 6º, determinando que “trinta por cento [dos recursos], no mínimo, serão aplicados em programas de fomento à capacitação tecnológica e ao amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste”. (Grifamos). Tal opção, pensa-se, está adequadamente afinada especialmente com um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja a redução das desigualdades sociais e regionais. (CF/88, art. 3º, III).

⁵⁴ A técnica de reserva obrigatória de recursos para a educação não é uma novidade na Constituição de 1988. Apesar disso, não deixou há muito de ocupar (e dividir) os parlamentares constituintes. Para uma revisita a textos constitucionais progressos e uma caminhada pelo processo constituinte de 1987/1988 sobre o tema (CASTRO, Jorge Abrahão de. *Financiamento da Educação no Brasil. Em aberto – Financiamento da Educação no Brasil*, Brasília: Inep, n. 74, p. 11-32, 2001).

as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de manutenção e desenvolvimento do ensino serão correspondentes, “no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do [...] do *caput* do art. 212, da Constituição Federal” e, nos exercícios posteriores, aos valores calculados às aplicações mínimas do exercício anterior, corrigidos pela variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPCA).⁵⁵

Note-se, nesse particular, que a LDB alude à possibilidade de outros percentuais serem fixados nas esferas estadual e municipal, por meio de Constituições e Leis Orgânicas. Se tomada de empréstimo a noção de simetria constitucional como geradora de um dever de observação obrigatória da sistemática ditada pela Constituição Federal,⁵⁶ então só se pode compreender tal dispositivo como autorizador de fixação de percentuais a maior, coibida a interpretação de suposta autorização da redução dos percentuais constitucionais, sob pena de afronta à própria Constituição Federal vigente.

Para além da referida vinculação constitucional, cabe realçar a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), por meio da EC 53/2006, em substituição ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), que vigorou de 1998 a 2006. Tal fundo conduz à subvinculação de 20% (5% a mais que o antecessor Fundef), o qual se destinava, exclusivamente, à Educação Fundamental – das receitas dos impostos e transferências dos estados, do DF e dos municípios vinculados à área educacional para a promoção de Educação Básica.

Os percentuais fixados pelo art. 212 da CF/88 foram objeto de discussão na Conferência Nacional de Educação (Conae), realizada em 2010. Por ocasião do encontro, aprovou-se a proposta de aumento dos percentuais mínimos de receitas provenientes de impostos, das taxas e contribuições sociais que a União, os estados, o DF e os municípios investem em educação para 25%, no caso da União,

⁵⁵ Sem que se adentre propriamente na problemática, é de suspeitar que tal mudança no tocante ao financiamento da educação atinja, consideravelmente, a concretização das metas projetadas pelo PNE, ainda mais se se tem em conta que o novo regime fiscal provoca um efeito cascata sobre as áreas sociais, como a educação, em havendo extrapolação do teto global de gastos, o que reclama, ao menos, uma avaliação quanto à constitucionalidade da reforma e seu alinhamento aos propósitos do poder constituinte originário.

⁵⁶ ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição constitucional e federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 107.

e de 30%, no caso dos estados, de DF e dos municípios. A proposta, que se voltava ao empreendimento de solucionar alguns dos pontos sensíveis da promoção do direito à educação no Brasil, entre os quais a atuação ainda insuficiente da União nos contornos da Educação Básica e a existência de um regime de colaboração falho entre os entes federativos, não foi, contudo, incorporada ao Plano Nacional de Educação (PNE).⁵⁷

A vinculação de receitas provenientes de impostos constitui exceção ao princípio da não afetação que rege o Direito Financeiro e se encontra expresso no art. 167, IV da CF/88, 1ª parte: “São vedados [...] a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa”, bem como, transversalmente, no art. 4º, II do Código Tributário Nacional (CNT): “A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: [...] a destinação legal do produto da sua arrecadação.” Nessa linha, é que, regra geral, o dever constitucional de contribuição é qualitativamente determinado, posto que se destina a satisfazer direitos fundamentais, mas quantitativamente indeterminado, sendo a quantia a gastar objeto de deliberação posterior.⁵⁸

Na esteira de Torres, tal flexibilização à aludida regra, descambada pela vinculação, tem a “desvantagem de engessar o orçamento público, e, se não reservadas à garantia de direitos fundamentais, tornam-se meras políticas públicas indevidamente constitucionalizadas”.⁵⁹ Ainda no derredor do tema, importa lembrar que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) fixou, em seu art. 8º, parágrafo único, que “os recursos legalmente vinculados à finalidade específica serão utilizados, exclusivamente, para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”.

Considerado o fim legítimo de satisfação dos direitos sociais, no âmbito da Conae, ressaltou-se, precisamente, a necessidade de revogar, de imediato, a

⁵⁷ CONAE. Conferência Nacional de Educação. Documento final. 2010. p. 101 ss. Disponível em: <http://conae.mec.gov.br/images/stories/pdf/pdf/documentos/documento_final.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014.

⁵⁸ PAUNER CHULVI, Cristina. *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. p. 153-154. Disponível em: <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10429/pauner.pdf;jsessionid=7F07818855EF3BE803FB5001A45E3AF8.tdx2?sequence=1>>. Acesso em: 2 nov. 2014.

⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 118.

Desvinculação de Receitas da União (DRU) para todas as áreas sociais.⁶⁰ A técnica de desvinculação de receitas é usada com o propósito de garantir maleabilidade administrativa com o aumento dos recursos de livre-alocação, ditos ordinários, para, por exemplo, pagamento de juros da dívida pública, visando a atingir as metas relativas ao *superávit* primário. Não são outras as razões a justificar a redação do art. 76 do ADCT conferida pela EC 68/2011,⁶¹ nos termos do qual

são desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2015, 20% (vinte por cento) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.

No tocante à educação, convém recordar que a EC 59/2009 acrescentou o § 3º ao art. 76, a fim de reduzir o percentual da desvinculação anualmente, sendo que

para efeito do cálculo dos recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição, o percentual referido no *caput* deste artigo será de 12,5 % (doze inteiros e cinco décimos por cento) no exercício de 2009, 5% (cinco por cento) no exercício de 2010, e nulo no exercício de 2011.

Por essa razão é que na redação que empresta a EC 68/2011 ao § 3º, “para efeito do cálculo dos recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, o percentual referido no *caput* será nulo”. Note-se, ainda, que, desde sua origem, a Desvinculação de Receitas da União (DRU) manteve-se ao largo da contribuição social do salário-educação destinado à Educação Básica, no sentido contornado pelos arts. 212, § 5º da CF/88 e 76, § 2º do ADCT.

⁶⁰ CONAE. Conferência Nacional de Educação. Documento final. p. 101 ss. Disponível em: <http://conae.mec.gov.br/images/stories/pdf/pdf/documentos/documento_final.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014. p. 101 e seq.

⁶¹ As precedências normativas estão na EC 27/2000, que instituiu a DRU através da inclusão do art. 76 no ADCT, com vigência no período de 2000 a 2003, e na EC 56/2007, que prorrogou esse período até 31 de dezembro de 2011. Antes disso, contudo, lembra Fernando Facury Scaff que, na condição de antecedentes da DRU estão o Fundo Social de Emergência (FSE) e o Fundo de Estabilização Fiscal. Para análise particular de cada um. (SCAFF, Fernando Facury. Direitos humanos e desvinculação das receitas da União (DRU). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 236, p. 33-55, abr./jun. 2004).

É, de toda sorte, importante assentar que a DRU é questionada em sua constitucionalidade quando está em questão o financiamento de direitos sociais, sendo, por exemplo, para Scaff, uma efetiva violação à supremacia constitucional,⁶² dado o fato de se tratar de uma opção do constituinte originário a destinação de receitas à garantia de condições mínimas de vida digna. Dessa sorte, observa o autor, ainda, que mais comprometida fica a promoção de direitos sociais se tomado em conta que a DRU não foi acompanhada, em sua concepção originária, de nenhuma finalidade expressa quanto ao emprego dos recursos desvinculados, de maneira que não haveria obrigação de sua utilização em qualquer finalidade social específica.⁶³⁻⁶⁴

É incontroverso que constitui óbice à satisfação dos direitos sociais – e, particularmente, do direito à educação – a dívida pública nacional, e que a política de desvinculação enfileira-se, também, com o propósito de sanar seus juro. É tamanha a dimensão da dívida que, no diagnóstico de Caliendo, “existe uma reserva do possível geral no Brasil que impede os gastos sociais”.⁶⁵

Se isso é certo, não menos relevante é destacar que a tributação tem, igualmente, entre suas funções, o alargamento da reserva do possível, fornecendo os elementos à satisfação de direitos sociais, sendo que, no caso da educação, isso ocorre com as vinculações constitucionais correlatas; a instituição de incentivos fiscais; e com o uso da extrafiscalidade, destacando-se, neste último ponto, por exemplo, a possibilidade de dedução do imposto de renda das despesas com

⁶² SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Verba Juris*, ano 4, n. 4, p. 96, jan./dez. 2005. Em outra oportunidade, parece o autor se alinhar à tese de que a desvinculação de receitas não conduz necessariamente a um alvitramento da Constituição, embora seja isso o que tem ocorrido devido ao contingenciamento irregular de recursos (SCAFF, op. cit., p. 48).

⁶³ SCAFF, op. cit., 2004, p. 40

⁶⁴ Apensa-se, em linha contrária, a mensagem que acompanha a PEC 50/2007, para a progressão da DRU: “É importante ressaltar que a existência da DRU não tem impedido a expansão de programas sociais prioritários, a exemplo do bolsa-família e da ampliação das dotações destinadas à educação, que deverá prosseguir nos próximos anos com o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais de Educação (Fundeb). Ao contrário, a DRU tem permitido à administração pública estabelecer prioridades e alocar recursos para o atendimento dessas prioridades.” EXPOSIÇÃO de motivos 00046/2007 – MF/MP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2007/46%20-%20MF%20MP.htm>. Acesso em: 19 out. 2014.

⁶⁵ CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 202.

educação (Educação Básica, Técnica e Superior, o que engloba graduação e pós-graduação), no compasso do que já vem sendo disposto desde o art. 15 da Lei 4.357/1964, bem como a imunidade tributária fixada no art. 150, VI, c, reproduzido no art. 9º, IV, c do CTN, que abarca as instituições de educação sem fins lucrativos, assim concebidas aquelas que se enquadram no definido art. 14 também dessa lei.

Diametralmente oposta e ensejadora da diminuição da reserva do possível é a prática de desvio de recursos para finalidades distintas à promoção de direitos sociais, conduzida, a exemplo, pela desvinculação de receitas públicas da União.⁶⁶

É sobre os mesmos fundamentos que se prospecta, aqui, a necessidade – e, se é assim, também a possibilidade – de uma leitura constitucionalmente adequada da vinculação de percentuais mínimos à condução de políticas públicas educacionais empreendida pelo art. 212 da CF/88. A fixação de um dever mínimo é compatível com o constitucionalismo dirigente, estabelecedor da proteção e promoção máximas e progressivas dos direitos, se e estritamente, quando compreendido em conjunto com o dever de reconhecimento da eficácia *prima facie* plena e aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, assentada no § 1º, art. 5º da CF/88.⁶⁷ Ora, se é verdade que há um dever de fundamentar a recusa a conferir a máxima efetividade às normas de direitos fundamentais, o dispositivo tenderia a fornecer um alibi, apto a tornar tal argumentação prescindível, posto que o cumprimento do mínimo é, ao mesmo tempo, a ocorrência de hipótese fática da norma. Contudo, em sentido oposto, e acertadamente, pode-se inferir que o art. 5º, § 1º indica um processo de maximização da realização dos direitos, que acaba por situar o art. 212 da CF/88, como ponto de partida e não de chegada.

No mais, se o dever de pagar tributos é uma espécie de dever fundamental autônomo que serve à satisfação de direitos,⁶⁸ não pode ser esse um nicho a operar uma restrição enviesada ao direito à educação, limitando o *quantum* a ser despendido na sua realização. Disso decorre que a única interpretação compatível

⁶⁶ Tudo isso na esteira de CALIENDO, op. cit., 2008, p. 206.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 269 ss.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 236-237.

da vinculação constitucional de receita mínima com a dogmática dos direitos fundamentais é a que aqui se sublinha.

A progressividade que marca o dirigismo constitucional é, ademais, revelada em ações atuais voltadas ao aumento de investimentos na educação, como as já referidas metas afixadas no PNE, que determinam a destinação de 10% do PIB nacional à educação, no prazo de 10 anos, e a condução de parcela da participação ou compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural e outros recursos para o mesmo fim, fato que, aliás, corrobora o aqui disposto.

Por fim, se é bem verdade que a alocação progressiva de recursos à educação não converge, necessariamente, ao aumento da qualidade e equidade das ações do ensino de que fala o § 3º, art. 212, certamente, constitui premissa basilar para o atingimento delas, firmando-se como sua condição de possibilidade.

Considerações finais

O compromisso firmado na CF/88 no tocante à educação por ocasião da vinculação de receita mínima à satisfação do direito é revelador da natureza dirigente das normas constitucionais que o assentam, bem como da importância conferida pelo constituinte originário à consecução de fins sociais. Presume-se que há efetivo benefício no atrelamento de receitas quando está em questão um direito social, pois a destinação exclusiva importa a garantia tendente a promover o direito.

Se esse é o fundamento para a vinculação de receita mínima no art. 212 da CF/88, conclui-se que outra não poderia ser a interpretação de tal previsão se não aquela que pugna pela compreensão de que o dever estatal, em todos os níveis da Federação, não se esgota com a aplicação do *quantum* ali definido. O dever do Estado para com a educação de que trata o art. 205 da CF/88 é, assim, um dever de satisfação progressiva, sendo o mínimo apenas a fatia inegociável de sua promoção – o que não importa dizer que seja exclusivamente essa a parcela esperada.

Esse entendimento é suportado pelo designado dirigismo constitucional, tal como, e concomitantemente, pela noção de progressividade dos direitos sociais, da qual decorre a proibição de regressividade dos direitos. Também com fulcro no art. 5º, § 1º da CF/88, isso quer dizer que compete à União, aos estados, ao DF e aos municípios a aplicação do mínimo em matéria de educação, do mesmo modo

que compete a esses agradecer os investimentos nessa seara, sob pena de dissonância em relação ao projeto constitucional.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais*. Estoril: Princípia, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ÁLVAREZ-ÁLVAREZ, Leonardo. La educación en el Estado Social y Democrático de Derecho: el ideário educativo en la Constitución española. In: SARLET, Ingo Wolfgang; PRESTO-LINERA, Miguel Ángel (Ed.). *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 209-232.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Luiz; CARA, Daniel. O financiamento do PNE II. In: MANHAS, Cleomar (Org.). *Quanto custa universalizar o direito à educação?* Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2011. p. 67-82.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição Constitucional e Federação*: o princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira et al. O Estado Democrático de Direito e a necessária reformulação das competências materiais e legislativas dos Estados. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 186, p. 153-69, abr./jun. 2010.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BERCOVICI, Gilberto A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

_____; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Sep. do Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, v. XLIX, 2006.

BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4543 MC/DF*, rel. min. Cármen Lúcia. Julgada em: 19/10/2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: Norton, 1932.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 195-208.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Jorge Abrahão de. Financiamento da Educação no Brasil. *Em Aberto – financiamento da educação no Brasil*, Brasília: Inep, n. 74, p. 11 -32, 2001.

CONAE. Conferência Nacional de Educação. Documento final. Disponível em: <http://conae.mec.gov.br/images/stories/pdf/pdf/documentos/documento_final.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de los derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian. *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 3-52.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

EXPOSIÇÃO de motivos 00046/2007 – MF/MP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2007/46%20MF%20MP.htm>. Acesso em: 19 out. 2014.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumem, 2005.

HORTA, Raul Machado. *Direito consTitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thomson Learning, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

OBSERVAÇÃO geral 13 do Pacto Interacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais = OBSERVACIÓN general 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponível em: <<http://www.servindi.org/pdf/ObservacionesyRecomendacionesGenerales.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.

OBSERVATÓRIO do PNE. Disponível em: <<http://www.observatoriodopne.org.br/>>. Acesso em: 12 out. 2014.

PAUNER CHULVI, Cristina. *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. Disponível em: <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10429/pauner.pdf;jsessionid=7F07818855EF3BE803FB5001A45E3AF8.tdx2?sequence=1>>. Acesso em: 2 nov. 2014.

PL 8.035/2010. CONGRESSO NACIONAL. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoestemporarias/especiais/54a-legislatura/pl-8035-10-plano-nacional-de-educacao>>. Acesso em: 12 out. 2014.

QUEIROZ, Cristina. *O principio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

RANIERI, Nina. Os estados e o direito à educação na Constituição de 1988: comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: RANIERI, Nina (Coord.). *Direito à educação: aspectos constitucionais*. São Paulo: Edusp, 2009. p. 39-59.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 4, n. 10, p. 205-229, jan./mar. 2010.

_____. Posibilidades y desafíos de un Derecho Constitucional común latinoamericano. un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 11, p. 26, 2009.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, p. 179-234. jul./dez. 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos humanos e desvinculação das receitas da União (DRU). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 236, p. 33-55, abr./jun. 2004.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Verba Juris*, ano 4, n. 4, p. 79-104, jan./dez. 2005.

SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 301-332.

SILVA, Virgílio Afonso da. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 605-618.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 313-339.

8

Desenvolvimento sustentável, *rule of law* e a vinculação do princípio da sustentabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Sustainable development, rule of law and the vinculation of the principle of sustainability in brazilian legal ordinance

Augusto Antônio Fontanive Leal^{*}
Carlos Alberto Molinaro^{**}

Resumo: O presente artigo tem por objetivo demonstrar que o princípio da sustentabilidade, presente na interpretação da Constituição Federal de 1988, vincula todo ordenamento jurídico brasileiro gerando novo Estado de Direito. Para tanto, o estudo será abordado em três tópicos: a) o desenvolvimento sustentável no Direito Internacional como solução para a crise ambiental; b) a aproximação entre desenvolvimento e sustentabilidade como meio para conceituar o desenvolvimento sustentável; e c) a interpretação do princípio da sustentabilidade no Estado de Direito a partir da Constituição e sua vinculação exercida sobre o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, poder-se-á determinar como a vinculação do princípio da sustentabilidade opera no sentido compreensivo do ordenamento jurídico e condiciona a interpretação jurídica, voltando-se a um novo Estado de Direito.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável. Meio ambiente. Princípio da sustentabilidade. Hermenêutica. Estado de Direito.

Abstract: The purpose of this article is to demonstrate that the principle of sustainability, present in the interpretation of the Federal Constitution binds all Brazilian legal systems creating a new Rule of Law. To do so, the study will be addressed in three topics: a) the sustainable development at the International Law as a solution to the environmental crisis; b) the approximation between development and sustainability as a means to conceptualize sustainable development; e c) the interpretation of the principle of sustainability in the Rule of Law from the Constitution and its linkage to the Brazilian legal system. Thus, it will be possible to determine how the linkage of the principle of sustainability operates in a comprehensive sense of the legal order and conditions the legal interpretation to a new Rule of Law.

Keywords: Sustainable development. Environment. Principle of sustainability. Hermeneutics. Rule of Law.

Introdução

O conceito de desenvolvimento sustentável surgiu como uma resposta em meio às preocupações ambientais que tomaram conta do cenário mundial, principalmente em decorrência do reconhecimento da finitude dos recursos naturais, da poluição e de uma crise ambiental em aproximação.

^{*} Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre e graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS).

^{**} Professor no Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Muito embora não se tenha solução absoluta às demandas ambientais em suas diversas expressões e setores, o desenvolvimento sustentável surge como um dos meios que possibilitam trazer soluções tanto em curto como em longo prazo, para evitar uma catastrófica crise mundial conduzida pela problemática ambiental.

A sustentabilidade opera mediante a proposta de proporcionar um conteúdo de bem-estar ao momento presente sem, contudo, impossibilitar o bem-estar futuro. Porém, esse ideal somente pode vir a tomar forma, a partir da vinculação dos Estados aos deveres que lhe são atribuídos em decorrência de tratados e convenções internacionais. Dentre as referidas normas, é oportuno referir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (Agenda 2030), que compõem 17 objetivos e 169 metas a serem alcançados.¹

Além da importância da Agenda 2030, é possível perceber os efeitos em escala global decorrentes das questões que envolvem as regulações ambientais. Exemplificativamente, pode-se mencionar a decisão de saída do presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, do Acordo de Paris sobre mudanças climáticas,² e as consequentes reações internas, como é o caso do prefeito de Pittsburgh, Bill Peduto, que assegurou observância das diretrizes do Acordo de Paris,³ bem como reações de âmbito internacional, como é o caso do presidente da França, Emmanuel Macron, ao afirmar que o Acordo de Paris não será renegociado.⁴

Nesse norte, o princípio da sustentabilidade, observado tanto como um princípio constitucional nacional quanto internacional,⁵ remonta a um novo padrão de configuração constitucional, de modo que se pode analisar a possível

¹ Ver: ONU. Organização das Nações Unidas. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E>. Acesso em: 6 jun. 2017.

² Trump anuncia saída dos EUA do Acordo de Paris sobre mudanças climáticas. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/noticia/trump-anuncia-saida-dos-eua-do-acordo-de-paris-sobre-mudancas-climaticas.ghtml>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

³ Pittsburgh Mayor Bill Peduto Hits Back at President Trump: 'We Will Follow the Guidelines of the Paris Agreement'. Disponível em: <<http://time.com/4802340/paris-agreement-pittsburgh-mayor-bill-peduto-donald-trump/>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

⁴ Após saída dos EUA, Macron diz que Acordo de Paris não será renegociado. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/noticia/apos-saida-dos-eua-macron-diz-que-acordo-de-paris-sao-sera-renegociado.ghtml>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

⁵ Para Bosselmann, um constitucionalismo global-ambiental facilitaria a correlação entre o Direito Internacional e o Direito Interno de cada país. (BOSSELMANN, K. Global environmental constitutionalism: mapping the terrain. *Widener Law Review*, v. 21, n. 2, p. 172, 2015).

existência de nova forma de Estado de Direito. Para chegar a essa conclusão, propõe-se um estudo neste artigo, dividindo-o em três capítulos.

O primeiro diz respeito ao surgimento do conceito de desenvolvimento sustentável no cenário mundial, a partir de uma conceituação da crise ambiental e como a sustentabilidade tem mobilizado diversos acordos internacionais. O segundo capítulo versa sobre a conceituação de desenvolvimento sustentável para além de uma ótica de crescimento econômico desregulado, abordando o desenvolvimento a partir de um conceito ambiental. O terceiro capítulo, por fim, busca comprovar a vinculação interpretativa que o princípio da sustentabilidade, em um reformulado Estado de Direito, opera sobre todo o ordenamento jurídico.

Com isso, pretende-se, no final, demonstrar como o princípio da sustentabilidade exerce força vinculativa sobre o ordenamento jurídico, proporcionando um condicionamento da interpretação jurídica, de modo a estabelecer novo modelo de Estado de Direito.

A crise ambiental e o surgimento do conceito de desenvolvimento sustentável no cenário internacional

Com a finalidade de solucionar o agravamento de uma crise ambiental, buscaram-se ferramentas, principalmente em acordos internacionais, que versassem, ao menos em alguns aspectos, sobre a proteção ambiental e a continuidade da vida na Terra. Importante é referir, para dar tom à proposta desta pesquisa, que a crise ambiental pode ser considerada a partir da ótica da dificuldade que o homem encontrou de determinar qual é sua relação com a natureza. Como constata Ost, subsistiria, nessa dificuldade, uma crise do vínculo e uma crise do limite. Enquanto a crise do vínculo diz respeito à dificuldade de discernir o que liga o homem à natureza, por outro lado, a crise do limite demonstra a dificuldade de se distinguir no que exatamente o homem difere da natureza.⁶

A característica que apresenta forma, a partir de um conteúdo ontológico de uma relação entre ser humano e natureza, por certo pautada por uma moderna perspectiva de dominação própria da relação sujeito-objeto imaginada pelo

⁶ OST, François. *A natureza à margem da lei*. Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 9.

homem, encontra fundamentação em Descartes, ao expor que, por intermédio de conhecimentos próprios, o homem se tornaria senhor e possuidor da natureza.⁷ O projeto iluminista-antropocêntrico objetivava a liberdade do homem e, para que esse pudesse agir em sua própria vontade, seria necessário tomar conta de todas as contingências de seu redor. Era sobre o ambiente de insegurança da natureza, então, que se vislumbrava a necessidade de que o homem dela se assenhorasse.

O perfil inerente dessa proposta, em um método sujeito-objeto, coisificou a natureza como um mero meio, recaindo sobre a condição de simples instrumento a favor da vontade humana, como demonstrara Kant, caracterizando os seres irracionais como simples coisas, diferentemente dos seres racionais que, por sua capacidade própria, já seriam fins em si mesmos.⁸

Esse conteúdo evidencia uma relação de dominação entre homem e natureza. Ao deslocar o homem devido à sua racionalidade para um falso patamar de superioridade, abriu margens para que a natureza e a vida em geral nela encontrada fossem ontologicamente consideradas como mero reservatório de recursos.⁹ O homem, sujeito que analisa, e a natureza, o objeto a ser analisado e utilizado desmedidamente.

Nesse contexto, é que recai a crítica de Damásio a Descartes, apontando ao erro desse ao fazer uma abissal separação entre corpo e mente,¹⁰ quando o que ocorre é que a compreensão da mente humana necessita que seja adotada a perspectiva do organismo, que é formado pelo cérebro e o corpo ligados, sendo plenamente interativo com o meio ambiente físico e o social.¹¹

Para tanto, com a finalidade de reconsiderar o pensamento moderno baseado na ótica sujeito-objeto, tomou-se como objetivo um saber e uma racionalidade que contemplassem os desenvolvimentos sustentável, equitativo e duradouro.¹² Os movimentos ambientais que eclodiram, embasados em propostas como essas, isto

⁷ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 72-73.

⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 59.

⁹ OST, François. *A natureza à margem da lei*. Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 10.

¹⁰ DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Trad. de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 280.

¹¹ *Ibidem*, p. 282.

¹² LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Trad. de Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2010. p. 109.

é, na busca pela reformulação do conteúdo antropocêntrico que se roga dominador da natureza, alertaram para os perigos de uma crise ambiental. Para tanto, foi na Conferência de Estocolmo, realizada entre 5 e 16 de junho de 1972, que se teve como marco inicial a preocupação ecológica.¹³ A referida conferência tinha por objetivo defender a sobrevivência do ser humano condizente com sua dignidade em um meio ambiente equilibrado.¹⁴

A Conferência de Estocolmo forneceu uma resposta às primeiras impressões sobre uma crise ambiental que vinha surgindo nas diversas sociedades. Por esse importante papel, Nascimento e Silva referem que a Conferência de 1972 teve extrema influência sobre a defesa do meio ambiente, com a incorporação de vários de seus princípios pelas convenções internacionais, declarações e resoluções.¹⁵ Pela conferência, criou-se, em 1983, uma Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidida por Gro Harlem Brundtland,¹⁶ dando origem ao Relatório Brundtland, denominado “Nosso Futuro Comum” [*Our Common Future*], finalizado oficialmente em 1987. O relatório abordou os principais problemas ambientais, enfatizando as consequências sofridas pelos mais pobres¹⁷ em circunstância de catástrofes ambientais.¹⁸

Não é à toa que o Relatório Brundtland marcou o caminho que a Conferência de 1992 trilharia.¹⁹ Realizada no Rio de Janeiro entre 3 e 14 de junho de 1992, a Conferência das Nações unidas sobre Meio ambiente e

¹³ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito Ambiental Internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial: uma reconstituição da Conferência do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Thex; Biblioteca Estácio de Sá, 1995. p. 25.

¹⁴ Já no primeiro princípio, é proclamado o direito do homem à liberdade, equidade e a adequadas condições de vida em um meio ambiente que permita a vida com dignidade e bem-estar. (ONU. Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>>. Acesso em: 26 mar 2017.)

¹⁵ SILVA, op. cit., p. 30.

¹⁶ Ibidem, p. 32.

¹⁷ Idem.

¹⁸ No relatório está escrito: “Future generations will be impoverished, and the people who suffer most will be those who live in poor countries that can least assert their own claims in a free-for-all.” (ONU. Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2017).

¹⁹ SILVA, op. cit., p. 33.

Desenvolvimento²⁰ buscou uma conciliação entre o direito do homem a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento.²¹

A presença da concepção de desenvolvimento mundial, na pauta internacional de assuntos de maior interesse da contemporaneidade, bem como nas políticas estatais de proteção ambiental, está arraigada ao conteúdo da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, ao Relatório Brundtland e na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento de 1992. Contudo, isso não significa dizer que não existiram diversos outros tratados importantes, como é o caso da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos²² e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.²³

Os critérios contidos no conceito de desenvolvimento sustentável continuaram nos debates econômico, político, jurídico e social. Tanto é assim que, em 2002, entre 26 de agosto e 4 de setembro, realizou-se o Rio+10, também denominado “Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável” [*Earth Summit 2002*],²⁴ que propôs uma revisão dos progressos havidos anteriormente, oferecendo uma oportunidade de fortalecer os compromissos globais.

Posteriormente, a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, Rio+20,²⁵ realizada de 13 a 22 de junho de 2012, resultou em documento político [*The Future We Want*], que contém medidas claras e práticas à implementação do desenvolvimento sustentável.

²⁰ ONU. Organização das Nações Unidas. Rio Declaration on Environment and Development. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/rio-dec.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

²¹ Idem.

²² OUA. Organização da Unidade Africana. African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017.

²³ OEA. Organização dos Estados Americanos. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

²⁴ ONU. Organização das Nações Unidas. Report of the World Summit on Sustainable Development. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.199/20&Lang=E>. Acesso em: 6 jun. 2017.

²⁵ ONU. The Future We Want. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E>. Acesso em: 6 jun. 2017.

Em decorrência da Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, conjuntamente com a Conferência Rio+20, foram desenvolvidos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODSs), os quais versam sobre 17 objetivos e 169 metas, contendo diversas matérias, tais como: erradicação da pobreza; fome zero; água limpa e saneamento; energia acessível e limpa e vida sobre a Terra.²⁶

Com efeito, percebe-se que o desenvolvimento sustentável é pauta constante nas tratativas internacionais, ainda que não necessariamente por uma via direta, como é o caso do acordo internacional sobre o clima, realizado entre 30 de novembro e 13 de dezembro de 2015, na Conferência das Nações Unidas sobre Mudança Climática.²⁷

Contudo, não é fácil delinear como exatamente um país viria a se desenvolver em critérios tecnológicos e científicos, a partir de um propósito de sustentabilidade, sobretudo num de terceiro-mundo, como é o caso do Brasil. Em vista disso, é que, na próxima seção, se determina o que viria a ser desenvolvimento sustentável e como ele implicaria a preservação ambiental.

Desenvolvimento e sustentabilidade: considerações sobre um conceito

A perspectiva mundial de uma busca conjunta entre países para determinar freios a uma devastação ambiental, considerada a partir de uma existente crise ambiental e seu progressivo agravamento, coloca como assunto principal os desenvolvimentos tecnológico e científico. Urge delimitar até que ponto é possível permitir um processo modernizador inconsequente e quem sairá prejudicado. Em decorrência disso, as conferências mundiais de 1972 e de 1992 somadas ao Relatório Brundtland, que foram realizados em defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para uma vida humana sadia, despontaram na imperiosidade de que o desenvolvimento seja pautado pela sustentabilidade.

²⁶ ONU. Organização das Nações Unidas. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E>. Acesso em: 6 jun. 2017.

²⁷ UNFCCC. Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015 – Part two: Action taken by the Conference of the Parties at its twenty-first session. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

Foi em razão disso que o desenvolvimento sustentável passou do cenário internacional para uma inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de o conceito de desenvolvimento sustentável deixar em aberto um amplo critério de possíveis definições, o que inclusive permite uma grande porção de críticas, fomentando o debate, é possível encontrar um ponto em comum para, ao menos, trazer uma definição razoável de desenvolvimento sustentável que possa permitir sua aceitação, pelo princípio da sustentabilidade, no âmbito de uma razão pública.²⁸

Sobre as bases do Estado Socioambiental, Fensterseifer cita como critério uma necessária compatibilidade da atividade econômica com a ideia de desenvolvimento sustentável, para além do que apenas se cunharia por crescimento, pautando-se por uma regulamentação do mercado por intermédio do Direito.²⁹ O autor reforça o entendimento pela compreensão de que o Estado Socioambiental tem como uma de suas atribuições a regulação da atividade econômica, ajustando-a aos valores e princípios constitucionais, capacitando os desenvolvimentos econômico e social pela sustentabilidade.³⁰ Por isso, o desenvolvimento econômico precisa estar vinculado a uma melhoria substancial e qualitativa da vida.³¹

Afina-se tal perspectiva com uma proposta de desenvolvimento não selvagem, que se paute por princípios definidos em caráter apriorístico e que permitam sua aplicabilidade, evitando injustiças ambientais. Para tanto, importante é referir a dupla visão de desenvolvimento estabelecida por Sen. A primeira visão concebe o desenvolvimento como um processo feroz que, pregando dureza e disciplina, impõe uma resistência aos mais diversos setores,

²⁸ O conceito de razão pública no seu nível de valores morais e políticos que determina a relação de um governo democrático-constitucional com cidadãos e a relação desses em si ver: (RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. In: RAWLS, John (Org.). *O liberalismo político*. Trad. de Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 523). Entende-se, neste estudo, que o conceito de desenvolvimento sustentável, ao ser abordado por meio do princípio da sustentabilidade, deve ser alçado como sendo o próprio critério de justiça em uma sociedade que preserva os direitos concernentes ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com caráter vinculante em relação ao ordenamento jurídico brasileiro e disso se depreende sua consonância com a razão pública.

²⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 100.

³⁰ *Ibidem*, p. 101.

³¹ *Ibidem*, p. 102.

como é o caso do fornecimento de serviços sociais. A segunda visão, porém, contrasta com a primeira justamente por ter no desenvolvimento um processo amigável em que, dependendo da versão específica de atitude, permite identificar trocas mutuamente benéficas, redes de segurança social e liberdades políticas ou de desenvolvimento social, sendo nessa visão que Sen situa sua obra.³²

O desenvolvimento sustentável também parece estar enquadrado na segunda abordagem de Sen sobre o desenvolvimento. Se para o funcionamento eficiente da economia capitalista são indispensáveis poderosos sistemas de valores e normas,³³ vários são os desafios encontrados. E, dentre os mais sobressalentes desafios presentes na contemporaneidade, estão a desigualdade e a questão atinente aos bens públicos, como é o caso do meio ambiente.³⁴ Não é à toa que a desigualdade e a degradação ambiental encontram lugar comum no topo dos desafios do desenvolvimento, uma vez que a ausência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado leva também à desigualdade. Importante é referir, embora entenda Sen que a solução para esses problemas do desenvolvimento contemporâneo requererá instituições que levem para além de uma economia de mercado capitalista,³⁵ é necessário agir sobre as situações atuais em busca de amenizar seus efeitos, como é o caso estudado no presente artigo sobre a sustentabilidade em vias de propiciar um meio ambiente sadio à qualidade de vida.

Com efeito, a problemática da questão ambiental envolve não somente o fornecimento de bens públicos, mas também a disseminação de valores sociais e de um senso de responsabilidade que caminhe para reduzir a ação impositiva do Estado.³⁶ Para tanto, o conceito de desenvolvimento sustentável necessita de uma recaracterização que contemple uma relação entre liberdade e responsabilidade. No caso, a liberdade que se tem para determinar a natureza da própria vida é um aspecto valioso, porém, o reconhecimento da liberdade implica a ampliação de preocupações e compromissos, levando ao seu uso para melhorar os objetivos que

³² SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 54-55.

³³ *Ibidem*, p. 334.

³⁴ *Ibidem*, p. 340.

³⁵ *Idem*. Sen inclusive admite a existência de uma ética sensível aos problemas do capitalismo, ampliando a economia por um critério de desenvolvimento sustentável. (SEN, op. cit., p. 340).

³⁶ *Ibidem*, p. 343.

não fazem parte da própria vida em sentido estrito.³⁷ Sen toma por base a preocupação do Relatório Brundtland em definir o desenvolvimento sustentável, como a satisfação das necessidades das gerações atuais, sem o comprometimento das gerações futuras, quando da satisfação de suas necessidades para demonstrar que essa concepção de ser humano não é suficientemente abrangente da humanidade.³⁸ Deve-se, portanto, ir além da manutenção dos padrões de vida para que seja possível a liberdade e a capacidade das pessoas de terem aquilo que valorizam e ao que atribuem importância, sendo que essa introdução da liberdade é que gera, exemplificativamente, a responsabilidade com as outras espécies de vida.³⁹ Por isso, a importância da vida humana envolve a preservação e o não comprometimento da capacidade de gerações futuras de terem liberdade semelhante ou maior.⁴⁰

Por outro lado, a questão do desenvolvimento sustentável enfrenta, ainda, uma forte crítica econômica proveniente de Georgescu-Roegen, mas, antes de analisá-la, é essencial trazer a diferenciação entre os conceitos de *crescimento* e *desenvolvimento* segundo Veiga, para quem, apesar de o crescimento ser um fator de relevante importância ao desenvolvimento, naquele a mudança é quantitativa e neste a mudança é qualitativa.⁴¹ Desenvolver, nesse sentido, não significa, necessariamente, um crescimento em perspectivas econômicas, mas compreende uma gama de fatores que pode ser analisada como critérios. É justamente com esse pretexto que serve como balizamento o conteúdo de sustentabilidade, controlando o crescimento imoderado que levaria a uma perspectiva de desenvolvimento feroz tal como prevista anteriormente por Sen.

Georgescu-Roegen oferece uma visão pessimista sobre o crescimento econômico e seu destino final, ao referir a representação do processo econômico por meio de um diagrama circular em um movimento de vai e vem entre produção

³⁷ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 261.

³⁸ *Ibidem*, p. 284.

³⁹ *Ibidem*, p. 285.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 286.

⁴¹ VEIGA, José Eli. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. p. 56.

e consumo como um sistema complementar fechado, denunciando essa característica autossuficiente.⁴²

É sabido que o homem não pode criar nem destruir a matéria, como descreve o princípio da matéria energética que é a primeira lei da termodinâmica.⁴³ Em um conceito do ponto de vista da termodinâmica, a matéria energética absorvida em um processo econômico de baixa entropia sai em um processo de alta entropia.⁴⁴ Isso ocorre porque a energia se apresenta em dois estados qualitativos diferentes, em uma distinção antropomórfica: a energia utilizável ou livre, que é aquela sobre a qual o homem pode exercer um controle quase completo, e a energia inutilizável, aquela que o homem não pode usar.⁴⁵ O homem, para saciar as necessidades econômicas existentes em sua sociedade, demanda uma imensa quantidade de recursos naturais e, conseqüentemente, propicia um estado de alta entropia. Trata-se do caso do inexorável aumento de entropia.⁴⁶

É nesse cenário que Georgescu-Roegen aplica o segundo princípio da termodinâmica segundo o qual a entropia de um sistema isolado aumenta constantemente.⁴⁷ Apesar de as técnicas de reutilização de resíduos serem avançadas no aproveitamento de recursos de alta entropia, no final, o custo econômico-energético para esse processo de reaproveitamento de energia não compensaria. Diante disso, Georgescu-Roegen lança mão da necessidade de decrescimento [*la décroissance*].⁴⁸

O segundo princípio da termodinâmica viria a exigir, em dado momento, a superação do crescimento econômico.⁴⁹ Por essa razão, uma conciliação entre o crescimento econômico moderno e a conservação da natureza deve estar ajustada por uma visão em longo prazo, em uma interdisciplinaridade de atividades e em locais não específicos.⁵⁰ Como afirma Silveira, a postura crítica ao crescimento econômico tem relevância pela inexistência de evidência concreta sobre como a

⁴² GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. *La décroissance: entropie, ecologia, économie*. Présent. et trad. de Jacques Grinevald e Ivo Rens. 3. ed. Paris: Sang de la Terre, 2008. p. 65.

⁴³ Ibidem, p. 66.

⁴⁴ Ibidem, p. 67.

⁴⁵ Ibidem, p. 68-69.

⁴⁶ VEIGA, op. cit., p. 111.

⁴⁷ GEORGESCU-ROEGEN, op. cit., p. 70.

⁴⁸ Ibidem, p. 213.

⁴⁹ VEIGA, op. cit., p. 112.

⁵⁰ Ibidem, p. 113.

conservação ambiental e o crescimento econômico acabariam conciliados.⁵¹ Por essa razão, o crescimento econômico não encontra possibilidade de ocorrer quando for defendido sem qualquer espécie de limitação, demonstrando a importância de que um desenvolvimento sustentável seja empreendido demonstrando adequadas barreiras a um crescimento devastador.

Para Veiga, o desenvolvimento pode ser concebido como uma mudança qualitativa.⁵² Por meio dessa definição, pode-se realizar uma cisão entre os conceitos de desenvolvimento e crescimento, desvinculando-o de uma conceituação meramente numérica de crescimento econômico, aproximando-o da sustentabilidade.

Se, ainda de acordo com Veiga, as sociedades industriais estão entrando em novo momento de evolução, subsistindo a distância de que as mais diversas versões sobre o desenvolvimento sustentável esboçam uma utopia de entrada em um novo milênio,⁵³ é preciso trazer a realidade da sustentabilidade para a contemporaneidade. Disso se depreende a importância de uma economia ecológica, nos termos descritos por Martínez-Alier. Consiste a economia ecológica em uma visão sistêmica das relações havidas entre meio ambiente e economia, proporcionando um campo de estudos transdisciplinar que observa a economia como subsistema de um ecossistema físico global e finito. Por isso, questionar a sustentabilidade da economia pelos impactos ambientais e suas demandas energéticas e materiais no crescimento demográfico contribui com o desenvolvimento de indicadores e referências físicas de insustentabilidade.⁵⁴

O desenvolvimento sustentável começa a tomar forma quando de uma necessária separação dos conceitos de desenvolvimento e crescimento econômico. Enquanto um desmedido e selvagem crescimento econômico conduz a um critério destituído de quaisquer limites e considerações, é possível vislumbrar, no desenvolvimento, um critério para que, ajustado à sustentabilidade, alcance a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

⁵¹ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos Coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educ, 2014. p. 133,

⁵² VEIGA, op. cit.

⁵³ VEIGA, José Eli. *Meio ambiente & desenvolvimento*. São Paulo: Senac São Paulo, 2006. p. 180.

⁵⁴ MARTÍNEZ-ALIER, Juan. *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valorização*. Trad. de Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007. p. 44-45.

Porém, não basta conceber o desenvolvimento sustentável a partir de sua teorização; é oportuno demonstrar de que modo a sustentabilidade, como critério para o desenvolvimento, se depreende como princípio da Constituição Federal brasileira de 1988 e como, a partir disso, esse princípio deve estar presente nos processos de compreensão e interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, em um reformulado Estado de Direito.

Princípio da sustentabilidade e *rule of law*: da Constituição a uma vinculação do ordenamento jurídico

A construção do conceito de desenvolvimento sustentável, que parte de uma perspectiva global, diante de uma crise ambiental, demonstra a preocupação com o futuro do Planeta e dos seres vivos que nele habitam, incluindo não somente as presentes, mas também as futuras gerações humanas e as demais espécies de vida. O desenvolvimento sustentável é algo possível quando desvinculado da ideia de crescimento econômico que prega a ausência de direitos humanos e de toda e qualquer espécie de regulamentação. Passa-se, portanto, a considerar o desenvolvimento como um critério de qualidade que, para ser atendido com máxima consideração, deve priorizar a sustentabilidade em termos de um princípio em um reconsiderado Estado de Direito.

Conceber a sustentabilidade como princípio impõe sua consideração como pré-requisito das ações estatais ou entre particulares que vinculam-se a esse específico critério.

A importância do princípio da sustentabilidade está na sua própria condição de implicar, vinculativamente, um processo de compreensão que contemple sua fundamentação em acordo com o sustentável. É um princípio que, além de vincular o Estado em sua observância, acaba condicionando, *pari passu*, todos os indivíduos para sua consecução, não estando adstrito ao presente e às decisões em curto prazo, mas alcançando o futuro em decisões que contemplem critérios em longo prazo, principalmente estando pautado por diretrizes que ensejam a prevenção e a precaução próprias da proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para demonstrar o parâmetro de estrita consideração, justificação e institucionalização do princípio da sustentabilidade, é necessário analisar a própria

configuração do Estado de Direito. Como ensina Kotzé, para além de um mero princípio constitucional, o Estado de Direito é um valor constitucional juntamente com outros valores, tais como a dignidade da pessoa humana e a realização da equidade, sendo que tais princípios e valores não são meras declarações vazias, devendo ser ativamente cumpridos, alcançados e avançados.⁵⁵

Porém, de acordo com Bosselman, o Estado de Direito [*Rule of Law*], não necessariamente, precisa ser absoluto, podendo ser considerado dentro de um limitado contexto e atendendo requisitos adicionais sobre sua própria validade.⁵⁶ A partir dessa proposta teórica encetada sobre o Estado de Direito, pode-se considerar que nem toda lei está qualificada para um Estado de Direito, mas apenas as leis que atendam a determinados requerimentos básicos.⁵⁷ Desse modo, vinculando-se o princípio da sustentabilidade com o próprio Estado de Direito, tem-se que os requerimentos a serem preenchidos pelas leis devem estar em consonância com o desenvolvimento sustentável.

Viabiliza-se, assim, uma interligação do Estado de Direito ao princípio da sustentabilidade, alterando a configuração habitual de Estado. A reformulação do conceito de Estado de Direito, desenvolvendo-o por meio do reconhecimento das realidades ecológicas, pode ser formulado em dois passos: a) o reconhecimento dos limites do Planeta: nesse passo, há o reconhecimento de uma hierarquia nos elementos do desenvolvimento sustentável, com a precedência do meio ambiente, seguido pelos humanos, em segundo, e pela economia, em terceiro; b) o reflexo da ordem hierárquica do primeiro passo no *design* e na interpretação das leis que governam o comportamento humano: o Estado de Direito é a mais básica ferramenta no controle e na *accountability* do governo.⁵⁸

Com efeito, percebe-se uma relação entre o princípio da sustentabilidade e o Estado de Direito no ordenamento constitucional brasileiro. A destinação do Estado de Direito para o desenvolvimento previsto no preâmbulo da Constituição

⁵⁵ KOTZÉ, Louis J. Sustainable development and the rule of law for nature. In: VOIGT, Christina. *Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 133.

⁵⁶ BOSSELMAN, Klaus. Grounding the rule of law. In: VOIGT, Christina. *Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 75.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Ibidem, p. 77.

Federal de 1988,⁵⁹ a definição do desenvolvimento nacional como objetivo fundamental do País de forma a considerar, no âmbito da ordem econômica, a defesa do meio ambiente, como reza o art. 170, VI da CF/88, e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme o art. 225 dessa Constituição,⁶⁰ geram uma vinculação do desenvolvimento à sustentabilidade.

Portanto, como pressuposto, é certo que a sustentabilidade venha, efetivamente, a empregar seu conteúdo no processo interpretativo do Direito em seu mais amplo aspecto, o que deve ser verificado, por exemplo, nas decisões judiciais, em atos da Administração Pública ou na edição de leis. A vinculação da sustentabilidade ao desenvolvimento não se restringe a critérios econômicos, mas permeia toda uma teia de relações interdisciplinares, como é o caso dos conteúdos jurídico, social e político, cabendo o exercício interpretativo correspondente com a finalidade de tê-la como efetivo pressuposto ao desenvolvimento da sociedade.

O princípio da sustentabilidade aparece, portanto, normatizado ao longo das limitações constitucionais ao desenvolvimento, bem como no conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente, caso em que é possível descrever uma interpretação que não se restringe à norma jurídica.⁶¹ Nesse sentido, caminha o entendimento de Sunstein ao referir que a exegese constitucional obriga o uso de

⁵⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1º abr. 2017.

⁶⁰ Importa referir que, além de o meio ambiente ecologicamente equilibrado ser um direito fundamental, acaba constituindo direitos e deveres, cujos deveres estão vinculados ao que está previsto no direito fundamental. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 228). Sobre a estrutura normativa do direito-dever fundamental de proteção e promoção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ver (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: RT, 2011, p. 140-179).

⁶¹ De acordo com Freitas, toda visão acentuadamente normativista acaba afastada devido à Ciência do Direito requerer uma fundamentação racional no espaço da decisão ou da escolha valorativa. (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 30). Em razão disso, mais adiante, o autor compõe a conceituação de sistema jurídico como sendo “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”. (FREITAS, op. cit., p. 54).

princípios externos à Constituição,⁶² ainda que tais princípios não sejam contestados e pareçam invisíveis,⁶³ pois os princípios interpretativos são inevitáveis e não ficam restritos à semântica.⁶⁴

Com base na autoridade do Estado de Direito Constitucional que fornece a medida e o padrão de interpretação,⁶⁵ a dimensão substantiva do Estado de Direito para a natureza é a extensão que pode ser usada para criar, manter, prover e proteger o bem substantivo das leis e interesses ambientais.⁶⁶ Consequentemente, na legislação ambiental, a interpretação a partir de um Estado de Direito para a natureza, considera aprioristicamente o princípio da sustentabilidade com base na fundamentação aduzida alhures.

Como descreve Bosselman, os homens não diferem na natureza, porém, como seres culturais, criam um mundo próprio que não necessariamente segue as mesmas leis do mundo natural.⁶⁷ Apesar de a lei ambiental deitar raízes na lei natural, no sentido de estar provado cientificamente que o homem está enredado em interdependências ecológicas,⁶⁸ é preciso conceber o Estado de Direito, a ideia de direitos humanos e de governo democrático como valiosas conquistas culturais que não necessitam ser sacrificadas, mas que podem ser complementadas e sustentadas pelo princípio da sustentabilidade.⁶⁹

Como parte de um constitucionalismo ambiental, o Estado de Direito para a natureza provém da oportunidade de reformar o governo e as leis, oportunizando uma equalização do direito ao meio ambiente em nível dos direitos fundamentais, fundamentando, legitimamente, a criação e aplicação dos direitos ambientais e as obrigações de respeito ao meio ambiente.⁷⁰ Com isso, a relação do Estado de Direito com o princípio da sustentabilidade que o complementa e sustenta dá a diretriz vinculativa a ser observada na interpretação constitucional e de todo ordenamento jurídico.

⁶² SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Trad. de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 117.

⁶³ *Ibidem*, p. 141.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 128.

⁶⁵ KOTZÉ, op. cit., p. 134.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 135.

⁶⁷ BOSSELMAN, op. cit., p. 85.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 84.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 86.

⁷⁰ KOTZÉ, p. 136.

Gadamer propõe que o processo de compreensão alcance sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias, com as quais é iniciado, não sejam arbitrárias.⁷¹ Contudo, se deve conceber a utilização de preconceitos como juízos formados antes do exame definitivo dos momentos determinantes segundo a coisa em questão, concebendo a possibilidade de prejuízos legítimos.⁷²

A utilização de preconceitos legítimos que estão no próprio ato compreensivo, permite uma interpretação, desconstrói uma velha visão desenvolvimentista em prol de um regime econômico não condizente com a situação histórica atual de demandas ambientais em prol de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Da compreensão do conceito de desenvolvimento a partir da conjuntura jurídica atual, desvela-se o invariável e vinculante critério da sustentabilidade que deve acompanhar o referido conceito no Estado de Direito.

A constituição vinculante e apriorística do princípio da sustentabilidade é demonstrada pela compreensão do ordenamento jurídico como um todo de sentido que, inserido em sua estrutura, preza pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado e dele não pode dispor diante do paradigma sustentável que se depreende e estabelece a condição fática sobre a qual as normas jurídicas estão lançadas.

Como explica Voigt, se é necessário balancear meio ambiente com economia e fatores sociais para alcançar o desenvolvimento sustentável, isso não significa tratar os três fatores de igual modo, devendo ser definida uma delimitação para o balanceamento.⁷³ Assim, considerando a prioridade de proteção dos ecossistemas como derivada do desenvolvimento sustentável que integra os três fatores referidos,⁷⁴ gera-se uma prioridade à proteção de sistemas fundamentais de suporte da vida como princípio e prática,⁷⁵ demonstrando a preeminência do Estado de Direito no alcance do desenvolvimento sustentável.⁷⁶

⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 356.

⁷² *Ibidem*, p. 360.

⁷³ VOIGT, Christina. The principle of sustainable development: integration and ecological integrity. In: VOIGT, Christina. *Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 150.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 151.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 154.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 155.

O princípio da sustentabilidade, em um reformulado Estado de Direito, está presente na CF/88 e deve ser considerado quando da interpretação que é realizada a partir da compreensão do conteúdo normativo nela presente que, por sua vez, condiciona todo o ordenamento jurídico. A vinculação exercida pelo princípio da sustentabilidade opera em um horizonte de sentido que condiz com a necessidade legítima presente no Direito e na justiça propriamente dita na sociedade atual, em um reformulado Estado de Direito.

Conclusão

A preocupação com a crise ambiental é global. Inúmeras tratativas são realizadas entre países, buscando meios para frear o avanço de uma inconsequente degradação ambiental, motivada por um interesse econômico advindo de decisões em curto prazo. A Conferência de Estocolmo e o Relatório Brundtland serviram de diretriz à solução da problemática ambiental, comprometidos com um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não adstrito ao presente, mas que contemple, também, as futuras gerações.

Para trazer eficiência ao critério de desenvolvimento sustentável como referido pelo Relatório Brundtland, é preciso que ocorra uma ampliação de seu conceito para um conjunto social, político, jurídico e econômico, e isso necessita ser feito a partir de uma cisão entre os conceitos de crescimento econômico e desenvolvimento. Crescimento econômico não é sinônimo de desenvolvimento. Um crescimento econômico desmedido pode acabar impedindo uma existência digna em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao contrário de um desenvolvimento sustentável, que permite o empenho econômico desde que de acordo com regulamentações.

Diante de um cenário de desenvolvimento, é possível falar em sustentabilidade, buscando uma conciliação entre os conceitos quando da consideração de desenvolvimento não adstrito a um selvagem sistema de mercado e a uma desregrada economia capitalista.

Delineado o conceito sobre desenvolvimento sustentável, permite-se depreender o princípio da sustentabilidade interligado ao Estado de Direito a partir da CF/88 e conceber sua vinculação imperiosa a todo o sistema jurídico. A interpretação construtiva que adota a compreensão de desenvolvimento no sistema

nacional brasileiro como vinculado à sustentabilidade, está reconhecendo a história e lutando contra ela ao mesmo tempo.

A interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, por meio de sua Constituição, deve estar centrada em um Estado de Direito para a natureza e no princípio da sustentabilidade a ele inerente, agindo a partir da compreensão de um todo conjuntural. Assim é como o princípio da sustentabilidade vincula o ordenamento jurídico brasileiro, sendo o fio condutor na compreensão que leva ao processo interpretativo em um reformulado Estado de Direito.

Referências

BOSSERMANN, K. Global environmental constitutionalism: mapping the terrain. *Widener Law Review*, v. 21, n. 2, p. 171-185, 2015.

_____. Grounding the rule of law. In: VOIGT, Christina. *Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1º abr. 2017.

DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Trad. de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. *La décroissance: entropie, ecologie, économie*. Présentation et traduction de Jacques Grinevald e Ivo Rens. 3. ed. Paris: Sang de la Terre, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KOTZÉ, Louis J. Sustainable development and the rule of law for nature. In: VOIGT, Christina. *Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Trad. de Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2010.

MARTÍNEZ-ALIER, Juan. *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. Tradução de Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007.

OUA. Organização da Unidade Africana. African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. Report of the World Summit on Sustainable Development Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.199/20&Lang=E>. Acesso em: 6 jun. 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. Rio Declaration on Environment and Development. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/rio-dec.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. The Future We Want. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E>. Acesso em: 6 jun. 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E>. Acesso em: 6 jun. 2017.

OST, François. *A natureza à margem da lei*. Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: RT, 2011.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito Ambiental Internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial: uma reconstituição da*

Conferência do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Thex; Biblioteca Estácio de Sá, 1995.

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.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Trad. de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

UNFCCC. Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015 – Part two: Action taken by the Conference of the Parties at its twenty-first session. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

VEIGA, José Eli. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

_____. *Meio ambiente & desenvolvimento*. São Paulo: Senac São Paulo, 2006.

VOIGT, Christina. The principle of sustainable development: integration and ecological integrity. In: VOIGT, Christina. *Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

O princípio da precaução como gerenciador de riscos na sociedade contemporânea

The principle of precaution as a risks manager in contemporary society

Gabriel da Silva Danieli^{*}

Rubiane Galiotto^{**}

Leonardo da Rocha de Souza^{***}

Resumo: O princípio da precaução tem como objetivo a adoção de medidas capazes de gerir riscos, ainda que diante da incerteza científica de sua concretização. Na sociedade de riscos contemporânea, o gerenciamento desses é algo imprescindível e que ganha destaque com a multiplicidade de riscos que surgem com a evolução tecnológica. O objetivo deste texto é analisar a sociedade atual e riscos inerentes, buscando observar de que forma o princípio da precaução pode proporcionar o gerenciamento de riscos, para que não se tornem perigos concretos. O método do trabalho é qualitativo com revisão de literatura sobre o tema, promovendo-se um levantamento de fontes bibliográficas com posterior seleção e investigação dos aspectos que permitem visualizar o problema de pesquisa analisado. Como conclusão, verifica-se que as inovações tecnológicas deste século trazem crescentes riscos e incertezas; no entanto, a ausência de certeza científica não deve ser justificativa para que os riscos sejam ignorados. Para gerenciamento desses reveses, o princípio da precaução aparece como o princípio mais adequado para atender às necessidades da sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Princípio da precaução. Risco. Gestão ambiental. Cultura política. Incertezas científicas.

Abstract: The precautionary principle has as its goal the adoption of measures able to manage the risks even in the face of scientific uncertainty of their realization. In the society of risks-contemporary management of these is something essential and that gains prominence with the multiplicity of risks that arise with the technological evolution. The purpose of the article is to analyze the society that we live in currently, and the risks to which we are subject on a daily basis. Still, it should be noted that the way the precautionary principle is useful as a form of risk management so that they do not become concrete threat in the environment in which we live. The method of the work is a qualitative review of the literature on the topic, promoting a survey of bibliographic sources, with subsequent selection and research of the aspects that allow you to view

* Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Especialista em Direito Tributário pela Anhanguera/Uniderp. Advogado. *E-mail:* gabriel.danieli.adv@gmail.com. Endereço Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/7083546133472274>>

** Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Especialista em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito/convênio Universidade de Caxias do Sul/ Escola Superior da Magistratura Federal (Esmafe/RS). Servidora Pública no Município de Caxias do Sul. Advogada. Conciliadora Cível na Comarca de Flores da Cunha – RS. *E-mail:* rubianegaliotto@gmail.com. Endereço Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4723808454178892>>

*** Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS. Professor de Direito na Universidade Regional de Blumenau (Furb) e na Universidade de Caxias do Sul (UCS). Pesquisador nos Grupos de Pesquisa CNPq “Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça” e “Cultura Política, Políticas Públicas e Sociais”. Editor Científico da Revista *Juris Plenum Direito Administrativo*. *E-mail:* leorochasouza@gmail.com

the research problem analyzed. And as a conclusion, it is observed that the technological innovations of this century brought a flurry of risks and uncertainties that you should deal with on a daily basis. The absence of scientific certainty should not be justification for that the risks can be ignored. For management of these setbacks, the precautionary principle appears as the principle most appropriate to meet the needs of the society of risks.

Keywords: Precautionary principle. Risk. Environmental management. Political culture. Scientific uncertainties.

Introdução

A sociedade contemporânea está marcada por riscos provenientes de avanços tecnológicos, riscos esses que geram perigos que “ultrapassam as capacidades analíticas e de prognose dos especialistas e a capacidade de elaboração, vontade de ação e velocidade de reação da administração encarregada de prevenir os riscos”.¹ Essa realidade faz aumentar a necessidade de medidas preventivas e precaucionais, para que sejam evitados perigos concretos e danos.

O princípio da precaução teve evolução ao longo dos anos e foi sedimentado na Declaração do Rio de Janeiro de 1992, em seu Princípio 15.² A sua aplicabilidade causa discordância entre autores, tendo em vista que uma visão mais radical geraria um avanço tecnológico zero, e uma visão demasiadamente aberta retiraria a concepção inicial do princípio. Em que pese as divergências, o princípio destina-se ao controle de riscos que não são cientificamente comprovados por não representarem, ainda, algo real e determinado. As incertezas que rodeiam esse princípio fazem com que ele seja aplicado aos riscos que ainda não possuem uma comprovação científica quanto aos danos que podem gerar.

O gerenciamento desses riscos (que não possuem ainda comprovação científica exata) é feito por meio de ações precaucionais de forma que danos irreversíveis não ocorram ante a ausência de medidas tomadas.³ O questionamento

¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 176. v. 2.

² Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017. A Declaração do Rio de Janeiro teve sua autorização para ratificação em 3 de fevereiro de 1994, através do Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo 2. Entrou em vigor no Brasil, a partir de 9 de maio de 1994 e foi promulgada pelo Decreto 2.519, de 16 de março de 1998.

³ “O princípio da precaução tem por objetivo evitar a ocorrência de danos irreversíveis ou irreparáveis, advindos de uma situação de incerteza científica acerca da possibilidade de riscos na produção de danos. Age-se de antemão para que resultados negativos não ocorram. Neste caso, antes que se verifique o dano é necessária uma postura de precaução, tendo em vista que danos

a que se destina este trabalho é se o princípio da precaução é efetivo no gerenciamento de riscos na sociedade contemporânea.

Dessa forma, pretende-se analisar essa sociedade e os riscos que lhe são próprios em virtude dos avanços tecnológicos. Ainda, é preciso observar de que forma o princípio da precaução é útil, como forma de gerenciamento de riscos, para que não se tornem perigos concretos.

O método de trabalho é o qualitativo com revisão de literatura sobre o tema, promovendo-se um levantamento de fontes bibliográficas com posterior seleção e investigação dos aspectos que permitem visualizar o problema de pesquisa analisado.

O trabalho será elaborado com a análise do princípio da precaução, bem como de sua origem, fundamentos e aplicabilidade. Posteriormente, aborda-se a sociedade de risco contemporânea com as incertezas, ameaças e os perigos que permeiam tal sociedade. Por fim, serão analisados os riscos e suas subdivisões e o gerenciamento desses com medidas precaucionais.

O princípio da precaução: origem, fundamentos e aplicabilidade

Tratando-se de princípios, é preciso, primeiramente, adentrar na ideia basilar que o vocábulo expressa no mundo jurídico. A definição é difícil principalmente em razão da generalidade e da estrita relação com o conteúdo específico para adquirir sentido. Há posicionamentos que consideram os princípios como a base de toda a normatização e, justamente por isso, estão acima e fora do ordenamento jurídico, servindo de fontes externas e internas do ordenamento.⁴ Os princípios serviriam, assim, como diretrizes que fundamentam e dão sustentação ao sistema jurídico aliados às regras.

Para Alexy “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”. Além do alto grau de generalidade, os princípios não se contrapõem uns aos outros gerando

ambientais produzem consequências irreparáveis ou que somente após um longo lapso temporal há recuperações totais ou parciais do ambiente degradado.” (HARTMANN, Débora; SOUZA, Leonardo da Rocha de. O princípio da precaução e a avaliação prévia de impacto ambiental: a posição do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, p. 154, 2017). Sobre o assunto (WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. Os fundamentos do princípio da precaução. *Juris Plenum Direito Administrativo*, ano II, n. 8, p. 109-138, out./dez. 2015).

⁴ ALPA, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 6-7.

uma antinomia, como ocorre nas regras. É possível a ponderação de conflitos e um balanceamento de valores e interesses de forma que, no caso concreto, a finalidade do princípio seja alcançada. Nesse sentido, “o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”.⁵ Com isso, há diferenciações que influenciam na aplicabilidade fática de cada postulado.

Tratando especificamente do princípio da precaução, sua ideia de conduta prudente para evitar os riscos é fruto do medo e da insegurança. Medidas preventivas eram tomadas de forma intuitiva e sem uma consciência real dos danos concretos que a ausência da precaução geraria. O medo e a insegurança acabam estimulando as pessoas a vislumbrar o risco a ponto de modificar suas atitudes para evitá-lo.⁶

A evolução da ideia de riscos a serem combatidos foi evoluindo com o passar dos séculos, mas a noção de precaução, como forma de combater riscos potenciais ou hipotéticos da sociedade contemporânea, é recente. Pode-se afirmar que, hoje, a precaução é “racional, científica, tecnológica e jurídica”,⁷ e conta com mecanismos mais detalhados de proteção. Seu surgimento na contemporaneidade veio para dar proteção ao direito ambiental. Em debates internacionais visando à proteção ambiental, o princípio já era discutido, surgindo de forma expressa em 1987, durante a Conferência sobre o Mar do Norte. Mesmo assim, se costuma considerar como marco oficial do princípio a Declaração do Rio de Janeiro de 1992, quanto ele ganha força e passa a ser aplicado e analisado no Direito Ambiental e em demais âmbitos como o Direito Sanitário e Alimentar. A precaução está prevista no Princípio 15, como se lê:

Princípio 15 – Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 87, 95.

⁶ Nas palavras de Jonas, “o medo que faz parte da responsabilidade não é aquele que nos aconselha a não agir, mas aquele que nos convida a agir”. (*O princípio responsabilidade*, p. 351).

⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 97.

adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.⁸

O princípio surge no Direito Ambiental, como uma ideia de prudência no agir humano, tendo em vista os novos riscos que surgem na sociedade contemporânea. Com os riscos, surge a necessidade de busca pela segurança e pelo gerenciamento das incertezas com a prevenção de danos graves e irreversíveis. A fundamentação do princípio está situada na responsabilidade pelo futuro, nas gerações vindouras e numa forma racional de proteção mesmo diante da ausência de certezas científicas.⁹ O princípio tem características “de princípio jurídico que tenta realizar os valores do *naeminem laedere*, da prudência e da segurança (outro princípio) e estabelece diretrizes normativas no sentido de evitar danos, apreciando os riscos possíveis para que o pior não aconteça individual e socialmente”.¹⁰

A ideia basilar desse princípio está centrada, portanto, no objetivo de evitar que os riscos se transformem em perigos concretos e gerem danos. A análise dos riscos existentes e a aplicação de diretrizes de forma a evitar efeitos negativos fazem com que o princípio tenha lugar importante no ordenamento jurídico. Isso porque sua aplicação, em conjunto com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, faz com que haja a real ponderação entre a precaução, a paz social e a livre-iniciativa diante de inovações tecnológicas. No entanto, o princípio da precaução pode gerar danos caso não seja aplicado quando necessário, e o inverso é igualmente possível com a aplicação desnecessária do instituto. Há que se ponderar, portanto, a real necessidade de sua aplicação, de forma que o menor impacto negativo seja gerado.¹¹

Assim, o princípio da precaução é considerado uma forma de gerenciamento das incertezas que a sociedade de risco gera na contemporaneidade. É um modo de antecipar os riscos de um dano grave que pode ocorrer caso nenhuma medida

⁸ Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/conv/decl_rio92.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017.

⁹ ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano XI, n. 22, p. 15, fev. 2008.

¹⁰ LOPEZ, op. cit., p. 95.

¹¹ *Ibidem*, p. 96.

de barreira seja tomada. A ideia de oposição ao risco é apontada por José Cretella Neto quando ele diz que:

O princípio da precaução (precautionary principle) baseia-se na ideia de que qualquer incerteza deve ser interpretada com vistas à adoção de determinada medida de salvaguarda. Segundo esse princípio, a mera cogitação da existência de algum risco potencial à saúde ou ao meio ambiente, ainda que não suficientemente confirmado de forma científica, justifica a adoção de medidas que evitem o dano temido.¹²

A oposição ao risco com a precaução gera diversas posições doutrinárias no campo da aplicação desse princípio, porque a aplicação de gerenciamento de riscos de algo incerto pode gerar posicionamentos radicais, como a busca pela eliminação total do risco com medidas precaucionais.

Nogueira¹³ identifica os posicionamentos da doutrina com três correntes que se formam na aplicação do princípio da precaução. A primeira delas trata de uma *ideia radical* com a defesa do risco zero e a representação dos perigos possíveis no seu pior cenário. Com base nessa posição, o autor da ação deve comprovar que o ato que pratica não representa a menor possibilidade de risco. Ao menor indício de que um risco possa existir, a atividade deve ser rechaçada em prol de um bem coletivo com base no princípio da precaução. Por óbvio, a adoção dessa posição inviabiliza e coloca em posição crítica a atividade econômica, eis que exige a isenção total dos riscos para que a atividade seja permitida.

Por outro lado, há o posicionamento *minimalista* que prega exatamente o contrário. A ideia é que o princípio da precaução seja aplicado apenas quando haja a presença de um risco ao mesmo tempo muito provável e suscetível de provocar danos sérios e irreparáveis, caso se concretize. Aqui se prega a ideia de que os custos econômicos devem ser equilibrados com a vantagem que resulta das medidas de precaução. Assim, a precaução só deveria ser utilizada caso se apresente menos onerosa que a realização do próprio risco. Essa posição faz com

¹² CRETELLA NETO, José. *Direito Processual na Organização Mundial do Comércio*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 224.

¹³ NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio da precaução no Direito Ambiental brasileiro. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 202.

que o princípio da precaução se aproxime do conceito de prevenção e deixe de lado a ideia de incerteza científica.

Por fim, a terceira posição é a mais factível e também denominada de *intermediária*. Essa posição sustenta que o princípio da precaução deve se basear em um risco crível e admitido como plausível por parte significativa da comunidade científica. Leva-se em conta, aqui, não apenas o custo econômico, mas também outros fatores como a questão social, a cultura e a ética do caso em análise. É a posição que leva em consideração todos os aspectos envolvidos na análise de um risco mediante a incerteza de sua concretização. Justamente por isso, parece ser a mais acertada, de forma a evitar os danos decorrentes do risco com o uso de ponderação.

A aplicação desse princípio deve ser examinada e implementada sempre levando em consideração os custos sociais e os riscos e benefícios de sua utilização. Isso porque, considerando a presença apenas de indícios, sem nenhuma prova científica, a precaução pode ser utilizada como ferramenta de governos populistas de forma a frear o desenvolvimento econômico de maneira exacerbada. O uso inadequado de mecanismos precaucionais pode inviabilizar atividades econômicas que poderiam ser extremamente benéficas à população.

Por outro lado, na aplicação da ponderação, é preciso atentar ao fato de que não se pode considerar o meio ambiente apenas como mais um item entre os que devem ser considerados nessa análise, porque o ambiente é suporte e condição básica da vida e, com base nele, é que se possibilita a realização dos demais direitos.¹⁴

O cerne da questão encontra-se na dosagem do uso do princípio, de forma que a segurança seja assegurada, e o desenvolvimento econômico não seja inviabilizado.

Há, portanto dois pontos cruciais que permeiam a ideia de princípio da precaução: os novos riscos existentes na sociedade contemporânea e a incerteza científica da concretização dos danos decorrentes das novas práticas. A

¹⁴ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. O princípio da precaução como critério de avaliação de processos decisórios e políticas públicas ambientais. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, Caxias do Sul: Plenum, ano II, n. 5, p. 33, maio/ago. 2013.

ponderação entre a busca de proteção e o desconhecimento dos reais impactos que uma atividade pode causar é o ponto de destaque nesse exame.¹⁵

A análise dos riscos pode ser definida com base no momento em que são analisados. Sobre isso, é preciso destacar a diferenciação entre a ideia de prevenção e a de precaução no sistema jurídico. Considerados como sinônimos por muitos autores e confundidos em decisões judiciais,¹⁶ os princípios citados possuem aplicabilidades distintas no Direito, pois atuam de maneira diferente, com base no momento em que o risco é analisado. Os princípios da precaução e da prevenção, que envolvem riscos indeterminados e determinados, respectivamente, poderão gerir os riscos oriundos de descobertas tecnológicas e científicas de forma que a segurança seja assegurada à população, e a justiça social seja alcançada.

Em busca de uma definição do princípio, Lopez defende que o

princípio da precaução é aquele que trata das diretrizes e valores do sistema de antecipação de riscos hipotéticos, coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreversíveis e sobre os quais não há certeza científica; esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de antecipar o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza.¹⁷

A precaução trata da probabilidade de que a hipótese apontada como risco esteja certa, e isso gere um dano. Já no caso da prevenção, há um perigo concreto que pode ser transformado em um acidente caso medidas de contenção da atividade não ocorram. A diferença reside no momento em que o risco é analisado, uma vez que o campo da incerteza permeia a precaução, e a ideia de perigo delinea a prevenção. Nesse sentido, Silveira¹⁸ define que “a ideia de ‘precaução’

¹⁵ A respeito da análise judicial, indica-se: HARTMANN, Débora; SOUZA, Leonardo da Rocha de. O princípio da precaução e a avaliação prévia de impacto ambiental: a posição do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, p. 151-168, 2017. Conforme concluíram os autores (p. 165): “Nas decisões judiciais analisadas neste artigo, que envolviam avaliação prévia de impacto ambiental, o que se discutiu foram as irregularidades na formulação dos estudos e nos procedimentos de licenciamento e, até mesmo, a ausência de EIA quando de sua necessidade. O princípio da precaução, na maioria delas, é utilizado como fundamento para realização dos estudos e para a paralisação de obras em situações nas quais esses estudos são duvidosos.”

¹⁶ Ver os votos proferidos no AgRg n. 1.323/CE, AgRg n. 1.279/PR, Resp. n. 1.285.463/SP. (HARTMANN; SOUZA, op. cit., p. 163).

¹⁷ LOPEZ, op. cit., p. 103.

¹⁸ SILVEIRA, op. cit., p. 32.

inovou com relação à ‘simples’ prevenção (ou seja, prevenção de danos futuros conhecidos, comprovados e mensuráveis), porque impõe agir com cautela também diante daqueles circunstâncias pouco conhecidas, difíceis de mensurar e comprovar”.

Em que pesem ser próximos, os conceitos de precaução e prevenção possuem características e aplicabilidade distintas. Embora os dois princípios atuem no gerenciamento de riscos, o princípio da precaução revela-se importante na regulação de riscos que são permeados pela incerteza científica. “Num tempo e numa sociedade de riscos, o princípio da precaução contribui determinantemente para realizar a justiça tanto numa perspectiva sincrónica como diacrónica ou, por outras palavras, justiça intrageracional e intergeracional.”¹⁹

Para que se analise o uso do princípio da precaução como gerenciador de riscos, é preciso, primeiramente, analisar os diversos riscos e incertezas que permeiam a sociedade de riscos contemporânea.

Incertezas da sociedade contemporânea e o gerenciamento de riscos

A necessidade de gerenciamento de riscos, na sociedade atual, se faz necessária diante da grande quantidade de inovações tecnológicas que surgem diariamente. Ao mesmo tempo que a evolução traz respostas às incertezas e riscos que existem, também cria novas tecnologias que podem gerar danos ainda imensuráveis cientificamente. A esse processo de modernização que cria novos riscos e tenta resolver os existentes, chama-se processo de modernização *reflexivo*.²⁰

A travessia de uma sociedade capitalista industrial do século passado para uma sociedade de risco na modernidade não foi algo intencional. Não ocorreram debates políticos nem foi uma escolha consciente da população: ao contrário, essa nova concepção foi surgindo e se instalando sem sequer ser percebida.²¹

¹⁹ ARAGÃO, op. cit., p. 16.

²⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010. p. 24.

²¹ TROMBINI, Gabrielle. A Constituição Federal frente ao risco ecológico. In: AUGUSTIN, Sérgio; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Org.). *O Direito na sociedade de risco: dilemas e desafios socioambientais*. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2009. p. 137.

A ideia de riscos, na atualidade, difere no âmbito de abrangência em relação ao século passado. “Eles já não podem – como os riscos fabris e profissionais do século XIX e na primeira metade do século XX – ser limitados geograficamente ou em função de grupos específicos.”²² A tendência da globalização dos riscos, na atualidade, faz com que a produção e a reprodução dos efeitos atravessem fronteiras de países e atinjam a sociedade de maneira generalizada. Dessa forma, os riscos gerados, na contemporaneidade, ameaçam a vida no Planeta sob todas as suas formas, transpondo barreiras de espaço e tempo. Sobre esses riscos, Beck define:

Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da *globalidade* de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas *modernas*. São riscos da modernização. São um *produto de série* do maquinário industrial do progresso, sendo *sistematicamente* agravados com seu desenvolvimento ulterior.²³

Os riscos e ameaças que surgem com a globalização trazem consigo incertezas fabricadas pela própria sociedade com as inovações tecnológicas. Não há uma segurança acerca dos perigos visíveis como ocorria na sociedade industrial: chegamos à sociedade de risco. Nessa sociedade, a busca pelo avanço tecnológico desencadeou essa mudança dos perigos e riscos. “A sociedade de risco decorre, portanto, de um processo de modernização complexo e acelerado que priorizou o desenvolvimento e o crescimento econômico.”²⁴ Em outras palavras, pode-se dizer que “sociedade de risco significa que vivemos em um mundo fora de controle. Não há nada além da incerteza. Sociedade de risco é sociedade de incertezas fabricadas, são riscos que não podem ser mensurados”.²⁵

Nessa sociedade, as ideias de risco, perigo e ameaça rodeiam uma população que não consegue identificar de onde partem tantos reveses. Para compreender o que, de fato, são os riscos e como eles podem ser gerenciados pelo princípio da precaução, na atualidade, são necessárias breves diferenciações conceituais.

²² BECK, op. cit., p. 17.

²³ BECK, op. cit., p. 26.

²⁴ FERREIRA, Heline Sivini. Política ambiental constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 138.

²⁵ LOPEZ, op. cit., p. 39.

A ideia de perigo é, por vezes, confundida com a ideia de risco, mas se diferencia desse por se tratar de algo *concreto e real*.²⁶ O perigo é algo que compromete a segurança de uma pessoa ou coisa, mas não permanece no campo da incerteza. Aqui, se sabe muito bem qual é o revés que está ameaçando a sociedade. É justamente por essa ideia de concretude que o perigo se diferencia do risco, e a ideia do princípio da prevenção é o mais adequado para o seu gerenciamento. Entende-se, portanto, a ideia de perigo como algo que já ultrapassou as barreiras dos riscos e se transformou em algo palpável e iminente caso nenhuma medida de prevenção seja tomada.

Por outro lado, a ideia de *álea* também faz parte da sociedade de risco, porém se trata de algo totalmente inevitável²⁷ e sem possibilidade de previsão. Os perigos que podem surgir dessas *áleas* são incalculáveis. Esses fatos são imprevisíveis e podem surgir de fatos da natureza como terremotos e tsunamis cuja previsão seria impossível, e medidas precaucionais não poderiam ser tomadas, na tentativa de minimizar os danos. Há, também, *áleas* decorrentes de quaisquer outras atividades, mas na mesma linha de subjetividade. Aqui se incluem as ideias de caso fortuito e força-maior, nas quais os fatos são inevitáveis.

Notam-se dois extremos: a ideia de perigo (na qual os fatos são totalmente previsíveis, e medidas precaucionais deveriam ser tomadas diante da certeza dos efeitos) e as *áleas* (que surgem sem prévio aviso e não podem ser contidas). A ideia de risco é o meio do caminho entre *álea* e perigo no Direito: nem tão previsível e certa como essa nem tão subjetiva como aquela.

O risco que é gerenciado pelo princípio da precaução paira em uma incerteza do que ainda está por vir com o progresso científico-tecnológico na sociedade de risco. A “incerteza é o seu sentido nuclear”,²⁸ pois a ideia de risco é o que pode vir em maior ou menor escala na sociedade contemporânea. Conforme a previsibilidade, os riscos podem ser considerados como potenciais ou comprovados. No primeiro caso, os riscos relacionam-se com a ideia de precaução, em razão da incerteza diante das hipóteses de risco que, racionalmente, podem ser relacionados. No caso dos comprovados, a aplicabilidade do princípio

²⁶ Ibidem, p. 24.

²⁷ Idem.

²⁸ LOPEZ, op. cit., p. 24.

da prevenção traz, em seu bojo, as ideias de ameaça e perigo, ao passo que os riscos potenciais atuam apenas no plano hipotético.

Há, ainda, uma segunda diferenciação dos riscos que é apontada pelos doutrinadores como relatados ou residuais. A diferenciação diz respeito a duas óticas sob as quais os riscos podem ser vistos na sociedade de risco e merecem a aplicação do princípio da precaução. Sobre os riscos relatados e a aplicabilidade do princípio da precaução, Veyret²⁹ ensina que o princípio da precaução é aplicado como forma de garantir segurança social e a do cidadão com as situações de risco relatada. Nesse ponto, a ideia é que danos eventuais devem ser observados em longo prazo após a ocorrência de um acidente, ou após a utilização de algum produto alimentar, químico ou farmacêutico. A dúvida permeia a possibilidade de ocorrência de dano posterior e faz com que o risco seja tratado nesse princípio ante a ausência de conhecimento científico exato das consequências de uma atividade, a ponto de gerar um parecer científico da comunidade científica.

Há, ainda, os riscos residuais, que são menores, porém igualmente relevantes. Alguns autores nem o consideram mais risco ante a pequena probabilidade de sua ocorrência, porém há posicionamentos diferentes dos doutrinadores quanto à sua relevância. Há os que defendem que a ideia de risco zero não existe nesta sociedade contemporânea com incessantes inovações tecnológicas. Dessa forma, mesmo que sejam tomadas medidas de segurança necessárias, a redução do risco foi levada ao seu patamar mínimo, e a sociedade deveria suportar esse risco residual em razão da sociedade em que se vive. Por outro lado, há os que entendem que, embora residual, os riscos não devem, de nenhuma forma, ser suportados pela população; ainda que sejam menores, continuam sendo riscos.

As quatro diferenciações mencionadas são importantes na sociedade hodierna, mas a diferenciação mais relevante dos riscos diz respeito aos novos riscos ambientais, que podem ser divididos em “globais, retardados e irreversíveis”.³⁰ Sobre a relevância das três caracterizações dos riscos, Araguão³¹

²⁹ VEYRET, Yvette. *Os riscos: o homem como agressor e vítima do meio ambiente*. Trad. de Dilson Ferreira Cruz. São Paulo: Contexto, 2007. p. 59.

³⁰ ARAGÃO, op. cit., p. 21.

³¹ Idem.

define que “por serem globais e irreversíveis, mas, na maior parte dos casos, riscos futuros, que afectarão gerações que ainda não nasceram, é que o princípio da precaução é um princípio de justiça na sua acepção mais clássica”.

Os denominados riscos globais são os que possuem alcance em larga escala e abrangem vastas regiões do Planeta. A evolução científica da atualidade eleva os riscos massificados e com dimensões planetárias. Diante da extensão do risco, a aplicação do princípio da precaução se faz ainda mais relevante tendo em vista os efeitos, em ampla escala, que a falta de medidas precaucionais poderia ocasionar. Sobre essa faceta dos riscos, citam-se exemplos práticos como a contaminação radioativa de Chernobil em 1986 e os lotes de sangue contaminado com Aids administrados a doentes, na França, no início da década de 1990. Ambos ocorreram no passado, e os riscos estão sendo geridos até os dias atuais. Além dos riscos globais, mencionam-se os riscos retardados como aqueles que se desenvolvem lentamente ao longo do tempo e que, em certo momento, assumem dimensões catastróficas e irreversíveis. Aqui, se aborda um risco que cresce de maneira exponencial e pode ser aplicado a fenômenos naturais e sociais, justamente pela aplicabilidade ampla que “torna urgente a adoção de medidas precaucionais”.³²

A necessidade de atitudes precaucionais em relação aos riscos retardados é importante, sendo que, se nada for feito antecipadamente, o dano poderá ocorrer, e a irreversibilidade se concretizará. Como exemplo da concretização desse risco, Aragão menciona:

Suponhamos que se tem um lago em que cresce nenúfar. O nenúfar duplica de tamanho todos os dias. Se deixasse a planta crescer livremente, ela cobriria completamente o lago em trinta dias, provocando a morte de todas as outras formas de vida aquática. Durante muito tempo o nenúfar parece pequeno, por isso você resolve não se preocupar com ele enquanto não ocupar metade do lago. Em que dia acontecerá isso? [...] No vigésimo nono dia. Fica-lhe só um dia para salvar o lago.³³

De forma semelhante, os riscos retardados podem esconder, na sua extensão e no tempo, uma falsa ideia de que o risco não se concretizará em perigo real e posteriormente em dano. O fato é que, se medidas precaucionais não forem

³² ARAGÃO, op. cit., p. 21.

³³ Idem.

tomadas com antecedência, a atuação nos últimos momentos pode não ser mais efetiva e evitar a concretização do dano.

Por fim, trata-se de riscos irreversíveis que são aqueles dos quais as consequências são eternas ou tão duradouras que podem ser consideradas irreversíveis à escala humana. A irreversibilidade em si não representa algo negativo, mas se for atrelada à ideia de riscos, tem efeito direto sobre as futuras gerações. Trata-se de danos oriundos de riscos que atingem não apenas o presente, mas as gerações vindouras, retirando dessas a oportunidade de viverem sem as consequências desse risco.

Não há uma divisão linear entre riscos reversíveis e irreversíveis, para que se tenha uma consciência exata de quando ocorrem os riscos aqui mencionados. Isso porque a questão que deve orientar a análise não é se o risco é reversível ou não, mas o custo que isso teria para ocorrer. Talvez o alto custo para tentar reverter um dano o torna inviável, prejudicando as gerações presentes e futuras com os danos irreversíveis e suas consequências.

A aplicação do princípio da precaução, no gerenciamento desses riscos, deve ser entendida como relevante em razão da amplitude das consequências da inércia nesses casos. As características dos riscos podem ser vistas de maneira separada ou em conjunto, eis que um risco pode ser irreversível e global ao mesmo tempo, em razão da magnitude e da gravidade.

Conhecendo os riscos e suas diversas subdivisões e aplicações no tempo e no espaço, nota-se que o gerenciamento ou a atenuação desses riscos é algo imprescindível na sociedade contemporânea.

A ideia de governança desses riscos está fundada em três elementos, conforme Veyret:³⁴ “A precaução, a prevenção e a indenização.” As ideias de precaução e prevenção já bem-definidas são relacionadas conforme o momento em que o risco é analisado. No caso da indenização, há uma referência aos danos causados e à responsabilidade civil, como forma de ressarcimento dos prejuízos gerados. Essa análise permanece, porém, na ideia do gerenciamento dos riscos que ainda não se transformaram em perigos e nos consequentes danos a ponto de gerar a indenização mencionada.

³⁴ VEYRET, op. cit., p. 19.

Para que se possa gerenciar os riscos, é preciso, *a priori* conhecê-los e analisá-los para que depois se defina a forma de agir. A análise e cálculo de eventuais danos e a forma de tratá-los têm relação direta com os especialistas e os políticos.³⁵ A construção do risco é baseada em estatísticas e critérios de probabilidades e pesquisas, além de informações veiculadas pela mídia. Com base nisso, verificam-se qual é o grau de risco do empreendimento analisado, bem como a forma de gerenciamento por parte dos gestores.

Nesse sentido, “o risco é uma construção social. A percepção que os atores têm de algo que representa um perigo para eles próprios, para os outros e seus bens, contribui para construir o risco que não depende unicamente de fatos ou processos objetivos”.³⁶ Os riscos relacionam-se com diversos fatores, para que se possa analisar sua existência e seu gerenciamento. A gestão dos riscos se apoia em probabilidades e incertezas e, por isso, é tão importante a utilização do princípio da precaução nessa análise.

A verificação complexa e difícil dos riscos, diante de uma sociedade que vive rodeada por tantos tipos, faz com que seja vital o uso da precaução de forma que as incertezas do risco hipotético não sejam confundidas com mera apreensão. Os riscos aumentam na proporção do progresso científico, porém todos querem usufruir dos benefícios sem lidar com a contrapartida dos riscos e perigos que surgem com tal prática. Como mencionado, a ideia de precaução deve ser utilizada no gerenciamento de riscos com uma aplicação intermediária. Analisam-se os riscos atuais e a contrapartida dos benefícios que trazem à sociedade. A ideia de risco zero é algo utópico, e o avanço tecnológico é algo benéfico, de certa forma, à população. A grande questão encontra-se nessa ponderação do “risco/utilidade e custo/benefício”.³⁷

Suportar os riscos pelas sociedades presente e futura é algo que deve ser averiguado de maneira delicada nas situações de risco. Bottini³⁸ explica que “o gerenciamento de riscos busca definir os limites do risco” e mostra que a situação ideal será aquela na qual o “nível de periculosidade do empreendimento está em um patamar aceitável em relação às necessidades a ele atreladas”.

³⁵ Ibidem, p. 16.

³⁶ Ibidem, p. 23.

³⁷ LOPEZ, op. cit., p. 42.

³⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio de precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007. p. 57.

Assim, se retoma a ideia mencionada do princípio da precaução e sua valiosa utilidade no gerenciamento de riscos. Considerando a imensidão de riscos e todos os fatores que são levados em conta na sua análise, é de suma importância que medidas precaucionais sejam tomadas de forma que os riscos não se transformem em danos. Apesar disso, o princípio se liga à incerteza científica, e sua aplicação deve ser ponderada, de maneira que gere medidas precaucionais contra riscos e não freie o desenvolvimento econômico de modo desproporcional. Em uma sociedade de riscos como a contemporânea, o gerenciamento de riscos com a aplicação ponderada do princípio da precaução tende a ser a melhor opção, para que os riscos não se transformem em perigos concretos e, por consequência, em danos irreversíveis.

Considerações finais

A contextualização do princípio da precaução se mostra importante, a fim de que o real objetivo do princípio seja delineado. Historicamente, a ideia de precaução toma forma em documentos internacionais, sendo o marco histórico de sua aplicabilidade, iniciada em 1992, com a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Sua prática ganha destaque em meio à sociedade de riscos em que se vive atualmente. Um local onde o avanço tecnológico busca a criação de medidas capazes de gerar segurança e, ao mesmo tempo, cria novos medos e incertezas. É a modernidade reflexiva que ganha forma após a era industrial no mundo.

Os riscos com os quais a sociedade atual convive são de dimensões e potencialidades diversas, mas a incerteza científica, diante de sua concretização, coloca em prática o princípio da precaução. Destinado a gerir os riscos que não têm certeza e comprovação científica, o princípio da precaução é utilizado na tentativa de evitar que danos irreversíveis ocorram.

A diferença entre precaução e prevenção diz respeito ao momento em que o risco é analisado, bem como à demonstração de certeza científica do segundo quanto aos perigos iminentes de dano. A grande questão, portanto, não se trata de analisar os riscos e perigos que já possuem análise científica, mas os que estão

permeados pela incerteza e que, caso ocorram, gerariam danos de dimensões alargadas.

O princípio da precaução se destina, portanto, à análise dos riscos incertos que se instalaram na sociedade contemporânea. Demonstrar de grande valia sua aplicabilidade no gerenciamento desses riscos, uma vez que o avanço tecnológico anda a passos mais largos do que a comprovação científica dos efeitos adversos que ela pode gerar.

A aplicabilidade do princípio da precaução, de forma ponderada, revela-se essencial para que o avanço tecnológico não seja impedido de buscar o risco zero, por outro lado, que a sociedade seja submetida a riscos desmedidos em prol da economia. Não há como esperar que a ciência demonstre os riscos de uma atividade para que apenas, depois, ela seja regulada diante da prevenção. É preciso que medidas precaucionais sejam tomadas de forma que grandes danos, muitos deles irreversíveis, sejam evitados.

As dimensões, muitas vezes globais dos riscos, demonstram que não se trata do gerenciamento de potenciais reveses a pequenas populações, mas ao Planeta todo e de todas as formas de vida que são colocadas em risco diariamente, na sociedade atual. É preciso precaução para que não se tenha que lidar com danos irreversíveis e de grandes proporções, os que atingem não apenas as presentes, mas, também, as futuras gerações pela ânsia atual do avanço tecnológico.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALPA, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993.

ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano XI, n. 22, p. 9-57, fev. 2008.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007.

CRETELLA NETO, José. *Direito Processual na Organização Mundial do Comércio*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DECLARAÇÃO do Rio sobre meio ambiente. Disponível em:
<http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017.

FERREIRA, Helene Sivini. Política ambiental constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

HARTMANN, Débora; SOUZA, Leonardo da Rocha de. O princípio da precaução e a avaliação prévia de impacto ambiental: a posição do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, p. 151-168, 2017.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. da PUCRio, 2006.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio da precaução no Direito Ambiental brasileiro. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 189-228.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <<file:///C:/Users/User/Desktop/declaracao-do-rio.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2017.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. O princípio da precaução como critério de avaliação de processos decisórios e políticas públicas ambientais. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, Caxias do Sul: Plenum, ano II, n. 5, p. 27-42, maio/ago. 2013.

TROMBINI, Gabrielle. A Constituição Federal frente ao risco ecológico. In: AUGUSTIN, Sérgio; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Org.). *O Direito na sociedade de risco: dilemas e desafios socioambientais*. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2009. p. 129-146.

VEYRET, Yvette. *Os riscos: o homem como agressor e vítima do meio ambiente*. Trad. de Dilson Ferreira Cruz. São Paulo: Contexto, 2007.

**Da pesquisa em Direito Ambiental e Sociedade:
(novos) direitos ambientais e políticas públicas para o
desenvolvimento socioeconômico***

The research in Environmental Law and Society: environmental rights and public policies for socioeconomic development

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira**

Resumo: No presente estudo, apresenta-se uma proposta de caracterização do campo de estudos abrangido pelo tema “Direito Ambiental e Sociedade”, que é a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (PPGDir/UCS). Também são discutidas as linhas de pesquisa intituladas “Direito Ambiental e Novos Direitos” e “Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico”, sua abrangência e seus propósitos. O estudo procura sistematizar os debates da comissão que formulou o projeto para a criação do Doutorado em Direito (APCN) na UCS, curso implantado em 2017. Os critérios sugeridos permitem evidenciar os pontos de convergência entre as linhas de pesquisa e sua filiação à área de concentração e, simultaneamente, pretendem justificar sua respectiva autonomia. Sustenta-se que a área “Direito Ambiental e Sociedade” não é caracterizada pela referência a um dado corpo normativo, mas, antes, de maneira mais dinâmica, por um determinado corte epistemológico, que tem relação com as mudanças sociais contemporâneas.

Palavras-chave: Teoria Geral do Direito Ambiental. Direito ao ambiente. Novos direitos. Sustentabilidade. Epistemologia ambiental.

Abstract: This study presents a proposal for characterizing the field of study covered by the subject Environmental Law and Society, that is, the area of the Postgraduate Law Program of the University of Caxias do Sul (UCS/PPGDir). There are discussed the lines of research entitled “Environmental law and new (human) rights” and “Environmental law, public policies and socio-economic development”. The study seeks to systematize the debates of the committee that formulated the project for creating the Doctorate in Law at UCS, deployed in the year 2017. The

* O presente capítulo foi publicado como artigo, em sua primeira versão, sob o título “A pesquisa na área de Direito Ambiental e Sociedade: considerações metodológicas e caracterização das linhas de pesquisa do PPGDir/UCS”, na *Revista Direito Ambiental e Sociedade* (RDAS), v. 6, n. 1, no início de 2016. Trata-se de uma tentativa de descrição e projeção dos temas abrangidos pela área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, bem como uma proposta de estabelecimento de critérios metodológicos para a demarcação das linhas de pesquisa compreendidas nessa área de concentração. O estudo surgiu no contexto da comissão que formulou o projeto (APCN) de um curso de Doutorado em Direito nessa instituição. Passados dois anos e uma vez bem-sucedido o projeto e implantado o curso, isso justifica a publicação novamente do estudo, com o texto revisto e atualizado, para fins de divulgação das ideias apresentadas, bem como do próprio curso. O texto mostra-se pertinente à presente obra, cuja linha mestra compreende os direitos fundamentais, os novos direitos em matéria ambiental e o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), na área de concentração *Direito, Estado e Sociedade*. Mestre em Direito pela UFSC na área de *Teoria e Filosofia do Direito*. Bacharel em Direito pela UFSC. Professor adjunto no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (PPGDir/UCS). *E-mail:* clovisems@gmail.com

suggested criteria allow to highlight the points of convergence between these lines of research and their affiliation to the subject *Environmental law and society*; at the same time, the criteria seek to justify its autonomy. The article contends that the “Environmental Law” area is not characterized only by reference to a given body of laws, but rather by a certain epistemological approach, related to social changes of contemporary times.

Keywords: General Theory of Environmental Law. Environmental Right. New rights. Sustainability. Environmental epistemology.

Introdução

Este texto tem como propósito apresentar e discutir critérios metodológicos à delimitação do campo de estudos compreendido pela temática *Direito Ambiental e Sociedade*, tema que corresponde à área de concentração, na qual o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (PPGDir/UCS) desenvolve suas atividades, por meio dos cursos de Doutorado e Mestrado acadêmicos. Sistematiza debates ocorridos entre os membros da comissão responsável pela formulação da Proposta de Curso Novo (APCN), com aprovação pela Capes e implantação do curso de Doutorado em 2017.

A área de concentração *Direito Ambiental e Sociedade* contempla, no PPGDir/UCS, duas linhas de pesquisa: a linha 1 intitula-se *Direito Ambiental e Novos Direitos e Direito Ambiental*, enquanto a linha 2 intitula-se *Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico*. Tais linhas não esgotam a área de concentração, uma vez que outras opções e recortes metodológicos são, em tese, possíveis. Não obstante, oferecem pontos de vista complementares e abrangentes sobre a matéria, os quais permitem contemplar os temas mais relevantes e atuais, no âmbito do estudo das relações entre o *Direito* e o *ambiente*, no presente *contexto social*.

Desse modo, as linhas de pesquisa do PPGDir/UCS são discutidas em sua abrangência e em seus propósitos, de maneira a esclarecer: (i) os critérios pelos quais elas podem ser desenvolvidas, não apenas em termos de pesquisa, como também de ensino e extensão; bem como (ii) as razões pelas quais elas podem ser consideradas simultaneamente *abrangentes, distintas e complementares*, de maneira a viabilizar grande sinergia e diálogo construtivo entre projetos de pesquisa e produções acadêmicas em geral.

Dado o grande número de correntes teóricas e de pesquisadores que se debruçam sobre o problema da juridicidade ambiental, é necessário advertir que

não é pretensão deste texto inventariar contribuições acadêmicas importantes, na área de *Direito Ambiental e Sociedade*, nem mesmo de maneira panorâmica. Além de hercúlea, tal empreitada extrapolaria as finalidades do estudo. Os autores e as obras citados – poucos, dada a diversidade de influências sobre o assunto que aqui se apresenta – aparecem com o intuito meramente exemplificativo de determinadas opções conceituais ou metodológicas. Por vezes, se tomaram emprestados noções e argumentos especialmente úteis em dado contexto, atribuindo aos seus pensadores os devidos créditos.

Além de uma compreensão diagnóstica do escopo e da missão da área de concentração do PPGDir/UCs, bem como dos vínculos e dos limites que caracterizam suas linhas de pesquisa, o presente escrito assume também um viés propositivo, na medida em que pretende contribuir com um debate mais abrangente acerca desses campos de conhecimento. Evitou-se deliberadamente, neste texto, a referência à produção científica docente e discente do PPGDir/UCS, uma vez que o desenvolvimento de projetos de pesquisa e extensão, orientações, produção bibliográfica e técnica realizadas na instituição merecem um estudo à parte.

Pretende-se, portanto, delinear os contornos e critérios daquilo que se apresenta como forma plausível e profícua de se entender a área de concentração *Direito Ambiental e Sociedade* e de divisá-la. Espera-se que tais considerações possam ser úteis a pesquisadores que, de maneira geral, atuam na área. A intenção é que as demarcações apresentadas, a seguir, possam proporcionar uma reflexão proveitosa, matizando olhares acadêmicos possíveis sobre o estudo jurídico dos problemas ambientais, estudo esse que não pode ser abstraído de processos sociais e históricos mais amplos.

Direito Ambiental e Sociedade

A área de concentração *Direito Ambiental e Sociedade* compreende estudos jurídicos voltados ao desafio da proteção dos ecossistemas e dos recursos naturais, bem como do ambiente humano, no contexto social contemporâneo. No recorte temático proposto pela área de concentração, objetiva-se debater, elucidar e problematizar a contribuição do Direito para um projeto de *sustentabilidade da sociedade e da natureza*, independentemente da divisão que se possa fazer em

termos didáticos, no âmbito de um trabalho de pesquisa, ou mesmo de um diploma legal.

A articulação entre *Direito, ambiente e sociedade* tem como pressuposto a emergência de uma racionalidade e de uma epistemologia jurídico-ambiental que, apesar de seus contornos fluidos, de seu caráter inacabado, põe em questão as limitações das instituições jurídicas (materiais e simbólicas) tradicionais, tendo em conta a tarefa que se atribui ao Direito: a de combater a degradação ambiental no sentido natural e humano, assim como de promover, pelos mecanismos que lhes são próprios, a sadia qualidade de vida e a durabilidade do equilíbrio ecossistêmico.

Embora seja possível atribuir uma ênfase aos prismas econômico, político, histórico, antropológico, psíquico, e assim sucessivamente, a crise ambiental pode ser lida, de maneira extremamente frutífera, como uma *crise epistemológica*.¹ Leff elabora de maneira notável os contornos da racionalidade em crise, discutindo a emergência de um saber ambiental difuso, porém questionador e potencialmente emancipador, que atua na “contracorrente do projeto unitário e homogeneizante da modernidade”.² A racionalidade ambiental traz consigo a abertura à intervenção humana, na confluência dos processos físicos, biológicos e simbólicos (pensamento, sociedade, natureza, tecnologia) característicos do presente tempo histórico, a fim de reconduzi-los no sentido da construção de uma nova ordem geofísica, da vida e da cultura.³ São processos transformadores também no viés da reintegração de valores éticos e estéticos subjugados, tendo como norte a “construção de um mundo sustentável, democrático, igualitário e diverso”.⁴

Não se pode entender o *Direito Ambiental* de maneira hermética, a partir, por exemplo, do seu corpo normativo. Antes pelo contrário, o estudo da disciplina jurídico-ambiental distingue-se do estudo jurídico-tradicional por sua **finalidade** e seu **método**. É um estudo que se desenvolve à luz de um pensamento ecológico, na interação complexa com os demais campos do conhecimento humano e à luz das crises e dos antagonismos que determinam e explicam seu surgimento.

¹ LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Trad. de Sandra Valenzuela. Rev. téc. de Paulo Freire Vieira. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 191.

² LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. de Lúcia Mathilde Endlic Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 10.

³ *Ibidem*, p. 9.

⁴ *Ibidem*, p. 17.

Fala-se em pensamento *ecológico* em sentido abrangente. A *Ecologia*,⁵ que até os anos 1970 denotava apenas o nome de uma subdisciplina da Biologia, emergiu, nas últimas décadas, como uma disciplina *nova e integrativa*, formando uma verdadeira “ponte entre as ciências naturais e sociais”, que põe em questão o reducionismo disciplinar e a própria forma de pensar linear, analítica e não relacional, que constitui herança da modernidade. Embora não seja aconselhável equiparar, de plano, as mais diversas teorias ditas sistêmicas, complexas, holísticas, dentre outras, é incontornável a influência historicamente recente, porém determinante, da ecologia sobre os sistemas de pensamento das ciências sociais. Prova disso é que noções ecológicas passaram a integrar o vocabulário de, virtualmente, todas as áreas do conhecimento, como ocorre exemplarmente na economia e no Direito.

A partir dessas reflexões, pode-se compreender o *Direito Ambiental* ou o *Direito do Ambiente*⁶ como *todo corpo normativo, ou atividade ou reflexão jurídica comprometida com a sustentabilidade, na dialética entre ambiente humano e ambiente natural, diante dos desafios que se opõem ao presente e ao futuro das sociedades humanas e do Planeta*. De modo convergente, Canotilho⁷ fala na abertura dos textos constitucionais a uma primeira e a uma segunda geração de problemas ecológicos – esta última marcada, dentre outros aspectos, pelos “efeitos combinados de vários factores de poluição e das suas implicações globais e duradouras”. Tais características dos problemas ecológicos contemporâneos colocam em causa, de maneira ainda mais grave, os interesses das gerações futuras, assim como a necessidade da adoção de medidas restritivas dos comportamentos ambientalmente relevantes das gerações atuais.

Com Bosselmann,⁸ assume-se que a noção de sustentabilidade possui uma *essência ecológica*: ou a sustentabilidade é ecológica, ou não há sustentabilidade possível, ou o desenvolvimento sustentável é ecológico ou não é desenvolvimento

⁵ ODUM, Eugene P.; BARRETT, Gary W. *Fundamentos de ecologia*. Trad. de Pégasus Sistemas e Soluções. São Paulo: Thomson Learning, 2007. p. 4.

⁶ A expressão *Direito do Ambiente* parece mais adequada sob vários pontos de vista. Entretanto, o PPGDir/UCS tem utilizado a expressão *Direito Ambiental*, que tem a preferência da maior parte dos juristas. Sobre isso (MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 254-256).

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.

⁸ BOSSELMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 42-43.

sustentável. Entretanto, o elemento humano e o elemento natural podem ser entendidos como indissociáveis na conformação de qualquer noção de sustentabilidade contemporânea; não porque a sustentabilidade ecológica possa ser subjugada aos imperativos econômicos, por exemplo, mas porque, desde que o ser humano habita o planeta Terra, a proteção do valor intrínseco dos ecossistemas e a durabilidade dos recursos naturais estão fortemente associadas à sustentabilidade das sociedades humanas e vice-versa. Desse modo, não se considera contraditório assumir um ponto de vista ecológico (e a prevalência dos valores ecológicos no estudo do Direito Ambiental), e um corte disciplinar que compreende o ambiente como um todo integrado por fatores naturais e humanos.

Por isso, na mesma direção do ordenamento jurídico pátrio, a área de concentração adota uma concepção integral ou ampla acerca do bem jurídico ambiental,⁹ que abrange o meio ambiente *natural* e o meio ambiente *humano* ou *social*, este último contemplando os patrimônios cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico, o meio ambiente urbano e o meio ambiente do trabalho e quaisquer outras manifestações jurídicas associadas à sadia qualidade de vida e ao compromisso com o futuro. Essa opção não recusa o primado ecológico na conceituação de *meio ambiente* ou na problematização da sustentabilidade, apenas admite que o ambiente natural e o ambiente construído podem ser pensados, equacionados, protegidos em sua interação complexa, e influência recíproca.

A autonomia epistemológica e teleológica do Direito Ambiental assegura clareza e especificidade ao recorte temático da área de concentração do PPGDir/UCS, ao mesmo tempo que lhe confere um caráter fortemente transdisciplinar. Essa transdisciplinaridade pode ser observada, inicialmente, desde um ponto de vista *interno* ao Direito, uma vez que o problema da proteção do meio ambiente perpassa por quase todas as disciplinas jurídicas e seus respectivos conteúdos normativos e doutrinários – tais como o direito internacional, Constitucional, Administrativo, Civil, Penal, Processual, Tributário, do Trabalho, do Consumidor, e assim sucessivamente – geralmente questionando-os e os transformando.

Se as disciplinas tradicionais são estruturadas de maneira mais vertical, o Direito Ambiental e, particularmente, a legislação ambiental, possuem um caráter

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 308.

transversal – ou seja, “as normas ambientais tendem a se incrustar em cada uma das demais normas jurídicas, obrigando *que se leve em conta* a proteção ambiental em cada um dos demais ‘ramos’ do Direito”, de maneira que tal proteção “pode ocorrer mediante a tutela conferida por normas dos mais diferentes campos do direito”.¹⁰ Tal argumento vale àquelas disciplinas fronteiriças, que são consideradas jurídicas porque têm o direito como objeto, tais como a filosofia, a sociologia, a antropologia jurídicas, dentre outras. Nesse relacionamento com as demais áreas, seria possível afirmar que o Direito Ambiental revela um aspecto de *rede* ou *teia* – para usar uma metáfora cara ao ecologismo, assimilado pelo Direito e pelas ciências humanas e sociais aplicadas nas últimas décadas.

A transdisciplinaridade do Direito Ambiental não é apenas interna ao universo das disciplinas jurídicas. Um aspecto ainda mais importante é que ela pode ser compreendida desde um ponto de vista *externo*, uma vez que, ao voltar-se à salvaguarda do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, o Direito estabelece vínculos estreitos: (i) com as ciências exatas e da terra, particularmente as geociências; (ii) com as ciências biológicas, particularmente a ecologia; (iii) com algumas engenharias, particularmente as sanitárias e as ambientais; (iv) com as ciências da saúde; (v) com as ciências agrárias, tais como: a agronomia, a engenharia florestal, a engenharia agrícola, a zootecnia e a ciência de alimentos; (vi) com as ciências humanas, tais como a filosofia, a sociologia, a antropologia, a história, a geografia, a educação ambiental, as artes e a ciência política; (vii) com áreas interdisciplinares, tais como: a de meio ambiente e agrárias, a de saúde e biológicas ou a biotecnologia; e (viii) por fim, com as demais ciências sociais aplicadas, particularmente a administração, a economia, o turismo, a arquitetura e o urbanismo, o planejamento urbano e regional, a demografia e o serviço social.

Os objetivos, as finalidades e a epistemologia associados à sustentabilidade da sociedade e da natureza, a um projeto viável e profícuo de futuro, conferem unidade à legislação ambiental e, de maneira mais ampla, à juridicidade ambiental. Nessa mesma direção, reflete Jasanoff que

a legislação ambiental estabeleceu-se como um recurso essencial na luta da humanidade para alcançar maneiras sustentáveis de viver na terra. Tal como qualquer outro sistema de leis, a legislação ambiental articula de modo importante e faz cumprir normas que a sociedade tem em alta conta, mas não

¹⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 20.

é essa a sua função exclusiva. Muitas das forças a que a legislação ambiental deu apoio – incluindo movimentos em direção a maior acesso, participação, justiça e cooperação global – são forças que as sociedades do século vinte vieram a considerar indispensáveis para a sua sustentabilidade. Além disso, o processo de elaborar e implementar legislação ambiental trouxe a cultura de crescente participação dos cidadãos a uma convergência com uma reflexão científica e ética mais profundas sobre a relação os seres humanos e outros aspectos da natureza. É por providenciar um quadro dentro do qual as dimensões científicas, éticas e políticas da experiência humana podem ser simultânea e continuamente deliberadas que a legislação ambiental oferece a maior das promessas para a humanidade.¹¹

Tendo em conta seu caráter semanticamente aberto, a *sustentabilidade* do Planeta e da própria humanidade também se converte em pergunta, no contexto da presente área de concentração: O que significa construir uma sociedade ou um planeta sustentável? Como entender e equalizar as dimensões econômica, social e ecológica em um projeto de desenvolvimento? Que sentido pode ser atribuído ao uso do adjetivo *sustentável* pelas organizações internacionais, pelos órgãos de planejamento e gestão, pelos agentes econômicos e pela sociedade? Que diretrizes podem ser extraídas do Texto Constitucional brasileiro acerca da sustentabilidade, e qual é o papel do universo jurídico, particularmente das políticas públicas e dos espaços de decisão, na persecução desse valor/princípio/projeto?

Se a noção de *sustentabilidade*, assim como a de *desenvolvimento*, permanece em aberto, isso não ocorre ao acaso. À parte o caráter vago e ideológico, os “vulgares abusos” cometidos no emprego dessas noções, elas também encerram a pergunta fundamental da viabilidade do futuro, cuja resposta é epistemológica, econômica, política, cultural. Veiga resume bem esse aspecto, ao dissertar sobre a sustentabilidade em termos de legitimação de um novo valor, independentemente da dificuldade e mesmo da improbabilidade de uma conceituação.¹² O autor sustenta a tese de que o desenvolvimento sustentável é um “enigma à procura de seu Édipo”. Não obstante, consiste em

um dos mais generosos ideais surgidos no século passado, só comparável à bem mais antiga ideia de ‘justiça social’. Ambos são valores fundamentais de nossa época por exprimirem desejos coletivos enunciados pela humanidade, ao lado da paz, da democracia, da liberdade e da igualdade. Ao mesmo tempo, nada assegura que possam ser, de fato, possíveis e realizáveis. São

¹¹ JASANOFF, Sheila. Direito. In: JAMIESON, Dale (Coord.). *Manual de filosofia do ambiente*. Trad. de João C. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2005 [2003], p. 352-353.

¹² VEIGA, José Eli da. *Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor*. São Paulo: Senac, 2010.

partes imprescindíveis da utopia, no melhor sentido da palavra. Isto é, compõem a visão de futuro sobre a qual a civilização contemporânea necessita alicerçar suas esperanças.¹³

O estudo em *Direito Ambiental e Sociedade*, dessa maneira, pressupõe um compromisso com a sadia qualidade de vida, o equilíbrio dos ecossistemas, a durabilidade dos recursos naturais, a redução da pobreza e das desigualdades, a dignidade da pessoa humana, a equidade e a justiça social – ao mesmo tempo que problematiza os modos pelos quais o Direito atua na concretização ou na denegação desses valores e metas, sempre de maneira duradoura, ecológica, *voltada ao futuro*. Dessa forma,

a real importância da sustentabilidade pode estar no providenciar de um novo contexto conceptual dentro do qual podem ser debatidos os problemas do crescimento e do ambiente, e em incitar-nos a reexaminar as nossas noções de qualidade de vida e de ambiente. Responde também a uma necessidade, tão visceral quanto pragmática, de fazer alguma coisa diante da perda. Mas como princípio orientador, deve ser julgada insatisfatória, em última instância. Parece demasiado ligado a concepções de mundo – um armazém que deve ser mantido cheio, uma máquina que precisa de manutenção – que já não são, elas próprias, sustentáveis. Na esteira de Darwin, o mundo parece-nos muito mais como um processo sem fim, mas ajustado para encher ou manter. A nossa mais modesta tarefa é como não matar à nascença os futuros interligados dos seres humanos e da comunidade natural, que temos a capacidade de afectar profundamente, mas em relação à qual nos falta a capacidade e a sabedoria de geri-la.¹⁴

Mas como proteger a vida humana e a vida natural em sua interação complexa? Diversas correntes de pensamento, ora associadas a um antropocentrismo renovado, ora a um biocentrismo ou ecocentrismo, vão oferecer diferentes respostas a essa questão. Contudo, tendo em conta a responsabilidade do ser humano perante o futuro de sua relação com o Planeta, parece particularmente profícua a noção de *projeto*, tal como forjada por Ost.¹⁵ Para o autor belga, trata-se de transcender as limitações expressas pelo par *natureza-objeto*, por um lado, e *natureza-sujeito*, por outro, a fim de considerar,

¹³ VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. p. 13-14.

¹⁴ HOLLAND, Allan. Sustentabilidade. In: JAMIESON, Dale (Coord.). *Manual de filosofia do ambiente*. Trad. de João C. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2005 [2003]. p. 411-412.

¹⁵ OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*. Lisboa (Portugal): Instituto Piaget, 1997. p. 18-22.

simultaneamente, “o que a natureza faz de nós, [e] o que nós fazemos dela”. A fragilidade do ser humano como espécie e sua dependência dos ecossistemas naturais não refuta, mas reforça sua particular responsabilidade: é humana a tarefa da “inscrição na permanência”, da “projecção num futuro razoável”. Esse projeto de futuro, que deve considerar a interação complexa entre natureza e ambiente humano, evoca o papel do Direito, que é o de *instituição*, ou seja, de afirmação do “sentido da vida em sociedade”. Para Ost, cabe ao Direito denominar, classificar e arbitrar as relações entre os homens e desses com o meio natural, lembrando que o vivo não pode ser reduzido ao artificial, e que o humano não pode ser reduzido ao animal.

Portanto, diante desses breves pressupostos metodológicos e conceituais e, partindo da constatação das dificuldades inauditas colocadas pelo atual momento histórico, conceitua-se a área de concentração *Direito Ambiental e Sociedade* como o *campo de estudo das contribuições do Direito para a sustentabilidade, compreendida como valor e como projeto de relacionamento harmônico e duradouro entre a humanidade e seu meio natural, por um lado; e entre as sociedades e seu ambiente construído, por outro.*

Cabe observar que o referido compromisso da área de concentração pode ser enfrentado simultaneamente desde os pontos de vista dogmático e zetético; ontológico e deontológico; científico, filosófico e sociológico, e assim sucessivamente – na medida em que as mais diversas opções teóricas ou metodológicas possam ser associadas ao problema da juridicidade ambiental em sentido amplo, em uma perspectiva de solidariedade intergeracional e intrageracional.

A seguir, serão apresentadas as linhas de pesquisa que, de maneira simultaneamente autônoma e complementar, pressupõem diferentes abordagens a serem priorizadas no âmbito dos seus projetos de pesquisa e demais atividades vinculadas. Pretende-se oferecer elementos para compreensão dos seus pontos de convergência, em face da área de concentração. Simultaneamente, será possível debater quais elementos asseguram sua autonomia.

Direito Ambiental e Novos Direitos

A linha de pesquisa *Direito Ambiental e Novos Direitos* compreende o estudo das implicações jurídicas das ameaças contemporâneas sobre a sustentabilidade da sociedade, da natureza exterior (equilíbrio ecológico) e interior (questão genética), problematizando os reflexos da crise do projeto de modernidade sobre a afirmação contínua de novos direitos de quaisquer dimensões ou gerações.

O atual estágio de mudança social-civilizacional, bem como as mais recentes possibilidades técnicas de atuação do homem sobre os ambientes natural e humano, refletem a multiplicação de dilemas éticos e epistemológicos; de carências e reivindicações de movimentos e grupos sociais; bem como de conflitos de fundo político, econômico e cultural. A emergência de tais antagonismos corresponde à proliferação de novos direitos no duplo sentido: (i) de *direitos* instituídos no plano legal ou constitucional, ou pelos tratados internacionais; e (ii) de *demandas* por direitos, social e politicamente legítimas, porém não legalmente instituídas. Trata-se, em todo caso, de direitos associados à sustentabilidade da sociedade e da natureza.

O estudo de *novos direitos* remete ao fenômeno da *multiplicação* ou proliferação dos direitos do homem, descrita, dentre outros autores, por Norberto Bobbio, que evidencia a “origem social dos direitos do homem”, e a “estreita conexão entre mudança social e nascimento de novos direitos”.¹⁶ É da própria essência dos *novos direitos* não constituírem uma noção unívoca e sim uma categoria em permanente construção, uma vez que está pautada pela afirmação permanente de demandas, necessidades e valores.

Ainda que os chamados “novos” direitos nem sempre sejam inteiramente “novos”, na verdade, por vezes, o “novo” é o modo de obter direitos que não passam mais pelas vias tradicionais – legislativa e judicial –, mas provêm de um processo de lutas específicas e conquistas das identidades coletivas plurais para serem reconhecidos pelo Estado ou pela ordem pública constituída. Assim, a conceituação de “novos” direitos deve ser compreendida como *a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas) que emergem informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas*

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. 22. tiragem. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 61-77.

*ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabam se instituindo formalmente. [...] Enfim, o processo histórico de criação ininterrupta dos “novos” direitos fundamenta-se na afirmação permanente de necessidades humanas específicas e na legitimidade de ação das novas sociabilidades, capazes de implementar práticas emergentes e diversificadas de relação entre indivíduos, grupos e natureza.*¹⁷

No que tange à proteção ambiental e à socioambiental, a afirmação de novos valores e demandas (como processo histórico inacabado) é particularmente evidente. É próprio dessa linha de pesquisa, portanto, não tomar o *direito ao ambiente* apenas sob o ponto de vista técnico-formal, em uma perspectiva linear e estanque, como posição jurídica que nasceu de uma vez por todas, a partir de sua constitucionalização ou previsão legal.

Desse modo, vale indicar, em um rol não exaustivo, quais estudos estão compreendidos sob a rubrica dos *novos direitos*, na intersecção com o problema ambiental.

Em primeiro lugar, *Direito Ambiental e Novos Direitos* remete ao estudo de novos *assuntos* antes ignorados, ou sobre os quais não recaía preocupação jurídica, ou de novos *bens* jurídicos merecedores de tutela em matéria ambiental. Como exemplo, basta pensar nos direitos associados à *sociobiodiversidade*; na biossegurança; nos patrimônios histórico, estético, paisagístico e cultural; nos direitos coletivos sobre os bens comuns ambientais de caráter material e imaterial; nas novas tecnologias e nos riscos ecológicos, sanitários, éticos e econômicos delas decorrentes, causadores de desequilíbrios e de injustiças a serem juridicamente equalizados.

São também característicos de *novos direitos* os estudos sobre as novas subjetividades jurídicas não humanas, tais como os direitos da natureza e os direitos dos animais, uma vez que se trata de problemas jurídicos contemporâneos por excelência, associados à multiplicação de demandas sociais, políticas e morais, e à crítica dos limites das concepções jurídicas modernas, que dificultam sua satisfação – é o caso das noções de pessoa e coisa e da mesma forma os caracteres tradicionalmente atribuídos ao Estado-Nação.

¹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica sobre as novas conflituosidades jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 35-36.

Complementarmente, o debate em torno das novas significações da *titularidade coletiva* de direitos é contemporâneo e possui importância central. A ideia de direitos coletivos (e a pergunta sobre o que seria um direito coletivo) produz inúmeros atritos e óbices à luz de institutos tradicionais e tiram da inércia o senso comum dos juristas, acostumados, por exemplo, a operar as categorias *público* e *privado*, na configuração herdada pela modernidade jurídica. Assim como a ideia de *direitos da natureza*,¹⁸ debates como o da possibilidade de *repersonalização do coletivo*¹⁹ em processos decisório-participativos excedem à própria demarcação de Bobbio, que discutiu o fenômeno da multiplicação de direitos sob o ponto de vista dos direitos do homem como indivíduo.

Um dos assuntos de grande relevância, no espectro da linha de pesquisa, são as novas *dimensões*, bem como as novas *configurações* e *justificações* em torno do *direito ao ambiente*, entendido como direito humano e/ou como direito fundamental. Conforme a orientação teórica da pesquisa, o debate sobre as justificações dos direitos humanos/fundamentais pode ser entendido sob diferentes aspectos, incluídos, aí, os fundamentos legais, morais/racionais e culturais/sociopolíticos. Neste último caso, basta tomar exemplos como o direito à água, o direito ao clima, ou o direito à biodiversidade para evidenciar que a *fundamentação* desses direitos é um “aspecto constitutivo de sua compreensão e proteção” – como quer Gallardo, diferentemente de Bobbio – desde que esse fundamento não seja entendido apenas no sentido racional/abstrato, mas em uma concepção *matricial*, por referência a “movimentos e mobilizações sociais que têm incidência política e cultural (configuram ou renovam um *éthos* ou sensibilidade) e, por isso, podem institucionalizar juridicamente e com eficácia as suas reivindicações”.²⁰

Característico do fenômeno da multiplicação de direitos e de demandas por direitos nas últimas décadas é o fato de que não são atribuíveis ao ser humano em geral, com linguagem e fundamentação abrangentes; pelo contrário, decorrem de situações de injustiça sofridas por um grupo social específico, em um contexto

¹⁸ ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Org.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya Yala; Universidad Politécnica Salesiana. 2011. p. 376.

¹⁹ PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 122.

²⁰ GALLARDO, Helio. *Teoria crítica: matriz e possibilidades de direitos humanos*. Trad. de Patrícia Fernandes. São Paulo: Edunesp, 2014. p. 60-61.

social específico, o que Bobbio chamou de “modos específicos de ser em sociedade”.²¹ Nessa característica se amoldam todos os direitos socioambientais e etnoculturais em geral; os direitos dos refugiados climáticos; o direito ao consumo sustentável, e assim por diante. De maneira geral, cabem nessa demarcação as discussões de direitos ou demandas por direitos associadas à proteção do ambiente na perspectiva dos grupos/classes sociais vulneráveis, da América Latina e do Sul global.

Por fim, cabe à linha de pesquisa *Direito Ambiental e Novos Direitos* o estudo de novas formas de *instrumentalização* de direitos, tais como: (i) o direito processual coletivo; (ii) os meios extrajudiciais de resolução de conflitos; e (iii) as inovações teórico-práticas relativas aos processos decisórios em matéria ambiental, tendo em conta a necessidade de articulação entre ciência e conteúdos valorativos na tutela do ambiente, em face dos riscos e das incertezas inerentes às sociedades complexas. Como referido, por vezes, o *novo* é o modo pelo qual o direito pode ser realizado, conforme ocorre com todos os debates de natureza processual, em sede administrativo-judicial, voltados à tutela de direitos ambientais.

Assumindo a tarefa de dar proteção jurídica aos bens ambientais em sentido lato, a linha de pesquisa *Direito Ambiental e Novos Direitos* contempla uma série de finalidades específicas a serem atendidas pelos projetos de pesquisa a ela vinculados, que são explicitados, a seguir, de maneira não exaustiva.

Considerando um ponto de vista jurídico-sociológico, cabe ao pesquisador (associado a essa linha) debater criticamente o papel do Direito no equacionamento das novas exigências éticas e políticas em um contexto democrático, particularmente as novas demandas ambientais contemporâneas – traduzidas em direitos exercitáveis com a administração pública e os tribunais; ou em direitos apenas declarados, porém nunca realizados; ou em demandas por direitos, sentidas como justas, porém não positivadas e não reconhecidas.

Cabe ao pesquisador contribuir à renovação de postulados, institutos e marcos regulatórios, de modo a superar as limitações da filosofia, da teoria e da dogmática jurídico-tradicionais, em face da multiplicação de direitos (e de demandas sociais por direitos) relacionados à qualidade ambiental.

²¹ BOBBIO, op. cit., p. 61-77.

Ainda nesse mesmo propósito, vale colocar em evidência a busca de soluções jurídico-inovadoras, no que diz respeito à *instrumentalização* e à *concretização* de direitos e garantias voltados à proteção dos ambientes humano e natural, discutindo as razões técnico-jurídicas e sociopolíticas do seu *deficit* de eficácia e efetividade.

Por fim, tendo em conta que a linha de pesquisa *Direito Ambiental e Novos Direitos* funda-se em uma categoria em permanente construção, constitui atribuição importante, indissociável das anteriores, aquela de *problematizar* quais, dentre os direitos e as reivindicações por direitos associados à qualidade ambiental, podem ser contabilizados como parte do fenômeno *novos direitos* sob quais condições e quais critérios.

Direito Ambiental, políticas públicas e desenvolvimento socioeconômico

A linha de pesquisa *Direito Ambiental, políticas públicas e desenvolvimento socioeconômico* compreende *o estudo da ação do Estado, diretamente ou com a participação da sociedade civil, na formulação, operacionalização, monitoramento e avaliação de resultados de políticas públicas voltadas à proteção ambiental em sentido amplo, à salvaguarda dos recursos naturais e ao desenvolvimento socioeconômico*. Trata-se, portanto, de estudo dos direitos ambientais e socioambientais sob o enfoque do Direito Objetivo, matéria incorporada à ordem jurídico-nacional e que deve ser concretizada pela ação do Poder Público, com ou sem a participação de outros atores sociais.

A definição de políticas públicas ambientais, conforme Bursztyn e Bursztyn,²² compreende ações regulares e institucionalizadas, desenvolvidas pelo Estado – frequentemente em conjunto com outros protagonistas –, associadas à proteção do meio ambiente humano e do meio ambiente natural, visando a contribuir com um projeto de sustentabilidade da sociedade e da natureza. Tem como fundamento o dever constitucional do Poder Público e da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme art. 225 da Constituição da República de 1988, com destaque às incumbências do Poder Público constantes do § 1º do mesmo artigo.

²² BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. *Fundamentos de política e gestão ambiental: os caminhos do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 142 ss.

Adota-se, na presente linha de pesquisa, uma *abordagem multicêntrica*, pela qual a tomada de decisões com “intencionalidade pública”, que aparece como “resposta a um problema público”, tem como protagonistas não apenas os Estados e seus agentes públicos, senão também, nos limites da lei, “organizações privadas, organizações não governamentais, organismos multilaterais [e] redes de políticas públicas”, conforme Sechi.²³

É condizente com a abordagem ambientalista que entidades e atores sociais em geral, organizados ou não, atuem ativamente na gestão de recursos e na proteção dos bens associados à qualidade ambiental. Isso não se deve apenas ao fato de que a coletividade também tem o dever de proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, como dispõe o *caput* do art. 225 da nossa Constituição, senão também ao inelutável caráter ético-político das decisões ambientais, e à importância renovada que adquire o *princípio de participação*²⁴ em face da dimensão e da complexidade dos problemas socioambientais contemporâneos.

Não por acaso, a Agenda 21 Global²⁵ trata da importância da participação social nas tomadas de decisão em matéria ambiental como ingrediente inafastável de qualquer projeto de desenvolvimento sustentável, colocando em questão o papel a ser desempenhado pelos pobres das áreas urbanas, pelas mulheres, pelas crianças e pelos jovens, pelos povos indígenas, pelos trabalhadores e sindicatos, pelos comerciantes e industriais, pelos agricultores e pela própria comunidade científica.

A relação entre as políticas ambientais e o desenvolvimento socioeconômico é compreendida criticamente, no âmbito da presente linha de pesquisa, a partir da noção de desenvolvimento sustentável consagrada pelo Relatório “Nosso Futuro Comum”, produzido no ano de 1987, no âmbito das Nações Unidas, bem como pela *Carta da Terra* e pela *Agenda 21 Global*. Para o *Relatório Brundtland* da

²³ SECHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 2-4.

²⁴ VIEYTEZ, Eduardo Javier Ruiz. *El derecho al ambiente como derecho de participación*. Bilbao: Ararteko, 1990. p. 309-310.

²⁵ ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*. De acordo com a Resolução 44/228 da Assembleia Geral da ONU, de 22-12-89, estabelece uma abordagem equilibrada e integrada das questões relativas a meio ambiente e desenvolvimento: a Agenda 21. Tradução: Ministério das Relações Exteriores, Divisão do Meio Ambiente. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1995.

Comissão Mundial Sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, como se sabe, “a humanidade é capaz de tornar o desenvolvimento sustentável – de garantir que ele atenda às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem também às suas”. Em face do problema dos limites do conhecimento, que já vinha sendo discutido desde a década anterior, o relatório sustenta o argumento de que “o conceito de desenvolvimento tem, é claro, limites – não limites absolutos, mas limitações impostas pelo estágio atual da tecnologia e da organização social, no tocante aos recursos ambientais, e pela capacidade da biosfera de absorver os efeitos da atividade humana”.²⁶

O relatório representa, de certa forma, um ponto de vista prevalecente sobre o problema do desenvolvimento sustentável, porém sofre variadas críticas de todos os matizes. A título de exemplo, Leff entende que o discurso do desenvolvimento sustentável “carece de base teórica”,²⁷ denunciando o discurso do desenvolvimento sustentável, na falta de rigor do discurso oficial e da linguagem comum, reconhecendo o fracasso das tentativas de “engendrar um sentido conceitual e praxeológico capaz de unificar as vias de transição para a sustentabilidade”.²⁸ Não obstante, defende um princípio de sustentabilidade que pode ser entendido como “critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como uma condição para a sobrevivência humana e um suporte para chegar a um desenvolvimento duradouro, questionando as próprias bases da produção”.²⁹

Também Montibeller-Filho discute o “mito do desenvolvimento sustentável”, descortinando o sentido ideológico implícito na expressão, uma vez que

a sustentabilidade, definida como a busca de eficácia econômica, social e ambiental objetivando atender às necessidades e anseios da população atual (compromisso sincrônico), sem desconsiderar os das futuras gerações (visão diacrônica), é um conceito bastante amplo e vago. Sendo assim, é apropriado de diferentes maneiras por esferas sociais de interesses. Esse aspecto ideológico da questão é levantado, pois está na

²⁶ COMISSÃO mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento. “*Nosso Futuro Comum*”. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 9-10.

²⁷ LEFF, op. cit., p. 139.

²⁸ *Ibidem*, p. 138.

²⁹ LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. de Lúcia Mathilde Endlic Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 15.

base de entendimentos parciais do conceito, com resultados práticos que não o refletem em sua dimensão plena.³⁰

A importância do relatório não reside tanto no seu conteúdo, mas no fato de que “um grupo de 23 líderes políticos e cientistas tanto de países desenvolvidos quanto de menos desenvolvidos, puderam concordar que a saúde do ambiente global é essencial para o futuro de todos”.³¹ Assim, independentemente do julgamento positivo ou negativo que se possa fazer ao modo como as instituições nacionais e internacionais vêm concebendo o desenvolvimento sustentável, o que está em evidência é o relacionamento entre os seres humanos e desses com o Planeta, em uma perspectiva de valorização do futuro. Para articular uma concepção mínima,

o desenvolvimento sustentável pode ser sumariamente definido como um desenvolvimento de um tipo que não prejudica o desenvolvimento futuro. É concebido para funcionar essencialmente como um critério para o que deve contar como aceitável na modificação ambiental. [Em todo caso, podemos estar certos de que] as medidas tomadas para garantir essas metas ambientais exigem um tecido social que as suporte.³²

Tendo como pressuposto o caráter intrinsecamente controverso da noção de *desenvolvimento sustentável*, discute-se, sob o enfoque das políticas público-ambientais e seu respectivo espectro de ação, as condições de possibilidade de conciliação entre o desenvolvimento socioeconômico, a durabilidade dos recursos naturais básicos; a proteção dos ecossistemas; o atendimento de necessidades humanas básicas, e o controle e o ordenamento dos processos de urbanização, visando a assegurar a possibilidade de desenvolvimento a todos, inclusive em sentido transnacional e intergeracional.

Tal é a tarefa da linha de pesquisa *Direito Ambiental, políticas públicas e desenvolvimento socioeconômico*, que enfrenta o problema da viabilidade do

³⁰ MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. *O mito do desenvolvimento sustentável: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias*. 3. ed. rev. e ampl. Florianópolis: EDUFSC, 2008. p. 31.

³¹ ODUM, Eugene P.; BARRETT, Gary W. *Fundamentos de ecologia*. Trad. de Pégasus Sistemas e soluções. São Paulo: Thomson Learning, 2007. p. 468.

³² HOLLAND, Allan. Sustentabilidade. In: JAMIESON, Dale (Coord.). *Manual de filosofia do ambiente*. Trad. de João C. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2005 [2003]. p. 411.

desenvolvimento sustentável por meio de uma gestão eficiente e democrática. A essa proposta global pode ser associado um conjunto de objetivos específicos.

O primeiro desses objetivos é estudar a Política Nacional do Meio Ambiente, desde o ponto de vista da organização do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), seus instrumentos (licenciamento ambiental, zoneamento ambiental, estudo de impacto ambiental), objetivos e resultados, assim como as políticas ambientais estaduais e municipais.

Um segundo escopo seria estudar, desde a fase de formulação até a fase de avaliação de resultados, as políticas ambientais setoriais, tais como a política urbana, as políticas de resíduos sólidos, as políticas de recursos hídricos, as políticas de mudanças climáticas, as políticas de saneamento básico, as políticas de educação ambiental, as políticas energéticas, as políticas de desenvolvimento sustentável de povos tradicionais, dentre outras.

Um terceiro objetivo seria estudar o controle social, na acepção da participação da sociedade em geral, bem como de atores sociais específicos (tais como os trabalhadores, as mulheres, os representantes de comunidades tradicionais e de grupos étnicos, e assim sucessivamente), nos processos de planejamento, acompanhamento, monitoramento e avaliação das políticas públicas ambientais.

Por fim, tendo como horizonte o desenvolvimento socioeconômico, cabe à linha de pesquisa *Direito Ambiental, políticas públicas e desenvolvimento socioeconômico* estudar formas de aperfeiçoamento e implementação da legislação sobre políticas públicas ambientais, desde o plano internacional até o plano local, bem como discutir as diversas formas de alocação de recursos naturais e seus resultados, por meio da análise econômica do Direito e de outros enfoques interdisciplinares que convergem a esses propósitos.

Considerações finais

Os critérios de demarcação sugeridos, argumenta-se, permitem evidenciar os pontos de convergência entre as linhas de pesquisa do PPGDir/UCS e sua filiação à área de concentração; simultaneamente, pretendem justificar sua respectiva autonomia. A área *Direito Ambiental e Sociedade* não é caracterizada pela referência a um dado corpo normativo, mas antes – de maneira mais dinâmica –

por um determinado corte epistemológico. Tal corte epistemológico não é hermético nem unívoco; repousa sobre uma racionalidade ambiental emergente, que efetua uma crítica à modernidade jurídico-filosófica, ao mesmo tempo que reconhece diversas de suas conquistas, procurando repensá-las de maneira dialética e dialógica, em face dos problemas ambientais e socioambientais hodiernos, em uma perspectiva ecológica transgeracional.

Os estudos em *Direito Ambiental e Sociedade* têm como pressuposto a crise da relação entre humanidade e ambiente natural e da relação que os indivíduos e as coletividades travam entre si, à luz dos destinos possíveis do patrimônio ambiental-natural e do meio ambiente construído. Dessa feita, pergunta-se pelo papel do Direito, em todas suas disciplinas emergentes e tradicionais e em todas as duas acepções, face à necessidade de equacionamento jurídico da crise ambiental. A divisão da área em linhas de pesquisa não recorre à dogmática jurídico-tradicional, até porque, como referido, do ponto de vista do ordenamento normativo, a disciplina ambiental perpassa por diversas outras disciplinas jurídicas. Antes, repousa sobre determinado alinhamento metodológico, de maneira que se torna possível tematizar diversos problemas ambientais e socioambientais a partir de prismas distintos, porém complementares.

Na linha de pesquisa *Direito Ambiental e Novos Direitos*, o enfoque reside na luta pela efetivação de direitos subjetivos [*rights*] ao ambiente, problematizando a legitimidade, a configuração jurídica e as condições de possibilidade desses direitos ambientais [*environmental rights*]. Em poucas palavras, trata-se da *afirmação* de (novos) direitos associados à proteção ambiental e à sadia qualidade de vida. Por sua vez, na linha de pesquisa *Direito Ambiental, políticas públicas e desenvolvimento socioeconômico*, enfrenta-se a problemática ambiental a partir dos deveres objetivos do Estado previstos em lei [*Law*], discutindo sua implementação por meio de políticas públicas [*public policies*] voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Ainda que tenha sua convergência na área do *Direito* e nos temas *ambiente e sociedade*, é necessário demarcar e divisar a área de concentração do PPGDir/UCS de maneira a acentuar sua *transversalidade* no campo do conhecimento, característica do tipo de racionalidade complexa que informa as linhas de pesquisa e as missões da universidade, em particular, a pesquisa no

âmbito da pós-graduação, na conformação de novo paradigma capaz de futuro. Assim é que

em concomitância com os programas de pós-graduação e como marco de preocupações institucionais nas quais estão inseridos os mesmos, deve-se promover o estabelecimento de um programa institucional de pesquisa interdisciplinar em meio ambiente que funcione como o espaço central e aglutinador de atividades de incorporação da complexidade ambiental na universidade. Esse programa de pesquisa deverá ser o enlace, tanto da universidade com a sociedade [quanto] da área de meio ambiente com o conjunto das entidades disciplinares e profissionalizantes da instituição, com o intuito de impressionar as funções substantivas desta, sob o paradigma da complexidade e da sustentabilidade. A pesquisa interdisciplinar pode ser convertida no espaço de crítica e recomposição do conhecimento, que efetivamente problematize o núcleo duro dos paradigmas disciplinares dominantes; em torno a problemas específicos de pesquisa é que se pode debater e discutir a necessidade de produzir novo conhecimento que dê conta da multiplicidade de relações implicadas nos problemas ambientais, e que marcam a sua complexidade.³³

Assim, a área de concentração *Direito Ambiental e Sociedade* repousa, sobretudo, na emergência de uma epistemologia jurídico-ambiental, pela qual é possível problematizar o papel do Direito no equacionamento prático-teórico dos problemas associados à crise ambiental contemporânea, ante as contradições do presente contexto social, em suas particularidades históricas, políticas e culturais. Não obstante tratar-se de um Programa de Pós-Graduação em Direito, tal reflexão crítica se dá a partir de um enfoque interdisciplinar e transdisciplinar, porquanto orientado por uma racionalidade integradora, comprometida com a justiça nos sentidos intrageracional e transgeracional. Com a implantação do curso de Doutorado em Direito da UCS, no ano de 2017, essa é uma síntese possível do desafio a ser perseguido, no âmbito do ensino, da pesquisa e da extensão.

Referências

ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Org.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya Yala; Universidad Politécnica Salesiana, 2011. p. 376.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. *Fundamentos de política e gestão ambiental: os caminhos do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

³³ RIOJAS, Javier. A complexidade ambiental na universidade. In: LEFF, Enrique (Org.). *A complexidade ambiental*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 236-238.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. 22. tir. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSSERMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMISSÃO mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento. *Nosso Futuro Comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CYSNE, Maurício; AMADOR, Teresa (Ed.). *Direito do ambiente e redação normativa: teoria e prática nos países lusófonos*. Cambridge: UICN, 2000.

DOBSON, Andrew. *Justice and the environment: conceptions of environmental sustainability and theories of distributive Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1988.

GALLARDO, Helio. *Teoria crítica: matriz e possibilidades de direitos humanos*. Trad. de Patricia Fernandes. São Paulo: Edunesp, 2014.

GOODLAND, Robert. The Concept of Environmental Sustainability. *Annual Review of Ecology and Systematics*, v. 26, p. 1-24, 1995. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/goodland.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

GOODLAND, Robert; DALY, Heman; EL SERAFY, Salah (Ed.). *Environmental sustainable economic development building on Brundtland*. World Bank: Environmental Working Paper n. 46, jul. 1991.

HOLLAND, Allan. Sustentabilidade. In: JAMIESON, Dale (Coord.). *Manual de filosofia do ambiente*. Trad. de João C. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 401-412.

JASANOFF, Sheila. Direito. In: JAMIESON, Dale (Coord.). *Manual de Filosofia do Ambiente*. Trad. de João C. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 339-354.

LEFF, Henrique. *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Trad. de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. de Lúcia Mathilde Endlic Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. *O mito do desenvolvimento sustentável: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias*. 3. ed. rev. e ampl. Florianópolis: EDUFSC, 2008.

ODUM, Eugene P.; BARRETT, Gary W. *Fundamentos de ecologia*. Trad. de Pégasus Sistemas e soluções. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*. De acordo com a Resolução 44/228 da Assembleia Geral da ONU,

de 22/12/1989, estabelece uma abordagem equilibrada e integrada das questões relativas a meio ambiente e desenvolvimento: a Agenda 21. Tradução: Ministério das Relações Exteriores, Divisão do Meio Ambiente. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1995.

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

RIOJAS, Javier. A complexidade ambiental na universidade. In: LEFF, Enrique (Org.). *A complexidade ambiental*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 217-240.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SECHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

VEIGA, José Eli. *Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor*. São Paulo: Senac, 2010.

VIEYTEZ, Eduardo Javier Ruiz. *El derecho al ambiente como derecho de participación*. Bilbao: Ararteko, 1990.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica sobre as novas conflituosidades jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a construção de uma cultura à luz da democracia participativo-ambiental

The ecologically balanced environment right: the construction of a culture in the light of participative environmental democracy

Paula Dilvane Dornelles Panassal*

Resumo: No presente trabalho, pretende-se analisar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito fundamental, e a construção de uma cultura à luz da democracia participativo-ambiental. Nesse contexto, inicia-se o estudo da evolução constitucional da proteção ambiental e o necessário desenvolvimento social para o exercício de uma democracia participativa. Dessa forma, quais são os desafios da democracia participativa no cenário brasileiro? Para tanto, se analisam os instrumentos da democracia participativo-ambiental, na formulação, na execução de políticas públicas e na defesa e preservação do meio ambiente, sendo que essas representam o meio para a efetivação de direitos, através da participação ativa dos atores sociais envolvidos, na busca de uma construção de equilíbrio ambiental.

Palavras-chave: Direito ao meio ambiente equilibrado. Democracia participativa. Direito Constitucional.

Abstract: In the present work we intend to analyze the ecologically balanced environment as a fundamental right and the construction of a culture in the light of participatory environmental democracy. In this context begins the study of the constitutional evolution of environmental protection and the necessary social development for the exercise of a participatory democracy. Thus, what are the challenges of participatory democracy in the Brazilian scenario. In order to do so, the instruments of participatory environmental democracy are analyzed, in the formulation, execution of public policies and in the defense and preservation of the environment, which represent the means for the realization of rights, through the active participation of the social actors involved, in the Search for a construction of environmental balance.

Keywords: Right to the balanced environment. Participative democracy. Constitutional right.

Introdução

A preservação ambiental do Planeta tornou-se um dos assuntos mais difundidos nos meios de comunicação de todo o mundo, diante da degradação ambiental, cada vez maior, com a qual o homem tem convivido.

Hoje a sociedade em que vivemos é complexa e diversificada, em constante transformação; por seu turno, a globalização e o avanço tecnológico permitem um

* Bacharela em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Magistratura Federal (Esmafe). Mestranda em Direito pela UCS.

rápido tráfego de informações, de modo que não se vislumbram mais as fronteiras do contexto contemporâneo.

Dessa forma, ingressou-se numa era em que o sentido da democracia, junto com outros direitos, passou a ser colocado à prova. Por isso, se questiona: O que hoje chamamos de democracia? Certamente, sua reformulação já está em curso e em constante mutação.

Desse modo, o presente trabalho objetiva demonstrar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988 (CF/88),¹ bem como analisar a construção de uma cultura à luz da democracia participativa, de modo a garantir direitos.

Para isso, estudam-se os instrumentos dessa democracia participativa, buscando, através das políticas públicas, sua efetivação.

Contudo, cabe à sociedade, em comunhão de esforços, atuar como formuladora e irradiadora de políticas públicas capazes de conduzir o Estado na busca do desenvolvimento e da garantia de um conjunto de direitos à população em geral.

Dessa maneira, o estudo divide-se em três momentos: o primeiro destaca a evolução constitucional da proteção do meio ambiente; o segundo aborda o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental; e o terceiro analisa os desafios da democracia participativo-ambiental e a importância das políticas públicas à efetivação dos direitos e das garantias fundamentais.

A pesquisa é realizada com base na metodologia, como: livros, artigos e periódicos qualificados dentro da temática proposta.

Evolução constitucional de proteção do meio ambiente

O meio ambiente teve proteção ambiental-constitucional no Brasil, a partir da Constituição da República de 1891,² sendo esse o primeiro documento constitucional responsável pela tutela ambiental.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

A preocupação em resguardar juridicamente o bem ambiental estava restrito a recursos naturais específicos relacionados à tutela dos interesses da burguesia.

Por estar vivendo sob a égide do liberalismo econômico-tradicional, conforme discorre Adam Smith,

o liberalismo esteve intrinsecamente relacionado com o sistema econômico capitalista, sendo o alicerce do desenvolvimento econômico industrial do século XIX. A prosperidade econômica e acumulação de riquezas, ideias principais do liberalismo econômico, são alcançadas através do trabalho livre, sem nenhuma atuação de agentes regulador ou interventor. (2009, p.122).

A Carta Constitucional de 1891 não fez menção à nenhuma proteção expressiva ao meio ambiente, por entender que o Estado não deveria intervir na atividade econômica e nas consequências que a exploração dessa atividade poderia acarretar.

Constata-se que a regulamentação constitucional, no período supramencionado, não objetivava amparar o meio ambiente como valor fundamental, mas atender a finalidades utilitaristas de uma classe dominante, cujo resguardo dos recursos naturais estava relacionado com o valor econômico advindo de atividade exploratória.

Nesse sentido de preponderância da (des)proteção ambiental no Brasil, afirma Silva que a “concepção privatista do direito de propriedade constituía forte barreira à atuação do Poder Público na proteção do meio ambiente, que necessariamente haveria e haverá de importar em limitar aquele direito”.³

A Constituição de 1934⁴ promulgada pós-Primeira Guerra Mundial, afastase um pouco do modelo liberal-clássico inicial, passando a intervir na atividade econômica para atender aos interesses do Estado; conservava, nos mesmos moldes da Constituição anterior, características de proteção utilitarista.

As transformações econômicas e sociais ocorridas no mundo devido ao modelo de desenvolvimento industrial adotado pelos países, cujo argumento do avanço justificava a degradação ambiental.

³ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

Assim, se percebe uma preocupação em torno da questão ambiental, em razão de que o meio ambiente começava a dar sinais de que algo não estava correto. Nesse sentido de preocupação acerca do meio ambiente, começaram a ser desenvolvidos diversos tratados no plano internacional, além de observar um esforço muito grande de criação, pela comunidade internacional, de princípios gerais de Direito Ambiental, seja por sua afirmação nas legislações domésticas, seja pela sua aplicação pelos tribunais.

Essas ponderações culminaram na Conferência de Estocolmo,⁵ realizada em 1972, na Suécia, que foi considerada o grande marco do movimento ecológico-mundial por tratar dos problemas ambientais como obstáculos a toda a humanidade.

Foi através dessa conferência que a proteção do meio ambiente passou a ser considerada em direito humano por ser imprescindível o resguardo ambiental, para que possam viver uma vida sadia e com qualidade nas presentes e futuras gerações.

Os questionamentos acerca do meio ambiente após a década de 1970 e a realização da Conferência de Estocolmo influenciaram na constitucionalização da tutela ambiental no Brasil.

A promulgação da Constituição Federal de 1988,⁶ em harmonia com as predisposições internacionais acerca da proteção ambiental, acabou por dedicar um capítulo específico intitulado “Do Meio Ambiente”, passando a tutelar, de forma efetiva, o bem ambiental, afastando-se de uma normatização puramente econômica para uma palpável proteção jurídico-ambiental.

Nesse sentido, refere Benjamim:

Como se vê pela sucinta análise das Constituições anteriores, foi possível sair “do estágio” da miserabilidade ecológica constitucional, própria das Constituições liberais anteriores, para outro, que, de modo adequado, pode ser apelidado de opulência ecológica constitucional, pois o capítulo do meio ambiente nada mais é que o ápice ou a fase mais visível de um regime

⁵ DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, de 1972. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

constitucional que, em vários pontos, dedica-se, direta ou indiretamente, à gestão dos recursos ambientais.⁷

Assim, desde o surgimento da CF/88,⁸ a qual representou o marco da proteção ambiental, passou a garantir efetivamente a tutela ambiental, buscando uma existência digna às presentes e futuras gerações.

Meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental

A Constituição Federal de 1988⁹ ao tratar do meio ambiente ecologicamente equilibrado, introduziu a proteção ambiental de forma expressa ao elevá-la à categoria de direito fundamental no plano normativo brasileiro.

A previsão constitucional do meio ambiente como direito fundamental teve origem na sua ascensão como direito humano pela Declaração de Direitos do Homem, de 1948,¹⁰ de forma implícita, e pela Declaração de Estocolmo,¹¹ de 1972, de forma expressa. Assim, o direito ao meio ambiente sadio é um direito fundamental e humano das coletividades sociais mundiais.

Diante do tema abordado, é necessário diferenciar direitos humanos de direitos fundamentais. Muitos doutrinadores tratam os termos como sinônimos, mas, apesar de serem semelhantes, há uma diferença conceitual entre os mesmos. Nessa esteira, o autor Sarlet aponta as diferenças:

Direitos Fundamentais se aplicam para aqueles direitos do ser humano reconhecido e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referirem-se aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto,

⁷ BENJAMIM, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e Ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 78.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁹ Idem.

¹⁰ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/.../ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 10 ago. 2017

¹¹ DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, op. cit.

aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.¹²

No mesmo sentido da distinção, assevera Canotilho:

A positivação de direitos fundamentais significa a inserção no ordenamento jurídico positivo dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Não meramente qualquer positivação. É imperioso assinar-lhes a dimensão de direito fundamental, colocada no patamar superior das fontes do direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os direitos humanos são apenas esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou ainda, retórica política, mas não direitos garantidos sob o escudo de normas (regras e princípios) de direito constitucional.¹³

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92)¹⁴ acompanha as diretrizes ambientais desenvolvidas em Estocolmo, ao tratar o Direito Ambiental como direito humano fundamental à existência digna e sadia de todos os seres humanos, validando o conceito de desenvolvimento sustentável.

Carvalho¹⁵ entende que “o direito humano à proteção ambiental abrange uma síntese de direitos construídos no esforço para proteger o meio ambiente, bem como a vida humana e sua dignidade”.

Ademais, essa proteção internacional do meio ambiente (como direito humano antes tema afeto apenas aos Estados soberanos), passou a ser tratado sob uma perspectiva global, para além das fronteiras geográficas dos Estados, com o intuito de demonstrar o caráter universal do meio ambiente.

Mencionando a natureza universal do meio ambiente, Beuter declara:

Nesse sentido, ao lado do desenvolvimento e da globalização, uma nova cidadania carece surgir, em que pese o direito à vida, à igualdade de condições, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, enfim, passa a englobar todo o ser humano e as futuras gerações que buscam na equidade ações transformadoras e humanitárias. A dimensão planetária requer uma

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 31.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.): *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 100.

¹⁴ DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO, da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, de 1992. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

¹⁵ CARVALHO, Edson Ferreira. *Meio Ambiente e Direitos Humanos*. 2. ed. rev. Curitiba: Juruá, 2011. p. 112.

consciência ecológica que é a formação da consciência espiritual da pessoa humana como único ponto de apoio que devemos observar, convertendo-se a uma nova visão. A meta a ser atingida é de que possamos pensar num futuro que ofereça possibilidades e condições para todas as pessoas do planeta.¹⁶

O direito humano e fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, segundo Rodrigues Junior, “está estritamente relacionado à noção de desenvolvimento sustentável, posto que o desenvolvimento econômico deva ser pautado pela conservação do meio ambiente para as gerações futuras”.¹⁷

Destarte, surge a necessidade mundial de discutir, segundo aponta Toledo,¹⁸ metas para se alcançar o “ecodesenvolvimento onde há a harmonia entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente, abarcando, desta forma, o conceito de desenvolvimento sustentável na sua dimensão econômica, ambiental, social e humana”.

A expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado” significa ter o propósito de assegurar, para todos os seres humanos do Planeta, presentes e futuros, a sadia qualidade de vida. Mas como garantir?

Uma das formas de proporcionar qualidade de vida às pessoas é oportunizar-nos políticas públicas de desenvolvimento econômico e social que garantam o acesso delas a direitos fundamentais individuais, sociais, econômicos, culturais e solidários dentro de um meio ambiente sadio cuja preservação da qualidade de vida, através do equilíbrio ecológico-ambiental é imperiosa.

Destacando a importância do saber ambiental, nos limites de uma construção epistemológica, promove-se uma rediscussão da relação existente entre realidade e conhecimento, buscando novas possibilidades na construção de uma racionalidade ambiental.

Nesse sentido, Leff explica que

¹⁶ BEUTER, Carla Simone. Cidadania planetária: uma nova percepção socioambiental que contempla o meio ambiente como um direito humano fundamental. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; PAVIANI, Jayme. *Um olhar para a cidadania e sustentabilidade planetária*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2006. p. 102-115.

¹⁷ RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 123.

¹⁸ TOLEDO, Gastão Alves de. Da ordem econômica e financeira. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Coord.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT; Centro de Extensão Universitária, 2008. p. 49.

o saber ambiental constitui assim novas identidades onde se inscrevem os atores sociais que mobilizam a transição para uma racionalidade ambiental. Nesse sentido, o saber ambiental se produz numa relação entre teoria e práxis. O conhecer não se encerra em sua relação objetiva com o mundo, e sim abre-se à produção de novos sentidos civilizatórios. Isso implica a necessidade de desconstruir a racionalidade que fundou e construiu o mundo, no limite da razão modernizadora que a conduziu a uma crise ambiental, para gerar um novo saber no qual se reinscreve o ser no pensar e se reconfiguram as identidades mediante um diálogo de saberes, na dimensão aberta pela complexidade ambiental para o re-conhecimento a reapropriação do mundo.¹⁹

Por conseguinte, toda a humanidade tem direito de usufruir de condições adequadas de vida, ou seja, vida com dignidade, e isso só será alcançado a partir de um meio ambiente ecologicamente preservado e equilibrado.

Assim, a CF/88²⁰ outorgou sinal de essencialidade ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao transformá-lo em direito fundamental do homem com a positivação expressa alicerçada como direito humano.

Os desafios da democracia participativo-ambiental

Ao versarmos, neste tópico, sobre a democracia participativo-ambiental, analisaremos o aspecto da responsabilidade pela defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Como estatuído no art. 225, *caput*, da CF/88 o próprio poder constituinte reparte a responsabilidade pela defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado entre o Poder Público e a coletividade.

Nesse sentido, destaca Weschenfelder:

O povo também reservou para si a responsabilidade pela defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O que configura um marco político extraordinário na história do Brasil por constituir expressão de maturidade política do povo, na medida em que dispensa o Estado como seu tutor e o coloca como instrumento e corresponsável na defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.²¹

¹⁹ LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 187-188.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit.,

²¹ WESCHENFELDER, Paulo Natalício. *Do Direito Constitucional ao meio ambiente equilibrado: a construção de uma cultura*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012. p. 110-111.

Isso representa a quebra de um paradigma da cultura política que vê o Estado como *condutor, protetor, providencia*. O Estado (como criatura do povo), é o instrumento do criador. É assim que a democracia participativo-ambiental traz consigo o ônus da responsabilidade para quem a exerce.

Os seres humanos que vivem em sociedade necessitam de organização e regras para o convívio, cujo cumprimento é exigido de todos. A imposição de regras e a exigência de seu cumprimento por todos têm como pressuposto o poder.

Em se tratando de poder, é pertinente a observação de Bonavides, sobre o emprego indistinto, no vocabulário político, das palavras *força, poder e autoridade*. Assim: “A força exprime a capacidade material de comandar interna e externamente; o poder significa a organização ou disciplina jurídica da força e autoridade enfim traduz o poder quando ele se explica pelo consentimento, tácito ou expresso, dos governados.”²²

Diante do exposto, pode-se concluir que o poder do Estado – ditar regras e exigir seu cumprimento – está submetido a regras que integram a *ordem jurídica*.

Pode-se destacar que o poder do Estado tem regras de Direito Internacional e de Direito Nacional submetendo ao poder do povo.

No âmbito do Direito Internacional Público, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948,²³ em seu art. XXI, 3, manifesta que “a vontade do povo será a base da autoridade do governo; essa vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto”.

No mesmo art. 1º, estabelece: “Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes eleitos”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos,²⁴ de 22 de novembro de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), ao tratar sobre direitos políticos, em seu art. 23, estabelece “1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos.”

²² BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 115.

²³ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/.../ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

²⁴ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, de 22 de novembro de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

No sistema constitucional brasileiro, quanto ao exercício do poder, há duas formas: uma é a democracia representativa que, na lição de Silva, é como se lê:

Pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, os sistemas eleitorais, os partidos políticos, etc. Mas nela a participação é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo.²⁵

A outra forma de exercício do poder pelo povo é a democracia participativa. É de Silva a doutrina, segundo a qual, “o princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal do eleitorado na formação dos governos”.²⁶

Pode-se referir que a democracia participativa é um desenvolvimento da democracia. Enfrentando a temática, Ferrari destaca que,

nos dias de hoje não é possível conceber o fenômeno democrático se reconhecer a necessidade de criação e de estruturação de instrumentos que ofereçam ao indivíduo meio para participar dos processos de decisão, bem como do controle do exercício do poder, embasado em considerações críticas sob a diversidade de opiniões.²⁷

A autora entende a democracia participativa como “reação às falhas do sistema representativo, e até como alternativa natural; encontra-se a sedimentação do que se tem chamado de Democracia Participativa”. E conceitua que “tal participação popular constitui um meio para alcançar a estabilidade do sistema, com a mudança das relações de domínio e do estilo de direção”.²⁸

Paulo Bonavides, dissertando sobre a democracia, assevera que ela, “a democracia no fim do século XX, mais do que um sistema de governo, [é] uma modalidade de Estado, um regime político ou uma forma de vida”.²⁹

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45-47.

²⁶ *Ibidem*, p. 51-52.

²⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 229-330.

²⁸ FERRARI, *op. cit.*, p. 331-332.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 475.

Sobre a democracia participativo-ambiental, destaca-se a Declaração do Rio de Janeiro, da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, no seu Princípio 10, declara:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. [...] 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.³⁰

Sobre o tema, Machado afirma que

o voto popular, em escrutínio secreto, passou a não satisfazer totalmente o eleitor. A ausência de um conjunto de obrigações dos eleitos, previamente fixadas, tem levado as cidadãs e cidadãos a pleitear uma participação contínua e mais próxima dos órgãos de decisão em matéria de meio ambiente.³¹

No Brasil, a democracia participativo-ambiental vai muito além de participação na formulação e execução da política de meio ambiente, pois também participa do processo legislativo e da fiscalização, além de ter acesso ao Judiciário na defesa e na preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O dispositivo constitucional transcrito no art. 225 da CF/88³² é considerado o fundamento da democracia participativo-ambiental. Sobre essa interpretação do dispositivo em tela, Sampaio destaca que

uma leitura positivista desse dispositivo enxerga nele apenas um dever jurídico em sentido franco, mais próximo do ônus, pois seu descumprimento não importa tecnicamente sanção, mas perda da oportunidade de participar. Ambientalmente, no entanto, a pena pode ser demasiadamente severa: o desaparecimento de um patrimônio ou de um recurso natural.³³

A democracia participativo-ambiental pode ser exercida individual ou coletivamente. Com os elementos colocados como no disposto no art. 225, *caput*,

³⁰ DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO, op. cit.

³¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95.

³² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, op. cit.

³³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 78-80.

combinado com o parágrafo único do art. 1º, da CF/88, o autor Weschenfelder construiu o seguinte conceito operacional: “Democracia participativa ambiental é agir, por comissão ou omissão, como parte ou cooperador na defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida.”³⁴

Considerações finais

O presente artigo buscou analisar o avanço produzido pela Constituição Federal de 1988,³⁵ na esfera da proteção ambiental e na legitimação de mecanismos, que promovem a construção de uma sociedade de equilíbrio ambiental pela concretização da força normativa do direito constitucional de todas as pessoas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, via democracia participativa.

A democracia participativo-ambiental e suas formas de exercício não são pura e simplesmente um processo de exercício do poder pelo povo. Princípio fundamental do Estado brasileiro, a democracia deve estar norteada por valores e condições de realização, que devem ser seu fundamento e sua razão maior de ser.

Nesse contexto, a democracia transcende a um simples processo de exercício do poder pelo povo para ser o modo de vida de uma sociedade.

É inegável que a democracia participativa é o modelo ideal nesse processo, devendo ser tratada como um mecanismo em constante transformação, dinâmico e em contínuo aperfeiçoamento.

Há que se considerar, nesse cenário, a importância da implementação de políticas públicas, a qual visa ao equilíbrio ecológico do meio ambiente como forma de materializar os direitos previstos no Estado Socioambiental Constitucional Democrático de Direito.

Não restam dúvidas de que o exercício de uma cidadania efetivamente ativa e emancipatória só é possível, se for construída através de uma interação entre o

³⁴ WESCHENFELDER, Paulo Natalício. *Do Direito Constitucional ao Meio Ambiente Equilibrado: a construção de uma cultura*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012. p. 118.

³⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

espaço público e a sociedade civil. Portanto, a gestão pública deve priorizar, em comunhão de esforços, uma gestão compartilhada entre Estado e sociedade.

Dessa forma, conclui-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito humano fundamental que deve ser protegido, através dos instrumentos de democracia participativo-ambiental na atividade legislativa, na formulação e execução de políticas públicas, na fiscalização, na defesa e na preservação do meio ambiente, tudo como uma luta permanente dos cidadãos para a construção de uma cultura de equilíbrio ambiental no Brasil e como agentes de sua própria história.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEUTER, Carla Simone. Cidadania planetária: uma nova percepção socioambiental que contempla o meio ambiente como um direito humano fundamental. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes, PAVANI, Jayme. *Um olhar para a cidadania e sustentabilidade planetária*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2006. p. 102-115.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Ciência política*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 ago.2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 10 ago.2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago.2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Edson Ferreira. *Meio ambiente e direitos humanos*. 2. ed. rev. Curitiba: Juruá, 2011.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO – RIO 92, Agenda 21. Disponível em: <<http://www.cidade.usp.br/educar2003/mold6/arquivos/16.doc>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, de 22 de novembro de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, de 1972. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 10 ago. 2017.

DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO, da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, de 1992. Disponível em <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/.../ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 331-348.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 78-102.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza*. São Paulo: Madras, 2009.

TOLEDO, Gastão Alves de. Da ordem econômica e financeira. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. (Coord.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 2008.

WESCHENFELDER, Paulo Natalício. *Do Direito Constitucional ao meio ambiente equilibrado: a construção de uma cultura*. Caxias do Sul: Educs, 2012.

