

Organizadores

Zenildo Bodnar
Márcio Ricardo Staffen
José Antonio Savaris
Maria Raquel Duarte

Articulistas

Celio dos Santos Ribeiro
Diana Magaly Correa Valero
Fernanda Odorissi
José Enéas Kovalczuk Filho
Maria Raquel Duarte
Marcio Ricardo Staffen
Marlenny Diaz Cano
Natacha Souza John
Octaviano Langer
Sergio Augustin
Zenildo Bodnar

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS VERSUS ACESSO À JUSTIÇA



2012

ISBN 978-85-7696-093-5

Zenildo Bodnar
Márcio Ricardo Staffen
José Antonio Savaris
Maria Raquel Duarte

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS VERSUS ACESSO À JUSTIÇA



Itajaí
2012



UNIVALI

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ

Reitor

Prof. Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora

Prof^a. Dr^a. Amândia Maria de Borba

Procurador Geral

Vilson Sandrini Filho, MSc.

Secretário Executivo

Prof. Mécio Jacobsen, MSc.

Pró-Reitora de Ensino

Prof^a. Dr^a. Cássia Ferri

Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação,

Extensão e Cultura

Prof. Dr. Valdir Cechinel Filho

Organizadores

Dr. Zenildo Bodnar

Márcio Ricardo Staffen, MSc.

Dr. José Antonio Savaris

Maria Raquel Duarte

Articulistas

Celio Ribeiro dos Santos

Diana Magaly Correa Valero

Fernanda Odorissi

José Enéas Kovalczuk Filho

Maria Raquel Duarte

Marcio Ricardo Staffen

Marlenny Diaz Cano

Natacha Souza John

Octaviano Langer

Sergio Augustin

Zenildo Bodnar

Projeto Gráfico

Rogério Marcos Lenzi

Diagramação

Maria Raquel Duarte

Carlos Henrique Carvalho Ferreira Junior

Comitê Editorial E-books/PPCJ

Presidente

Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membro

José Everton da Silva

Membro

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Membro

Clóvis Demarchi

Membro

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Créditos

Este e-book foi possível por conta do

Projeto CNJ

ACADÊMICO/CAPES/PPCJ, à Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora

composta pelos Professores Doutores:

Paulo Márcio Cruz e Alexandre Moraes

da Rosa e pelo Editor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP:

88302-202, Itajaí - SC - Brasil - Bloco DI

Sala 427, Telefone: (47) 3341-7880

J898 A judicialização dos direitos versus acesso à justiça [recurso eletrônico]
/ organizadores Zenildo Bodnar... [et al.]. – Dados eletrônicos. -
Itajaí : UNIVALI, 2012.

Livro eletrônico

Modo de acesso: Word Wide Web <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Inclui referência bibliográfica

ISBN: 978-85-7696-093-5 (ebook)

1. Juizados especiais federais. 2. Acesso à justiça. I. Bodnar, Zenildo.
II. Título.

CDU: 347.994

APRESENTAÇÃO

No âmbito do Conselho Nacional de Justiça - CNJ são desenvolvidos grupos de pesquisa relacionados a temas específicos, em função de sua alta relevância acadêmica e profissional, grupos estes denominados CNJ Acadêmicos.

O CNJ Acadêmico visa promover a realização e a divulgação de pesquisas científicas em áreas de interesse prioritário para o Poder Judiciário, por meio do incentivo aos programas de pós-graduação das principais universidades brasileiras. Para a implementação do CNJ Acadêmico o Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) firmou termo de cooperação com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) com o objetivo de viabilizar a concessão do auxílio financeiro aos alunos regularmente matriculados em cursos de mestrado e doutorado que optem por desenvolver suas dissertações e teses nos temas prioritários para o Judiciário.

Em outubro de 2010, a CAPES publicou o resultado do Edital n. 20/2010 constando as temáticas selecionadas para desenvolvimento da pesquisa. As pesquisas giram em torno dos temas “O Sistema de Justiça Criminal no Brasil – seus problemas e desafios”, “Análise do desempenho dos órgãos do Poder Judiciário”, “Aprimoramento dos instrumentos para uma prestação jurisdicional mais eficiente”, “Atuação, competências e interfaces CNJ com os demais órgãos do Poder Judiciário e dos outros Poderes”, “Utilização da tecnologia da informação para o aprimoramento do Poder Judiciário — limites e desafios” e “Principais problemas no processo de revisão das decisões nos Juizados Especiais Federais”.

A Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e a Universidade de Vale do Itajaí - UNIVALI participam do projeto de pesquisa desenvolvendo estudos relacionados à investigação do funcionamento da estrutura dos Juizados Especiais Federais e das Turmas Recursais da Justiça Federal intitulada: JUIZADOS ESPECIAIS E TURMAS RECURSAIS DA JUSTIÇA FEDERAL: Diagnósticos e Prognósticos para os principais problemas no processo de revisão das decisões judiciais

Especificamente o objetivo da parceria firmada entre o CNJ, a CAPES, a UNISINOS e a UNIVALI é dotar o Conselho Nacional de Justiça de informações precisas a respeito de aspectos importantes sobre o funcionamento dos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais da Justiça Federal. A principal meta a ser atingida é identificar questões relevantes que possam efetivamente contribuir com a proposição de políticas judiciárias destinadas ao aperfeiçoamento e a melhora contínua dos Juizados Especiais Federais. O núcleo da pesquisa, portanto, está na análise do funcionamento e da estrutura operacional dos Juizados Especiais Federais e suas Turmas Recursais com vistas a diagnosticar problemas, examinando sua eficácia e efetividade na concretização de direitos.

Objetivando fornecer embasamento teórico à pesquisa o grupo de pesquisa formado pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI em setembro do ano de 2012 realizou I Seminário Internacional Constitucionalismo e Juizados Especiais Federais. Durante o evento foram promovidas palestras e estudos tratando de temas relacionados à Equidade e Justiça Restaurativa nos Juizados Especiais; Devido Processo Legal, duplo grau de jurisdição e os Juizados Especiais Federais; Juizados Especiais Federais e a Turma Nacional de Uniformização de Julgados; Constitucionalismo e Juizados Especiais e Novos Paradigmas

do Acesso à Justiça; bem como, foi realizada a apresentação e defesa de trabalhos encaminhados pela comunidade acadêmica versando sobre temas de natureza Constitucional, bem como, foram encaminhados trabalhos versando, especificamente, sobre temas atinentes aos Juizados Especiais Federais.

A presente obra consubstancia um dos resultados já colhidos pelo grupo de pesquisa da UNIVALI abordando a temática Juizados Especiais e Turmas Recursais da Justiça Federal: Diagnósticos e Prognósticos para os principais problemas no processo de revisão das decisões judiciais.

Em razão dessa diversificação temática os ensaios encaminhados pela comunidade acadêmica para discussão e análise durante o evento foram divididos em grupos de forma a dar organização à pesquisa o que resultou na concretização de duas obras.

A primeira obra intitulada JUIZADOS ESPECIAIS FEEDAIS EM DEBATE e, a segunda A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS VERSUS ACESSO À JUSTIÇA.

A primeira obra intitulada JUIZADOS ESPECIAIS FEEDAIS EM DEBATE e, a segunda A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS VERSUS ACESSO À JUSTIÇA.

Este livro, A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS VERSUS ACESSO À JUSTIÇA materializa uns dos principais objetivos do Projeto CNJ Acadêmico sobre Juizados Especiais Federais e acesso à Justiça que é exatamente na produção científica.

Neste livro são abordados temas importantes como a promoção do efetivo acesso à justiça, a realização de direitos Sociais, judicializados em sede de Juizados Especiais Federais. Nesta segunda obra destacamos a análise de temas relacionados à sustentabilidade e a efetivação de direitos fundamentais.

Observou-se que a partir de reflexões críticas da comunidade acadêmica em geral será possível propor e desenvolver políticas judiciárias para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário realizando Diagnósticos e Prognósticos para os principais problemas no processo de revisão das decisões judiciais em sede de Juizados Especiais e Turmas Recursais da Justiça Federal.

A coordenação do Projeto CNJ- Acadêmico vinculada à Universidade de Vale do Itajaí - UNIVALI, realizada pelos professores Zenildo Bodnar e José Antonio Savaris, orientadores do Doutorando Márcio Ricardo Staffen e da Mestranda Maria Raquel Duarte, está satisfeita por ter cumprido a função de oportunizar elevadas discussões jurídicas e fomentar a realização de pesquisas e de trabalhos acadêmicos que, certamente terão repercussão no objetivo do projeto CNJ Acadêmico.

Os Organizadores

SUMÁRIO

Apresentação	4
Sumário	6
A TUTELA JUDICIAL-PARTICIPATIVA DO AMBIENTE: O LUGAR DOS JUIZADOS ESPECIAIS	9
INTRODUÇÃO	9
1. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAIS AMBIENTAIS	10
2. NECESSIDADE DE UMA NOVA DOGMÁTICA PROCESSUAL À TUTELA DO AMBIENTE.....	12
2.1 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA AMBIENTAL	13
2.2 AUDIÊNCIA JUDICIAL PARTICIPATIVA	15
2.3 O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO	16
3. AFINAL, QUAL O LUGAR DOS JUIZADOS ESPECIAIS?	19
CONCLUSÕES ARTICULADAS	21
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	21
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SUSTENTABILIDADE COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS	24
CONSIDERAÇÕES INICIAIS	24
1 - CONCEITUAÇÃO DE SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....	24
2 - A SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E A CORRELAÇÃO ENTRE A SUSTENTABILIDADE E A DIGNIDADE HUMANA.....	29
3 - A APLICAÇÃO DO CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS.....	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39
O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SÓCIO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	42
INTRODUÇÃO	42
1.A EFICÁCIA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	43
2. A ORDEM ECONÔMICA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	47
3. A TENDÊNCIA MUNDIAL DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL.....	49

4. A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA - O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SÓCIO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE.....	50
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	55
TRABALHADOR RURAL, CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA E CRISE ECONÔMICA MUNDIAL	57
INTRODUÇÃO	57
1.OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA.	58
2. DOS DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E SOCIAIS.	60
3. CRISE ECONÔMICA, DIREITOS SOCIAIS E A PONDERAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS.	63
4. TRABALHADOR RURAL E O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE E DA UNIFORMIDADE E EQUIVALÊNCIA DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS.	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	70
POR UM MODELO DE TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA	73
INTRODUÇÃO	73
1.OS DIREITOS SOCIAIS E SUA EXIGIBILIDADE JUDICIAL	74
1.1 CONCEITUAÇÃO E ESPECIFICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	74
1.2 A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS	76
2. A TUTELA COLETIVA	78
2.1 O LITÍGIO.....	80
2.2. O PROCESSO	81
2.3. O JUIZ	82
2.4. AS PARTES	83
3. A TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	89
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	90
AnexoS.....	93
Ementa Integral:	93
ESTADO-MERCADO E PILANTROPIA NO BRASIL.....	95
INTRODUÇÃO	95
1 UMA DEMOCRACIA DE MERCADO.	97

2 POBREZA, “PILANTROPIA” E BURGUESIA EM NOME DE UMA LEI FUNDAMENTAL.	98
3 INDÍCIOS DE MODERNIDADE.....	99
4 QUE A “PILANTROPIA” SEJA FILANTROPIA.....	103
5 O BRASIL NO MERCADO GLOBALIZADO.....	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	107
BIBLIOGRAFIA	108
TEORIA PARA A CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO DO DIREITO AMBIENTAL NA COLOMBIA	110
Introdução	110
1 TEORIA DO ESTADO.....	111
1.1 CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO.	111
1.2 ESTADO SOCIAL DO DIREITO NA COLÔMBIA.....	111
1.3 RELAÇÃO MEIO AMBIENTE, SOCIEDADE E ESTADO NA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DA COLÔMBIA.....	112
1.4 ESTADO DO DIREITO AMBIENTAL.....	112
2 A sociedade do risco global.....	113
2.1 ESTADO E TRANSNACIONALIDADE:	114
2.2. HACIA UM CONSTITUCIONALISMO GLOBAL?	115
Considerações finais: Os desafios dos Estados do Direito ambiental no contexto globalizado	115
Bibliografia	116

A TUTELA JUDICIAL-PARTICIPATIVA DO AMBIENTE: O LUGAR DOS JUIZADOS ESPECIAIS¹²

Márcio Ricardo Staffen³ Zenildo Bodnar⁴

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS AMBIENTAIS; 2. NECESSIDADE DE UMA NOVA DOGMÁTICA PROCESSUAL À TUTELA DO AMBIENTE; 2.1 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA AMBIENTAL; 2.2 AUDIÊNCIA JUDICIAL PARTICIPATIVA; 2.3 O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO; 3. AFINAL, QUAL O LUGAR DOS JUIZADOS ESPECIAIS?; CONCLUSÕES ARTICULADAS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea da globalização, da revolução tecnológica e de ataques suicidas do homem ao meio ambiente, caracteriza um novo tempo. Um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados.

¹ Artigo desenvolvido no âmbito do Projeto de Pesquisa CNJ Acadêmico: “Juizados Especiais, Turmas Recursais e Turmas de Uniformização da Justiça Federal”. Com fomento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

² Agradecimentos especiais ao Prof. Dr. Michel Prieur e Prof. Dr. Álvaro Sanchez Bravo pelas lições ministradas.

³ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, na linha de pesquisa Principiologia, Constitucionalismo e Produção do Direito. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor em cursos de Especialização – UNIVALI – e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica - UNIDAVI. Advogado (OAB/SC). E-mail: staffen_sc@yahoo.com.br

⁴ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Pós Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Pós Doutorado em Direito pela Universidad de Alicante - Espanha. Professor nos programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Coordenador do Projeto de Pesquisa CNJ Acadêmico sobre “Juizados Especiais, turmas recursais e turmas de uniformização da Justiça Federal”. Pesquisador CNPq. Juiz Federal. E-mail: zenildo@univali.br

Esta nova realidade impõe grandes desafios ao Judiciário e exige de seus integrantes novas formas de prestação jurisdicional, mais democráticas, eficazes socialmente, e comprometidas com os reais anseios da comunidade, que transcenda a ideia de processo como direito subjetivo, e avance além da visão instrumental, presa as questões individuais, típicas do paradigma liberal-normativista e que, de alguma maneira, expõe a surrealidade de Kafka.

Neste artigo, defende-se a necessidade de uma nova dogmática processual para a tutela do meio ambiente. Respostas jurisdicionais mais efetivas necessitam de uma nova construção processual, capaz de resolver os problemas da atualidade. Pois, como é de notório conhecimento, as questões do século XXI são debatidas, ainda a partir da lógica jurídica do século XVIII, derivada imediata das glosas medievais. Sem demora, faz-se imperioso olhar o novo com a visão renovada.

Propõe-se a consolidação de uma nova cultura na prestação jurisdicional para a proteção do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado. Cultura esta que efetivamente contribua para a emancipação do homem na sociedade, dotada de sensibilidade moderna, com uma perspectiva mais humana, que efetivamente transforme o foro judicial em um espaço ampliado de cidadania substancialmente democrática.⁵ Com urgência, na vigência do Estado Democrático de Direito, é preciso resgatar o devido processo legal material e, necessariamente o princípio do contraditório na óptica de Elio Fazzalari. Para tal desiderato, ganha relevo a análise do lugar dos Juizados Especiais em relação a tutela judicial-participativa do ambiente. A partir de sua sistemática processual própria, pautada pela postura ativa dos destinatários da decisão em conexão com a simplicidade das formas vislumbram-se novas possibilidades de efetiva proteção ambiental.

1. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS AMBIENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impõe ao Estado e à sociedade o dever de preservar e proteger o meio ambiente em todos os lugares e tempos para todas as gerações vindouras (CRFB/1988 art. 225). O Poder Judiciário como um dos Poderes do Estado tem a função proeminente de fazer valer este comando constitucional e também o dever fundamental do proteger o meio ambiente. A função promocional do direito presente nas decisões do Poder Judiciário merece especial realce em matéria ambiental tendo em vista a natureza pedagógica das decisões as quais devem promover uma nova cultura ecológica conservacionista estimulando ações concretas em prol do meio ambiente saudável.

Destaca Freitas (1998, p. 29-30) que o juiz possui papel relevante por exercer um dos poderes da República “em nome do povo e ter por obrigação defender e preservar o meio ambiente para presentes e futuras gerações” (CRFB/1988, arts. 1º, parágrafo único e 225, *caput*) e também como intérprete das normas ambientais. Os problemas do direito do ambiente são altamente complexos e cada vez mais rodeados de incertezas e novos desafios. As fórmulas generalistas estabelecidas pelo Estado através de seus legisladores para o meio ambiente nem sempre são adequadas para a solução da infinita quantidade de casos e situações existentes, considerando o conceito aberto e relativo do próprio ambiente.

⁵ MIGLINO, Arnaldo. **La democrazia come diffusione del potere**. Archivio giuridico. Roma, v. CCXXX, n. 1, p. 57, 2010.

A dogmática processual tradicional construída apenas para resolver conflitos individuais, também não equaciona com eficácia as ofensas aos bens ambientais. Por isso, deve o Estado constitucional ecológico facilitar o acesso do cidadão à justiça ambiental, não apenas criando novos instrumentos de defesa, mas principalmente conferindo uma interpretação adequada aos instrumentos processuais já existentes como da Ação Civil Pública e a Ação Popular, para conferir-lhes a verdadeira amplitude e potencialidade. Dentro deste contexto, o papel do Poder Judiciário é ainda mais importante na concretização do direito fundamental, ao meio ambiente saudável e do dever fundamental de todos de protegê-lo para a construção deste verdadeiro Estado constitucional ecológico. As tensões entre o homem e a natureza formam uma constante na história da humanidade. A busca irresponsável do progresso tem levado o homem a ser o inimigo número um da natureza à medida que é o maior protagonista de condutas ofensivas ao ambiente. Assim, o compromisso de todos e em especial do Poder Judiciário é contribuir para a mudança deste paradigma individualista desenvolvendo uma nova ética mais solidária, responsável e comprometida com o meio ambiente, patrimônio maior de toda a humanidade.

Para alcançar este desiderato a jurisdição deverá focar a análise na idéia de dever fundamental, pois o meio ambiente antes de ser um direito intergeracional é um dever fundamental que impõe uma conduta ativa de todos os membros da sociedade organizada em especial dos poderes públicos. A construção de uma nova hermenêutica focada na idéia de dever fundamental certamente representará um ganho de efetividade, pois é muito mais importante identificar os responsáveis pelo descumprimento do dever fundamental do que os titulares de eventual direito subjetivo.

Na jurisdição focada na idéia de dever fundamental, merece destaque o papel do magistrado em especial a sua sensibilidade humana. Isso porque a decisão precisa ter a cara do juiz, de seu pensamento responsável e de seu sentimento de justiça afinado com os reais anseios da sociedade a que serve. Os juízes, enquanto peças-chaves para o engrandecimento da democracia, devem protagonizar em cada ato a transformação da sociedade, cada vez mais plural e diversificada no novo milênio. O magistrado idealista precisa acreditar que pode mudar o mundo para melhor, banindo dele a ética egoísta e disseminando uma ética solidária e ambientalmente correta.

O escopo social e político do processo ambiental exige a adoção de procedimentos mais flexíveis e democráticos, que possibilitem a participação mais efetiva das partes e de todos os interessados, mormente em questões que envolvam expressivo número de pessoas e interesses colidentes, como ocorre nas lides ambientais, pois nestes casos a demanda não interessa apenas às partes formalmente constituídas e representadas na relação processual, interessa a toda sociedade. A sociedade atual da revolução tecnológica e da intensificação do fenômeno da globalização é muito mais desafiadora para os juízes. Este quadro demonstra a grande responsabilidade que tem a magistratura para a construção de um mundo melhor, mais humano e igualitário e com mais oportunidades para todos. O juiz cidadão, comprometido com os novos reclamos da sociedade contemporânea, deve buscar no cotidiano de sua atuação, ampliar os mecanismos de acesso ao pleno desenvolvimento humano, conferindo especial proteção aos direitos fundamentais (sociais e individuais), previstos pela nossa Constituição explícita ou implicitamente (meio ambiente, alimento/salário, moradia, educação, saúde, emprego e outros).

Pajardi⁶ defende que devemos criar um novo operador do direito, menos técnico e que saiba superar, integrar e completar a técnica com sensibilidade social e abundância de humanidade. A importância da sensibilidade social do julgador também é destacada por Faria⁷ o qual é enfático ao afirmar que na resolução de conflitos sociais o juiz deve atuar como um ‘arquiteto social’, modificando as concepções discriminatórias da ordem jurídica vigente, valendo-se de suas sentenças como instrumentos, que auxiliem os grupos e as classes subalternas a se constituírem efetivamente como ‘sujeitos coletivos de direito’.

É concretizando os Direitos Fundamentais e em especial o direito de todos ao meio ambiente protegido, que o magistrado estará legitimando a sua atuação diante da sociedade. Ibañez⁸ é enfático ao concluir que a legitimidade original do juiz deve completa-se necessariamente “mediante o exercício do poder judicial numa autêntica qualidade constitucional, pela sua funcionalidade efectiva de garantia dos direitos fundamentais”. Como pacificador social deve o magistrado incentivar com responsabilidade a conciliação, valorizando fórmulas e critérios eleitos pelos próprios litigantes para colocar fim ao litígio, ainda que tenha que utilizar procedimentos não previstos pelo legislador processual, como audiências públicas, com a participação de representantes de associações, autoridades públicas, dentre outros, ainda que não estejam formalmente incluídos na relação processual.

2. NECESSIDADE DE UMA NOVA DOGMÁTICA PROCESSUAL À TUTELA DO AMBIENTE

A configuração dos novos direitos a sua ordem de conflituosidade, que comportam e a diversidade de configuração exigem uma nova dogmática processual para sua adequada tutela. Não é possível solucionar de maneira eficaz os conflitos envolvendo interesses difusos e coletivos com os instrumentos jurídicos construídos para a tutela judicial dos direitos interindividuais. Para a maioria da doutrina a ação é ainda entendida como sendo um direito subjetivo, ou seja, direito de cada um. Seu exercício válido requer que seja demonstrado já no início de forma instrumental e provisória que a pretensão é objetiva e subjetivamente razoável (possibilidade jurídica do pedido) e quem pede é o provável titular da relação jurídica de direito material (legitimidade).

As ações constitucionais utilizadas na proteção do meio ambiente perdem a sua efetividade em função da teimosia dos operadores do direito em aplicar as concepções clássicas do processo tradicional às lides coletivas, fato este que empobrece a sua eficácia e diminui a potencialidade destes importantes instrumentos de tutela dos novos direitos.

Os direitos difusos exigem uma revisão acerca de institutos como: legitimidade, verdade real, contraditório, coisa julgada, adstrição ou congruência, inércia, dentre outros dogmas do processo tradicional arquitetado para a solução dos conflitos individuais. A legitimidade tanto ativa como passiva deve ser vista numa perspectiva ampliada. A coisa julgada deve ter efeitos *erga omnes*. O juiz deve julgar além do pedido quando outras medidas forem necessárias para a plena proteção do meio ambiente e não pode ser um mero

⁶ PAJARDI, P. 1988. Io Giovanna: **Diario esistenziale immaginario di Giovanna d'Arco**. Roma, Borla, 192 p.

⁷ FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**. Os juízes em face dos novos movimentos socis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1992.

⁸ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Poder judicial e democracia política**: lições de um século. Revista da AJURIS. Porto Alegre, n. 85, p. 381, mar. 2002.

expectador inerte do desenrolar do processo, deve antes assumir uma postura ativa na busca da verdade suficiente e da plena realização da justiça.

Na tutela ambiental não precisa o juiz buscar a verdade material, tendo em vista que esta é por demais utópica e inatingível, deverá lutar por uma verdade ideal, suficiente, especialmente em sede de cognição sumária quando é instado a prestar a tutela de urgência. As inevitáveis crises de incertezas na avaliação da prova devem sempre colocar o risco do lado oposto ao meio ambiente⁹.

O contraditório como garantia constitucional substancial não pode ser entendido como um singelo direito de informação e de reação da parte formalmente habilitada no processo. O contraditório não é apenas a faculdade de dizer e de contradizer, mas sim a oportunidade concreta de participação das partes e intervenientes na construção ativa do provimento jurisdicional final como se verá na sequência. O provimento jurisdicional será produzido à efetiva cooperação de todos e não será um ato de capricho ou autoritarismo do magistrado. A superação dos obstáculos à efetividade das ações constitucionais depende da mudança da mentalidade dos operadores do direito. Os institutos processuais devem sempre ser entendidos/interpretados à luz da Constituição Federal, e o acesso à justiça como princípio básico do Estado Democrático de Direito deve ser compreendido numa noção bem mais ampla que a singela preocupação com custas judiciais.

A utilização adequada e eficaz das ações constitucionais, com a superação dos conceitos e dogmas da processualística clássica, antes até de grandes reformas legislativas, depende principalmente da conscientização dos operadores jurídicos para que o tão almejado acesso à justiça seja um ideal ao alcance de todos os cidadãos. Importa reconhecer, em linhas gerais que no panorama que se desnuda já não basta advogar por um circuito clássico procedimentalista, adstrito ao modelo liberal. É preciso reconhecer o Poder Judiciário como instituição basilar nas democracias hodiernas, não limitado às funções meramente declaratórias. O Judiciário, o Ministério Público e demais instituições envolvidas na prática jurídica, necessitam reger um efetivo sistema de freios e contrapesos interessado na participação dos destinatários do ato decisório, a partir de um ambiente democraticamente substancial que substitua a ideia de que a decisão judicial é uma mera aplicação lógico-aritmética.

A prestação jurisdicional também possui um caráter pedagógico, pois deve servir como forma de educação, confirmando-se assim a conclusão de Nalini¹⁰ quanto ao papel do Juiz na conscientização ecológica segundo o qual “o julgamento contém, subsidiariamente à solução da controvérsia à solução da controvérsia, um ensinamento”.

2.1 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA AMBIENTAL

Um dos princípios ambientais mais importantes é o princípio da participação segundo o qual os cidadãos devem participar dos procedimentos e das decisões ambientais, não apenas por serem os destinatários diretos destas, mas também pelo compromisso que todos devem ter para com a defesa e a proteção do meio ambiente. A participação de todos na proteção dos bens ambientais é salutar para o desenvolvimento de uma ética ambiental comprometida com um modo de vida ambientalmente correto e afinada com os princípios

⁹ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980, p. 107.

¹⁰ NALINI, José Renato. **O futuro das profissões jurídicas**. São Paulo: Oliveira Medes, 1998, p. 11

da ecologia, os quais religam o homem com a teia da vida¹¹ O princípio da participação conforme Fiorillo¹² é o *agir em conjunto* que contempla dois elementos fundamentais: *a informação e a educação*. A participação é relevante para que o cidadão seja informado acerca de suas responsabilidades para com o meio ambiente. A participação dos cidadãos nos procedimentos é fundamental para que tenham a plena convicção de que no processo tudo acontece pelo esforço sério, justo e intenso na investigação da verdade e na busca da justiça para que tenham certeza que a ajuda das instituições em especial do Poder Judiciário repercutirá positivamente na proteção dos seus direitos¹³

A importância da participação nas ações judiciais como forma de acesso à justiça é destacada por Machado¹⁴ o qual após apontar como fundamentos para a participação a Convenção de Aarhus (Art. 9º. § §1-5) e a Declaração do Rio de Janeiro de 1992, enfatiza que: “a possibilidade de as pessoas e de as associações agirem perante o Poder Judiciário é um dos pilares do Direito Ambiental”.

A participação no procedimento para Luhmann¹⁵ tem um valor especial é cooperação de todos, fato que serve não apenas para a compreensão das “premissas obrigatórias de comportamento e de compromisso pessoal”. O devido processo legal substancial aplicado ao meio ambiente deve ser construído a partir da concretização dos direitos e garantias fundamentais e da participação dos cidadãos nos procedimentos administrativos e judiciais.

A participação é o ponto de partida para a proteção efetiva do meio ambiente. Ninguém vai salvar o planeta sozinho, pois somente o engajamento de todos na gestão dos recursos naturais e do potencial ecológico do planeta é que garantirá um projeto civilizatório mais promissor para o futuro da humanidade. A construção da decisão em matéria ambiental não pode prescindir da efetiva participação, especialmente considerando as suas necessárias imbricações dos fatores econômicos, políticos e sociais. A interação destes fatores potencializa o interesse da população na construção das decisões quer seja no plano legislativo, administrativo ou judicial.

O Estado não pode abrir mão da parceria efetiva da sociedade civil na tutela do ambiente, pois foi exatamente da tomada da consciência coletiva da crise ecológica do planeta é que surgiu o Direito Ambiental. Para que os cidadãos reconheçam a importância das normas e das decisões ambientais é de fundamental importância que participem da sua construção, pois como principais destinatários delas precisam antes de tudo de informação e de tomada da consciência. Neste cenário, as figuras petrificadas ganham vida, de sorte que o direito e o ideal de justiça transcendem o caráter de ficção para invadir a realidade.

¹¹ BOFF, Leonardo. **Ethos mundial**: um consenso mínimo entre os humanos. Brasília: Letraviva, 2000, p. 39.

¹² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003

¹³ LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Brasília: UnB, 1980, p. 105

¹⁴ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 77

¹⁵ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980, p. 96.97

Na atual sociedade de riscos incertos, globais e futuros é fundamental a participação de todos os atores na tomada de decisão. Esta necessidade é destacada por Leite e Ayala¹⁶ segundo os quais a composição de interesses e ponderações completas somente serão possíveis “mediante processos bem informados, que garantam participação pública e democrática no momento da seleção das escolhas adequadas”. Especialmente porque a ciência não fornece respostas corretas e conclusivas acerca das complexas questões da atual sociedade do risco, sendo imprescindível uma abordagem transdisciplinar. Isso tudo porque a gestão ambiental democrática, além de imprescindível, é “um convite à ação dos cidadãos para participar na produção de suas condições de existência e em seus projetos de vida” ¹⁷

2.2 AUDIÊNCIA JUDICIAL PARTICIPATIVA

A possibilidade de convocação de audiências públicas, para a discussão de importantes temas de interesse coletivo, passou a ganhar especial atenção do legislador a partir da Constituição de 1988. O artigo 58, § 2º, inciso II, prevê a possibilidade de convocação de audiências públicas pelas comissões legislativas, com entidades da sociedade civil e com especialistas em determinadas matérias.

O Direito Ambiental Brasileiro, seguindo uma tendência mundial¹⁸, assegura ao cidadão a possibilidade de participar da política ambiental, nas diversas esferas de poder do Estado: a) Legislativo: no processo de criação do Direito Ambiental por meio de iniciativa popular, referendo e plebiscito; b) Executivo: composição de órgãos colegiados, a exemplo do CONAMA, e a participação em audiências públicas realizadas na execução dos Estudos de Impactos Ambientais e na apresentação dos respectivos relatórios (nos casos de impacto ambiental mais significativo, conforme resoluções de nº 001/86 e 009/87 do CONAMA); c) Judiciário: legitimidade para propor: ação popular, mandado de segurança e mandado de injunção.

Apesar destas possibilidades, formalmente garantidas ao cidadão, o que se observa na prática é um grave déficit democrático, especialmente no que se refere ao acesso à justiça. Não há notícia de participação popular no processo de criação do Direito Ambiental no Brasil, pois os raríssimos casos em que ocorreu a iniciativa popular, plebiscito e referendo, trataram de outros temas. A participação do cidadão nas audiências públicas realizadas na fase do licenciamento, apesar de constituir um importante avanço está estratégia de legitimação ainda não vem sendo utilizada adequadamente. Especialmente pela falta de conscientização da população, pela falta de oportunidade de manifestação qualificada para o público em geral e até em função dos locais e horários em que estas audiências são realizadas.

O que é mais relevante destacar, considerando os objetivos específicos deste artigo, é a carência de legitimação democrática para a gestão e implementação das políticas públicas e

¹⁶ LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patryck. Transdisciplinariedade e a proteção jurídico-ambiental em sociedades do risco: direito, ciência e participação. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO, Ney de Barros Filho. **Direito ambiental contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004, p. 121.

¹⁷ LEFF, Henrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 57.

¹⁸ A participação no processo de licenciamento é assegurada como estratégia democrática de implementação ambiental nos seguintes países: Canadá, França, Suíça, Noruega, Itália, Grécia e é recomendada por diretiva para todos os países da União Europeia.

das decisões em matéria ambiental no âmbito da jurisdição. No Direito Brasileiro o cidadão, apesar de o maior interessado na tutela do ideal meio ambiente, foi praticamente esquecido pelo legislador que somente reservou algumas hipóteses restritas que possibilitam a sua intervenção. A Lei da Ação Civil Pública, apesar da inclusão recente da Defensoria Pública como legitimada, ainda exclui, numa opção infeliz e autoritária, a participação ativa do cidadão da tutela do meio ambiente ao negar ao maior advogado do meio ambiente o poder de ação que é uma forma de exercício substancial de democracia. No caso da Ação Popular a participação do cidadão na tutela do meio ambiente, mesmo após o advento da Constituição de 1988, ainda é restrita aos casos em que há participação do Poder Público, pois exige que atos ou omissões deste sejam impugnados.

Neste contexto, é fundamental que o cidadão tenha oportunidade de participar, como sujeito ativo e protagonista das decisões ambientais, por intermédio das audiências públicas judiciais, contribuindo com o tratamento adequado das lides ambientais. A convocação de audiências públicas no processo judicial deverá em todos os casos em que a participação popular seja relevante em razão do alto grau de litigiosidade e da quantidade de direitos fundamentais envolvidos e em rota de colisão. Como, por exemplo, nos casos de ocupações irregulares de áreas de Preservação Permanente, criações de parques, dentre outros.

A democratização do Acesso à Justiça Ambiental por vias especiais, com ampla participação popular, por intermédio de audiências públicas judiciais, é a melhor forma de legitimar a atuação do Poder Judiciário na tutela do ambiente e também servirá como mecanismo estratégico de conscientização e educação ambiental. É com a cooperação de todos e com a inteligência coletiva que será possível assegurar a proteção efetiva dos interesses e direitos fundamentais envolvidos direta ou indiretamente nos litígios ambientais, em especial a garantia plena da higidez ambiental para uma melhora contínua das condições de existência humana no planeta.

Acerca deste prisma, aproximando Psicologia e Direito parece relevante no estágio em que se vive concordar que o Direito caminha rumo uma “zona de conforto”¹⁹ e prevenção de danos, prejuízos e vítimas. Há nisso uma confluência de interesses com o modo de jurisdicionar em sede de audiência judicial participativa, onde os participantes propõem uma resposta legal a todas as principais causas de conflito suscitadas pela alteridade, desigualdade ou pela relação de foraclusão do terceiro via contraditório.

2.3 O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Os direitos acerca do meio ambiente reclamam enquanto direitos difusos uma nova caracterização à teoria do processo. Tal renovação impõe uma compreensão própria que substitua a ideia de que o rito se fazia pelo rito e a forma se cumpria pela forma. A ciência processual não é só a ciência das petições, das provas, dos recursos, das execuções, das orientações jurisprudenciais, das formas, dos prazos.²⁰

De igual forma, na vigência do Estado Democrático de Direito, fixar o conceito de processo como relação jurídica, na questão do direito subjetivo ou na teoria da situação

¹⁹ Sugere-se: MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade**: gozar a qualquer preço. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008., p. 105-106).

²⁰ GONÇALVES, Aroldo P. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 47.

jurídica reproduz o problema do direito subjetivo como poder de exigir a conduta de outrem. A prática do processo como relação jurídica corrobora na noção de ascendência do sujeito ativo sobre o sujeito passivo²¹, uma vez que este é obrigado a satisfazer a vontade daquele não importando as razões da celeuma. Por sua vez, a teoria da situação jurídica dá um passo avante quando substitui a máxima da relação jurídica sustentada no direito subjetivo pela disciplina da lei que regula as faculdades, poderes e deveres. Isto, porém, é pouco. Apenas tira o processo da ideia de individualismo para centrá-lo num espaço normativo, ambos típicos do paradigma de Estado Liberal alicerçado no dogma da autonomia da vontade.

Por tudo o que já foi adiantado alhures, Elio Fazzalari apresenta uma senda hábil ao escopo democrático-participativo do processo. Ao estabelecer com primazia a noção de processo como procedimento em contraditório, e fazer do contraditório o elemento distintivo de processo e procedimento, Fazzalari afastou o retrógado *dichê* da relação jurídica processual que sustenta a instrumentalidade do processo, incapaz neste momento de dar respostas efetivas aos problemas sociais. Neste quarto, a proposta do processo como procedimento em contraditório traduz o ápice do pensamento jurídico na condução efetivamente dialética e democrática do processo. É justamente o contraditório que distingue o processo do procedimento.

Para se identificar, portanto, o processo é fundamental a participação dos destinatários da decisão em contraditório paritário. Isso não significa a mera participação dos sujeitos do processo, não é o dizer e o contra dizer, não se resume em discussão. De igual forma, o contraditório não se exaure com a mera oitiva da parte, cuja máxima ainda impera na noção de *audiatur (...) et altera pars* (visão instrumental). Para Gonçalves ²²o “contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei”, para quem a igualdade jurídica propiciada pelo contraditório é condição de justiça no processo.

Acrescente-se, que a exteriorização do princípio do contraditório, na proposta de Fazzalari se opera em dois momentos. Inicialmente com a *informazione*, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as posições jurídicas em face das normas processuais e, em seguida, num segundo momento, a *reazione*, revelada pela possibilidade de movimento processual, sem se constituir, todavia, em obrigação. Deste argumento brota a noção de contraditório em simétrica paridade, que vincula compulsoriamente o autor, o réu, o interveniente, o juiz, o representante do Ministério Público (quando necessário) e seus auxiliares a atuarem em pé de igualdade. Aqui novamente visualiza-se um contraponto a noção instrumental do processo, pois garante a dialética participação não só de autor e réu, tradicionais destinatários do ato, mas também das demais pessoas envolvidas na atividade jurisdicional. Sob este enfoque, todos são partes.

Contudo, as lições de Fazzalari ²³ não se encerram na noção de processo como procedimento em contraditório. Traz a baila o conceito de norma como um cânone de

²¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006

²² GONÇALVES, Aroldo P. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 127.

²³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 49.

valoração de uma conduta, entendida como alguma coisa de aprovável, de preferível em determinada cultura. Assim, a exposição deste panorama permite afastar a nefasta proposta de Kelsen que concentrou o estudo da juridicidade no ilícito, para quem o processo traduz um²⁴. Para Fazzalari, portanto, o processo deve ser compreendido e praticado como uma garantia, logo, quando se inicia um processo não se exercita um ilícito, ao reverso, se pratica um direito constitucionalmente assegurado.

Embora já consignado, ainda vivencia-se um momento de solução de conflitos orientado pela matriz individual-liberal-normativista suportada pelo primado da auto-regulação. Todavia, como nos instrui Nunes²⁵ a noção de legitimidade está vinculada aos procedimentos que possibilitam a participação igualitária e efetiva do indivíduo na construção do provimento, sendo que a legitimidade do direito “se dá pela empreitada cooperativa, que se apresenta por meio de procedimentos que possibilitam a participação igualitária e efetiva de todos os interessados no processo de produção das leis, bem como no processo de aplicação das normas.”

Neste quadro renovado, a Constituição passa a ser a pedra angular para a edificação de um sistema decisório democrático cultivado dialeticamente que, necessita ser compreendida, essencialmente, como a interpretação e a estruturação de um sistema de Direitos Fundamentais que subsidia as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação, nos dizeres de Oliveira²⁶ É exatamente neste contexto comunicativo-processual-constitucional que o princípio do contraditório na percepção de Fazzalari ganha relevância, uma vez que defende um modelo substancial de participação, além de um simples procedimento. Através do princípio do contraditório é que se estabelece racionalmente uma relação comunicativa [argumentativa] entre os destinatários do provimento jurisdicional, tanto na esfera administrativa quanto na judicial. Recordando as aulas de Física, o princípio do contraditório necessita urgentemente ser praticado como uma força centrípeta que, por sua dinâmica tem o condão de trazer todas as considerações para o núcleo do processo.

Como bem observa Habermas²⁷ todo aquele que se envolve numa prática argumentativa tem que supor inicialmente que, em princípio, todos os possíveis afetados podem participar, na condição de livres e iguais, de uma “garimpagem cooperativa” em busca da verdade, na qual a coerção que se admite é a do melhor argumento, exclusivamente. Logo, o processo deixa de ser uma luta, cujo objetivo é erradicar o adversário, para assumir o caráter de um jogo, em que impera a racionalidade dos atores que buscam vencer pela maior “liquidez” de seus argumentos.

Pela perspectiva habermasiana, pode-se afirmar que todos os participantes do processo, quaisquer que sejam seus fundamentos, fornecem, via princípio do contraditório,

²⁴ GONÇALVES, Aroldo P. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 155.

²⁵ NUNES, Dierle J. C. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação das decisões. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 52.

²⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2001, p. 257.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. II. 2. ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 215.

contribuições ao discurso que, praticado em simétrica paridade possibilitam que a decisão final seja uma “fusão de horizontes”, como quer Gadamer²⁸ Não resta dúvida que, segundo Gonçalves:

[...] se lhes é garantido, pelo contraditório, a participação nos atos processuais que preparam o provimento, é uma consequência dessa garantia que as partes saibam por que um pedido foi negado ou por que uma condenação foi imposta. Elas viveram o processo, ou tiveram a garantia de vivê-lo, participaram do seu desenvolvimento, reconstruindo a situação de direito material sobre que deveria incidir o provimento e, nessa reconstrução, fizeram, juntamente com o juiz, o próprio processo, na expectativa do provimento final.²⁹

Por esta razão, a verdade das proposições ou a correção das normas depende, em última instância, de que se possa alcançar um consenso num ambiente de total liberdade e de simetria entre os envolvidos no diálogo discursivo-argumentativo de ATIENZA.³⁰

Ademais, o Direito Ambiental enquanto direito difuso requer para a sua execução o engajamento do maior número possível de indivíduos, haja vista o real interesse de todos. Para tanto, é preciso constituir espaços de cidadania e democracia para tal tarefa. Ante o exposto, é evidente que o contraditório não se resume simplesmente em um princípio ou Direito Fundamental. Sua existência e satisfação substancial tipificam a materialização do Estado Democrático de Direito. Assim, para que este seja realmente produtivo, há de se ter um verdadeiro espaço ao contraditório, cabendo aos órgãos jurisdicionais velar pela real simetria e equilíbrio das posições cultivadas discursivamente. ³¹ Eis o papel das audiências judiciais participativas e a capacidade da proposta de Elio Fazzalari que convidam todos isonômica e indistintamente para participarem dos processos decisivos.

3. AFINAL, QUAL O LUGAR DOS JUIZADOS ESPECIAIS?

Em linhas gerais, o excesso de formalismo, a morosidade na prolação de decisões somadas ao custo pecuniário da demanda são causas comuns à suposta crise do Poder Judiciário e o nascedouro do sistema dos Juizados Especiais. A conclusão de que tais máculas acabam por afastar o jurisdicionado da jurisdição reclama novas formas de resoluções de pretensões resistidas no seio do Estado. Do contrário, o sentimento de descrédito produzido cria uma bolha de litigiosidade contida paralela a modos privados de autotutela a qual escapa do controle estatal.

Ainda que se reconheça um progressivo esforço na Constituição de medidas judiciais em matéria ambiental, com a expansão das ações previstas na legislação, tal como, ação civil pública, ação popular, mandado de segurança, ações de procedimento sumaríssimo, ações

²⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 251.

²⁹ GONÇALVES, Aroldo P. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 167.

³⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p.163.

³¹ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.

cautelares, tutelas inibitórias e afins é preciso admitir que o sucesso destas medidas passa necessariamente pela informação e pela participação em juízo. Não bastam as propostas de erradicação de litigiosidade contida decorrente da repressão, contenção ou repressão de direitos sem uma prévia minimização da litigiosidade latente, na qual os indivíduos vivem em completa inércia, privados de discernimento e reivindicações. 32

Neste sentido, o sistema dos Juizados Especiais, pensado a partir da Lei 9.099/1995, determina uma nova forma de processualidade, orientada compulsoriamente pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (Lei 9.099/95, art. 2º), cuja competência atinge as causas pautadas em ações individuais (as quais não podem ser descartadas na seara ambiental) cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo (CRFB/88, art. 98, I). É justamente sobre tais princípios que uma nova prática de tutela judicial-participativa do ambiente carece ser implementada.

Prática esta que se movimenta no sentido de dar vazão à conciliação e à equidade no intuito primeiro de trazer à resolução dos conflitos ambientais de forma direta e substancial os destinatários da decisão e beneficiários de um ambiente sadio e equilibrado. Contudo, o sucesso da iniciativa não se faz por si só. Conforme já dito, necessário se apresenta uma nova compreensão teórico-normativa-processual, que transcenda a mobilização excludente da Teoria Geral do Processo, para avançar em propostas inclusivas, participativas e democráticas, ciente, por sua vez, da necessidade de baixa formalidade e alta participação. Não por acaso:

Para que a jurisdição obtenha resultados positivos na realização de múltiplos objetivos sociais, solucionando falhas de mercado ou do processo político, como um importante produtor de decisões sociais é preciso ensinar aos interessados amplo acesso, de forma a lhes conferir iniciativa em defesa dos valores juridicamente protegidos. A aptidão da jurisdição em proporcionar a fácil propositura de ações deve ser proporcional à efetividade de suas respostas, de forma a atuar não apenas na solução de litígios, mas também a demover – e a desestimular – os agentes da prática de atos contrários ao interesse público protegido. 33

Considerando as razões expostas, as manifestações em enunciado do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE 97) e Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF 22) e as práticas experimentais com Juizados Especiais Volantes Ambientais nos Estados de Mato Grosso e Amazonas merecem ser ampliadas em nível nacional a fim de diminuir procedimentos esparsos para litígios ambientais, maior exigibilidade e efetividade dos direitos relativos ao ambiente e conscientização da população. Eis o *lôcus* dos Juizados Especiais. Assim, a questão suscitada acerca do lugar dos Juizados Especiais na defesa do ambiente propõe um fluxo de expansão dos seus limites de ação. Não se resume em um desafio à dogmática jurídica ou à teoria geral do processo, mas, sobretudo, ao modo que se exercita judicialmente a tutela ambiental além do caráter repressivo dos Juizados Especiais Criminais. A par dessa fluidez processual e funcional, a universalidade da jurisdição supera a clássica ideia de direito de demandar em juízo para apresentar-se como uma das possibilidades (não residual, mas constitucionalmente assegurada) de resolução dos

³² WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. _____. (Coord.). **Juizado especial de pequenas causas**. São Paulo: RT, 1985.

³³ SALLES, Carlos A. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: RT, 1998, p. 126.

conflitos, a qual não pode ser encarada como um convite à litigância, nos dizeres de Mancuso.³⁴

CONCLUSÕES ARTICULADAS

O Poder Judiciário deve facilitar o acesso à justiça ambiental e a democratização do processo judicial com a utilização de procedimentos que assegurem a participação direta dos cidadãos nos procedimentos jurisdicionais em matéria ambiental. A participação efetiva dos destinatários das normas ambientais é a melhor estratégia a ser utilizada para o tratamento das lides ambientais mais complexas, tendo em vista que concretiza também os princípios da: informação, educação, conscientização e comprometimento solidário com proteção do meio ambiente.

Para tanto, faz-se imperioso inaugurar uma nova concepção de teoria do processo, voltada para o Direito Ambiental que, fundamentalmente promova a garantia do processo como procedimento em contraditório; um processo de inclusão dos indivíduos em um ambiente dialético, no qual se reconhece o mérito de tratar cada sujeito do direito como igual e idêntico, e no qual prevaleça a simplicidade e a efetividade das decisões, tal como se propõem o sistema dos Juizados Especiais. A melhor forma de assegurar o princípio da participação no processo judicial é a realização de audiências judiciais participativas, em espaços judiciais próprios, nos quais deve ser oportunizada a participação direta dos cidadãos, de especialistas na matéria e das autoridades públicas, tudo para a construção conjunta da decisão social e ambientalmente mais justa e consequente.

Desta forma, a discussão não se apresenta somente sobre o tipo de processo que se possui e as consequências da sua prática irrefletida, mas, sobretudo, impõe uma meditação sobre o tipo de Estado que se vislumbra. Somente quem está envolvido no processo de defesa do ambiente tem substancialmente interesse neste propósito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. teorias da argumentação jurídica**. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

BERI, Mario. **La magistratura nello stato democratico**. Quaderni di Iustitia. n. 18. Padova: Giuffrè, 1989.

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial**: um consenso mínimo entre os humanos. Brasília: Letraviva, 2000.

FARIA, José Eduardo. Justiça e conflito. **Os juízes em face dos novos movimentos sociais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1992.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito. São Paulo: RT, 2009, p. 359.

FREITAS, Vladimir Passos de (org.). **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

GONÇALVES, Aroldo P. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. II. 2. ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Poder judicial e democracia política**: lições de um século. Revista da AJURIS. Porto Alegre, n. 85, p. 381, mar. 2002.

_____. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.

LEFF, Henrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 57.

LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patryck. Transdisciplinariedade e a proteção jurídico-ambiental em sociedades do risco: direito, ciência e participação. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO, Ney de Barros Filho. **Direito ambiental contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: RT, 2009.

MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade**: gozar a qualquer preço. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

MIGLINO, Arnaldo. **La democrazia come diffusione del potere**. Archivio giuridico. Roma, v. CCXXX, n. 1, p. 57, 2010.

NALINI, José Renato. **O futuro das profissões jurídicas**. São Paulo: Oliveira Medes, 1998.

NUNES, Dierle J. C. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação das decisões. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2001.

PAJARDI, P. 1988. Io Giovanna: **Diario esistenziale immaginario di Giovanna d'Arco**. Roma, Borla, 192 p.

SALLES, Carlos A. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: RT, 1998.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. _____. (Coord.). **Juizado especial de pequenas causas**. São Paulo: RT, 1985.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SUSTENTABILIDADE COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Maria Raquel Duarte¹

SUMÁRIO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 1 - CONCEITUAÇÃO DE SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL; 2 - A SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E A CORRELAÇÃO ENTRE A SUSTENTABILIDADE E A DIGNIDADE HUMANA; 3 - A APLICAÇÃO DO CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sustentabilidade é um assunto muito discutido na atualidade, o tema é frequentemente relacionado às questões ambientais, sobretudo no que diz respeito à preservação dos recursos naturais no sentido puramente ecológico. Contudo, na verdade, o significado de sustentabilidade é muito mais abrangente, e a questão ambiental é apenas um de seus fundamentos.

O objetivo deste paper é conceituar sustentabilidade e desenvolvimento sustentável demonstrando que estes conceitos vão além do slogan ecológico transbordando ao Direito Constitucional, para posteriormente contextualizá-los na aplicação e efetivação dos Princípios norteadores dos Juizados Especiais Federais.

1 - CONCEITUAÇÃO DE SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Sabe-se que o meio ambiente constitui direito fundamental de todos os cidadãos, que também têm o dever no auxílio para mantê-lo equilibrado, preservando para as presentes e futuras gerações. Pois bem, como então o Estado poderia incentivar esta conduta dos seus cidadãos.

¹Advogada militante em direito Previdenciário. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do vale do Itajaí – UNIVALI - Pesquisadora do Conselho Nacional de Justiça - CNJ - Especialista em Direito Civil – UFSC. Especialista em Direito Previdenciário - CESUSC. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – UNIDERP/ LFG.

IGNÁCIO SACHES como forma de se aproximar dos princípios da democracia participativa, onde a sociedade civil organizada tem um papel predominante nessa mudança e usa a expressão “sociedade sustentável” para salientar suas ideias. Esta matriz fundamenta-se na crítica à civilização capitalista, enfatiza a equidade social e faz oposição ao reducionismo econômico e tecnológico, defendendo que não há sustentabilidade se não houver a incorporação das desigualdades sociais e políticas e de valores éticos de respeito à vida e às diferenças culturais.²

Segundo ALOÍSIO RUSCHEINSKY a Sustentabilidade é um termo relativamente antigo, de origem no saber técnico na agricultura no século XIX.³

Apenas em 1972, na Conferência de Estocolmo (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano), começou a surgir na esfera mundial a preocupação com os problemas ambientais fruto da preocupação das nações ricas e industrializadas com o crescimento populacional e a degradação ambiental causada pelo avanço econômico e esgotamento dos recursos naturais.

Em 1992, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - CNUMAD 4 ocorrida no Rio de Janeiro, conhecida como Eco 92 ou Rio 92 introduziu o conceito de desenvolvimento sustentável no âmbito do direito internacional, fazendo-o constar de vários dos princípios contidos na "Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento". Na mesma ocasião, a Agenda 21 reforçou a ideia de que o desenvolvimento e a preservação do meio ambiente devem andar lado a lado.⁵

A Agenda 21 trouxe as diretrizes para promover padrões de consumo e produção que reduzam as pressões ambientais e atendam às necessidades básicas da humanidade, bem como desenvolver uma melhor compreensão do papel do consumidor e da forma de se implementar padrões de consumo mais sustentáveis.

Desde então as palavras mágicas da ordem do dia relativas ao Direito Ambiental, referem-se a tudo que diz respeito aos termos sustentável e sustentabilidade sendo utilizadas na estratégia para aprovar projetos econômicos ou para alterar políticas públicas, angariar fundos e conquistar mercados. Tudo o que possui o slogan ecológico é merecedor de elogio e de adesão.

Contudo, conforme dito inicialmente, o termo sustentável vai além do Direito Ambiental transbordando no direito Constitucional e nos Direitos Fundamentais no momento que nos referimos ao termo “Sustentabilidade Social”.

Salienta-se aqui que os termos Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável consistem em conceitos de, a bem da verdade, bastante amplos e admitem variações de acordo com interesses e posicionamentos.

Neste norte poderíamos dizer que, a sustentabilidade se define como um princípio de uma sociedade que mantém as características necessárias para um sistema social justo,

² SACHS, Ignacy. **Ecodesenvolvimento**: crescer sem destruir. São Paulo: Vértice, 1986.

³ Rev. eletrônica **Mestr. Educ. Ambient.** ISSN 1517-1256, Volume 10, janeiro a junho de 2003

⁴ (CNUCED), United Nation Conference on Environment and Development.

⁵ Revista de Direito Ambiental, n. 37, p. 144.

ambientalmente equilibrado e economicamente próspero, por um longo período de tempo indefinido.

Não obstante, nota-se que a sustentabilidade não é uma ciência, nem um processo ou sistema, nem um indicador estatístico, mas está intrinsecamente ligada entre a necessidade e a vontade e, eminentemente ligada à intervenção humana.

O conceito clássico de SUSTENTABILIDADE a qualifica de forma ampliada e abrangente como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações satisfazerem as suas próprias necessidades” (BRÜSEKE, 1995, p. 33).⁶

CLOVIS CAVALCANTI nos ensina que a sustentabilidade “significa a possibilidade de se obterem continuamente condições iguais ou superiores de vida para um grupo de pessoas e seus sucessores em dado ecossistema” (CAVALCANTI, 2003).⁷

Na atualidade este conceito assume um sentido polisêmico, multidisciplinar, transposto e aplicável a diferentes situações, contextos e objetivos.

Com o intuito de auxiliar na compreensão do conceito de sustentabilidade, SACHS⁸ a divide em cinco classificações: a sustentabilidade ambiental, a sustentabilidade econômica, a sustentabilidade política, a sustentabilidade ecológica e a sustentabilidade social.

Sustentabilidade ambiental – refere-se à manutenção da capacidade de sustentação dos ecossistemas, o que implica a capacidade de absorção e recomposição dos ecossistemas em face das agressões antrópicas.

Sustentabilidade econômica - refere-se a uma gestão eficiente dos recursos em geral e caracteriza-se pela regularidade de fluxos do investimento público e privado. Assegurar a geração de renda e sua distribuição equitativa Implica a avaliação da eficiência por processos macro sociais.” (benefícios financeiros a nível macrossocial)

Sustentabilidade política. – refere-se ao processo de construção da cidadania para garantir a incorporação plena dos indivíduos ao processo de desenvolvimento.

Sustentabilidade ecológica - refere-se à base física do processo de crescimento e tem como objetivo a manutenção de estoques dos recursos naturais, incorporados as atividades produtivas.

Sustentabilidade social – refere-se ao desenvolvimento e tem por objetivo a melhoria da qualidade de vida da população. Para o caso de países com problemas de desigualdade e de inclusão social, implica a adoção de políticas distributivas e a universalização de atendimento a questões como saúde, educação, habitação e seguridade social.

⁶ BRÜSEKE, Franz Josef. O Problema do Desenvolvimento Sustentável. In: VIOLA, Eduardo et al. (Org.) **Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania**: desafios para as ciências sociais. Santa Catarina: Cortez Editora, 1995. p.29-40.

⁷ CAVALCANTI, Clóvis. (org.). **Desenvolvimento e Natureza**: estudos para uma sociedade sustentável. São Paulo: Cortez, 2003.

⁸ SACHS, Ignacy. **Estratégias de Transição para do século XXI – Desenvolvimento e Meio Ambiente**. São Paulo: Studio Nobel – Fundação para o desenvolvimento administrativo, 1993.

Em linhas gerais podemos dizer que Sustentabilidade Social, implica em construir uma sociedade (civilização) do ser, em que exista maior equidade na distribuição do ter.

Ao fazer referencia sobre a Sustentabilidade Social, em um sentido amplo, *Aloísio Ruscheinsky* assevera que

(.....) compreende-se que a emergência da sociedade sustentável compreende o desenvolvimento de ações coletivas que venham a enfrentara as desigualdades sociais ou emerge como resultado de mudanças sociais e econômicas contemporâneas que permitem novo formato organizativo da sociedade. É a ênfase que privilegia os atores sociais, o reordenamento jurídico, o Estado de compromisso, as alterações dos condicionamentos sociais e as bases de sustentação material da vida.⁹

Feitas tais considerações, podemos dizer que ao se definir sustentabilidade também está se discutindo o que é desenvolvimento sustentável.

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil, o conceito do desenvolvimento sustentável ganha força, de acordo com a previsão contida no caput do art. 225 , ao prever que *"todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"*.

BRUNDTLAND,(1983) conceitua desenvolvimento sustentável como sendo aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades”¹⁰

A noção de desenvolvimento sustentável ocupa posição central dentro do movimento ambientalista desde a publicação, em 1987, do relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente da Organização das Nações Unidas, intitulado *"Nosso futuro comum"*. *O relatório afirmava que é sustentável o desenvolvimento tal que permite satisfazer nossas necessidades atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as suas* ¹¹

Esta é a melhor definição conceitual e a mais aceita mundialmente até hoje; nasceu em 1983, quando a Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas - ONU criou a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente, presidida pela então Primeira Ministra da Noruega Gro Harlem.

O desenvolvimento sustentável não se refere especificamente a um problema limitado de adequações ecológicas de um processo social, mas a uma estratégia ou um modelo múltiplo para a sociedade, que deve levar em conta tanto a viabilidade econômica como a ecológica. Num sentido abrangente, a noção de desenvolvimento sustentável reporta-se à necessária redefinição das relações entre sociedade humana e natureza, e, portanto, a uma mudança substancial do próprio processo civilizatório, introduzindo o desafio de pensar a passagem do conceito para a ação. Pode-se afirmar que ainda prevalece a transcendência do enfoque sobre o desenvolvimento sustentável radical mais na sua capacidade de idéia força, nas suas repercussões intelectuais e no seu papel articulador de

⁹ RUSCHEINSKY, Aloísio - Rev. eletrônica **Mestr. Educ. Ambient.** ISSN 1517-1256, Volume 10, janeiro a junho de 2003 - pag. 04

¹⁰ BRUNDTLAND, G. H. Relatório **"Nosso Futuro Comum"**. ONU, 1983.

¹¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Desenvolvimento sustentável do Brasil e o Protocolo de Quioto. **Revista de Direito Ambiental**, n. 37, p. 144.

discursos e de práticas atomizadas que, apesar desse caráter, tem matriz única, originada na existência de uma crise ambiental, econômica e também social (Jacobi, 1997).¹²

Contudo, considerando que o conceito de desenvolvimento sustentável foi firmado na Agenda 21, documento desenvolvido na Conferência “Rio 92”, e incorporado em outras agendas mundiais de desenvolvimento e de direitos humanos, mister se faz esclarecer que segundo alguns doutrinadores o conceito ainda está em construção vejamos o posicionamento de, CARLA CANEPA (2007), JOSÉ ELI DA VEIGA (2005) e BEZERRA E BURSZTYN, 2000).

Para Carla Canepa “o desenvolvimento sustentável caracteriza-se, portanto, não como um estado fixo de harmonia, mas sim como um processo de mudanças, no qual se compatibiliza a exploração de recursos, o gerenciamento de investimento tecnológico e as mudanças institucionais com o presente e o futuro.” ¹³

Segundo *José Eli da Veiga* o desenvolvimento sustentável é considerado um enigma ainda não resolvido, vejamos:

“Desenvolvimento Sustentável: o desafio para o século XXI” ele afirma que o conceito de desenvolvimento sustentável é uma utopia para o século XXI, apesar de defender a necessidade de se buscar um novo paradigma científico capaz de substituir os paradigmas do “globalismo”.¹⁴ (VEIGA, 2005)

Segundo os autores *Bezerra e Bursztyn* o desenvolvimento sustentável é um processo de aprendizagem social onde a pluralidade de atores sociais e interesses da sociedade consubstanciam-se em um estorvo para o desenvolvimento sustentável.

O desenvolvimento sustentável é um processo de aprendizagem social de longo prazo, que por sua vez, é direcionado por políticas públicas orientadas por um plano de desenvolvimento nacional. Assim, a pluralidade de atores sociais e interesses presentes na sociedade colocam-se como um entrave para as políticas públicas para o desenvolvimento sustentável ¹⁵

Sobre o tema em estudo mister se faz colacionar os dizeres do professor *Gabriel Ferrer*, proferir palestra sobre sustentabilidade, em maio do corrente ano na Universidade de Alicante/ES, vejamos:

“ Bem vindos à construção de um direito ambiental. O direito ambiental das próximas décadas não será o que conhecemos agora. Será o que os agentes jurídicos vão construir. De alguma maneira temos que participar. Temos uma responsabilidade de participar nessa construção (...)Desde a construção do Estado moderno, no entanto, temos criado uma sociedade de

¹² JACOBI, P. **Meio ambiente urbano e sustentabilidade**: alguns elementos para a reflexão. In: CAVALCANTI, C. (org.). **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. São Paulo: Cortez, 1997. p.384-390.

¹³ CANEPA, Carla. **Cidades Sustentáveis**: o município como lócus da sustentabilidade. São Paulo: Editora RCS, 2007.

¹⁴ VEIGA, José Eli da. **Cidades Imaginárias** – o Brasil é menos urbano do que se calcula. Campinas: Editora da Unicamp, 2005.

¹⁵ BEZERRA, M. C. L.; BURSZTYN, M. (coord.). **Ciência e Tecnologia para o desenvolvimento sustentável**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis: Consórcio CDS/ UNB/ Abipti, 2000.

diferenciação. “Eu busco meu benefício em detrimento de seu prejuízo”. Temos que rever isso. O princípio da solidariedade deve prevalecer. Este princípio é o fundamento da construção do Estado. Tem um fundo valorativo, ético, angular, o princípio da solidariedade. O que ocorre com alguém nos afeta, nós compartilhamos tudo. O princípio da solidariedade serviu para a construção do estado moderno, mas precisa ser revigorado. Foi construído politicamente um mecanismo de solidariedade. A solidariedade, que é um valor moral e ético, tem que se converter num princípio jurídico articulador. (...) Eu proponho que a estrutura social não deva ser por nível de renda. Deveríamos ser nivelados por nossas capacidades de agir na sociedade, de atuar. (...) A sustentabilidade é um conceito diferente. Uma ideia positiva, que supõe a introdução de mudanças que permitam uma sociedade permanecer vivendo neste planeta, que a humanidade possa perpetuar-se vivendo no planeta. Algo insustentável é algo que se sabe que vai entrar em colapso. Temos que considerar e colocar em equilíbrio a dimensão ambiental de nosso comportamento, a dimensão social e a dimensão econômica. (...) Na dimensão social da sustentabilidade, se diz que não basta mais sobreviver, que deve haver justiça social. A injustiça é insustentável.(...)16

Feitas as devidas considerações conceituais a respeito de Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, podemos perceber que todas as preocupações com a sustentabilidade passam pelos problemas sociais, culturais, afetivos e econômicos. Nesta perspectiva a sustentabilidade é uma tarefa eminentemente relacionada à intervenção do homem.

No tocante à preocupação com o desenvolvimento sustentável, esta representa a possibilidade de garantir mudanças sociopolíticas que não comprometam os sistemas ecológicos e sociais que sustentam as comunidades. Contudo, deve-se observar sempre que os aspectos humanos e sociais do desenvolvimento sustentável significam que solidariedade, igualdade, parceria e cooperação são tão fundamentais para a proteção do meio ambiente quanto às abordagens científicas.

E é neste sentido que será abordada no próximo tópico a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável. Considerando visto que ambos necessitam da intervenção do homem, relacionada à parceria, cooperação igualdade e solidariedade para atingirem a plenitude conceitual, poderemos verificar que a solidariedade embutida na sustentabilidade coaduna com os princípios máximos de nosso ordenamento jurídico.

2 - A SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E A CORRELAÇÃO ENTRE A SUSTENTABILIDADE E A DIGNIDADE HUMANA

Ao conceituarmos a sustentabilidade e a diferenciarmos de desenvolvimento sustentável, verificamos que os referidos conceitos mexem profundamente com valores.

Neste contexto podemos realizar a compreensão do conceito de Sustentabilidade como forma de princípio Constitucional relacionado à busca da efetividade das ideias que gravitam em torno do Estado Democrático de Direito.

Em razão dos valores embutidos no termo SUSTENTABILIDADE poderíamos compreendê-la como um princípio constitucional não somente ambiental, mas também

¹⁶ FERRER, Gabriel – **Conferência realizada em 21 de maio de 2012** – Alicante/ES – Curso de Mestrado e Doutorado UUNIVALI - MADAS 2012. Tradução livre da autora.

como princípio constitucional interdisciplinar, social, empresarial, administrativo e econômico. Implica uma compreensão interdisciplinar desse princípio basilar não somente no viés ambiental, mas também na perspectiva econômico-empresarial e social.

No entender de CANOTILHO, lembramos que: “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas; são como núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”. 17(CANOTILHO; VITAL MOREIRA *apud* SILVA, 1998, p.96).

Este é o entendimento de SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO E ANDRÉ FABIANO GUIMARÃES DE ARAÚJO¹⁸. Propõem os autores ser a sustentabilidade princípio norteador de nosso ordenamento jurídico.

Consoante já explanado entendem os autores que o conceito de sustentabilidade, trata-se de conceito inferível da ordem Constitucional democrática brasileira e que embasa a sua compreensão como norma dotada de supremacia sobre as demais normas do ordenamento jurídico. A partir da conceituação da sustentabilidade sistêmica como princípio jurídico cujo sentido e alcance devem ser inferidos da Constituição, estabelecem os Autores um caminho que objetiva demonstrar como esse conceito embasa as diversas áreas do Direito pensadas como desdobramentos das disposições constitucionais em plano infraconstitucional.

Asseveram os autores que compreender a sustentabilidade como um princípio constitucional não somente ambiental, mas também como princípio constitucional interdisciplinar, social, empresarial, administrativo e econômico, constitui uma importante tarefa da dogmática jurídica contemporânea, em busca da efetividade das ideias que gravitam no entorno da solidariedade e da dignidade como balizas do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal, em seus artigos 170 a 181, estabelece os princípios gerais da atividade econômica. Esses se relacionam com os estabelecidos na Ordem Social. Ambas, por sua vez, devendo guardar conformação semântica com os princípios e direitos fundamentais, estabelecidos nos Títulos I e II os quais possuem dentre seus fundamentos a dignidade humana e do trabalho humano, a garantia da livre iniciativa, com inclusão e justiça social, para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com desenvolvimento que sustente a erradicação da pobreza e marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos E POR CONSEQUENTE TODOS DISPOSITIVOS ELENCADOS SE RELACIONAM DIRETAMENTE COM O CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE.

COELHO E ARAÚJO partem da hipótese de que a constituição possui um significado complexo para a sustentabilidade como um princípio normativo de aplicabilidade ampla em várias searas da ordem Constitucional democrática. Dessa percepção entendem os autores que desdobra-se outra, a de que tal princípio carece de um

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁸ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de - A Sustentabilidade Como Princípio Constitucional Sistêmico E Sua Relevância Na Efetivação Interdisciplinar Da Ordem Constitucional Econômica E Social: Para Além Do Ambientalismo E Do Desenvolvimentismo in **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia** v. 39: 261-291, 2011 ISPONÍVEL EM: www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/.../163

tratamento teórico-prudencial capaz de dar-lhe consistência jurídico-discursiva, como condição de eficácia e adequação concreta à Constituição.

Buscam COELHO E ARAÚJO evidenciar a sustentabilidade em seu caráter sistêmico Constitucional, o que implica uma compreensão interdisciplinar desse princípio basilar não somente no viés ambiental, mas também na perspectiva econômico-empresarial e social, numa visão que se quer integrada e integrativa desses âmbitos, quando alçados ao plano constitucional.

Neste vértice, sustentam que a inserção da sustentabilidade sistêmica como princípio constitucional do Direito não apenas é adequada como também pertinente, visto que o direito possui a função de orientar a sociedade num caminho de permanente busca de equilíbrio.

Neste contexto insere-se a sustentabilidade, como princípio constitucional basilar de todo o ordenamento jurídico, por ser necessária para a continuidade e progresso da sociedade em termos humanitários. Destarte, a sustentabilidade é uma ideia que está inserida em toda a legislação, como noção principiológica que orienta as normas jurídicas.

Tendo em mente os conceitos de sustentabilidade apresentados anteriormente, percebe-se que o elenco de fundamentos da República que, junto ao rol de Direitos Fundamentais da Constituição os quais compreendem na base de nosso ordenamento jurídico e do Direito Brasileiro, agregam os cinco aspectos conceituais da sustentabilidade desenvolvidos por *Sachs*.

A pesquisa dos autores parte do pressuposto de que as normas têm a função precípua de estabelecer as condutas consideradas adequadas para a harmonia inclusiva das relações sociais. E, pelo fato de ser um conceito altamente ligado aos aspectos relacionados ao equilíbrio necessário à viabilidade da própria existência humana digna, a sustentabilidade pode ser utilizada como um importante parâmetro de análise para quaisquer situações sob o prisma jurídico-reflexivo.

Segundo os autores a base conceitual do princípio em comento é analisada com a apresentação do conceito sistêmico de sustentabilidade, que supera a ultrapassada visão de que esse vocábulo está associado apenas a questões ambientais ou a questões econômico-empresariais. Valor este que coaduna com o apresentado no primeiro capítulo do presente estudo.

A ideia apresentada pelos Autores para justificar a Sustentabilidade como Princípio Constitucional é a de que o conceito sistêmico de sustentabilidade, o qual, conforme já exposto, vai muito além dos aspectos pensados comumente. Destarte, se o desenvolvimento sustentável é um modelo de desenvolvimento, a sustentabilidade pode ser definida como um conceito relacionado à continuidade dos aspectos econômicos, políticos, sociais, culturais e ambientais da sociedade humana. *Deste modo, para que um empreendimento humano seja sustentável, deve se basear nesses cinco alicerces, tendo de ser economicamente viável, politicamente adequado, socialmente justo, culturalmente aceito e ecologicamente correto.*

Salientam os autores que a partir de uma perspectiva sistêmica, fica mais nítido o alto grau de correlação manifestado pelos aspectos da sustentabilidade. Bem como asseveram que o conceito de sustentabilidade desde seu surgimento vem sofrendo detalhamentos e aprimoramentos de grande relevância.

COELHO E ARAÚJO ao interpretarem a sustentabilidade de uma forma sistêmica analisam esta sob o aspecto político, social, cultural e constitucional ambiental.

Segundo os autores, no âmbito político, a sustentabilidade está relacionada às decisões tomadas pelos governantes. Essas decisões representam os rumos a serem tomados em relação às mais diversas questões. Como já salientado, qualquer decisão terá reflexos no equilíbrio sistêmico do complexo do convívio humano (econômico, social, ambiental, moral, etc.), seja ela adotada em âmbito municipal, estadual, nacional ou internacional (também em ambientes mais restritos).

Enfatizam que para que haja sustentabilidade política, os governantes devem também ter em mente que o equilíbrio só é alcançado quando há vantagens para todos. Nesse sentido, a sustentabilidade política também passa por um aspecto de solidariedade extremamente relevante na elaboração das políticas públicas.

Quanto ao aspecto social, nos ensinam que da sustentabilidade destaca-se principalmente na repercussão das decisões políticas em relação às pessoas por elas afetadas.

Na Constituição Federal, sua manifestação está expressa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º).

O respeito à dignidade humana é essencial para que uma sociedade permaneça em equilíbrio. Proporcionar a todos uma existência digna é, sem dúvida, o ideal do Estado Democrático de Direito, conceito que por força do art. 1º da Constituição Federal, aplica-se ao Brasil.

O preâmbulo da Constituição Federal dá o norte a partir do qual a sustentabilidade social é configurada em suas linhas gerais, enquanto meta a ser alcançada pelo Brasil, pois afirma que os legisladores constituintes originários se reuniram em Assembleia Nacional Constituinte com o seguinte objetivo, que cabe ressaltar:

[...] para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Desta forma concluem os Autores a respeito do aspecto social da sustentabilidade que a partir do que está expresso no Preâmbulo da Constituição, percebe-se que a sustentabilidade social é pensada, na visão do paradigma constitucional vigente, enquanto modo de convívio social em que os valores acima elencados possam se fazer efetivar no seio de uma sociedade solidária e participativa.

Já com relação a sustentabilidade constitucional cultural constata-se que na situação atual, que cada pessoa é dotada de um conjunto de valores particular, os quais se manifestam em suas atitudes e interesses. Esse conjunto de valores, que forma a identidade de cada qual, insere-se no contexto de um paradigma cultural específico, aberto, em geral, a outras e novas interações culturais. Asseveram que *“O Direito busca conciliar os diversos interesses pessoais por meio das normas e da presença dos órgãos judicantes.”*

Neste momento mister se faz relacionar o aspecto constitucional cultural citado pelos autores ao contexto do presente trabalho. Considerando o entendimento a respeito da sustentabilidade constitucional cultural englobaria a atividade judicante, poderíamos relacionar tal atividade à atuação de nossos operadores jurídicos em sede de Juizados Especiais. Neste diapasão quando tal atitude fosse pautada pelos princípios norteadores dos juizados especiais elencados no art. 2 da Lei 9.099/95, estariam também norteados pelo

princípio maior, qual seja o da Sustentabilidade, considerando que esta coaduna com os princípios máximos de nosso ordenamento jurídico.

E por fim mencionam os autores o contexto da sustentabilidade constitucional ambiental

Compreendem os Autores, em linhas gerais, que sustentável é algo que pode se manter equilibrado ao longo do tempo, não apenas segundo um critério ou interesse unilateral, mas segundo um interesse e uma abordagem pluridimensional, sistêmica e dinâmica. Sustentabilidade não implica apenas em minimizar os danos que os empreendimentos humanos geram no meio ambiente; implica, certas vezes, em se tomar a decisão política (em sentido amplo) de se impedir ou limitar um empreendimento, em nome da proteção solidária do bem-estar presente e futuro. Como já foi dito, a sustentabilidade não visa apenas o benefício do meio ambiente. Na verdade, o maior beneficiário de ações sustentáveis para a Constituição Federal é o próprio ser humano.

Agora ao analisarem a sustentabilidade como orientação principiológica do ordenamento jurídico, enfatizam que o direito tem a função precípua de orientar a sociedade num caminho de permanente busca de equilíbrio.

Citando GROSSI¹⁹, enfatizam que o referencial do Direito deve ser o de um elemento da própria sociedade, feito por ela e para ela). Salientam que, as normas jurídicas não servem apenas para punir, mas principalmente para definir e fixar parâmetros participativos para as condutas sociais, de forma que as atitudes dos membros da sociedade não comprometam o equilíbrio do complexo sistema de convívio das sociedades atuais.

No mesmo norte a lição de ROBERTO SENISE LISBOA, que assim se manifesta:

O Direito possui três funções fundamentais: a) promover a solidariedade social; b) satisfazer as necessidades pessoais; e c) solucionar os conflitos de interesses (LISBOA, 2008, p. 3).²⁰

Em sendo assim, entender de COELHO E ARAÚJO a função de promover a solidariedade social está diretamente ligada aos aspectos político, social e cultural da sustentabilidade. Quanto ao aspecto político, relaciona-se por ser a elaboração de leis sobre determinado assunto uma decisão da Sociedade-Estado, ou seja, da sociedade que se auto-organiza como Estado. Quanto ao aspecto social, a relação decorre dos impactos que as leis ocasionam na sociedade, na forma como as pessoas reagem a um determinado regramento e também, às decisões judiciais, as quais aplicam o Direito a casos concretos.

No tocante ao aspecto político, relaciona-se a sustentabilidade por ser a elaboração de leis sobre determinado assunto uma decisão da Sociedade-Estado, ou seja, da sociedade que se auto organiza como Estado.

Com relação ao aspecto social, enfatizam que a relação decorre dos impactos que as leis ocasionam na sociedade, na forma como as pessoas reagem a um determinado regramento e também, às decisões judiciais, as quais aplicam o Direito a casos concretos.

¹⁹ GROSSI, Paolo. **Primeiras lições do direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006 – p.6/9.

²⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Direito civil de A a Z**. Barueri: Manole, 2008, P.3

Ainda com relação ao aspecto social da sustentabilidade destacam os autores na importância da repercussão das decisões políticas em relação às pessoas por elas afetadas. Na Constituição Federal, sua manifestação está expressa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º).

Asseveram que proporcionar a todos uma existência digna é, sem dúvida, o ideal do Estado Democrático de Direito, conceito que por força do art. 1º da Constituição Federal, aplica-se ao Brasil. O preâmbulo da Constituição Federal dá o norte a partir do qual a sustentabilidade social é configurada em suas linhas gerais, enquanto meta a ser alcançada pelo Brasil, pois afirma que os legisladores constituintes originários se reuniram em Assembleia Nacional Constituinte com o seguinte objetivo, que cabe ressaltar: para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

E finalmente quanto ao aspecto cultural, a ligação está nos valores expressos pela sociedade na linguagem própria de cada cultura, e na abertura necessária entre elas (solidariedade e multiculturalismo), as quais se refletem nas leis que as regem, e à forma como a sociedade se comporta em relação a essas leis (afinal, uma lei que é ignorada ou combatida, seja por desconhecimento, por mero desprezo às suas disposições ou por discordância cultural-ideológica, não atingiu a eficácia dela esperada pelos legisladores). Segundo os autores, essa solidariedade social também diz respeito à função de pacificação social dos conflitos, a qual é precípua da jurisdição e possui alto grau de correlação com a sustentabilidade, especialmente no plano das relações interpessoais. A eficácia da jurisdição possibilita menor distanciamento entre sociedade e Direito, entre a vivência cotidiana e o Direito declarado, de modo a possibilitar um tratamento em tempo real dos problemas jurídicos, maximizando a confiabilidade do Direito como forma legítima de ordenação democrática do convívio.

Finalmente concluem os autores que a noção de sustentabilidade apresenta-se na medida em que a Sociedade-Estado, nessas situações, no atual modelo constitucional, deve buscar manter a paz e o bem-estar social de todos e de cada um, fazendo o Direito ser o instrumento garantidor de que a sociedade siga avançando no desenvolvimento humano, sem deixar ninguém para trás. Enfatizam que as normas têm a função precípua de estabelecer as condutas consideradas adequadas para a harmonia das relações sociais. Neste contexto insere-se a sustentabilidade, como princípio constitucional basilar de todo o ordenamento jurídico. Consoante os autores o Direito sempre esteve presente nas mais diversas sociedades, e é o meio encontrado pelo ser humano para evitar (ou solucionar) os mais diversos conflitos.

3 - A APLICAÇÃO DO CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE SOCIAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS.

Considerando o anteriormente explanado, que as normas têm a função precípua de estabelecer as condutas consideradas adequadas para a harmonia das relações sociais.

Considerando que a concretização de direitos reclama uma nova forma de atuar a jurisdição e, conseqüentemente, uma releitura das instituições processuais, em favor de um modelo constitucional de processo a oxigenar o sistema dos Juizados Especiais.

Podemos dizer que o conceito de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável servem de sustentáculo para a interpretação e aplicação dos princípios norteadores dos Juizados especiais.

A partir desse ponto de vista logra-se perceber que os Princípios norteadores dos Juizados Especiais se interpretados e realizados de maneira adequada concretizam também o Princípio da Sustentabilidade, que, por sua vez, efetivam a Dignidade Humana.

A Lei nº. 9.099/95 em seu artigo 2º consagrou os princípios norteadores e informadores desse novo procedimento dos Juizados especiais, são eles: informalidade, celeridade, oralidade, simplicidade, economia processual e a autocomposição. Considerando que o artigo art. 1º da Lei nº 10.259/01, expressamente, determinou a aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95. A aproximação de propósitos entre os diplomas legais ora em comento transporta para o âmbito federal a aplicação de todos os princípios já consagrados para os Juizados Especiais Estaduais, sobre os quais teceremos breve análise.

O princípio da Informalidade, juntamente com o princípio da celeridade, são duas marcas distintivas do procedimento criado pela Lei 9.099/95 para regular os juizados especiais.

Sinteticamente o princípio da informalidade determina que os atos processuais devem ser informais, despendo-se do apego às formas procedimentais rígidas e preestabelecidas.

O objetivo deste princípio foi dar maior agilidade para o julgador em demandas simples, de menor expressão econômica e que pudessem ser resolvidas sem a necessidade do procedimento complexo do rito ordinário foram adotadas medidas como a simplificação do procedimento através da redução das possibilidades recursais e da adoção de meios mais informais do que os previstos no CPC.

Vejam os ensinamentos de JOEL FIQUEIRA JUNIOR, sobre o tema:

"[...]O princípio informativo da informalidade permite a utilização de "soluções alternativas" para obter uma "tutela legal mais rápida". Isso não significa que o Juiz possa criar "procedimentos heterogêneos ou em desconformidade com o estabelecido por norma de ordem pública [...]".²¹

Contudo, deve ser observado especialmente quando suscitada a existência de nulidades processuais, no sentido de que os atos que tiverem alcançado seu fim e não prejudiquem a defesa, devam ser aproveitados. Questões que não causem prejuízo efetivo para as partes podem ser resolvidas sem maior apego à discussão recursal. A anulação dos atos processuais só deverá acontecer, segundo o art. 65, § 1º da lei 9.099/95, nos casos de efetivo dano às partes, e ainda assim, se o ato não puder ser passível de convalidação.

O princípio da celeridade tem por objetivo, permitir que o processo, suas decisões e os efeitos práticos delas decorrentes ocorram com a maior brevidade possível.

Para exemplificarmos de maneira prática a exteriorização deste princípio no texto legal, é a considerável diminuição do prazo de resposta do réu. Alguns autores consideram o prazo de 15 dias destinado exclusivamente para oferecimento de resposta, demasiado longo

²¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

para o rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis. (Figueira Junior; Lopes, 1995, p. 145).

"[...]O motivo do adiantamento foi a exigüidade do prazo para oferecimento de resposta, tendo em consideração o recebimento da comunicação citatória ter se realizado próximo da data da audiência previamente marcada, o juiz deverá compensar com o novo período o tempo que lhe parecer necessário à complementação dos trabalhos a serem realizados pela defesa. Assim, exemplificativamente, se o réu alega ter sido impossível articular a sua defesa porque recebeu a citação três dias antes da audiência, deverá o juiz conceder-lhe novo prazo e marcar o prosseguimento do ato para os próximos cinco ou sete dias seguintes [...]" .22

Em sede de Juizados Especiais Federais são manifestações do princípio da celeridade os arts. 9º, 11, 12 § 1º, 13, 16 e 17 da Lei nº 10.259/01. Segundo o texto legal, não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual nem reexame necessário. A documentação necessária ao esclarecimento da causa deve ser apresentada até a instalação da audiência de conciliação, o exame técnico é realizado antes da audiência de conciliação e o pagamento das obrigações de quantia certa será efetuado diretamente ao requerente na agência bancária mais próxima, no prazo de 60 dias, contados da entrega da requisição, independentemente de precatória. Os atos processuais poderão ser realizados em horário noturno, em qualquer dia da semana e mesmo fora da sede do foro judicial (art. 12 da Lei nº 9.099/95).

O Princípio da oralidade consiste na observância na forma oral no tratamento da lide, forma esta destinada a dar agilidade na busca de resultados efetivos.

Com relação ao princípio da Oralidade, podemos observar no decorrer da história que este Princípio vem sendo utilizado desde a mais remota época do Direito.

"[...] Exclusivamente oral era, entre os romanos, o procedimento no período das ações da lei. A oralidade perdurou no período clássico, mas já então a fórmula se revestia de forma escrita [...] Inteiramente oral era o procedimento entre os germanos invasores, o que veio a influir no do povo conquistado [...] Mas o direito canônico reagiu contra o sistema e no direito comum generalizou-se o procedimento escrito [...] Na França, porém, o código de processo napoleônico acentuou o traço oral do procedimento, que não fora jamais abandonado. [...]23

A oralidade era a forma pela qual se externava a manifestação estatal quanto à regulamentação das relações sociais e jurídicas. Somente com o passar dos anos que passou-se a utilizar um novo modo de manifestação, qual seja o respaldo documental da manifestação oral, ou seja nunca na história do Direito deixaram seus operadores de se fazerem valer de tal princípio

O princípio da oralidade aparece como norteador geral do processo civil com maior ou menor intensidade, dependendo do tipo da lide, tal qual como posta pelo sistema à apreciação do Estado Juiz. Todavia, no processo comum, pelas suas próprias características, a oralidade não consegue ser erigida ao seu ponto máximo, enquanto no processo especializado a possibilidade aumenta de sobremaneira, como podemos verificar, por

²² FIGUEIRA JÚNIOR,. Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Op. Cit.,p.145.

²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 17º ed. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

exemplo, nos seguintes dispositivos da Lei n.º 9.099/95: artigo 13, §§ 2º e 3º, artigo 14, artigo 17, artigo 19, artigo 21, artigo 24, § 1º, artigo 28, artigo 29 e artigo 30 (FIGUEIRA JÚNIOR; LOPES, 1995, P. 48).²⁴

O Princípio da Simplicidade está diretamente relacionado ao trâmite processual. Segundo este princípio o processo deve ser simples no seu trâmite, despido de exigências burocráticas ou protelatórias, com a supressão de quaisquer fórmulas complicadas, inúteis ou obsoletas.

MIRTABETTE nos ensina que:

"[...] Pela adoção do princípio da simplicidade ou simplificação, pretende-se diminuir tanto quanto possível a massa dos materiais que são juntados aos autos do processo sem que se prejudique o resultado da prestação jurisdicional, reunindo apenas os essenciais num todo harmônico. Tem-se a tarefa de simplificar à aplicação do direito abstrato aos casos concretos, quer na quantidade, quer na qualidade dos meios empregados para a solução da lide, sem burocracia ...].²⁵

Segundo orientação deste princípio o modo de comunicação processual pode ocorrer por qualquer meio, inclusive o meio eletrônico, trazendo assim agilidades aos atos processuais. Não se admitem a reconvenção, a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, evitando trâmites formais, privilegiando-se a rapidez e a simplicidade do procedimento. Manifesta-se, também, nos arts. 8º, 12 da Lei n.º 10.259/01 e 5º, 9º, 13, 14, 17, 19 da Lei n.º 9.099/95.

O Princípio da Economia Processual, também previsto no artigo 2º da Lei 9.099/95 determina que se deve buscar o melhor resultado na aplicação do direito com um mínimo de atividade processuais.

No tocante a sistemática recursal admitida pela Lei 9.099/95 determina este diploma legal que o único recurso cabível é o recurso uninominado, além é claro, dos embargos declaratórios e recurso Extraordinário.

Diferentemente do modelo recursal previsto para os Juizados Especiais Estaduais, que prevê o cabimento de apenas três espécies de recursos (o recurso uninominado, ou apelação, os embargos de declaração e o recurso extraordinário), nos Juizados Especiais Federais são cabíveis cinco espécies de recurso.

A primeira espécie é o recurso contra as decisões interlocutórias de mérito proferidas em tutelas de urgência que causem gravame às partes. A previsão de seu cabimento se encontra nos arts. 4º e 5º da Lei n.º 10.259/2001.

A segunda modalidade é o recurso contra as sentenças, previsto no art. 41 da Lei n.º 9.099. Este recurso também não recebeu nomenclatura específica, sendo conhecido simplesmente como recurso uninominado. Em terceiro, é cabível o recurso de embargos de declaração, previsto no art. 48 da Lei n.º 9.099.

Em quarto, a Lei n.º 10.259 prevê pedido de uniformização de interpretação de lei federal (art. 14 da Lei n.º 10.259/2001), em três modalidades específicas de interposição. E,

²⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Op. Ci., p.48

²⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: princípios e critérios**. Ajuris, Porto Alegre, n. 68, p. 7-12, nov. 1996, P.09.

por último, o recurso extraordinário, a ser interposto segundo as regras do CPC aplicáveis ao procedimento ordinário.

Segundo Ricardo Cunha Chimenti, a economia processual visa a obtenção do máximo rendimento da lei com o mínimo de atos processuais.²⁶

José Antônio Savaris e Flavia da Silva Xavier, nos ensinam que em sede de Juizados Especiais Federais, a economia processual permite o aproveitamento de atos praticados no processo que tenham atingido sua finalidade (art. 13 da Lei 9.099/95)²⁷, outro exemplo trazido pelos autores é a medida de concentração de atos decisórios ocorridos em audiência e na sentença (art. 29 Lei 9.099/95).

E finalmente o Princípio da Autocomposição, princípio este que tem por objetivo que a resolução dos litígios ocorra de modo mais eficaz e rápido possível.

O item 06 da Exposição de motivos da Lei nº 10.259/01, no item 6, enaltece os objetivos dos Juizados Especiais Federais:

“[...] propiciará o atendimento da enorme demanda reprimida dos cidadãos, que hoje não podem ter acesso à prestação jurisdicional por fatores de custos, ou a ela não recorrem pela reconhecida morosidade decorrente do elevado número de processos em tramitação [...]”.

Segundo *Carreira Alvin* a autocomposição se dá mediante técnicas de aproximação das partes e resolução de controvérsias de forma menos traumática, na procura da composição amigável, e se revela na forma mais eficiente de solução de conflitos. Na autocomposição há manifestação de vontade espontânea das partes e aceitação mútua a respeito de questões conflituosas existentes entre elas, tendo por escopo a pacificação social dos conflitos e a maior satisfação dos envolvidos, pois a decisão não é imposta por uma sentença pelo magistrado, mas obtida pelo acordo entre as partes. ²⁸

No texto legal a manifestação do princípio da autocomposição ocorre no art. 98, da Constituição, nos arts. 3º, 12, 18, parágrafo único dos arts. 10 e 11 da Lei nº 10.259/01 e nos arts. 7º, 17, 21 a 26, 53, § 2º da Lei nº. 9.099/95.

Em sendo assim, feita a análise dos princípios basilares dos Juizados Especiais podemos dizer que toda a concepção moderna de Justiça moderna ágil e econômica que orientou a criação dos Juizados Especiais consubstanciada em seus princípios norteadores se concretizam através da perspectiva da sustentabilidade, visto que ambos tem por objetivo *conciliação dos diversos interesses pessoais por meio das normas e da presença dos órgãos judicantes* na busca da harmonia das relações sociais. Nesse sentido, o princípio da sustentabilidade ganha também uma dimensão instrumental aplicativa.

Podemos entender que o sentido coerente de todos esses princípios (*informalidade, celeridade, oralidade, simplicidade, economia processual e a autocomposição*) é construído nas situações jurídicas concretas, pelo norteamento ponderativo do Princípio da

²⁶ CHIMENTI, Ricardo cunha. apud XAVIER, Flavia da Silva. SAVARIS José Antônio. **Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais**. 2 Edição. Curitiba: Juruá, 2011. p.11

²⁷ XAVIER, Flavia da Silva. SAVARIS José Antônio. **Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais**. 2 Edição. Curitiba: Juruá, 2011. P. 58

²⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 33-34.

Sustentabilidade, enquanto princípio Constitucional colocado em função com macrop princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia do presente estudo foi abordar o conceito sistêmico de sustentabilidade, com o intuito de justificar a Sustentabilidade como Princípio Constitucional para posteriormente contextualizar sua aplicação quando da interpretação dos princípios Norteadores dos Juizados Especiais (*informalidade, celeridade, oralidade, simplicidade, economia processual e a autocomposição*).

Foi demonstrado que o conceito de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável vai muito além dos aspectos pensados comumente. Verificamos que a sustentabilidade como orientação principiológica do ordenamento jurídico tem função precípua de orientar a sociedade num caminho de permanente busca de equilíbrio.

Conforme vimos, a sustentabilidade se define como um princípio de uma sociedade que mantém as características necessárias para um sistema social justo, ambientalmente equilibrado e economicamente próspero, por um longo período de tempo indefinido.

Define-se também como sendo princípio constitucional basilar de todo o ordenamento jurídico, por ser necessária para a continuidade e progresso da sociedade em termos humanitários. Destarte, a sustentabilidade é uma ideia que está inserida em toda a legislação, como noção principiológica que orienta as normas jurídicas.

No tocante a preocupação com o desenvolvimento sustentável esta representa a possibilidade de garantir mudanças sociopolíticas que não comprometam os sistemas ecológicos e sociais que sustentam as comunidades.

Ao analisarmos a sustentabilidade como orientação principiológica do ordenamento jurídico verificamos que no seu contexto Político está relacionada a *elaboração de leis sobre determinado assunto uma decisão da Sociedade-Estado*. No contexto Social está relacionada aos *impactos que as leis ocasionam na sociedade, e na forma como as pessoas reagem a um determinado regramento e também, às decisões judiciais, as quais aplicam o Direito a casos concretos.. E finalmente quanto ao contexto Cultural está relacionada a função de pacificação social dos conflitos, a qual é precípua da jurisdição possuindo alto grau de correlação com a sustentabilidade*. E, por tal motivo torna-se essencial a incorporação de seu conceito para impulsionar as transformações de uma justiça social que assume um compromisso com a formação de valores como parte de um processo coletivo.

Desta forma considerando os princípios norteadores dos Juizados Especiais (*informalidade, celeridade, oralidade, simplicidade, economia processual e a autocomposição*) podemos verificar que estes corroboram com o conceito de sustentabilidade, considerado como norte do ordenamento jurídico pátrio como , visto que todos possuem por objetivo *conciliação dos diversos interesses pessoais por meio das normas e da presença dos órgãos judicantes* na busca da harmonia das relações sociais

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 33-34.

BEZERRA, M. C. L.; BURSZTYN, M. (coord.). **Ciência e Tecnologia para o desenvolvimento sustentável**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis: Consórcio CDS/ UNB/ Abipti, 2000.

BRÜSEKE, Franz Josef. O Problema do Desenvolvimento Sustentável. In: VIOLA, Eduardo et al. (Org.) **Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania: desafios para as ciências sociais**. Santa Catarina: Cortez Editora, 1995. p.29-40.

BRUNDTLAND, G. H. Relatório “**Nosso Futuro Comum**”. ONU, 1983.

CANEPA, Carla. **Cidades Sustentáveis**: o município como locus da sustentabilidade. São Paulo: Editora RCS, 2007.

CAVALCANTI, Clóvis. (org.). **Desenvolvimento e Natureza**: estudos para uma sociedade sustentável. São Paulo: Cortez, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 17º ed. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

CHIMENTI, Ricardo cunha. apud XAVIER, Flavia da Silva. SAVARIS José Antônio. **Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais**. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2011. p.11

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de - A Sustentabilidade Como Princípio Constitucional Sistêmico E Sua Relevância Na Efetivação Interdisciplinar Da Ordem Constitucional Econômica E Social: Para Além Do Ambientalismo E Do Desenvolvimentismo in **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia** v. 39: 261-291, 2011 DISPONÍVEL EM: www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/.../163

FERRER, Gabriel – Conferência realizada em 21 de maio de 2012 – Alicante/ES – Curso de Mestrado e Doutorado UUNIVALI - MADAS 2012. Tradução livre da autora.

FIGUEIRA JÚNIOR. Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GROSSI, Paolo. **Primeiras lições do direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JACOBI, P. **Meio ambiente urbano e sustentabilidade**: alguns elementos para a reflexão. In: CAVALCANTI, C. (org.). Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas. São Paulo: Cortez, 1997. p.384-390.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito civil de A a Z**. Barueri: Manole, 2008, P.3

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: princípios e critérios. Ajuris, Porto Alegre, n. 68, p. 7-12, nov. 1996, P.09.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Desenvolvimento sustentável do Brasil e o Protocolo de Quioto**. Revista de Direito Ambiental, n. 37, p. 144.

RUSCHEINSKY, Aloísio - Rev. eletrônica Mestr. Educ. Ambient. ISSN 1517-1256, Volume 10, janeiro a junho de 2003 - pag. 04

SACHS, Ignacy. **Ecodesenvolvimento**: crescer sem destruir. São Paulo: Vértice, 1986.

_____. **Estratégias de Transição para do século XXI** – Desenvolvimento e Meio Ambiente. São Paulo: Studio Nobel – Fundação para o desenvolvimento

administrativo, 1993.

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

VEIGA, José Eli da. **Cidades Imaginárias** – o Brasil é menos urbano do que se calcula. Campinas: Editora da Unicamp, 2005.

XAVIER, Flavia da Silva. SAVARIS José Antônio. **Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais**. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2011. P. 58

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SÓCIO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Sérgio Augustin¹ Natacha John² Fernanda Odorissi³

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A EFICÁCIA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 2. A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 3. A TENDÊNCIA MUNDIAL DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. 4. A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA - O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SÓCIO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a Ordem Econômica e Financeira do país deve ser fundada na valorização do trabalho humano bem como na livre iniciativa, com o objetivo de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Para isso institui como garantia fundamental o direito de propriedade, na forma de uma propriedade funcionalizada, ou seja, ao mesmo tempo em que assegura o direito de proteção à propriedade privada, impõe a esta o cumprimento de sua função social, cumprindo sua função voltada não somente para o interesse particular, mas também em relação à coletividade.

¹ Doutor pela Universidade Federal do Paraná, coordenador do Programa de Pós Graduação (Mestrado Acadêmico em Direito) da Universidade de Caxias do Sul. Atualmente é membro da Comissão de Minter/Dinter e da Comissão de APCNs na Área do Direito junto a atual gestão da CAPES/Ministério da Educação (desde julho 2011). É juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul. Email: sergio.augustin@gmail.com.

² Mestranda em Direito (UCS), área de concentração em Direito Ambiental e Sociedade, na linha de pesquisa Direito Ambiental e Novos Direitos. Graduada pelo Centro Universitário Franciscano – UNIFRA. Integrante do grupo de pesquisa “Alfabetização Ecológica, Cultura e Jurisdição: uma incursão pelas teorias da decisão” na UCS. Advogada. Email: natachajohn@hotmail.com.

³ Mestranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS, área de concentração em Direito Ambiental e Sociedade, na linha de pesquisa Direito Ambiental e Novos Direitos, especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal – ESMAFE. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Advogada. Email: ffodorissi@gmail.com.

Em matéria de preservação do meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 representa um marco, pois, diferentemente das anteriores, reserva um capítulo exclusivo à matéria ambiental, reconhecendo expressamente o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como condição de proteção da dignidade da pessoa humana e do bem estar da sociedade.

Deste modo, o meio ambiente foi abrangido pelo princípio da função social, que relativizou ainda mais o direito de propriedade, vinculando sua efetividade ao cumprimento de determinados requisitos, ou seja, diante da necessidade da manutenção de um meio ambiente equilibrado, o caráter ambiental foi incorporado como um elemento da função social da propriedade. A inserção do caráter ambiental no instituto da propriedade privada vem ao encontro do dever compartilhado entre poder público e sociedade de proteção ao meio ambiente.

O presente trabalho tem como finalidade verificar se o instituto da função social da propriedade, somado ao caráter ambiental que deu origem à função sócio ambiental da propriedade consegue garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto na Constituição Federal e assegurando, com isso a efetividade do princípio do desenvolvimento sustentável.

Para isso parte-se de uma breve explanação acerca da eficácia normativa dos princípios constitucionais para depois analisar especificamente a função social da propriedade privada.

Na sequência é feita uma abordagem acerca da preservação do meio ambiente, bem como a proteção prevista na legislação brasileira, assim como a inclusão do viés ambiental no conceito de função social, originando assim a função sócio ambiental da propriedade.

1. A EFICÁCIA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Inicialmente para compreensão da eficácia normativa dos princípios constitucionais é feita uma análise sobre a questão teórica da juridicidade dos princípios constitucionais, sendo composta por três momentos diferentes: a jusnaturalista, a positivista e a pós positivista. Na primeira fase, conhecida por jusnaturalista, os princípios faziam parte de uma esfera abstrata, ou seja, não pertenciam ao mundo jurídico propriamente dito, pois se tinha a concepção que não eram suficientes para suprir as lacunas existentes no ordenamento jurídico.⁴

Paulo Bonavides aponta que na fase jusnaturalista – a mais antiga e tradicional - os princípios estão posicionados na esfera abstrata e metafísica, servindo de inspiração para um ideal de justiça, cuja eficácia cinge-se a uma valoração ético-valorativa do Direito, sendo por motivo sua normatividade considerada nula e duvidosa⁵. O segundo momento é o

⁴ Refere Norberto Bobbio que “os princípios gerais de Direito evocados pelo art. 3º do Código Civil italiano de 1865 deveriam ser entendidos como princípios de Direito Natural”. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti: São Paulo: Edipro, 2003. p. 891.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 232. Bonavides (2004) destaca que os princípios gerais do direito são concebidos pela corrente jusnaturalista como verdadeiros axiomas jurídicos ou normas estabelecidas pela reta razão. São, assim, segundo destaca o eminente constitucionalista, “normas universais de bem obrar”. E prossegue: “São os princípios de justiça, constitutivos de um

positivista, reconhecendo que os princípios entram no Códigos, mas apenas para segurança e não como algo que fosse maior ou anterior a lei vigente. Nessa fase os princípios são inseridos nos Códigos como fonte normativa subsidiária da inteireza dos textos legais, sendo concebidos como verdadeiras “válvulas de segurança” responsáveis pela garantia do reinado absoluto da lei⁶.

O terceiro momento é o referente as últimas décadas do século XX é o pós-positivista, no qual os princípios ocupam seu lugar no âmbito constitucional.⁷ Na fase do pós-positivismo, cujas raízes são encontradas nas últimas décadas desse século passado, pode ser identificada pela hegemonia axiológico-normativa dos princípios que são convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais⁸. Com a positivação nos textos constitucionais, os princípios passam a conferir fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico.

De acordo com a evolução exposta, pode-se constatar que os princípios foram, aos poucos e cada vez mais ocupando espaço nas constituições. Essa mudança representou uma alteração nas funções dos princípios no Direito Positivo, deixando de desempenhar a função de fontes de caráter subsidiário e civilístico, para assumirem a condição de fundamento de toda a ordem jurídica, na condição de princípios constitucionais⁹.

Assim, no âmbito jurídico, normais são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, que reconhecem, de um lado, a pessoas ou a entidades a possibilidade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, de outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem¹⁰. Tullo Cavallazzi Filho explica que no âmbito da ordem jurídica a norma pode estar representada por dois tipos básicos: as Regras, que procuram estabelecer a previsão de condutas ou

Direito ideal. São em definitivo, um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 232.

⁷ “a necessidade de tratar-se os princípios como direito, abandonando, assim, a doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida pode impor obrigação legal”. In: DWORKIN, Ronald, **Levando os Direitos a Sério**. (Trad.) Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 44

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 237. O Reconhecimento da normatividade em grau constitucional ou juspublicístico (e não meramente civilista) dos princípios teve a participação das Cortes Internacionais de Justiça, especialmente, conforme noticia Norberto Bobbio, considerando que o Artigo 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça, no ano de 1920, declarou que “os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas, como aptos e idôneos a solverem controvérsias, ao lado dos tratados e dos costumes internacionais”.

⁹ ESPINDOLA, Ruy S. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 61.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 84.

situações determinadas, e os Princípios, responsáveis por positivizar juridicamente certos valores fundamentais e dominantes na comunidade¹¹.

Em relação ao reconhecimento doutrinário no sentido de que as Regras e os Princípios representam espécie do gênero norma, Paulo Bonavides anota que antes de Alexy e Dworkin foi Jean Boulanger, no ano de 1952, um dos precursores a dispor sobre a distinção entre regras e princípios atentando para o atributo da generalidade dessas duas espécies normativas:

Há entre princípio e regras jurídica não somente uma disparidade de importância mas uma diferença de natureza. Uma vez mais o vocábulo e a fonte de confusão: a generalidade da regra não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio¹².

As palavras sobreditas demonstram que a generalidade é predicado comum à regras e princípios, no sentido de serem aplicados a um número indeterminado de atos e fatos. No entanto, a regra apresenta o predicado de ser especial “na medida em que rege tão somente atos ou fatos, ou seja, é editada contemplando uma situação jurídica determinada¹³”, diferentemente dos princípios que, “ao contrário, é geral porque comporta uma séria indefinida de aplicações¹⁴”.

Então é possível entender as normas são como gênero, de onde são espécies Regras e Princípios. Estes, por sua vez se distinguem pelo critério da generalidade, ou seja, os Princípios jurídicos se apresentam como normas com alto grau de generalidade, enquanto as Regras, por sua vez, possuem um menor grau de generalidade.

Ou seja, as Regras, em geral, apresentam situações fáticas e conseqüências jurídicas para suas ocorrências, diminuindo, com isso, seu grau de abstração. Os Princípios, por sua vez, caracterizam-se pela ausência de descrições fáticas, o que acarreta a eles um maior grau de abstração.

Willis Santiago Guerra Filho, citado por Tullo Cavallazzi, explica que

Daí resulta uma ordenação em que as primeiras (regras) são entendidas e validadas pela sua referência aos últimos (princípios), os quais, por sua vez, possuem graus diversos de relevância para atingir a finalidade maior de um sistema jurídico democrático: legalidade, com respeito à dignidade humana¹⁵.

Assim, constata-se que o Princípio é hierarquicamente superior à regra, uma vez que possui dentro do ordenamento jurídico, uma função estrutural e hermenêutica. Para Paulo Bonavides os princípios são as normas-chaves de todo o sistema jurídico, assim referindo

¹¹CAVALLAZZI FILHO, Tullo. **Função social da empresa e seu fundamento constitucional**. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 59.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 232.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 240.

¹⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004., p. 240.

¹⁵CAVALLAZZI FILHO, Tullo. **Função social da empresa e seu fundamento constitucional**. Florianópolis: OAB/SC, 2006., p. 60.

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico [...]16.

Dessa forma tem-se que os valores fundamentais de uma ordem jurídica são representados pelos seus princípios, os quais serão estabelecidos na Lei Maior do ordenamento, ou seja, são traduzidos nos princípios constitucionais de um determinado sistema. Novamente Paulo Bonavides, a respeito dos princípios constitucionais, menciona que

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmo, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde a sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com essa relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas17.

Inseridos no ápice da pirâmide normativa, os princípios constitucionais assumem o grau de norma das normas, fonte das fontes, representando, qualitativamente, a viga mestra do sistema normativo, expressando opções políticas fundamentais, resultado da eleição de valores éticos e sociais como fundantes de uma idéia de Estado e de sociedade18. No entanto, é importantíssimo ressaltar que o reconhecimento do elevado grau de abstração inerente aos princípios não pode ser traduzida em impossibilidade de sua aplicação episódica sobre um caso concreto19.

Diferentemente disso, reconhece-se que a baixa densidade normativa20 dos princípios pode ser suprida através da incidência de regras de densificação ou concretização,

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004., p. 286.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 290.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004p. 261-265.

¹⁹ MARIN, Jeferson Dytz “(...) a aplicação dos princípios, de acordo com o que afirma Alexy, deve se dar mediante ponderação e, partindo do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso de cada princípio de devera desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível, dando, com sua flexibilidade, margem à realização da justiça do caso concreto, em respeito à equidade. In: **A ordinariiedade do processo civil**: proporcionalidade, oposição aos juízos de certeza e realização dos Direitos Fundamentais. Curitiba:Juruá, 2009, p. 151. In: MARIN, Jeferson Dytz. (Coord). **Jurisdição e Processo III: Estudos em Homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva**. Curitiba:Juruá, 2009

²⁰ BONAVIDES, Paulo, sobre a definição do que venha a ser densidade normativa diz que “compreende a capacidade ou não de uma determinada norma jurídica incidir num caso concreto de maneira direta, sem a necessidade da já aludida ‘mediação concretizadora’ de parte dos operadores jurídicos”. In **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 18

representadas, principalmente, através de subprincípios²¹, regras (produção legislativa), sem descartar a possibilidade da utilização para casos específicos de decisões judiciais ou mesmo atos administrativos.

2. A ORDEM ECONÔMICA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Brasil, como um Estado Democrático de Direito organiza-se juridicamente por intermédio de um instrumento normativo que é a Constituição. A aplicação e eficácia concreta da nossa Carta Magna deve ser sempre hierarquicamente superior a qualquer outro meio legal que discipline a matéria em questão. Sobre o assunto José Afonso da Silva aduz que

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é lei fundamental e suprema do Estado Brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos estados, nem os Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal, entre elas, e ocupando uma posição hierarquicamente superior, estão os Princípios²².

Dispõe a Constituição Federal do Brasil, de 1988, no seu artigo 3º, os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, que são: garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos e discriminações, para construirmos uma sociedade livre, justa e solidária. 23

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. após reconhecer que a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (diferente densidade semântica), desenvolve a seguinte idéia: “Existem, em primeiro lugar, certos princípios, designados por princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das ideais directivas básicas de toda ordem constitucional” (cita o autor com exemplos o princípio do Estado democrático de Direito, princípio republicano e princípio democrático no sistema português). Segundo o renomado constitucionalista português, esses princípios “ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que densificam os princípios estruturantes [...]” Assim, prossegue, “o princípio do Estado de Direito é densificado através de uma série de subprincípios [...]”. Porém, o autor reconhece que o processo de concretização ou densificação dos princípios constitucionais não resulta exclusivamente da aplicação de outros princípios constitucionais, admitindo, também, a densificação através de “regras constitucionais”. Ao final, conclui que todos os princípios e regras, “poderão obter ainda maior grau de concretização e densidade através da concretização legislativa e jurisprudencial”. In: **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Portugal: Almedina, 1992. p. 1022.

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 47.

23 BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 35. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. Art. 3º.

Em consonância com os objetivos do Estado Democrático de Direito é que se apresentam os Princípios específicos de Ordem Econômica. A atual Constituição regula a Ordem Econômica e Financeira em seu Título VII, a partir do art. 170, o qual estabelece um conjunto de princípios constitucionais nos quais a ordem econômica deve se basear. A ordem econômica pode ser entendida como um conjunto de normas constitucionais que definem os objetivos de um modelo para a economia e as modalidades de intervenção do Estado nessa área. Uadi Lammêgo Bulos, em sua Constituição Federal anotada, aduz que:

Ordem Econômica e Financeira, nos parâmetros fixados pelo constituinte, significa organização de elementos ligados à distribuição de bens, serviços, circulação de riquezas, uso da propriedade, evidenciando, também, aquelas relações de cunho monetário, travadas entre indivíduos e destes com o Estado²⁴.

Edificada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a ordem econômica inserta na Carta Maior determina a observância de princípios como a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, nos termos dos incisos do seu art. 170. Em função da livre iniciativa, logo de início, percebe-se a consagração da economia de mercado, evidenciando nitidamente a inspiração capitalista da constituinte de 1988, entretanto, mesclada com um forte cunho social, quando dispõe, juntamente com esta, a valorização do trabalho humano.

Isso significa dizer que, embora capitalista, a ordem econômica dá primazia aos valores do trabalho humano no âmbito da economia de mercado, permitindo com isso a intervenção do Estado na economia, priorizando os valores sociais do trabalho, que, juntamente com a iniciativa privada, não são apenas fundamentos da ordem econômica, mas sim, os objetivos da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, pontual é a referência de Uadi Lammêgo Bulos:

Formalmente, a Constituição de 1988 foi pródiga ao consagrar os dois grandes tipos de democracia: a liberal e a social. Pela primeira, a democracia liberal, as liberdades públicas são protegidas contra os abusos de poder dos governantes. Pela segunda, a democracia social, busca-se eliminar desigualdades econômicas entre as condições de vida dos homens²⁵.

Diante disso nota-se uma postura híbrida da nossa atual Constituição, que ora enfatiza um modelo de capitalismo neoliberal, ao mesmo tempo em que destaca um intervencionismo sistemático, demonstrando com isso vários elementos socializantes. Salienta-se que mesmo assim, ou seja, mesmo com a presença de tais elementos socializantes, a Constituinte de 1988 não deixa de caracterizar o *modo de produção capitalista*, como bem nos explica a clássica doutrina de José Afonso da Silva:

Não só aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição, não é senão uma forma de economia capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Isso caracteriza o modo de

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1258.

²⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1258.

produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia [...]26.

O que se pode concluir é que a ordem constitucional econômica, a qual se encontra no centro do ordenamento jurídico, deve ser lida sob a ótica integracionista entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, desenvolvimento sustentável visando um equilíbrio harmônico entre a liberdade da propriedade privada e a regulamentação da atividade econômica e a preservação do meio ambiente.

A ordem econômica, baseada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, para isso devem ser observados alguns princípios já referidos, entre os quais, merecem destaque para efeito desse estudo a análise do inciso III do art. 170 da CF/88, qual seja, a função social da propriedade, que também encontra previsão no art. 5º, XXIII do mesmo Diploma Legal.

3. A TENDÊNCIA MUNDIAL DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

A degradação ambiental está cada vez mais acelerada e de difícil controle pela sociedade, provocando riscos imprevisíveis, seja pela utilização desenfreada dos recursos naturais ou pelas consequências dos avanços econômicos da sociedade moderna.

Ulrich Beck²⁷, ao desenvolver sua Teoria do Risco, refere a sociedade industrial para explicar os fatores que contribuíram para o desenvolvimento dos graves problemas ambientais, mesmo que em proporções menores, não é algo tão recente. Assim, como também se denota no texto da Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada na Suécia, em Estocolmo, no ano de 1972, Danny Monteiro da Silva aponta que o preâmbulo da declaração de Estocolmo reconhece a interdependência que existe entre a humanidade e a natureza, destacando a importância desta para aquela e, no Princípio Segundo de tal Declaração, reconhece a necessidade de preservação da natureza independentemente de seu valor e de sua utilidade econômica para a humanidade.²⁸

Ainda em relação à Declaração de Estocolmo, Sampaio, Wold e Nardy referem que “Apesar de não estabelecer nenhuma regra concreta, essa declaração propiciou a primeira moldura conceitual abrangente para a formulação e implementação estruturada do Direito Internacional do Meio Ambiente”. Cumpre referir que a Conferência ocorreu no contexto da Guerra Fria entre Estados Unidos e União Soviética, assim, as discussões em Estocolmo giraram em torno de países industrializados e em desenvolvimento, com assuntos relacionados ao controle populacional e da necessidade de redução do crescimento econômico²⁹.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 666.

²⁷ BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998, p. 127.

²⁸ SILVA, Danny Monteiro da. **Dano Ambiental e sua reparação**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 32.

²⁹ BECK, Ulrich, “Alguns riscos são passíveis de controle pelo desenvolvimento de mecanismos tecnológicos, porém há riscos que não podem ser controlados porque afetam, por exemplo, recursos naturais que não se recompõe. In: **La sociedad Del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998, p. 141.

Além da Conferência de Estocolmo, outro significativo evento de repercussão mundial foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992, com o objetivo de discutir problemas urgentes referentes à proteção ambiental e ao desenvolvimento econômico, tendo como base as premissas fixadas anteriormente, em Estocolmo. Wellington Pacheco Barros assevera que

[...] a Conferência do Rio foi o primeiro encontro global após o fim da guerra fria, e questionava se novas políticas poderiam ser forjadas em torno de um futuro comum mundial. Foi também a maior e mais universal das conferências até então promovidas pelas Nações Unidas, com 178 estados representados nas negociações e 118 chefes de Estado participando da Cúpula da Terra.³⁰

Na Conferência do Rio oficializou-se a expressão “desenvolvimento sustentável”, sendo reconhecidas também as diferenças entre os países em desenvolvimento e países desenvolvidos, cabendo a estes fornecerem apoio financeiro àqueles, para ambos avançarem na direção do crescimento com responsabilidade ambiental comuns, no entanto, diferenciadas de acordo com a capacidade econômica.³¹

Durante o encontro, foi abordada também a urgente necessidade de reversão do processo de degradação ambiental do planeta, sendo que diversos documentos foram firmados com essa finalidade, tendo como premissa o desenvolvimento sustentável, a saber: a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Agenda 21, Princípios para a Administração Sustentável das Florestas, Convenção da Biodiversidade e Convenção sobre Mudança do Clima.³²

Todos esses documentos corroboram o conceito essencial de desenvolvimento sustentável e acabam por compor um acervo conceitual e moderno que serve como base para os países implementarem suas legislações nacionais acerca da nova concepção do crescimento econômico com vistas à preservação ambiental³³. Nesse compasso, a ingerência ecológica, para Bachelet³⁴ está ajustada em uma espécie de direito natural ou, em suas palavras, em declarações ligadas à ordem natural das coisas prepondera sobre a vontade dos Estados.

4. A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA - O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SÓCIO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p. 34.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 34.

³² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 34.

³³ GIDDENS, Anthony. Neste sentido importante a contribuição: “A consciência geral de que o crescimento econômico contínuo não vale a pena, a menos que melhore muito a qualidade de vida da maioria”. In: Giddens, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. De Raul Fiker. São Paulo: Edunesp, 1991, p. 144.

³⁴ BACHELET, Michel. **Ingerência ecológica: Direito Ambiental em questão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 257.

O princípio da função social da propriedade está contemplado na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 170, III e está diretamente interligado com a proteção do meio ambiente, disposta no inciso VI do mesmo dispositivo.

Tal princípio tem como objetivo nortear a ordem constitucional econômica, de modo que a propriedade privada - antes tida como absoluta - agora vem sendo relativizada para melhor atender os objetivos de um Estado Democrático de Direito, em especial no que tange à preservação do meio ambiente, sendo este um direito fundamental do cidadão.

Segundo Lafayette Josué Petter:

[...] registre-se, de plano, que a propriedade privada não mais existe de modo absolutizado como previam os estatutos pretéritos, mas, ao contrário, insere-se no todo complexo que representa a vida da sociedade atual, onde tudo está interligado e todos e cada um de nós não ganha significação e identidade senão que no cotidiano relacionamento que é inerente à própria existência³⁵.

Nesse contexto tem-se que a propriedade privada está inserida na sociedade atual de maneira que esta seja utilizada de acordo com os objetivos da Lei Maior, ou seja, que cumpra uma função voltada não somente para o interesse particular, mas também em relação à coletividade, proporcionando assim o surgimento do denominado Princípio da Função Social da Propriedade³⁶.

A Função social da propriedade representa em nosso ordenamento um princípio de ordem social para contribuir com o desenvolvimento e a harmonização dos interesses individuais e coletivos.

Dessa forma, Tullo Cavalazzi Filho ensina que “Função Social pode ser entendida, pois, como um conjunto de todos os efeitos que um instituto jurídico exerce sobre a Sociedade, com a finalidade de atender aos seus interesses³⁷”. Assim, é reprovada a conduta de quem usa, goza e tira proveito de uma propriedade de modo puramente egoísta, sem levar em conta o interesse alheio e principalmente o da sociedade.

³⁵ PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 209.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 85, n. 723, out. 1996. p. 43. Fábio Konder Comparato ensina que a noção de que o uso da propriedade privada deveria também servir ao interesse da coletividade foi, pela primeira vez, estabelecida na Constituição de Weimar de 1919. Em seu art. 153, última alínea, dispôs ela: “A propriedade obriga. Seu uso deve igualmente ser um serviço ao bem comum” (Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste). A lei fundamental de Bonn, de 1949, reproduziu em seu art. 14, segunda alínea, essa disposição, com ligeira variação de forma: “A propriedade obriga. Seu uso deve igualmente servir ao bem da coletividade” (Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen). O doutrinador comenta também a respeito do uso da propriedade na Itália, onde, a Carta de 1947 é clara ao reduzir a função social à existência de certas restrições quanto ao uso dos bens próprios, e ao assina ao legislador o dever de limitar o alcance dessas restrições.

³⁷CAVALLAZZI FILHO, Tullo. **Função social da empresa e seu fundamento constitucional**. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 104.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho refere que “reconhecendo a função social da propriedade, sem a renegar, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem estar geral”³⁸. Eros Grau, sobre o assunto, pontualmente aduz que:

[...]. Isso significa dizer que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade.³⁹.

Em outras palavras, a função social da propriedade sugere certos comportamentos positivos por parte do proprietário, o qual não apenas tem a obrigação de não exercer seu direito em prejuízo de um terceiro, mas também e paralelamente tem o dever de exercer tal direito em favor da coletividade. Complementando o raciocínio delineado, Lafayette Petter finaliza com o seguinte trecho:

Por isto, na sistemática da Constituição, a propriedade será socialmente funcional quando, respeitando a dignidade da pessoa humana, contribuir para o desenvolvimento nacional e para a diminuição da pobreza e das desigualdades sociais⁴⁰.

Ou seja, o detentor de uma propriedade, ao fazer esta cumprir a sua função social, empregando-a para o crescimento de toda sociedade, está indo ao encontro dos objetivos da República Federativa do Brasil. Em matéria de preservação do meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 representa um marco, pois, diferentemente das anteriores, reserva um capítulo exclusivo à matéria ambiental, reconhecendo expressamente o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como condição de proteção da dignidade da pessoa humana e do bem estar da sociedade.

A respeito da CF/88 no que tange a matéria ambiental, Milaré assinala que ela representou um:

Marco histórico de inegável valor, dado que as Constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam da proteção do meio ambiente de forma específica e global. Nelas sequer uma vez foi empregada a expressão “meio ambiente”, a revelar total despreocupação com o espaço que vivemos⁴¹.

Dessa forma a Constituição Federal de 1988 consagra a proteção ao meio ambiente, com vistas ao desenvolvimento sustentável, assegurou a todo indivíduo o direito à manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e para isso conferiu ao Poder Público e a coletividade o dever de sua defesa e preservação, a fim de garantir esta condição às gerações futuras.

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 361.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 222.

⁴⁰ PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005p. 212.

⁴¹ MILARÉ, Edis. **Legislação ambiental do Brasil**. São Paulo: APMP, 1991. p. 3.

Neste sentido, é importante definir qual a abrangência da expressão meio ambiente no seu sentido jurídico. A Lei n. 6.938, de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, inciso I, conceitua legalmente meio ambiente como sendo o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida, em todas as suas formas”.

A doutrina, porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, ampliou o conceito legal de meio ambiente definido pela referida Lei, afirmando que a expressão “meio ambiente” inclui também condições artificiais, culturais e do trabalho. Marchesan, Steigleder e Cappeli conceituam meio ambiente como

[...] um bem jurídico unitário, a partir de uma visão sistemática e globalizante, que abarca os elementos naturais, o ambiente artificial (meio ambiente construído) e o patrimônio histórico-cultural, pressupondo-se uma independência entre todos os elementos que integram o conceito, inclusive o homem, valorizando-se a preponderância da complementaridade recíproca entre o ser humano e o meio ambiente sobre a ultrapassada relação de sujeição e instrumentalidade.⁴²

Nesse mesmo sentido Edis Milaré aponta, sobre os elementos que fazem parte do meio ambiente que

Para o Direito brasileiro, portanto, são elementos do meio ambiente, além daqueles tradicionais como o ar, a água e o solo, também a biosfera, esta com claro conteúdo relacional (e, por isso mesmo, flexível). Temos, em todos eles, a representação do meio ambiente natural. Além disso, vamos encontrar uma série de bens culturais e históricos, quem também se inserem entre os recursos ambientais, como meio ambiente artificial ou humano, integrado ou associado ao patrimônio natural.⁴³

Sendo assim, todos os fatos relacionados com a ordem física, química, biológica, artificial, cultural e do trabalho, que permite, abriga e rege a vida, em todas as suas formas, são relacionados com o meio ambiente. Optou o legislador, e também o intérprete, em estender ao máximo o alcance jurídico da expressão meio ambiente, a fim de assegurar a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Em função disso o meio ambiente também foi congregado pelo princípio da função social prevista na Constituição Federal, que relativizou ainda mais o direito de propriedade, vinculando sua efetividade ao cumprimento de determinados requisitos, ou seja, diante da necessidade da manutenção de um meio ambiente equilibrado, o caráter ambiental foi incorporado como um elemento da função social da propriedade, tornando, nos termos de Antônio Hermann Benjamin, seu conteúdo “funcionalizado”⁴⁴.

⁴² FARIAS, Paulo José Leite. Competência Federativa e Proteção Ambiental. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 214 (apud MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELI, **Direito Ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004. p. 15).

⁴³ MILARÉ, Edis. **Legislação ambiental do Brasil**, São Paulo: APMP, 1991 p. 116.

⁴⁴ BENJAMIN, Antônio H. Função ambiental. In BENJAMIN, A. H. (coord.) **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**, São Paulo: RT, 1993, p. 48.

Nesse contexto, no plano jurídico Eros Grau refere que

a admissão do princípio da função social (e ambiental) da propriedade tem como consequência básica fazer com que a propriedade seja efetivamente exercida para beneficiar a coletividade e o meio ambiente (aspecto positivo), não bastando apenas que não seja exercida em prejuízo de terceiros ou da qualidade ambiental (aspecto negativo). Por outras palavras, a função social e ambiental não constitui um simples limite ao exercício do direito de propriedade, como aquela restrição tradicional, por meio da qual se permite ao proprietário, no exercício do seu direito, fazer tudo o que não prejudique a coletividade e o meio ambiente. Diversamente, a função social e ambiental vai mais longe e autoriza até que se imponha ao proprietário comportamentos positivos, no exercício do seu direito, para que a sua propriedade concretamente se adeque à preservação do meio ambiente.⁴⁵

Dessa forma, a inserção do caráter ambiental no instituto da propriedade privada vem ao encontro do dever compartilhado entre poder público e sociedade de proteção ao meio ambiente. Além da previsão constitucional de função ambiental da propriedade, encontramos também esse contexto de proteção ambiental no novo código civil, onde o § 1º do art. 1.229 prevê que o *direito de propriedade deve ser exercitado em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas*⁴⁶.

Assim, a legislação civilista pátria se encontra em conformidade com os ditames constitucionais de proteção do meio ambiente, garantindo que a propriedade privada cumpra uma função sócio ambiental. A propriedade privada, portanto, tem seu conceito vinculado a questão ambiental, a fim de atender o preceito estabelecido pelo artigo 225 da Constituição Federal de proporcionar a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado e, assegurando, com isso uma forma efetiva do princípio do desenvolvimento sustentável.

CONCLUSÃO

Ao final dessa breve exposição temos como sedimentado o entendimento de que a propriedade não pode mais ser entendida em sua versão absoluta, mas sim devendo abrir espaço aos interesses difusos, dentro os quais se insere o Direito Fundamental ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, cumprindo, com isso, sua função sócio ambiental.

Assim, temos que a inserção da questão ambiental nos requisitos para que a propriedade cumpra sua função social vem de encontro com o contexto mundial de preservação ambiental, e, em caráter nacional, configura uma forma de atendimento ao

⁴⁵ GRAU, Eros Grau. Princípios fundamentais de direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, n. 02., 1997.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129.

princípio do desenvolvimento sustentável com vistas a garantir o direito ao meio ambiente equilibrado.

Ademais, tão importante quanto a efetivação de normas jurídicas para a proteção do meio ambiente é a mudança de pensamento acerca das formas de utilização e consideração da natureza pelos seres humanos, uma vez que os recursos naturais não são infinitos. Ou seja, além de normas jurídicas visando a proteção do meio ambiente é essencial haver uma transformação cultural da sociedade no que tange ao entendimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado afim de possibilitar a convivência harmônica dos seres humanos com os demais indivíduos e destes todos com o ambiente em que estão inseridos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BENJAMIN, Antônio H. Função ambiental. in BENJAMIN, A. H. (coord.) **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**, São Paulo: RT, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti: São Paulo: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 35. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. **Função social da empresa e seu fundamento constitucional**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, empresa e função social**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 85, n. 723, out. 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Portugal: Almedina, 1992.

DWORKIN, Ronald, **Levando os Direitos a Sério**. (Trad.) Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

ESPINDOLA, Ruy S. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da Modernidade**. Editora UNESP, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Princípios fundamentais de direito Ambiental**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, n. 02., 1997.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELI, **Direito Ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

MARIN, Jeferson Dytz. BERTARELLO, Marina. In: **A ordinariade do processo civil: proporcionalidade, oposição aos juízos de certeza e realização dos Direitos Fundamentais**. Curitiba:Juruá, 2009. In: MARIN, Jeferson Dytz. (Coord). **Jurisdição e Processo III: Estudos em Homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva**. Curitiba:Juruá, 2009.

MILARÉ, Edis. **Legislação ambiental do Brasil**. São Paulo: APMP, 1991.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TRABALHADOR RURAL, CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA E CRISE ECONÔMICA MUNDIAL

*José Enéas Kovalczuk Filho*¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA; 2. DOS DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E SOCIAIS; 3. CRISE ECONÔMICA, DIREITOS SOCIAIS E A PONDERAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS; 4. TRABALHADOR RURAL E O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE E DA UNIFORMIDADE E EQUIVALÊNCIA DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais como exigência da sociedade são representados para os positivistas pela norma, ocorre que, no campo dos direitos sociais o fato social é a maior fonte do direito fundamental a seguridade social.

Através dos artigos 3º, inciso I, e 194, parágrafo único, a seguridade social recebeu tratamento destacado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Entretanto, esta verdadeira constitucionalização da matéria social sofre forte crítica da doutrina econômica, ainda mais na atualidade, onde o poder econômico vem ganhando força sobre os direitos fundamentais sociais.

A afirmação de que os direitos fundamentais sociais somente geram custos aos Estados é equivocada e consequencialista, visto que em todos os casos, necessitamos de tributos, para proteção dos direitos, sejam de primeira ou de segunda dimensão, sejam positivos ou negativos.

Assim, os direitos sociais positivados através de princípios de direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos dos países são o trunfo das minorias contra os interesses das majorias, visto que não se pode violar referidos direitos e manter a harmonia do sistema jurídico vigente de qualquer país.

¹ Advogado em Santa Catarina, Mestrando em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI-SC, Especialista em Previdência Social pela HGA e UNITOLEDOS-SP, Consultor Sindical na Área de Previdência Social Rural, autor da obra “Manual dos direitos previdenciários dos trabalhadores rurais”, LTr, 2012.

² Adiante denominada CRFB/88.

Por fim, o princípio constitucional da universalidade e da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, é ponto de partida na interpretação da norma ao rústico e verdadeiro pilar das políticas públicas previdenciárias ao setor agrícola, este visa unificar os regimes e acabar com o abismo jurídico entre benefícios previdenciários urbanos e rurais.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA.

A doutrina *jus naturalista* do direito adota o referente “justiça” numa ideia de “o que é justo”, de outro lado os *positivistas* adotam a ideia do que somente é aplicável ao indivíduo o que “a lei entendem como justo”, entretanto, devemos fugir de ambas as ideias para construirmos uma justiça positivada com caráter essencialmente justa, ou seja, a lei somente é válida se for justa e baseada em valores axiológicos da sociedade.

E estes valores axiológicos são representados muitas vezes por direitos fundamentais do cidadão, como por exemplo a liberdade e a vida, entretanto, o contexto histórico é determinante a ordem dos direitos fundamentais, visto que os direitos fundamentais apresentam ao sistema jurídico valores axiológicos fundamentais da construção de uma sociedade em determinada época.

Assim, os direitos fundamentais antes de serem direitos positivados através de norma, o são uma exigência fundamental da razão da sociedade em determinado momento histórico de sua constituição.

A doutrina defende a existência de três dimensões de direitos, sendo a *primeira dimensão* 3 constituída dos direitos fundamentais voltados aos direitos do indivíduo frente ao Estado, tais como os direitos a vida, a liberdade, a propriedade.

A *segunda dimensão* é constituída dos direitos econômicos, sociais e culturais, os quais guardam estrita relação com a ideia da justiça social e de bem-estar, ou melhor, “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado [...] ainda, hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação trabalho, etc.”⁴

Por fim, como direito de *terceira dimensão* temos a solidariedade e a fraternidade como direitos de titularidade difusa 5 ou coletiva, na ideia de proteção de grupos humanos como a família; o povo; e a nação.

³ O importante antes de classificar os direitos fundamentais é definir a expressão correta, “gerações” ou “dimensões de direitos”, adotamos a corrente doutrinária da expressão “dimensão de direitos” na lógica do professor Ingo Wolfgang Sarlet, principalmente pelo motivo dos direitos fundamentais não se substituírem um sobre os outros com a passagem do tempo.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10a Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2011, p. 47.

⁵ Na seara do controle de constitucionalidade temos dois sistemas básicos, no primeiro chamado de controle difuso, a decisão que proclama à inconstitucionalidade pode partir de qualquer juiz ou tribunal e tem natureza declaratória e efeitos desde sua origem (*ex tunc*), entretanto é restrita às partes do ato judicial. Já no segundo sistema chamado de concentrado, a decisão parte de tribunal exclusivo (Corte Constitucional) tem natureza constitutiva e efeitos a partir da anulação (*ex nunc*) e extensível a todos os casos semelhantes (efeito *erga omnes*).

Deste modo, a construção de uma democracia baseada nos direitos fundamentais sociais é o caminho a uma era de fraternidade e de solidariedade como grandes valores da sociedade contemporânea.⁶

Assim, a solidariedade representa a civilização e a concretização da fraternidade universal, valores materiais que são a base das normas jurídicas e do próprio Direito.

Neste viés, o princípio da solidariedade representa fonte de vários ramos do direito, um exemplo o direito previdenciário e o instituto jurídico da Seguridade Social, ainda, por estar ligado aos Direitos Humanos a doutrina conecta a solidariedade aos direitos fundamentais sociais de segunda dimensão.

O professor Paulo Bonavides resume os direitos fundamentais, quando apresenta a seguinte reflexão doutrinária “os direitos fundamentais nascem abraçados ao princípio da igualdade”⁷.

Deste modo, partindo para o campo dos direitos sociais de segunda dimensão, inegável que o fato social é a maior fonte do direito da seguridade social, entretanto, antes devemos distinguir as fontes do direito previdenciário, as quais são divididas em formais e materiais, o principal exemplo de norma formal são os códigos escritos e a própria constituição, no caso das fontes materiais temos os fatos sociais, políticos, econômicos, que geram estudos e o conseqüente surgimento da norma jurídica, ou fontes formais.

Na seara constitucional, à Constituição de um país deve ser estruturada em valores axiológicos de uma sociedade para ser justa e aceita por esta, e estes valores são muitas vezes representados por princípios fundamentais, os quais trazem a ideia de “deve ser” da norma, ou seja, antes de um conjunto de regras jurídicas superiores à constituição deve apresentar “momentos axiológicos” corporizados em normas e princípios dotados de bondade material (garantia de direitos e liberdades, separação de poderes, controlo do poder, governo representativo)”⁸.

Deste modo, os princípios são um norte ao interprete da norma, devendo este ao interpretar a norma formal, ater-se antes aos princípios relacionados na constituição, visto que à constituição através dos princípios apresenta os valores materiais ou existenciais, e a chamada constituição material que apresenta uma função ordenadora que muitas vezes representa a vontade da constituição ou a intenção do legislador originário.

Diante de tais argumentos, seja da ordem dos direitos fundamentais, seja da constituição como norteadora dos caminhos ao interprete ou como norma fundamental do sistema, a doutrina positivista baseada essencialmente na ideia do escalonamento do ordenamento jurídico de Hans Kelsen, traz à constituição no topo da pirâmide das normas,

⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, Vol. 3. Coleção Ensaio Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 48.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Malheiros. São Paulo, 2011, p. 518.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7a Ed. Livraria Almedina. Coimbra, 2003, p. 1131.

ou seja, as normas superiores, como à constituição, constituem fundamento de validade das normas inferiores e determinam o conteúdo material destas últimas ⁹.

Entretanto, na própria constituição temos “uma certa hierarquização” e classificação dos princípios, onde uns possuem relevância maior sobre os outros.

O Professor Paulo Márcio Cruz apresenta competente classificação dos princípios integrantes de nossa CRFB/88, em primeiro grau temos os *princípios ideológicos* relacionados no artigo 4º da Carta Maior de 1988; em segundo grau temos os *princípios fundamentais gerais* previstos no artigo 5º da Constituição; e por fim, temos os *princípios constitucionais específicos* de cada matéria, tais como os da ordem econômica (art. 170 CRFB/88) e os da ordem social (art. 194 CRFB/88), estes tidos como de aplicação imediata ¹⁰.

Como dito, à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 constitucionalizou a matéria previdenciária e por este motivo, o direito previdenciário nasce ligado ao direito constitucional, ademais, a partir da Carta da República de 1988 o constituinte apresentou vasto rol de princípios constitucionais destinados a regular as normas infraconstitucionais destinadas a ordem social.

A constitucionalização da seguridade social sofre forte crítica da tida doutrina econômica, ainda mais na atualidade, onde o poder econômico vem ganhando força sobre os direitos fundamentais sociais, estes entendidos tanto como direitos trabalhistas, tanto como previdenciários.

Entretanto, com a máxima *vênia* a referida corrente doutrinaria, o que à Constituição “constitucionalizou” o interprete não pode “desconstitucionalizar”, conforme nos ensina o professor português Canotilho ¹¹:

[...] além de não haver critérios seguros para se distinguir entre o que é verdadeiramente constitucional e o que não é, não se pode reconhecer ao interprete o direito de “desconstitucionalizar”(a não ser em termos teóricos ou dogmáticos) aquilo que o legislador constituinte democrático “constitucionalizou”

Em suma, se a ideia do poder constituinte é proteger o trabalhador dos eventos de necessidade, doença, idade avançada, ignorância, sujidade e desemprego involuntário, não cabe ao interprete da norma “desconstitucionalizar”, mesmo que, fundamentado em valores ideológicos e econômicos.

2. DOS DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E SOCIAIS.

Sem direitos fundamentais reconhecidos pelo estado, não há democracia, e sem democracia o estado não proporciona a sociedade condições mínimas a existência do individuo e principalmente a solução racional e pacífica dos conflitos. ¹²

⁹ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**: Introdução á problemática científica do direito; tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 7. Ed. Rev. – São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

¹⁰ Cruz, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 50.

¹¹ Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7a Ed. Livraria Almedina. Coimbra, 2003, p. 1138.

¹² Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. p. 54.

Entretanto, torna-se necessária uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, o primeiro grupo de direitos é assegurado no plano internacional e independe de vínculo com determinado Estado, tanto que, podem ser reclamados em instâncias supranacionais, já o segundo grupo são direitos fundamentais consagrados no plano nacional ou constitucional de cada Estado.¹³

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Poder Constituinte reconheceu vasto grupo de direitos sociais, deste modo, inquestionável o caráter destes como direitos fundamentais.

Ademais, conforme nos ensina o Professor Wagner Balera o sistema previdenciário brasileiro parte sempre da Lei Maior:

O sistema jurídico só pode ser compreendido como algo inteiriço, Dentro de seus quadros, as normas jurídicas de hierarquia inferior devem guardar estrita harmonia com as normas jurídicas de superior escalão. Nenhuma regra inferior poderá furta-se á tarefa de implementação da diretriz de justiça estatuída pela Lei Magna 14.

Ocorre que, o conflito pode extrapolar as normas em sua hierarquia, este pode estar dentro do plano constitucional, visto que do texto constitucional podemos extrair mais que uma norma de caráter semântico, podemos extrair do texto magno normas jurídicas decorrentes da interpretação do texto.

Isto, especialmente em se tendo presente a distinção entre texto (enunciado semântico) constitucional e norma jurídica (resultado da interpretação do texto), de acordo com o qual pode haver mais de uma norma contida em determinado texto, assim como normas sem texto expresso que lhe corresponda diretamente. Assim, a partir de um certo texto há com extrair uma norma (ou normas) que pode (ou não) reconhecer um direito como fundamental e atribuir uma determinada posição jurídico-subjetiva. 15

Inegável que à constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, traz a figura da força vinculante da constituição que determina ao Poder Público a verdadeira busca de sua efetivação, ainda, os direitos fundamentais muitas vezes estão implícitos nos textos constitucionais, assim, os doutrinadores, através dos princípios constitucionais podem estender a aplicação e efetivação dos direitos fundamentais para atender a real intenção do constituinte.

Nesta lógica, todos os direitos sociais positivos e negativos são tidos como fundamentais, sejam arrolados no Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou dispersos pelo restante da carta constitucional, ou mesmo, localizados em tratados internacionais.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações: in: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: Orçamento e “Reserva do Possível”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 13.

¹⁴ BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. 2ª Edição São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 40.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações: in: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: Orçamento e “Reserva do Possível”, p. 15.

Agora, o custo dos direitos fundamentais sociais é inquestionável, entretanto, esta visão não se limita aos direitos prestacionais sociais, não podemos esquecer-nos da repercussão econômica indireta da proteção de alguns direitos, inclusive de primeira dimensão, como por exemplo, o direito de votar e ser votado.

A exigibilidade judicial dos direitos sociais é muitas vezes condicionada à disponibilidade de recursos estatais, entretanto, tal posição é simplista do grupo que defende a característica dos direitos sociais somente com direitos prestacionais positivos, entretanto, os direitos econômicos, sociais e culturais podem ser representados por obrigações negativas, um exemplo é o meio ambiente e a nossa obrigação de não prejudicá-lo e os custos estatais para tal. 16

A distinção básica entre direitos civis, políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, onde os primeiros representam somente obrigações negativas e os segundos obrigações positivas ao Estado não representa cordão absoluto no direito contemporâneo, principalmente quando a lógica da possibilidade e exigência de cumprimento de obrigação pelo Poder Judiciário do primeiro grupo e a impossibilidade para com o segundo.

Entretanto, tanto os direitos civis, políticos e tanto os direitos econômicos, sociais e culturais representam obrigações positivas e negativas ao Estado, ocorre que, os direitos sociais têm característica mais visível de obrigações de fazer e por consequência prestações positivas. 17

O Brasil sendo originário de um sistema religioso cristão, onde sua essência é solidária¹⁸, justifica em parte a nossa enorme restrição a uma adoção de um sistema de seguridade social altamente atuarial, com o Norte Americano.

Agora numa visão de seguridade social norte americana, em todos os casos, necessitamos de tributos, para proteção dos direitos, sejam direitos de primeira ou de segunda dimensão, assim, necessitamos de mecanismos de controle, sem os quais as liberdades e os direitos individuais e coletivos seriam constantemente violados.

Esta é a interpretação de Stephen Holmes, estudioso da política moderna e Cass R. Sunstein, professor em Harvard, constitucionalista e assessor de Barack Obama, os direitos, sejam individuais ou coletivos, dependem dos impostos ao governo:

[...] los derechos legales son subsidiados por impuestos que se recaudan entre la comunidad en general, no por tasas pagadas exclusivamente por aquellos individuos que los ejercen en ese momento. Puesto que se trata de

¹⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2 ed. Madrid: Editorial Trotá 2004, CAP I – La estructura de los derechos sociales y el problema de su exigibilidad, p. 32.

¹⁷ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 24-25.

¹⁸ As Santas Casas de Misericórdia foram às primeiras entidades a atuarem na seguridade social, isto desde 1553, com serviços voltados aos necessitados em caráter eminentemente assistencial.

un arreglo necesario y no accidental, la redistribución parece inevitable en el campo de la protección de los derechos. 19

Ainda:

[...] en líneas más generales, la escasez de recursos es una razón totalmente legítima para que el gobierno no otorgue protección absoluta a los derechos.
20

Ocorre que, uma visão restrita de direitos fundamentais sociais *versus* custos a sociedade quando analisada somente sob ponto de vista de estudo da seguridade social na seara econômica, principalmente pelo caráter solidário desta no Brasil é fortemente criticada, ainda, quando a maior potência mundial cria um sistema previdenciário na área da saúde com caráter solidário, em momentos de crise econômica mundial, mesmo que, numa categoria embrionária 21

Deveríamos sustentar a ideia de que esta crise provocou uma mudança de orientação dos Estados Unidos rumo a um novo *Welfare State*? Sim, graças ao grande projeto de lei sobre a Seguridade Social. Em todos os países da Europa, por outro lado, a crise culmina antes numa política defensiva, isto é, de confusão e de retrocesso em matéria de proteção social. 22

A realização de uma verdadeira previdência social depende de uma poupança compulsória universal, ou seja, solidária, onde se realiza o verdadeiro Estado de Bem-Estar Social, ou seja, todos contribuíam para o fundo previdenciário, e deste são retiradas as prestações necessárias a socorrer os atingidos por eventos previstos na legislação.

O argumento acima se fundamenta no direito brasileiro com o chamado estado de bem-estar e no primado da justiça social, institutos que representam o cerne de todo sistema constitucional previdenciário, conforme artigo 3º da nossa Carta Magna de 1988, os quais estão estritamente ligados aos fundamentos de solidariedade e de redução das desigualdades sociais.

Assim, o conceito de igualdade deve ser ativo, “um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas, passou-se a um conceito jurídico de condutas promotoras de igualdade jurídica” 23, assim, a igualdade, a solidariedade e a fraternidade são os primados do Estado Providência.

3. CRISE ECONÔMICA, DIREITOS SOCIAIS E A PONDERAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS.

¹⁹ HOLMES, Stephen. **El costo de los derechos**: Por qué la libertad depende de los impuestos.- / Stephen Holmes y Cass R. Sunstein.- 1a ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 133;

²⁰ HOLMES, Stephen. **El costo de los derechos**: Por qué la libertad depende de los impuestos. p. 153-154;

²¹ Afirmação em termos de solidariedade do sistema.

²² TOURAINE, Alain. **APÓS A CRISE**: A decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais: tradução Francisco Morás. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 128.

²³ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. p. 147-148.

O pós-positivismo é mais que um direito liberal, aqui, a crítica é voltada ao decisionismo ou na discricionariedade do interprete, em primeiro momento na jurisprudência de valores alemã que pode esconder uma jurisprudência de interesses, e em segundo momento ao ativismo judicial americano.

Ocorre que, a dificuldade dos juízes das Cortes Supremas é enorme diante de aplicação aos cidadãos de inúmeros valores sociais constitucionalizados, que muitas vezes estão em mesmo nível hierárquico, assim, a utilização de técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais, tais como a ponderação de valores da escola alemã de Robert Alexy e, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, escondem por diversas vezes decisões pessoais do julgador. 24

À Constituição Federal de 1988 apresenta ao julgador e principalmente ao seu interprete uma verdadeira hierarquia de valores representados por princípios, estes muitas vezes confrontados em mesmo nível, um exemplo é os direitos coletivos e os direitos sociais individuais de cada indivíduo.

Ocorre que, a solução da colisão de princípios constitucionais somente com a ponderação de valores da escola alemã de Alexy, não elege o interprete a escolher simplesmente os princípios mais relevantes para aquele momento, ao contrário, Robert Alexy não apresenta a escolha de forma direta como apresentam os constitucionalistas brasileiros, “a regra da ponderação de valores não é um princípio”. 25

Entretanto, em tempos de crise o poder econômico supera o poder social, neste campo o consequencialismo econômico justifica a restrição de direitos sociais em detrimento dos direitos positivados por princípios constitucionais.

Antes do debate trazemos o conceito de José Antonio Savaris sobre o consequencialismo:

O consequencialismo é uma doutrina moral, segundo a qual o ato correto em uma dada situação é aquele que produz o melhor resultado geral, julgado como tal por um ponto de vista impessoal que concede igual peso aos interesses de cada um. A reflexão moral consequencialista tem como versão mais familiar o utilitarismo, o qual, em sua forma clássica, diz que o melhor estado dentre as combinações possíveis é o que contém o melhor balanço líquido agregado de prazer humano, felicidade ou satisfação, isto é, aquele que maximiza utilidades totais ou médias. 26

Com a globalização econômica a autonomia do político cedeu espaço à imposição do poder econômico, assim, os direitos sociais passaram a ser restringidos, assim, o principal objetivo da globalização e do poder econômico é mecanizar e restringir os direitos sociais sob o pretexto injustificado de um eterno estado de emergência econômica.

²⁴ CARBONELL, Miguel. El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de analisis: in: CARBONELL, Miguel; JARAMILO, Leonardo Garcia (Eds.). **El Canon Neoconstitucional**, Editora Trotta, 2010, p. 155.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, 4a Edição, São Paulo: Saraiva, 2011. Elementos para a pré-compreensão dos pontos centrais da obra, p. 50.

²⁶ SAVARIS, José Antonio. Globalização, crise econômica, consequencialismo e a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) in: SAVARIS, José Antonio e STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um diálogo Latino-Americano**, Curitiba: Editora Alteridade, 2012, p. 97-98.

Na atual tarefa de gestão do Poder Judiciário a decisão final da jurisdição constitucional busca conferir prevalência ao interesse econômico de equilíbrio de contas fiscais, em contraste a violação direta de direitos sociais muitas vezes positivados na Carta Magna de 1988.

A ponderação de valores é uma porta aberta aos interesses do julgador, ou à discricionariedade, de outro lado, o ativismo judicial vai além do texto constitucional e realiza verdadeira mudança no texto, a chamada mutação constitucional que não impõe limite ao interprete.²⁷

A grande questão é: a ponderação de valores pode levar a decisões diferentes em casos semelhantes, tudo sobre os pilares do “sopesamento entre meios e fins” e sobre o manto da proporcionalidade ou razoabilidade.²⁸

Inegável que o bem comum vive em constante tensão com os direitos, por este motivo, a maximização da teoria moral consequencialista encontra óbice na constante violação dos direitos em troca do bem coletivo.

As principais correntes doutrinárias positivistas e mesmo a lógica da ponderação de valores e princípios de Robert Alexy, buscam romper com o enquadramento científico-positivista e acabam por se aproximar da moral consequencialista.²⁹

No constitucionalismo brasileiro que cada vez mais busca romper com o formalismo e utiliza frequentemente a ponderação de valores ou princípios de Robert Alexy, as decisões apresentam sem dúvida a roupagem consequencialista, entretanto, a impressão que fica é da formação da decisão conforme os interesses do julgador que em tempos de austeridade fiscal busca restringir os direitos sociais.

Claro que em certos momentos teremos um contraste de princípios e valores e estaremos diante de uma decisão difícil, entretanto, toda decisão judicial deve apresentar solução equitativa ao caso concreto, mas com base empírica em princípios positivados.

Ocorre que, o consequencialismo judicial deve primar pelos valores positivados através de princípios que são a base do ordenamento jurídico, deve existir uma fundamentação normativo-axiológica, ou melhor, deve existir uma verdadeira conciliação entre princípios positivados e as consequências da decisão.

O equilíbrio mencionado acontece quando se impõe a norma e ao caso concreto uma noção de justiça, noção fundamentada e sem cordão político.

Os direitos fundamentais são o trunfo contra os interesses da maioria, visto que não se pode violar referidos direitos e manter a harmonia do sistema jurídico vigente.

Finalizando, as decisões jurídicas consequencialista econômicas são altamente politizadas de acordo com o momento histórico, o que hoje é correto amanhã será incorreto, assim, os argumentos de política e de gestão econômica de maximização de recursos da

27 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, 4a Edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

28 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, 4a Edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

29 SAVARIS, José Antonio. Globalização, crise econômica, consequencialismo e a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) in: SAVARIS, José Antonio e STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um diálogo Latino-Americano**, Curitiba: Editora Alteridade, 2012, p. 100.

maioria em detrimento dos direitos positivados, pode levar o julgador a uma incoerência de suas decisões com o passar dos tempos.

Devemos evitar os argumentos políticos e privilegiar os argumentos de princípios, as crises econômicas vão e vêm, algumas são pequenas outras grandes, entretanto, os direitos sociais ao contrário permanecem no tempo independentemente de momento histórico e os ligados a dignidade da pessoa humana inclusive independem de posituação constitucional dos Estados.

Os direitos sociais previstos na nossa Carta Maior de 1988 são o maior bem coletivo, estes devem ser respeitados mesmo em tempos de crise econômica, a gestão econômica politizada não pode prevalecer sobre a força normativa da Constituição, por este motivo, a decisão que pondera valores econômicos em detrimento dos princípios constitucionais além de ser injusta é verdadeiramente inconstitucional.

4. TRABALHADOR RURAL E O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE E DA UNIFORMIDADE E EQUIVALÊNCIA DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS.

Num contexto histórico as pressões sociais na década de 1960, somadas a crescente organização dos trabalhadores rurais em unidades associativas (Sindicatos), levaram o governo a editar o Estatuto do Trabalhador Rural – Lei n. 4.214/1963, mais conhecido como Estatuto da Terra, primeira lei significativa no Brasil destinado ao homem do campo.

Entretanto, referida legislação não trouxe grandes inovações práticas, e, somente em 1971, com a edição da Lei Complementar n. 11, é que o trabalhador rural passou a ter um amparo previdenciário significativo.

A Lei Complementar 11/71, mais conhecida como (Lei do FUNRURAL), onde a arrecadação³⁰, fiscalização e administração das contribuições a previdência “rural” ficaram a cargo do “Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural” ou através de siglas FUNRURAL.

Tal legislação trouxe ao chefe ou arrimo de família (somente a este) os benefícios de aposentadoria por idade, invalidez, pensões, entre outros benefícios previdenciários.

Mas somente com a edição da Constituição da República Federativa do Brasil 1988, é que o trabalhador rural passou a ser considerado membro efetivo e permanente da seguridade social pátria.

Na seara constitucional os mais significativos dispositivos destinados aos trabalhadores rurais, para grande maioria da doutrina, seriam os artigos 7º, caput, o qual traz referências aos direitos sociais dos trabalhadores rurais; o artigo 195, parágrafo 8º que estabeleceu definições e a contribuição indireta e o artigo 201, parágrafo 7º, II, que beneficiou os trabalhadores rurais com a redução etária de 5 (cinco) anos para fins de aposentadoria por idade.

Entretanto, a nosso ver, o principal artigo da CRFB/88 destinado aos trabalhadores rurais é o artigo 194, parágrafo único, inciso II, ou, o princípio constitucional da universalidade e da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, verdadeiro pilar das políticas públicas previdenciárias ao setor agrícola.

³⁰ A contribuição era baseada e incidia sobre a produção rural.

A importância deste princípio aos trabalhadores rurais brasileiros é muito significativa, pois somente com a inclusão de referido dispositivo na Constituição Federal de 1988 é que o trabalhador agrícola foi igualado ao trabalhador urbano, fato que, constitucionalizou os direitos sociais de referida classe trabalhadora.

Ocorre que, constantemente os direitos sociais dos trabalhadores rurais são violados e interpretados de forma equivocada, um dos principais motivos é a fixação “doentia” de parte da doutrina ao artigo 195, parágrafo 8º, da CRFB/88 (*definição e sistema contributivo rural*), existindo assim, um injustificado esquecimento do princípio da universalidade e da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, o qual deve ser origem da interpretação e não “simples” complemento.

Com a maior respeito à interpretação divergente a nossa, não podemos começar a construção de uma casa pelo telhado, devemos partir das fundações, seguindo as paredes e por último o telhado, assim, à interpretação de dispositivo legal destinado ao trabalhador rural, deve sempre partir do princípio da universalidade e da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. 31

Na lógica do Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Dr. Eros Roberto Grau “a interpretação de uma norma deve partir dos princípios constitucionais, para termos uma interpretação coerente ao sistema. 32

Ainda, com a unificação entre benefícios e serviços entre populações urbanas e rurais, constantemente, nega-se aplicação de dispositivo legal ao trabalhador rural, sob o argumento de sua contribuição a seguridade ser indireta, entretanto, o bom sendo deve prevalecer sobre a interpretação puramente restritiva à implementação de um direito social.

O nosso argumento acima, também pode ser baseado no princípio da razoabilidade, ou seja, à interpretação da norma deve ser justificada em parâmetros eficazes e justos, aqui, não podemos esquecer-nos da lição do Professor Luís Roberto Barroso “o princípio da razoabilidade faz parte do processo intelectual lógico de aplicação de outra norma, ou seja, de outros princípios e regras.” 33

Ocorre que, a questão dos custos da seguridade social numa óptica de valores indiretos e reflexos a sociedade é constantemente pilar da discussão, principalmente na área rural, onde a manutenção do homem no campo produzindo alimentos a nação é o maior bem a sociedade.

Por este motivo, hoje a teoria de ponderação de valores ou sopesamento da escola alemã de Robert Alexy 34, e colocada à disposição do interprete da norma, visto que, no caso, dos benefícios previdenciários rurais, os

³¹ KOVALCZUK FILHO, José Enéas, **Manual dos direitos previdenciários dos trabalhadores rurais**, São Paulo, Editora LTr, 2012, p. 130.

³² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discussão sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5a edição. São Paulo: Malheiros. 2009, pg. 207.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7a Edição Revisada - São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 384.

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**: tradução Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo, SP: Malheiros, 2011, p. 163.

princípios de direitos fundamentais sociais são injustificadamente confrontados com os princípios econômicos.

Ocorre que, em nível previdenciário, como os demais segurados da previdência social brasileira contribuem de forma direta a seguridade social e seus benefícios previdenciários são cada vez mais “achataados” pelas políticas públicas diretamente ligadas ao equilíbrio financeiro atuarial do sistema previdenciário brasileiro, os trabalhadores rurais sofrem verdadeiro “apedrejamento” da classe obreira urbana, sob a alegação de possuírem o “privilegio” de contribuírem a seguridade social de forma indireta.

Acontece que o setor rural desde o Brasil-Colônia é colocado em segundo plano, a legislação voltada ao homem do campo antes de ser aprovada pelo Congresso Nacional “para alguns” deveria sempre passar sob o crivo da cultura urbana, por este motivo, a legislação previdenciária verdadeiramente rural somente veio a ser consolidada na constituinte da década de 80.

Partindo desse raciocínio, temos que o mundo urbano moderno é formado por três grandes segmentos nos quais se manifestam todos os interesses jurídicos da sociedade dita civilizada. São eles: o comércio, a indústria e os serviços. Enquanto que o mundo rural é visto como sendo “o resto”. 35

A Juíza Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região Giselle de Amaro e França comenta.

Entretanto, da mesma forma que as inovações do texto constitucional foram cedendo vez a apelos de ordem econômica, assistindo-se mais e mais a redução do conteúdo do direito fundamental, também assim expressivo número de juízes parece ter sido seduzido pelos argumentos econômicos.

[...]

Tem-se a impressão de que primeiro se olham os efeitos financeiros da decisão, depois busca o direito, vale dizer, o direito fundamental só é reconhecido se existir disponibilidade financeira para concretizá-lo, posição frontalmente contrária aquela que acreditamos ser a tônica do Estado Democrático de Direito e que permeia toda Constituição Federal. 36

Assim, o reflexo das políticas públicas são absorvidas pelo Judiciário, e no caso dos rurícolas, esquece-se a primordial função social dos benefícios rurais, que são um dos maiores incentivos a manutenção dos trabalhadores rurais nas penosas lides diárias no campo.

Ademais, a Carta Constitucional de 1988 em seu artigo 193 traz “a ordem social tendo como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”, deste modo, a inserção social da categoria dos trabalhadores rurais na Constituição Federal citada, visa de certa forma “compensar as inúmeras injustiças” (falta de incentivos econômicos e fiscais a classe rural) e principalmente proteger referida classe dos meios econômicos de produção rural em grande escala (grandes propriedades agrícolas altamente mecanizadas).

³⁵ ZIBETTI, Darcy Walmor (coord.). **Trabalhador Rural: Uma análise no contexto sociopolítico, jurídico e econômico brasileiro**. Juruá. Curitiba, 2009, p. 200-201.

³⁶ FRANÇA, Giselle de Amaro e. **O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias**. São Paulo: LTr, 2011. p. 183.

Entretanto, como já referenciado anteriormente, com a crise econômica mundial de 2008, na atualidade o poder econômico vem ganhando força sobre os direitos fundamentais sociais sonega-se direito sob o pretexto único de falta de custeio direto, mesmo existindo previsão constitucional de custeio diferenciado ou indireto aos rurícolas.

Minha argumentação é fundamentada pelo processo n. 7476 do Superior Tribunal de Justiça, voto vencedor do Ministro Catarinense Dr. Jorge Mussi ³⁷, o qual entendeu ser inviável a aplicação da regra do § 1º do art. 3º da Lei n. 10.666/2003 ³⁸ ao trabalhador rural sob o único argumento da falta de contribuição direta destes segurados ao sistema previdenciário.

Imprescindível apresentar aqui o voto vencido do Ministro Dr. Napoleão Nunes Maia Filho que analisou o cerne da inclusão social de referida classe de trabalhadores na Constituição Federal de 1988.

Não há razão jurídica para não se garantir ao Trabalhador Rural a benesse reconhecida ao Trabalhador Urbano (período de graça), pois ofenderia a lógica do razoável exigir que a aposentadoria do Trabalhador Rural se submeta a requisitos mais rígidos do que os aplicáveis à aposentadoria do Trabalhador Urbano, já que a tutela do Direito Previdenciário ao rurícola deve ser compreendida como ação política que visa a inclusão desse Trabalhador no sistema, dado que historicamente dele foi sempre desassistido.

Além disso, se a aposentadoria rural por idade seria concedida independentemente do pagamento de contribuições, com maior razão deve-se garantir também a concessão do benefício ao segurado que recolheu contribuições previdenciárias para a Seguridade Social como trabalhador urbano após o afastamento da lide rural, sem, no entanto, cumprir a carência para a concessão da aposentadoria urbana, uma vez que essa situação não acarreta qualquer prejuízo ao equilíbrio atuarial do sistema previdenciário e, pelo contrário, até o favorece.

A lógica é respeitar um passado de atividade rural embasado no princípio do valor social do trabalho (art. 193, CF/88), incentivar o trabalho rural não o contrário, ainda, a visão passada e lamentavelmente atual de existência de dois regimes previdenciários, um urbano e outro agrícola viola diretamente o pressuposto fundamental de organização de um único regime geral de previdência social (art. 201, CF/88), fundamentado nas bases da igualdade e tratamento isonômico de trabalhadores rurais e urbanos (art. 194, parágrafo único, II, da CRFB/88). ³⁹

Não podemos criar um abismo entre os direitos fundamentais sociais de aposentadoria entre trabalhadores urbanos e rurais, a decisão judicial que prevalece o econômico, em detrimento dos inúmeros princípios constitucionais é ilegal é também

³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. PET nº 7476/PR; Rel. p/ Acórdão Min. Jorge Mussi, DJ 25/04/2011.

³⁸ A regra mencionada permite à implementação da aposentadoria por idade mesmo após a perda da qualidade de segurado, desde que o segurado possua o tempo mínimo de carência e idade mínima exigida.

³⁹ SAVARIS, José Antonio, **Benefícios Programáveis do Regime Geral da Previdência Social** - Aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria por idade. Curso de Especialização em Direito Previdenciário, Curitiba, Juruá Editora, 2007, p. 189.

politicamente incorreta, seja pela pelo caráter social dos benefícios previdenciários rurais, seja pelos inúmeros dispositivos constitucionais que equiparam urbanos e rurais.

A impressão atual é a tentativa de reedição da Lei Complementar n. 11 de 1971, que em sua época inovou ao permitir a entrada do trabalhador rural arrimo de família no sistema previdenciário, entretanto, a Constituição Federal de 1988 mudou toda sistemática dos benefícios previdenciários rurais, trazendo o trabalhador rural e toda sua família da margem do sistema para dentro do sistema em igualdade com os demais segurados.

A vedação do retrocesso proíbi práticas estatais que suprimam, restrinjam o conteúdo dos direitos já garantidos pela legislação ⁴⁰, principalmente à constitucional, voltar ao passado para fundamentar o futuro é prática absurda e imoral com a sociedade e com o constituinte de 1988.

Enfim, os princípios constitucionais representam os direitos fundamentais de uma nação, por este motivo, são ponto de partida ao interprete da norma, seja ela constitucional ou infraconstitucional, e no presente estudo sobre o trabalhador rural, o princípio da universalidade e da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais e o “cerne” da discussão teórica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. Os direitos fundamentais sociais de segunda dimensão antes de serem direitos positivados através de norma, representam uma exigência fundamental da razão da sociedade em determinado momento histórico de sua constituição.

2. A seguridade social recebeu tratamento especial na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, através da inclusão no rol dos princípios fundamentais da expressão “constituir uma sociedade livre, justa e solidária” no artigo 3º, inciso I, e também pelo vasto rol de princípios constitucionais específicos relacionados no artigo 194, parágrafo único.

3. A norma constitucional e infraconstitucional deve ser interpretada sob o “crivo” dos princípios constitucionais para termos um sistema coerente e justo, visto que os princípios constitucionais representam os direitos fundamentais ou os valores axiológicos de uma sociedade, estes devem ser equilibrados com o caso concreto, mas sem cordão político, deve existir uma fundamentação normativo-axiológica, ou melhor, deve existir uma verdadeira conciliação entre princípios positivados e as consequências da decisão.

4. Por fim, o princípio constitucional da universalidade e da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, trata-se de verdadeiro pilar das políticas públicas previdenciárias ao setor agrícola e deve ser ponto de partida na interpretação da norma destinada ao trabalhador rural.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ABRAMOVICH, Victor.; COURTIS, Christian. **Los derechos socieales como derechos exigibles**. 2 ed. Madrid: Editorial Trota, 2004;

⁴⁰ COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e culturais: Uma breve exploração: in: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 510.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, Vol. 3. Coleção Ensaio Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011;

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**: tradução Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo, SP: Malheiros, 2011;

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. 2ª Edição São Paulo: Quartier Latin, 2010;

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7a Edição Revisada - São Paulo: Saraiva, 2009;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. PET nº 7476/PR; Rel. p/ Acórdão Min. Jorge Mussi, DJ 25/04/2011;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Malheiros. São Paulo, 2011;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7a Ed. Livraria Almedina. Coimbra, 2003;

CARBONELL, Miguel; JARAMILO, Leonardo Garcia (Eds.). **El Canon Neoconstitucional**, Editora Trotta, 2010;

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004;

FRANÇA, Giselle de Amaro e. **O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias**. São Paulo: LTr, 2011;

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discussão sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5a edição. São Paulo: Malheiros. 2009;

HOLMES, Stephen. El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos.- / Stephen Holmes y Cass R. Sunstein.- 1a ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: Introdução á problemática científica do direito; tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 7. Ed. Rev. - São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011;

KOVALCZUK FILHO, José Enéas, **Manual dos direitos previdenciários dos trabalhadores rurais**, São Paulo, Editora LTr, 2012;

NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10a Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: Orçamento e “Reserva do Possível”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

SAVARIS, José Antonio e STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana**: Um diálogo Latino-Americano, Curitiba: Editora Alteridade, 2012.

SAVARIS, José Antonio, Benefícios Programáveis do Regime Geral da Previdência Social - Aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria por idade. Curso de Especialização em Direito Previdenciário, Curitiba, Juruá Editora, 2007;

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, 4ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2011;

TOURAINÉ, Alain. APÓS A CRISE: **A decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais**: tradução Francisco Morás. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2011;

ZIBETTI, Darcy Walmor (coord.). **Trabalhador Rural**: Uma análise no contexto sociopolítico, jurídico e econômico brasileiro. Juruá, Curitiba, 2009.

POR UM MODELO DE TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Octaviano Langer¹

SUMÁRIO: 1. OS DIREITOS SOCIAIS E SUA EXIGIBILIDADE JUDICIAL; 1.1. CONCEITUAÇÃO E ESPECIFICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS; 1.2. A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS; 2. A TUTELA COLETIVA; 2.1. O LITÍGIO; 2.2. O PROCESSO; 2.3. O JUIZ; 2.4. AS PARTES; 3. A TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a analisar a tutela coletiva levada a cabo na seara dos direitos sociais. Tendo como contexto uma sociedade em que os conflitos apresentam-se massificados, e na qual o poder público não consegue responder adequadamente todos os compromissos assumidos (inclusive constitucionalmente), propõe-se que também os direitos sociais podem ser judicializados de forma coletiva, especialmente no intuito de preservar um efetivo acesso à justiça de todos aqueles que serão atingidos (e via de regra beneficiados) pela decisão judicial proveniente de um processo coletivo de índole social.

Neste sentido, o trabalho se inicia com a conceituação dos direitos sociais, focando com mais atenção o processo de especificação dos direitos fundamentais. E constata-se que os direitos sociais, inseridos que estão no texto constitucional brasileiro de 1988, apresentam uma inegável face de exigibilidade judicial. Ainda que parcelas dos juristas se oponham à interferência jurisdicional em políticas públicas e prestações sociais que importem em gastos governamentais, é certo que o Poder Judiciário possui uma função institucional de materializar os direitos inseridos na constituição, especialmente quando negligenciados por outros órgãos e poderes.

Adiante, trata-se da tutela coletiva como uma espécie diferenciada de prestação jurisdicional, nas qual os elementos processo, litígio, juiz e partes recebem uma roupagem diferenciada pra o devido trato de direitos coletivos e dos anseios da sociedade.

¹ Octaviano Langer. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Processual pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Aluno do Curso de Doutorado da Universidade de Buenos Aires. Professor de Direito Ambiental na Righetto Cursos e Concursos. Atua também como Oficial de Justiça Federal em Itajaí e região. E-mail: octavianolanger@hotmail.com.

Por fim, defende-se o uso do processo coletivo para a tutela dos interesses sociais. Tendo em vista que a massificação das demandas judiciais atingiu também as questões que envolvem direitos sociais, o manejo coletivo em determinadas questões pode se apresentar como uma solução democrática e que proporcione um efetivo acesso à justiça. Reajustes de benefícios previdenciários, por exemplo, podem (e devem) ser concedidos de forma coletiva, para que haja uma imediata distribuição de justiça para todos os beneficiários que se encontrarem na mesma situação.

1. OS DIREITOS SOCIAIS E SUA EXIGIBILIDADE JUDICIAL

1.1 CONCEITUAÇÃO E ESPECIFICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A devida conceituação dos direitos sociais não é tarefa simples, especialmente no Brasil, país cuja Constituição de 1988 atribuiu como sociais um rol variado de direitos, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, e todos os demais direitos constantes do artigo 6^a do texto constitucional² ou presentes em outros setores da Carta Magna.

Em termos de denominação, a linguagem internacional adotou o termo “direitos econômicos, sociais e culturais”. Já em terras nacionais, convencionou-se utilizar apenas o termo “direitos sociais”, que englobaria todos os direitos econômicos, sociais e culturais, e se encontra positivada tanto na constituição como em normas infraconstitucionais a terminologia direitos sociais.

Quanto ao conteúdo, os direitos sociais são voltados para proporcionar uma efetiva igualdade entre todos os membros da sociedade, especialmente no tocante à satisfação das necessidades básicas, assegurando a todos o desfrute de seus direitos e a participação na vida política, cultural e social da comunidade ou grupo de que são integrantes. Neste sentido, os direitos sociais podem ser vistos em um duplo sentido:

[...] o objetivo, como o conjunto de normas mediante as quais o Estado leva a cabo sua função equilibradora das desigualdades sociais; e o subjetivo, como a faculdade dos indivíduos e dos grupos em participar dos benefícios da vida social, traduzindo-se em determinados direitos e prestações, diretas ou indiretas, por parte dos poderes públicos³.

Destarte, se convencionou distinguir os direitos sociais por basicamente duas características: prestações positivas (especialmente por parte do Estado); e institutos normativos que protegem minorias, desigualando o direito a favor dos mais débeis a fim de proporcionar uma efetiva igualdade material.

No tocante à primeira característica, visualiza-se a criação de toda uma gama de direitos prestacionais, especialmente a partir do início do século XX e pós Segunda Guerra Mundial, em sua maioria atribuída ao Estado, como toda a seguridade social, em suas vertentes previdência/saúde/assistência sociais, além de outros direitos conferidos nas relações privadas, mais especialmente visíveis na ampliação dos direitos trabalhistas.

² CF, art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 63.

A Constituição Brasileira de 1988 também é exemplo desta caracterização dos direitos sociais, atribuindo ao Estado brasileiro uma série de prestações e atividades voltadas para o cuidado de seus cidadãos, muitas das quais patrocinadas pelos próprios cofres públicos, como por exemplo, o sistema único de saúde, e a educação obrigatória e gratuita para os níveis fundamentais.

Já no que se refere à segunda característica, percebe-se a progressão dos direitos sociais na criação de normas (legislativas e jurisprudenciais) voltadas para a proteção das minorias e dos mais débeis socialmente, como medidas protetivas das populações indígenas, idosos, crianças e adolescentes, doentes terminais, mais pobres, portadores de necessidades especiais, etc.

Estas medidas são dedicadas a equilibrar as relações sociais, possibilitando aos destinatários destas políticas sociais uma participação social ativa, garantindo saúde, educação, melhores condições de disputa no mercado profissional, renda mínima, moradia, bem como todas as circunstâncias necessárias para uma vida com dignidade.

Ressalta-se que dentre os diversos processos por que passaram os direitos fundamentais, em especial os direitos fundamentais sociais⁴, interessa a este trabalho notavelmente o processo de especificação, que “consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos”⁵.

Norberto Bobbio ensina que este processo de especificação:

[...] ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre a mulher e o homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais, etc.⁶.

Esse processo de especificação, no qual se toma o homem “na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção”⁷. Surgem então “nichos” específicos de necessidades e prestações, e daí a necessidade de codificações especiais.

Assim, grupos sociais específicos, mas não reconhecidos, passam a receber o devido tratamento. Crianças, idosos, doentes, deficientes, pobres, etc, passam a ser tratados através de medidas voltadas para a sua proteção específica. Inicialmente como textos

⁴ Autores clássicos como Norberto Bobbio e Gregorio Peces-Barba Martínez identificam basicamente quatro processos de evolução dos Direitos Fundamentais: 1) Positivização; 2) Generalização; 3) Internacionalização; e 4) Especificação.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Regina Lyra. Apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 3º tiragem. p. 78.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Regina Lyra. Apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 3º tiragem. p. 79.

⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Regina Lyra. Apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 3º tiragem. p. 84.

constitucionais, e após como estatutos e legislações extravagantes, normas jurídicas são criadas para a defesa e promoção destes grupos sociais emergentes.

O ser humano passa a ser tratado de acordo com suas especificidades e peculiaridades, sendo que este tratamento diferenciado pode dar-se em razão de sua condição social ou cultural, evitando discriminação nas relações sociais; pode dar-se também em relação à sua condição física, com maior proteção aos velhos e deficientes, elevando valores como a solidariedade e a fraternidade; e também pode ser mostrar em situações que envolvem outros direitos como os vinculados à saúde, à seguridade social, ao trabalho e à locomoção⁸.

Percebe-se então que “através do reconhecimento dos direitos sociais, surgiram – ao lado do homem abstrato ou genérico, do cidadão sem qualificações – novos personagens como sujeitos de direito, personagens antes desconhecidos nas Declarações dos direitos de liberdade: a mulher e a criança, o velho e o muito velho, o doente e o demente, etc.”⁹.

Assim, o que se percebe é que os direitos sociais são carregados por um substrato social e cultural de reconhecimento do outro, em sua dignidade igualdade e gênero, e passaram a exigir do Estado uma atuação mais efetiva na realização da justiça social, proporcionando um direito de participação do bem-estar social e fazendo com que todas as pessoas possam alcançar o nível de humanização máximo possível em cada momento histórico¹⁰.

1.2 A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

A discussão acerca da exigibilidade social dos direitos sociais não é marcada por uma voz unívoca e pacífica. Há que se destacar que parte da doutrina, em especial aquela mais ligada aos clássicos direitos de liberdade e a um conceito de Estado mínimo levanta alguns argumentos contrários à judicialização destes novos direitos, como a inadequação da estrutura e da posição do Poder Judiciário para exigir o cumprimento de obrigações que importem em gastos do erário público; ou então a desigualdade que geraria o êxito de algumas ações individuais em que se faça exigível um direito, frente a situação de descumprimento de todos os demais casos idênticos e não pleiteados judicialmente; ou ainda a falta de instrumentos processuais concretos para remediar a violação de certas obrigações que tem como fonte direitos sociais¹¹.

Contudo, não resta dúvida que a adoção de normas constitucionais ou de tratados internacionais que consagram direitos econômicos, sociais e culturais gera obrigações concretas ao Estado, inclusive exigíveis judicialmente, não podendo o Estado justificar o seu

8 Consoante FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 51.

⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Regina Lyra. Apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 3º tiragem. p. 86.

¹⁰ Segundo FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 64, 70 e 71.

¹¹ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 40.

descumprimento alegando que não teve intenções de assumir uma obrigação jurídica, senão simplesmente de realizar uma declaração de boas intenções políticas¹².

Ademais, entendendo-se o Judiciário como poder comprometido com os ideais constitucionais do Estado, em se constatando a inércia dos poderes públicos na realização de políticas e ações sociais determinadas constitucionalmente, “a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização de direitos que estão previstos nas leis e na Constituição”¹³.

A positivação de direitos fundamentais no texto constitucional torna o Estado devedor de uma série de prestações, que justamente por estarem inseridas no ordenamento jurídico, tornam-se judicialmente exigíveis. E, neste sentido, há que se reconhecer que o Poder Judiciário não pode manter-se inerte, ou mesmo afastado das questões sociais.

Conforme determina Carbonell, não resta dúvida que, sob o prisma jurídico, em sede de direitos sociais deve-se progredir para a judicialização dos mesmos. Para tanto, faz-se necessário a abertura de:

vías jurisdiccionales por meio das quais se possam sanar possíveis violações dos direitos sociais e a delimitação de um núcleo intangível dos direitos sociais, indisponíveis para o legislador e posto a disposição dos juízes, em especial, dos Tribunais Constitucionais, núcleo este que seja suficiente para “garantizar un mínimo vital indispensable del que pueda disfrutar cada persona.”¹⁴

Assim, entende-se que a celeuma acerca da possibilidade de se exigir judicialmente a concretização de direitos sociais resta superada pela discussão de como fazê-lo. O eixo do debate está em compatibilizar uma atuação jurisdicional democrática e garantista com a atual estrutura de poder, e como justificar decisões judiciais de cunho nitidamente de político/social.

O principal desafio da atuação jurisdicional nas questões sociais reside justamente na possibilidade de o Poder Judiciário inovar no mundo jurídico sem atravessar ilegitimamente as fronteiras dos demais poderes. Isso porque, via de regra, embates sociais chegam ao judiciário por inércia legislativa ou executiva – ausência de legislação específica sobre matérias de interesse popular e falta de políticas públicas voltadas para a área social.

Sem embargo, há que se ter a compreensão de que a clássica tripartição de funções do Estado¹⁵ deve ser vista não sob uma ótica reducionista ou mesmo negadora de direitos. Ao contrário, o ideal constitucional é que de forma livre, independente e harmônica, os três poderes possam maximizar os interesses de seus cidadãos. Caso contrário, é mister buscar alternativas para a realização de todas as gamas de direitos positivados constitucionalmente.

¹² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. p. 20

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 53.

¹⁴ CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. . In: ____; SALAZAR, Pedro. **Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 189.

¹⁵ Esculpida em nossa Constituição Federal no artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Autores das últimas décadas têm concordado no sentido de que no Estado Democrático de Direito ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Enquanto que no Estado Liberal a primazia apontava com o Legislativo e no Estado Social a primazia ficava com o Executivo, no Estado Democrático de Direito o foco de tensão se volta para o Judiciário.

Através de instrumentos jurídicos como o controle de constitucionalidade e as ações coletivas, os interesses sociais não satisfeitos em outros órgãos e poderes bateram à porta do Judiciário em busca de uma resposta. A não realização de políticas públicas previstas constitucionalmente traz um déficit de atuação que não pode mais ser aceito em um contexto de Estado Democrático de Direito. E é especialmente neste cenário de ausência de cumprimento constitucional que surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.

Para aqueles que não aceitam a atividade criativa do Judiciário, Cappelletti leciona que o debate acerca da possibilidade de o juiz atuar criativamente foi superada pela discussão acerca dos limites de atuação jurisdicional. Até porque:

[...] quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa”. A verdadeira discussão se discorre “não sobre a alternativa criatividade-não criatividade, mas (como já disse) sobre o *grau* de criatividade e os *modos, limites e legitimidade* da criatividade judicial¹⁶.

A atuação jurisdicional deve se pautar pela máxima eficácia constitucional. E, agindo assim, a princípio não há que se falar em interferência na atuação dos outros poderes, até porque a concretização dos direitos constitucionais deve ser o norte da atuação de toda a máquina estatal. E o juiz, como agente estatal que é, tem o dever de, se provocado, proporcionar a maior satisfação dos interesses sociais, ainda que para isso seja necessário “interferir na implementação de políticas públicas”¹⁷.

Percebe-se então, “que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”¹⁸, e a previsão constitucional de direitos fundamentais sociais traz para a sociedade em geral o “direito de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado”, a exigir do ente público a efetiva realização dos compromissos firmados constitucionalmente. Assim, impossível se afastar a exigibilidade judicial de direitos sociais na construção de um Estado mais democrático e mais justo.

2. A TUTELA COLETIVA

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão 1999. p. 24-25.

¹⁷ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Atividade Jurisdicional, Políticas Públicas e Orçamento. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Orgs.). **Constituição e Estado Social** – os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: co-edição Coimbra Editora e Editora RT, 2008. p. 311.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, p. 45.

A busca de uma compreensão da tutela coletiva de direitos passa necessariamente pelo entendimento da atividade jurisdicional do Estado, voltada para o equacionamento dos conflitos envolvendo direitos ou interesses coletivos em sentido amplo¹⁹.

Tomando como ponto de partida um conceito de jurisdição e a definição de seus elementos básicos, é possível construir-se a idéia de tutela coletiva justamente a partir da diferenciação de tais elementos, que recebem uma nova roupagem quando destinados à guarda dos direitos da coletividade.

Traz-se, então, de Niceto Alcalá-Zamora Y Castilho o conceito e os elementos da Jurisdição. Para este autor, jurisdição é:

[...]a função desenvolvida pelo Estado para conhecer, decidir, e se necessário executar as sentenças proferidas com caráter imperativo por um terceiro imparcial, instituído pelo próprio Estado e situado acima das partes, acerca de uma ou mais pretensões litigiosas deduzidas pelas partes, e trazidas ao julgador pelo correspondente processo.²⁰

E ainda de acordo com Alcalá-Zamora Y Castilho, a jurisdição aparece como a soma de quatro elementos: “dois subjetivos – as partes que pedem e o juiz que decide; e dois objetivos – o litígio, que reflete as pretensões deduzidas pelas partes, e o processo, que serve para encaminhar tais pretensões até a decisão final”²¹.

Destarte, na seara coletiva, o que se percebe é um exercício jurisdicional diferenciado, em que os elementos que a compõem assumem feições próprias, destinadas a tutela de interesses e direitos transindividuais.

Sob o viés do direito coletivo, tem-se um litígio baseado em um direito ou interesse coletivo em sentido amplo, que é trazido ao judiciário mediante o competente processo, que deve ser entendido como um instrumento garantidor da melhor prestação jurisdicional aplicável ao caso.

Tal processo deve ser proposto por um representante adequado, capaz de patrocinar a causa com a máxima eficiência postulatória e instrutória, e ser conduzido por um juiz que se apresente como um agente comprometido com os ideais do Estado Democrático de

¹⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 17.

²⁰ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. *Estudios de Teoria General e Historia Del Proceso*. Tomo I. México: Universidade Autônoma de México, 1974. Texto original: “función desenvuelta por el Estado para (a) conocer, (b) en su día decidir y (c), en su caso, ejecutar la sentencia firme emitida con carácter imperativo por un tercero imparcial, instituído por aquél y situado ‘supra partes’, acerca de una o más pretensiones litigiosas deducidas por los contendientes Y canalizadas ante el juzgador a través del correspondiente proceso, em el que podrían haber mediado también actuaciones preliminares o asegurativas”. (p 57-58).

²¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. *Estudios de Teoria General e Historia Del Proceso*. Tomo I. México: Universidade Autônoma de México, 1974. Texto original: “la jurisdicción aparece como la suma de cuatro elementos: dos subjetivos – unas partes que piden y um juzgador que decide – y otros dos objetivos – el litígio, que refleja las normalmente enfrentadas pretensiones de los contendientes, y el proceso, que sirve para encauzarlas hacia la definición que acerca de ellas recaigs”. (p. 52).

Direito, e consciente da importância de sua decisão para a garantia dos interesses da coletividade.

Desta forma, no processo coletivo cada elemento da jurisdição deve receber uma conotação diferenciada, justamente para propiciar uma melhor tutela destinada à proteção dos direitos coletivos em sentido lato, potencializando os instrumentos processuais destinados à defesa dos interesses difusos e coletivos.

A seguir, os elementos da jurisdição revisitados sob a ótica da tutela coletiva, iniciando-se, para fins didáticos, pelos elementos objetivos:

2.1 O LITÍGIO

O litígio no processo coletivo tem como objeto um direito coletivo em sentido amplo. Em sentido amplo porque no Brasil os direitos coletivos foram subdivididos em três categorias – difusos, coletivos (em sentido estrito), e individuais homogêneos, consoante consta nos artigos 81, I, II e III do Código de Defesa do Consumidor (CDC) – e uma demanda que envolve qualquer destes direitos poderá envolver uma tutela coletiva. E muito embora tenham sido conceituados pelo CDC, entende-se que tal classificação extrapola o âmbito do direito consumerista e aplica-se a toda a doutrina do direito coletivo.

Sendo assim, tem-se como direitos difusos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; direitos coletivos (estricto senso), os transindividuais, de natureza indivisível, e de que sejam titulares grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e direitos individuais homogêneos, os decorrentes de origem comum²².

Contudo, ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) apenas trouxe uma classificação das espécies de direitos coletivos, deixando em aberto para a doutrina e jurisprudência a especificação de quais direitos são exatamente coletivos, e em qual classificação se encaixam.

Comumente os direitos coletivos são identificados como apenas aqueles direitos fundamentais de terceira dimensão, em sua seara difusa ou coletiva (estricto senso). Contudo, direitos fundamentais sociais de segunda dimensão também podem receber uma face coletiva, dependendo da forma como forem efetivamente tutelados. Até porque, poucos são os direitos exclusivamente coletivos. O que diferencia a tutela coletiva da tutela individual é o trato efetivo dado ao objeto da lide, e não somente o tipo de direito que é reproduzido em juízo.

Utilizando-se de exemplos para deixar mais claro a situação, pode-se pensar em um reajuste de benefício previdenciário decorrente de algum plano econômico. Este, a princípio, é um direito individual, que pode ser exigido pessoalmente por cada beneficiário. Contudo, por se tratar de um conflito que envolve uma massa de pessoas ligadas por uma origem comum, este direito pode ser tutela de forma coletiva, como direito individual homogêneo, em um processo coletivo que busque o reajuste para toda a categoria envolvida.

Assim, “há que se ter em mente que, para uma adequada tutela coletiva, não se pode prescindir da consideração das especificidades das relações materiais tuteladas”²³. O

²² Art. 81, incisos I, II e III da Lei 8.078/1990 – Código do Consumidor (CDC).

²³ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 24.

processo coletivo, diferente do processo individual, tem como causa de pedir um direito coletivo no sentido amplo, seja ele difuso, coletivo (em sentido estrito), ou individual homogêneo. Destarte, “na tutela coletiva, estabelece-se uma controvérsia sobre interesses de grupos, classes ou categoria de pessoas (enquanto, nos conflitos coletivos, o objeto da lide são interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, já, nos conflitos individuais, de regra a controvérsia cinge-se a interesses propriamente individuais)”²⁴.

Percebe-se então, a importância do processo coletivo justamente pela natureza litígio ali discutido. A concretização dos direitos da sociedade é tarefa primordial do jurista, que pode utilizar-se justamente do processo coletivo para tal fim.

2.2. O PROCESSO

Na tutela coletiva, o processo deve ser visto como um instrumento de máxima garantia dos direitos da coletividade. Mais do que uma série de ritos, na seara coletiva o processo se destina à concretização de interesses transindividuais. Seguindo o pensamento de José Miguel Garcia Medina, “os direitos tutelados pela via das ações coletivas necessitam de uma tutela jurisdicional executiva de *resultados efetivos*”²⁵.

O processo coletivo é, desse modo, marcado por um fim. A importância do direito tutelado deve servir como legitimação para que o processo se apresente como um instrumento efetivo de tutela dos direitos coletivos. Trata-se de um verdadeiro recurso destinado à busca de soluções para problemas que envolvem a sociedade.

Willis Santiago Guerra Filho ressalta a importância do processo coletivo como um meio de participação política, ao considerar que “o processo judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional – ação popular, ação civil pública, mandado de injunção etc. – torna-se um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania”²⁶.

É de se reconhecer que “os processos coletivos são palco de conflitos internos da sociedade, relacionados, por vezes, com políticas públicas e com relevantes questões econômicas e, em certos casos, com complexidade científica”²⁷. Contudo, é exatamente por essas peculiaridades e pela importância do interesse em questão, que o processo coletivo deve receber uma atenção diferenciada.

²⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo** – Meio ambiente, Consumidor, Patrimônio cultural, Patrimônio público e outros interesses. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 49.

²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre os Poderes do Juiz na Atuação executiva dos Direitos Coletivos – Considerações e Perspectivas, à Luz do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: **Direito e Processo – Estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti**. ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (organizadores). Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 623-624..

²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 26.

²⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: Visão Geral e Pontos Sensíveis. In: **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 19.

Ricardo de Barros Leonel identifica a importância do processo coletivo ao considerar os resultados dele decorrentes. Nas palavras do autor, “a importância do processo está no alcance de seus resultados, vale afirmar, que sua utilidade é medida justamente na razão direta dos benefícios que possa trazer para o detentor de um interesse juridicamente protegido no ordenamento material”²⁸. E continua: “é a visão do processo coletivo como instrumento de integração democrática, participativa, de cunho técnico-jurídico e político”.

Destarte, é necessário ter em mente as vantagens do processo coletivo, a fim de que a comunidade jurídica dê o devido valor a este tipo de demanda, encarando-a como uma importante forma de tutela dos direitos da sociedade. Ricardo de Barros Leonel defende o processo coletivo como um “instrumento destinado a tornar acessível a justiça para aquelas situações em que ocorram ameaças ou lesões a interesses e direitos que pelos métodos tradicionais do processo de cunho clássico ou individual não seriam tuteláveis”²⁹.

2.3. O JUIZ

O Juiz, nas demandas coletivas, deve ser visto como agente do Estado vocacionado à garantia dos direitos da sociedade. Este tópico não tem o condão de discutir competência para o julgamento, mas sim uma nova forma de posicionamento do juiz diante das demandas com características coletivas.

Exatamente porque o processo coletivo trata de questões da sociedade, e sendo o Estado um instrumento a serviço da Sociedade, é papel do Juiz proporcionar a máxima efetividade da tutela judicial nas demandas coletivas. Iniciada a lide, cabe ao Juiz conduzir o processo da forma que melhor resguarde os interesses sociais em questão. O Juiz deve se pautar pela importância do bem jurídico tutelado.

É necessário ter em mente a importância do processo coletivo como instrumento da sociedade para resguardar os seus direitos, e o Juiz deve perceber que a evolução da sociedade requer uma nova postura do judiciário. Como diz Paulo de Tarso Brandão, “sendo o Estado um instrumento a serviço da Sociedade, as demandas desta se modificam e se ampliam, determinando novos compromissos e novos comprometimentos por parte daquele”³⁰.

A partir do momento em que questões que envolvem importantes interesses da sociedade chegam ao Judiciário, é papel do Juiz (como agente do Estado) zelar para que o direito da coletividade seja garantido. O cidadão não está interessado em regras de legitimidade ou de alcance da sentença, mas sim de que seus interesses como membro da sociedade sejam preservados.

O magistrado não deve se utilizar de regras processuais para se esquivar de conhecer e decidir as causas que envolvem tais direitos. Até porque o Poder Judiciário aparece como

²⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 21 e 33.

²⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 21-22.

³⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento. In **Constituição e Estado Social os obstáculos à concretização da Constituição**. OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MESSARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (organizadores). São Paulo: co-edição Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 313.

um grande instrumento democrático na solução dos litígios que envolvem as coletividades, e para suprir inércia do Executivo e Legislativo. O foco de tensão dos conflitos sociais volta-se para o Judiciário, que possui o poder/dever de dirimir os conflitos que lhe são apresentados. Cabe, então, ao Juiz, o reconhecimento de seu papel como agente transformador da sociedade. Paulo de Tarso Brandão leciona: “é exatamente por isso e para garantir não só o Direito como o próprio Estado Democrático de Direito, que deve o Poder Judiciário cumprir sua missão maior e interferir na implementação de políticas públicas”³¹.

Ainda que os processos coletivos tratem de assuntos complexos e envolvam grandes corporações e órgãos públicos, o Juiz deve conduzir e decidir a causa balizado no interesse em questão, interesse este que pode representar em proveito de uma coletividade determinável ou não, para esta e futuras gerações.

2.4. AS PARTES

Uma das grandes diferenciações da tutela coletiva diz respeito à legitimidade. A natureza do direito tutelado exige uma legitimação diferenciada para agir, já que não pertence a uma pessoa individualmente. Ainda que possam ser determinados os seus beneficiários, o interesse posto em juízo envolve uma coletividade, e sua tutela será mais eficaz na medida em que for tratada como interesse de um grupo.

Isso porque, como bem diagnosticam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os interesses da tutela coletiva “são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam [...] é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”³².

Ademais, diferente do processo ordinário, em que uma parte pleiteia em juízo um direito que lhe pertence, no processo coletivo são os interesses de uma coletividade que estão em debate, e exigem uma defesa especializada. Hugo Nigro Mazzili esclarece: “enquanto, nos conflitos individuais, aquele que pede a prestação jurisdicional é, de regra, quem invoca a titularidade do direito a ser defendido, já nos conflitos coletivos, o autor da ação civil pública ou coletiva defende mais do que o direito próprio à reintegração da situação jurídica violada, pois também e especialmente está a defender interesses individuais alheios, não raro até mesmo divisíveis, os quais são compartilhados por grupo, classe ou categoria de pessoas”³³.

Desta feita, o que determina a legitimação na tutela coletiva é a importância e a abrangência do direito tutelado. Considerando que um grupo de pessoas, determinável ou

³¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento. In **Constituição e Estado Social os obstáculos à concretização da Constituição**. OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MESSARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (organizadores). São Paulo: co-edição Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008. p 311.

³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1988. p. 26.

³³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo – Meio ambiente, Consumidor, Patrimônio cultural, Patrimônio público e outros interesses**. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 49.

não, será atingido pela decisão judicial, e que tal decisão afetará área significativa da esfera jurídica do cidadão (seja na área consumerista, ambiental, política, etc.), na tutela coletiva, é mister a definição de representantes com capacidade para a melhor defesa do direito em juízo.

Some-se a isso que os reais titulares do direito não ingressarão na lide, ainda que possam ser por ela atingidos. Diferentemente do litisconsórcio, em que duas ou mais pessoas atuam em determinado pólo, defendendo interesses próprios, na tutela coletiva o direito em litígio pertencerá a uma coletividade (determinável ou não) que não participará pessoalmente no processo. É inviável e/ou não recomendável que todos os interessados por um direito transindividual ingressem em juízo, seja para evitar o grande número de processos daí decorrente, seja para evitar decisões contraditórias.

No processo coletivo não há um interesse direto entre o representante e o objeto da demanda, e a solução da demanda não se limita ao círculo de interesses da pessoa que litiga em juízo. Nas demandas coletivas há que se falar em um representante adequado, que esteja apto a patrocinar os interesses da coletividade em juízo. Como bem salienta Ada Pellegrini Grinover:

esse instituto (do representante adequado), desconhecido no processo individual, alicerça no processo coletivo a legitimação, exigindo que o portador em juízo dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos apresente as necessárias condições de seriedade e idoneidade, até porque o legitimado é o sujeito do contraditório, do qual não participam diretamente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Embora a legislação atual brasileira não mencione expressamente a representatividade adequada, ela inquestionavelmente pode ser vislumbrada em normas que dizem respeito à legitimação das associações.

O legitimado deve possuir conhecimento e condições de postular e instruir o processo de forma a extrair do judiciário a máxima efetividade na tutela dos interesses coletivos postos em jogo. Considerando que os reais titulares do direito não farão parte do processo, cabe ao representante adequado a responsabilidade de melhor representar tais interesses.

Tal fenômeno também é percebido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um ‘representante adequado’ para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam ‘citados’ individualmente³⁴.

Ricardo de Barros Leonel arremata:

assim, a adequação da representação assegura: a efetiva defesa dos interesses metaindividuais em juízo; a perfeita proteção das posições jurídicas dos lesados que integram a classe mas estão ausentes; o cumprimento das garantias constitucionais do processo; ‘legitima’ o processo coletivo e seus institutos como forma econômica de equacionamento de conflitos; ‘legitima’

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1988. p. 50.

a extensão subjetiva dos efeitos do julgado a quem não foi parte em sentido meramente formal³⁵.

Reconhecida, então, a pertinência de que representantes adequados promovam o amparo dos direitos da coletividade, cabe a estes representantes, pessoas ou órgãos, a devida especialização teórica e técnica, bem como a busca por condições para a melhor postulação e instrução das demandas coletivas, resultando assim em uma tutela coletiva de qualidade, com respostas efetivas e importantes para a sociedade.

Percebe-se assim, através de uma nova visão dos elementos da jurisdição, que o Processo Coletivo pode servir como importante instrumento democrático para a concretização de direitos. Com um movimento ativista de representantes adequados em prol da sociedade, ter-se-á um maior número de processos judiciais visando resguardar os direitos dos cidadãos, sem que estes tenham a necessidade de procurar o Judiciário, trazendo benefícios para a sociedade.

E os resguardará numa tutela mais eficiente, em um processo garantidor de direitos, movido por um legitimado capacitado e engajado para a defesa dos interesses coletivos, e julgado por um Juiz comprometido com a efetivação dos princípios do Estado Democrático de Direito, que agirá em benefício desta e de futuras gerações.

3. A TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS

Ao se falar em judicialização dos direitos sociais, já de início vem à mente o processo individual de algum cidadão movido contra a Administração Pública direta ou indireta, tendo como pedido alguma prestação voltada para a concessão de algum benefício ou medida necessária para a manutenção da vida. Esse pedido pode até ser movido por ação civil pública, intentada pelo Ministério Público, mas o processo não perderá sua natureza individual, com o provimento sendo concedido apenas ao beneficiário descrito na demanda.

Contudo, tal ideia pode ser repensada para um tratamento macro dos direitos sociais via processo coletivo. E, nesse sentido, a tutela coletiva em direitos sociais há que agregar os assuntos já tratados neste estudo. De um lado, parte-se do pressuposto da exigibilidade judicial dos direitos sociais e, de outro, conta-se com um processo coletivo que se diferencia do processo tradicional individual pelas suas características intrínsecas de litígio, processo, juiz e partes.

Ocorre que a própria exigibilidade social dos direitos sociais não é marcada por uma voz unívoca e pacífica. Há que se destacar que parte da doutrina, em especial aquela mais ligada aos clássicos direitos de liberdade e a um conceito de Estado mínimo, levanta alguns argumentos contrários à judicialização desses novos direitos, como a inadequação da estrutura e da posição do Poder Judiciário para exigir o cumprimento de obrigações que importem em gastos do erário público; ou então a desigualdade que geraria o êxito de algumas ações individuais em que se faça exigível um direito, frente à situação de descumprimento de todos os demais casos idênticos e não pleiteados judicialmente; ou ainda a falta de instrumentos processuais concretos para remediar a violação de certas obrigações que têm, como fonte, direitos sociais³⁶.

³⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 173.

³⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. p. 40.

Contudo, não resta dúvida de que a adoção de normas constitucionais ou de tratados internacionais que consagram direitos econômicos, sociais e culturais gera obrigações concretas ao Estado, inclusive exigíveis judicialmente, não podendo o Estado justificar o seu descumprimento alegando que não teve intenções de assumir uma obrigação jurídica, senão simplesmente de realizar uma declaração de boas intenções políticas³⁷.

Ainda acerca especificamente da exigibilidade dos direitos sociais estabelecidos na CRFB/88, Flávia Piovesan conclui:

[...] os direitos sociais não são apenas justiciáveis, mas são providos, no ordenamento constitucional da garantia da suprema rigidez do parágrafo 4º do art. 60. São, portanto, direitos intangíveis, direitos irredutíveis, de forma que tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem os direitos sociais padecerão do vício da inconstitucionalidade³⁸.

Ademais, entendendo-se o Judiciário como poder comprometido com os ideais constitucionais do Estado, em se constatando a inércia dos poderes públicos na realização de políticas e ações sociais determinadas constitucionalmente, “a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização de direitos que estão previstos nas leis e na Constituição”³⁹.

A positivação de direitos fundamentais no texto constitucional torna o Estado devedor de uma série de prestações que, justamente por estarem inseridas no ordenamento jurídico, tornam-se judicialmente exigíveis. E, nesse sentido, há que se reconhecer que o Poder Judiciário não pode manter-se inerte ou mesmo afastado das questões sociais.

A atuação jurisdicional deve ser comprometida com os ideais constitucionais e proporcionar a realização de direitos que eventualmente são negligenciados pelos outros poderes. Corrobora-se esse entendimento com o reconhecimento de que na “falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”⁴⁰.

Assim, na seara dos direitos sociais, percebem-se, a princípio, duas formas de se demandar direitos sociais, tendo em vista, especialmente, o tratamento dado e a característica do direito almejado. De um lado, os processos individuais, para a concessão de benefícios restritos aos seus titulares, e, de outro, os processos coletivos, para direitos que podem ser estendidos a pessoas que tenham entre si relações de fato ou de direito semelhantes, e que as identifique como grupos, classes ou categorias.

O exemplo dos benefícios previdenciários auxilia no entendimento da questão. De um lado, existem benefícios que exigem condições personalíssimas para sua concessão,

³⁷ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. p. 20

³⁸ PIOVESAN, Flavia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. et tal (Coord.), **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 56

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 53.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 53.

como a aposentadoria. Ainda que aposentar-se seja um direito constitucional e extensível a todos os brasileiros, somente aqueles que atingirem as condições legais podem ser aposentar, e eventual ação judicial para concessão do benefício será necessariamente individual. Não se vislumbra, a princípio, a possibilidade de uma ação coletiva, pois a prova do direito é individual/personalíssima⁴¹.

Já, de outro lado, reajustes de benefícios previdenciários, que não deixam de ser direitos sociais, possuem como agraciados todos aqueles titulares que se enquadrarem na condição de receber o reajuste. E, nesse caso, ainda que sejam possíveis ações individuais de todos os segurados, melhor será uma ação coletiva para o reconhecimento e concessão do benefício de forma planificada.

Inclusive, se a condenação voltar-se diretamente para o INSS, obrigando a autarquia a promover o reajuste a todos que estiverem na situação de credores, promover-se-á um acesso à Justiça tal, que os beneficiários receberão seus reajustes sem ter que sequer recorrer a ela, o que evitará um abarrotamento do judiciário com milhares de processos idênticos, e efetivamente se fará justiça a todos com apenas um processo.

Também no direito à saúde acontece situação semelhante. Alguns processos são necessariamente individuais, nos quais a parte demonstra a necessidade de um tratamento desigual na área da saúde (seja remédio, procedimento cirúrgico, etc.), com a concessão ou não da medida específica para aquela pessoa. Ainda que esse processo seja promovido pelo Ministério Público, sob a forma de Ação Civil Pública, o resultado atingirá somente à pessoa constante no pedido.

Contudo, algumas tutelas na área da saúde podem ser conquistadas com melhor êxito se demandadas de forma coletiva. Processos bem instruídos, nos quais se demonstre a real necessidade de uma prática estatal específica para determinado grupo de pessoas/doentes, podem produzir resultados que maximizem o direito constitucional à saúde, bem como também do efetivo acesso à Justiça daqueles que não necessitarão acionar o judiciário, mas apenas procurar o tratamento que foi concedido de forma coletiva.

Ao se pensar o direito do consumidor como ramo de direito social (considerando de forma ampla os direitos sociais, como aqueles direitos opostos aos direitos de liberdade da 1ª geração), também se vislumbra a possibilidade de ações individuais para a proteção de interesses do consumidor, mas, especialmente, o uso das ações coletivas como instrumento para defesa de toda a classe dos consumidores contra ações abusivas e lesivas dos fornecedores/comerciantes. Ações coletivas nas áreas de telefonia, energia, televisão por assinatura, etc. têm demonstrado o poder deste instituto como ferramenta para uma atuação judicial efetivamente realizadora de direitos fundamentais.

Registra-se que, com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental (ADPF) n. 45, em 2004, o Supremo Tribunal Federal promoveu um grande avanço jurisprudencial, ao reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário em intervir na implementação de políticas públicas, especialmente quando configurada a hipótese de abusividade governamental.⁴² Para o Ministro Relator Celso de Mello, o Judiciário deve ser

⁴¹ Muito embora mesmo nesses casos possa ser vislumbrada a possibilidade de transcendência coletiva, como nos critérios de avaliação da prova, etc.

⁴² STF. ADPF 45. EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada

visto com uma via instrumental para arguição de concretização de direitos, em uma jurisprudência que:

[...] se acha de acordo com um modelo de jurisdição de preservação dos direitos, em que o juiz não atua somente na função de legislador negativo, mas também age de forma interventiva suplantando a dogmática tradicional da separação de poderes, de modo a dar efetividade aos preceitos constitucionais⁴³.

Já um bom exemplo de tutela coletiva na área dos direitos sociais é o julgamento do Recurso Especial (REsp) n. 1.142.630 – PR44, no qual o Superior Tribunal de Justiça concedeu, em sede de Ação Civil Pública e de forma coletiva, um reajuste de benefício previdenciário que deveria ser implantado a todos os titulares que se enquadravam nas condições descritas na decisão.

O dito REsp foi relatado pela Ministra Laurita Vaz e julgado em 07/12/2010, tendo em seu bojo, provavelmente, as principais discussões doutrinárias acerca da possibilidade de se conceder, de forma coletiva e para todo o grupo de beneficiários, o reajuste devido, com a condenação voltando-se diretamente ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, dispensando a necessidade de ações individuais de todos os interessados.

Inicialmente se discutiu a legitimidade do Ministério Público em representar os interesses individuais homogêneos caracterizados pelos benefícios previdenciários que possuem titularidade identificável e são disponíveis. O argumento contrário postulava a ilegitimidade de o Ministério Público patrocinar interesses individuais homogêneos que não fossem consumeristas, bem como de defender direitos disponíveis.

Contudo, reconheceu a Ministra que, restando caracterizado o relevante interesse social, o Ministério Público torna-se legítimo para patrocinar ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos. E reconhecendo a pertinência da ação coletiva para a defesa do interesse social e da economia processual, decidiu a colenda câmara por reconhecer que a

[...] legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública em matéria previdenciária mostra-se patente tanto em face do inquestionável interesse social envolvido no assunto, como, também, em razão da inegável economia processual, evitando-se a

hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). Relator. Min. Celso de Mello. Julgamento em 29/04/2004.

⁴³ ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007. p. 102.

⁴⁴ Ementa: PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ação civil pública destinada à tutela de direitos de natureza previdenciária (no caso, revisão de benefícios). existência de relevante interesse social. legitimidade ativa ad causam do ministério público. reconhecimento. (A totalidade da ementa pode ser visualizada em Anexos).

proliferação de demandas individuais idênticas com resultados divergentes, com o consequente acúmulo de feitos nas instâncias do Judiciário, o que, certamente, não contribui para uma reflexão jurisdicional eficiente, célere e uniforme⁴⁵.

Considerou-se inexistir taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses individuais homogêneos, mesmo que disponíveis, em virtude do interesse social por eles representado. Ademais, percebeu-se que certos direitos individuais homogêneos, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma dos interesses dos respectivos titulares, tornando-se verdadeiros interesses sociais, sendo cabível a sua proteção por meio de ação civil pública.

Assim, em se tratando de direitos individuais homogêneos (nesse caso representado por benefícios previdenciários), ainda que disponíveis, o que deve ser observado é a presença do relevante interesse social de que se reveste o direito a ser tutelado, restando aceita a legitimidade do Ministério Público para patrociná-los, e a pertinência da ação civil pública para sua defesa em juízo.

Cabe ressaltar que a eventual disponibilidade pelo titular de seu direito individual não subtrai o interesse social existente para a defesa coletiva. A afirmação do interesse social parte de sua identificação nos assentos da ordem social projetada pela Constituição de 1988 e na correspondente persecução dos objetivos fundamentais da República nela consagrados.

Até porque, um benefício previdenciário erroneamente calculado para menos, implica renda mensal inferior não só para o seu titular, mas para todas as famílias envolvidas, causando um empobrecimento injustificado de toda a sociedade, com consequente processo de exclusão social repellido pela Constituição Federal, bem como oneração de serviços públicos como saúde, educação e assistência social.

Assim, conclui-se que o uso da ação civil pública em matéria previdenciária implica inegável economia processual, evitando a proliferação de demandas individuais idênticas, primando tanto pela solução uniforme para todos os envolvidos no problema como pelo desafogamento do Poder Judiciário. E, talvez, o mais importante, promove um efetivo acesso à Justiça de todos aqueles que serão beneficiados pela decisão coletiva e que, por ignorância ou dificuldade de meios, provavelmente jamais buscariam o judiciário para reivindicar seus direitos⁴⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo foi fruto de pesquisa relacionando as áreas da tutela coletiva e dos direitos sociais. Registra-se que o tema é reativamente novo e ainda proporciona debates doutrinários e jurisprudenciais. De toda sorte, algumas experiências tem demonstrado o

⁴⁵ STJ. REsp 1.142.630-PR na internet: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901028441&dt_publicacao=01/02/2011

⁴⁶ Flávia Piovesan apresenta pesquisa de que “No Brasil, apenas 30% dos indivíduos envolvidos em disputas procuram a Justiça estatal, existindo clara relação entre índice de desenvolvimento humano e litigância, ou seja, é acentuadamente maior a utilização do Judiciário nas regiões que apresentam índices mais altos de desenvolvimento humano”. In: PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. et al (Coord.), **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 68.

acerto no uso de ações coletivas voltadas para a defesa de direitos sociais, como foi o caso do Recurso Especial 1.142.630-PR. Neste julgado, reconheceu-se a possibilidade da ação civil pública para a concessão de um reajuste de benefício previdenciário a todo o grupo de beneficiários que se encontravam na situação do litígio, voltando-se a condenação ao INSS para que procedesse ao devido recálculo automaticamente, e a todos.

Assim, foram poupadas inúmeras demandas idênticas, e, primordialmente, se promoveu o acesso à justiça daqueles que, por ignorância ou dificuldade, jamais procurariam o judiciário para garantirem seu direito. Ademais, foi dado tratamento uniforme a todos que se encontravam na mesma situação, demonstrando com a igualdade material, e se evitando distorções no gozo dos benefícios.

Ressalta-se que em um julgamento como este, algumas opções de caráter eminentemente político devem ser tomadas pelo órgão julgador, primordialmente buscando a resposta que mais se aproxime da vontade constitucional. E neste sentido pode-se observar como os elementos da jurisdição foram adequados para a devida resposta à esta demanda social coletiva.

Inicialmente, a discussão girou em torno do direito tutelado. Considerando que o interesse discutido na causa se classificava como direito individual homogêneo disponível, argumentou-se no sentido de não caber ação coletiva, justamente pela divisibilidade e disponibilidade do direito, devendo cada titular buscar individualmente seu interesse. Contudo, o tribunal entendeu por emprestar o devido interesse social à causa, devido à sua repercussão na sociedade, considerando possível a tutela coletiva de direito individual homogêneo.

Discussão semelhante foi levantada acerca do competente processo para tal feito, uma vez não existir disposição expressa autorizando o uso da ação civil pública como instrumento para a defesa dos interesses em questão. Todavia, também neste quesito o Superior Tribunal entendeu por não restringir o uso da ACP, manifestando entendimento exatamente no sentido contrário – o de que seria uma afronta à Constituição qualquer restrição à política de desenvolvimento social.

No tocante ao juiz, é de se louvar a atuação do STJ no caso em exame. Privilegiando os princípios constitucionais, especialmente da igualdade material e do acesso à justiça, o STJ realizou diretamente o direito de toda uma gama da sociedade, sem que seus titulares precisassem ingressar individualmente em juízo. Também a economia processual foi racionalizada, evitando uma enxurrada de demandas idênticas.

Por fim, a discussão acerca da legitimidade do Ministério Público. E juntamente com os elementos jurisdicionais, também no tocante às partes o STJ priorizou o processo coletivo, entendendo o Ministério Público como legitimado para patrocinar a causa tendo em vista o interesse social que ela representava, bem como a qualidade de defensor da sociedade atribuída ao MP.

Assim, conclui-se o presente trabalho no sentido de que processo coletivo pode apresentar-se como um grande instrumento para a consecução de direitos sociais, proporcionando um efetivo acesso à justiça e inclusão social de uma vasta gama da pessoas que serão representados no processo e terão seus direitos garantidos sem a necessidade de enfrentarem individualmente uma demanda judicial. Tal ideal possui guarida constitucional e insere-se entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (organizadores). **Direito e Processo – Estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Estudios de Teoria General e Historia Del Proceso**. Tomo I. México: Universidade Autónoma de México, 1974.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Regina Lyra. Apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 3ª tiragem.

CARBONELL, Miguel. **La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli**. . In: _____; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão 1999.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1988.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo** – Meio ambiente, Consumidor, Patrimônio cultural, Patrimônio público e outros interesses. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Orgs.). **Constituição e Estado Social** – os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: co-edição Coimbra Editora e Editora RT, 2008.

PIOVESAN, Flavia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas**. In: CANOTILHO, J. J. *et al* (Coord.), **Direitos Fundamentais Sociais**.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

EMENTA INTEGRAL1:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DESTINADA À TUTELA DE DIREITOS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA (NO CASO, REVISÃO DE BENEFÍCIOS). EXISTÊNCIA DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECONHECIMENTO.

1. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, os interesses individuais homogêneos classificam-se como subespécies dos interesses coletivos, previstos no art. 129, inciso III, da Constituição Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, a Lei Complementar n.º 75/93 (art. 6.º, VII, a) e a Lei n.º 8.625/93 (art. 25, IV, a) legitimam o Ministério Público à propositura de ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos, sociais e coletivos. Não subsiste, portanto, a alegação de falta de legitimidade do Parquet para a ação civil pública pertinente à tutela de direitos individuais homogêneos, ao argumento de que nem a Lei Maior, no aludido preceito, nem a Lei Complementar 75/93, teriam cogitado dessa categoria de direitos.

2. A ação civil pública presta-se à tutela não apenas de direitos individuais homogêneos concernentes às relações consumeristas, podendo o seu objeto abranger quaisquer outras espécies de interesses transindividuais (REsp 706.791/PE, 6.ª Turma, Rel.ª Min.ª MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 02/03/2009).

3. Restando caracterizado o relevante interesse social, os direitos individuais homogêneos podem ser objeto de tutela pelo Ministério Público mediante a ação civil pública. Precedentes do Pretório Excelso e da Corte Especial deste Tribunal.

4. No âmbito do direito previdenciário (um dos seguimentos da seguridade social), elevado pela Constituição Federal à categoria de direito fundamental do homem, é indiscutível a presença do relevante interesse social, viabilizando a legitimidade do Órgão Ministerial para figurar no polo ativo da ação civil pública, ainda que se trate de direito disponível (STF, AgRg no RE AgRg/RE 472.489/RS, 2.ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 29/08/2008).

5. Trata-se, como se vê, de entendimento firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a quem a Constituição Federal confiou a última palavra em termos de interpretação de seus dispositivos, entendimento esse aplicado no âmbito daquela Excelsa Corte também às relações jurídicas estabelecidas entre os segurados da previdência e o INSS, resultando na declaração de legitimidade do Parquet para ajuizar ação civil pública em matéria previdenciária (STF, AgRg no AI 516.419/PR, 2.ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 30/11/2010).

6. O reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública em matéria previdenciária mostra-se patente tanto em face do inquestionável interesse social envolvido no assunto, como, também, em razão da inegável economia processual, evitando-se a proliferação de demandas individuais idênticas com resultados divergentes, com o consequente acúmulo de feitos nas instâncias do Judiciário, o que, certamente, não contribui para uma prestação jurisdicional eficiente, célere e uniforme.

1 Página do Recurso Especial 1.142.630-PR na internet: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901028441&dt_publicacao=01/02/2011

7. Após nova reflexão sobre o tema em debate, deve ser restabelecida a jurisprudência desta Corte, no sentido de se reconhecer a legitimidade do Ministério Público para figurar no polo ativo de ação civil pública destinada à defesa de direitos de natureza previdenciária.

8. Recurso especial desprovido.

ESTADO-MERCADO E PILANTROPIA NO BRASIL

Celso dos Santos Ribeiro¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 UMA DEMOCRACIA DE MERCADO; 2 POBREZA, “PILANTROPIA” E BURGUESIA EM NOME DE UMA LEI FUNDAMENTAL; 3. INDÍCIOS DE MODERNIDADE; 4 QUE A “PILANTROPIA” SEJA FILANTROPIA; 5 O BRASIL NO MERCADO GLOBALIZADO; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

É sabido que não há como estudar o direito que temos ou queremos sem uma profunda meditação sobre o Estado e os mais variados aspectos que envolvem o próprio funcionamento das instituições que delimitam o que o Estado deve ser e o próprio dever ser do mesmo. Aqui, de maneira despretensiosa, apresento mais uma reflexão.

Da República de Platão à Cidade de Deus de Santo Agostinho, do humanismo de Giordano Bruno ao contratualismo de Hobbes, da democracia de Rousseau ao nazismo de Carl Schmitt², do aprimoramento democrático de Bobbio e dos procedimentos comunicativos de Jürgen Habermas ao neopositivismo de Lenio Luiz Streck, tanto o Estado quanto o Direito passaram e entraram na dinâmica da evolução.

Nessa trajetória, correndo atrás do trem da história, identificamos a *terrae brasilis*³, que ainda não é um Estado Constitucional de Direito com democracia participativa, ou seja, na Assembleia Constituinte de 1988 o poder originário e a soberania do povo foram ofuscados pela apologia do poder executivo junto aos senadores biônicos eleitos de forma indireta em 1982. Na mesma trajetória, com uma modernidade tardia, o Estado captou os

1 Célio Ribeiro, graduado em Filosofia, Mestre em Teologia Sistemática, professor de Filosofia do Direito, doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itaja/SC e pesquisa atualmente a Legitimidade, Validade e Finalidade do Poder Constituinte Derivado no Brasil a partir da Filosofia Prática de Jürgen Habermas.

² Benedicto Ribeiro, meu pai (in memoriam), tinha três paixões: a Família, a equipe de futebol do Palmeiras e a água do poço da casa de minha avó materna (pequeno sítio no sertão de Capão Bonito, interior de São Paulo). Quem bebe água de poço não mede sacrifícios para voltar ao poço, sonha com o poço e quando do mesmo se aproxima, faz até reverência como alguém que encontrou a seiva da vida e/ou a fonte da eterna juvenude. A relação de meu com o poço era a contemplação da profunda beleza da convicção. Logo, quem bebeu da fonte de regimes totalitários, bebeu com a mesma convicção de meu pai junto ao poço da casa de minha avó.

³ Cf. STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

interesses públicos, mesmo via reprodução de ordenamentos jurídicos estrangeiros, mas ainda fez a imposição dos mesmos, como sugeriu Habermas⁴.

O Brasil pré-moderno – 1500 a 1931 – foi estritamente teocêntrico e frágil em liberdade. O Brasil sobreviveu nas amarras de uma frustrada tentativa de reprodução da economia feudal medieval europeia, ligada à dependência de uma política jurídica colonial, que atingiu seu auge na era da República do “café com leite”.

Na modernidade – 1932 a 1985 – ocorreu no Brasil a afirmação da individualidade. A industrialização, acompanhada de muito pragmatismo mostrou seu poder antropocêntrico e destruidor na quebra de quase todos os ecossistemas e na produção de ideologias totalitárias. Nesse processo de industrialização e ou abertura às multinacionais, o êxodo rural foi o fenômeno de destaque.

E o Brasil pós – moderno (1985 até os dias atuais) chegou. A economia se abre ao mercado internacional globalizado. Mas o subjetivismo narcisista ganha ênfase paralelamente ao cibercentrismo, banalizando o ser humano. Tudo se compra, tudo se vende. Toda experiência pode se tornar mercadoria, inclusive e, sobretudo a posição política. Assim, as instituições e estruturas de poder vêm sendo reestruturadas. O Estado e o Direito não estão ausentes do processo de transformação. É neste contexto que o Brasil vem passando por grandes mudanças em meio a grandes crises em suas instituições clássicas como o poder coercitivo, executivo, judiciário e legislativo.

Na economia ainda não encontramos um novo caminho para iniciarmos um novo êxodo. Produz-se muito, mas não para todos. Na política, direita e esquerda continuam com os mesmos discursos. No direito, é nítida a necessidade de um redimensionamento. Nas demais ciências, muitas novidades, porém, enquanto muitos estão à margem, a minoria desfila com seus produtos importados.

Para Ferrajoli⁵ apresenta há três crises instaladas, e que atingem diretamente o Brasil:

a) Crise da legalidade. No Brasil, pelo excesso de coisas que estão somente no papel, não há controle de eficácia. Algo muito nítido é o que se faz com os direitos fundamentais positivados.

b) Crise do Estado Nacional. No Brasil ainda se insiste no modelo de Estado soberano da modernidade europeia. Esse modelo não funciona mais. Paulo Marcio Cruz complementa a tese da Transnacionalidade e da necessidade de um Direito transnacional⁶.

c) Crise do bem estar social. No Brasil, com as novas atribuições dadas ao Estado, pela “nossa Carta Magna” e pelas transformações na economia global, temos um Estado mínimo, distante da concretização dos direitos fundamentais.

⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, Entre facticidade e validade. v2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Título original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechitstaats

⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶ Cf. CRUZ, Paulo Marcio. **Da Soberania à Transcionalidade**. Itajaí: Univali, 2011, p.84.

O Estado pensado e positivado está bem diferente daquele almejado pelo movimento “Diretas já” de 1984. Ainda vivenciamos um modelo de democracia de mercado e ou o cisma ofuscado entre democracia e Constituição (Lei Fundamental). É o modelo de Hobbes, que vai na contramão da história, excluindo a base social e protegendo as dinastias oligárquicas que se perpetuaram no poder.

1 UMA DEMOCRACIA DE MERCADO.

A partir do pensamento de Jürgen Habermas⁸, constamos dois modelos de democracia: 1) a democracia representativa que temos e não temos como opinar, visto que o que está positivado é pensado e repensado somente por quem ocupa as instâncias do poder. 2) a democracia participativa, que prioriza os procedimentos comunicativos entre poder estabelecido e o poder social, via instituições e demais movimentos sociais.

⁷ Em 1984, estava prevista eleições para a presidência da república de forma indireta, através do Colégio Eleitoral. Para que tal eleição transcorresse pelo voto popular, ou seja, de forma direta, era necessária a aprovação de Emenda Constitucional nº 05/1983, proposta pelo deputado Dante de Oliveira. Depois de duas décadas intimidada pela repressão, o movimento das Diretas Já ressuscitou a esperança e a coragem da população. Além de poder eleger um representante, a eleição direta sinalizava mudanças também econômicas e sociais. Lideranças estudantis, como a União nacional dos Estudantes, sindicatos, como a CUT (Central Única dos Trabalhadores), intelectuais, artistas e religiosos reforçaram o coro pelas Diretas Já. Foram realizadas várias manifestações públicas. Mas dois comícios marcaram a campanha, dias antes de ser votada a emenda constitucional Dante de Oliveira. Um no Rio de Janeiro, no dia 10 de abril de 1984 e outro no dia 16 de abril, em São Paulo. Aos gritos de Diretas Já! mais de um milhão de pessoas lotou a praça da Sé, na capital paulista. Uma figura de destaque deste movimento foi Ulysses Guimarães (PMDB), apelidado de “o Senhor diretas”. Outros nomes emblemáticos da campanha foram o atual presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, a cantora Fafá de Belém e o apresentador Osmar Santos. No dia 25 de abril de 1984, o Congresso Nacional se reuniu para votar a emenda que tornaria possível a eleição direta ainda naquele ano. A população não pode acompanhar a votação dentro do plenário. Os militares temendo manifestações reforçaram a segurança ao redor do Congresso Nacional. Tanques, metralhadoras e muitos homens sinalizavam que aquela proposta não era bem-vinda. Para que a emenda fosse aprovada, eram necessários 2/3 dos votos. A expectativa era grande. Foram 298 votos a favor e 65 contra e 3 abstenções (outros 112 deputados não compareceram). Para ser aprovada, a proposta precisava de 320 votos. Com o fim do sonho, restava ainda a eleição indireta, quando dois civis disputariam o cargo. Paulo Maluf (Candidato da ARENA, partido que dava sustentabilidade ao regime militar) e Tancredo Neves (Candidato do MDB, partido de oposição ao regime) foram os indicados. Com o apoio das mesmas lideranças das Diretas Já, Tancredo Neves, enfermo, venceu, mas veio a falecer em 21 de abril de 1986, assumindo o seu vice, José Sarney, ex-governador biônico, ligado ao regime militar.

⁸Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, Entre facticidade e validade. v1, 2ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Título original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtstaats. Ainda: Direito e Democracia, Entre facticidade e validade. v2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Título original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtstaats

Ainda, aqui apresento, de maneira despretensiosa, o modelo de democracia que atingimos no Brasil, isto é, a democracia de mercado. É o modelo que depende da mídia e das paradas de sucesso e do marketing político mercadológico. O proselitismo é sua marca registrada. O que vem da consciência política do povo é pecaminoso, com exceção do capital e que dele provém. É um modelo vinculado à lei do “dando é que se recebe”. O representante nas instancias de poder, representa o grupo econômico que está por trás do financiamento de campanha eleitoral. É o modelo de democracia que depende mais do photoshop do que do currículo e intenção do candidato e do partido. Se há financiamento, que nem sempre tudo é “caixa 1...” e os valores envolvidos, principalmente o “caixa 2”, deverá ser pago pela péssima prática da “troca de favores”. Seja no executivo ou no legislativo, seja o governo ou a legislatura está pré-determinada.

Assim, com o modelo que temos, podemos buscar brechas para a tão sonhada concepção de democracia participativa, tão bem pensada pela filosofia habermasiana, na qual são os próprios indivíduos que produzem a validade normativa, através de um ato de livre assentimento⁹.

2 POBREZA, “PILANTROPIA” E BURGUESIA EM NOME DE UMA LEI FUNDAMENTAL.

No Brasil a burguesia desempenhou o papel de “força do progresso”. Intelectuais de todos os cantos – *marxistas e liberais* – desenvolveram intensos discursos e obras acadêmicas, apresentando alternativas que não estabeleciam mudanças na posição social dos burgueses. Um caso típico é o histórico das Entidades Filantrópicas e dos partidos políticos no Brasil.

Dessas instituições, profetas e messias surgiram com intensas e comoventes teorias voltadas para a ordem e o progresso, mas a atuação das associações, entidade filantrópicas (pilantrópicas) no mercado burguês da Educação, da Saúde e da Comunicação não atingiram as estruturas sociais. Ao contrário, alimentam ainda mais o poderio econômico de entidades religiosas e fundações, abençoados pelo fundamento legal da filantrópica.

Nos partidos políticos a prática não é muito diferente. Os incentivos fiscais se sobressaem a qualquer empresa privada. Se nas igrejas as “sacolinhas” correm de mão em mão, de fiel para fiel, nos partidos políticos não são sacolas, são: “arrudas”, “valériorios” e “cachoeiras...” Isso tudo com a proteção da nossa “Constituição” (Lei Fundamental), que contempla no art 150,VI, sendo aprimorada pela Lei Complementar 104/2001.

Ainda, um filiado em partido político ou membro ativo de uma entidade filantrópica (pilantrópica), fundação ou associação ou ong passa a ser uma espécie de “acionista”, ou seja, nada lhe pertence, mas tem usufruto de todo o patrimônio da entidade, significando uma entrega ao poder econômico de uma empresa abençoada pela força da filantropia (pilantrópica), ficando isenta da carga tributária, sem contar com caixa extra.

No Brasil, o fenômeno da multiplicação de fundações, partidos políticos, associações, entidades filantrópicas e ONGS se deu com mais desenvoltura pela proteção das constantes reformas tributárias e pelo péssimo hábito de “legislar em causa própria”. Todavia, em nome da própria Constituição/Lei Fundamental, essas entidades se

⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, Entre facticidade e validade. v2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Título original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats, p.14.

fortaleceram, assumindo funções específicas do Estado, principalmente no que tange aos direitos fundamentais.

Assim, a tão aplaudida “Constituição”, nossa Carta de direitos e deveres, não pode servir de base para estruturar o Estado sonhado pelos movimentos sociais, partidos e entidades não governamentais. Como já afirmei acima, foi uma Constituição mais outorgada do que promulgada, devido a existência dos senadores biônicos¹⁰, presentes na Assembleia Constituinte, sem qualquer possibilidade de procedimentos comunicativos entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado. Foi uma Constituição elitizada e imposta ao povo. Assim, também podemos fazer uso da expressão alemã: temos uma Lei Fundamental, apenas.

3 INDÍCIOS DE MODERNIDADE.

Há indícios de modernidade no terreiro brasileiro. Lênio Streck chama de modernidade tardia ou simulacro de modernidade¹¹, mas não deixa de ser um caminhar em direção ao novo, principalmente pelas mudanças sociais, econômicas e políticas na aldeia global.

¹⁰¹⁰ A denominação “senadores biônicos” tem sua origem na Emenda Constitucional número 13 de 8 de abril de 1965. Esses senadores foram investidos pela ditadura militar (1964 – 1965) sem o sufrágio universal. O termo biônico se deu a partir de um seriado de TV que era intitulado de “Ciborg, o homem de seis milhões de dólares”, que depois de quase morto em um acidente automobilístico, recebeu implantes cibernéticos e passou a ser agente especial do governo americano. Também foram nomeados os governadores (José Sarney foi um deles) e prefeitos biônicos. Ainda, pelo Pacote do governo de Abril de 1977, cada Estado escolheria um nome para renovação de dois terços das cadeiras do Senado por via indireta. Assim, a ARENA, partido que dava sustentabilidade ao regime, recebeu 21 cadeiras no Senado e o MDB, partido de oposição recebeu uma apenas. Em 1982 foram eleitos os novos senadores, cujo tempo expirou somente 1990. Em 1977 a CNBB publicou o documento “Exigências cristãs para uma ordem política”, cobrando a convocação de uma Assembleia Constituinte. Na Conferência da OAB de 1980, foi publicada a “Carta de Manaus”, cobrando pela volta do poder constituinte ao povo, seu único titular legítimo. Em 1983 eclodiu o movimento “Diretas Já”. Em 1985 Tancredo Neves, MDB, é eleito presidente por eleições indiretas. Com a morte de Tancredo, José Sarney, ex-governador biônico pelo Maranhão e liderança civil do regime militar, assume a presidência da república e cria a comissão Afonso Arinos de Mello Franco, que prepara um anteprojeto da nova Constituição com 432 artigos com teor avançado e democrático, incluiu a transição para o regime parlamentarista. Sarney descontente com a proposta, arquivou o anteprojeto. Em 27 de novembro de 1985, Sarney apresentou o projeto de Emenda Constitucional 26, que foi aprovado pelo Congresso. No mesmo ano o deputado Flávio Bierrenbarch, relator da proposta de emenda constitucional, tentou alterar a mesma propondo um plebiscito e a aprovação do povo em relação a participação do senadores biônicos na Assembleia Constituinte. Mas a foi vencido e a proposta de Sarney foi acolhida, ocorrendo, portanto, uma Assembleia Congressual. Cf. BARROSO, Luis Roberto. Vinte anos de Constituição. In GURAN, Milton. O processo Constituinte. Brasília: Agil, 1988, p 42-43.

¹¹ Cf. STRECK, Lenio Luis. **Hermeneutica Jurica e(m) Crise**. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 23.

Tem-se buscado a superação do atraso técnico em que o Brasil se encontra(va) mediante uma rápida modernização da economia¹². O espantinho a ser exorcizado era (é) o subdesenvolvimento e para isso se convoca(vam) todas as forças em nome do progresso e do desenvolvimento em todas frentes. Era(é) o lema “ordem e progresso” a todo custo. Ordem para a classe proletária e camponesa e Progresso às elites.

A(s) igreja(s) participou(ram) ativamente desse processo desenvolvimentista. Ocorreu uma inusitada abertura da(s) igreja(s) ao mundo da vida. Os problemas principais não eram os doutrinários e extra-mundo, mas questões ligadas à sociedade. A(s) Igreja(s) participou(ram) de debates em torno da educação e do desenvolvimento econômico¹³.

Nesse contexto, em 1961 foi aprovada a primeira lei de diretrizes de base da educação do Brasil. Teve uma gestação penosa. Entre a chegada do texto à Câmara Federal, em outubro de 1948 e o início dos debates sobre o texto, em 1957, decorreram oito anos e meio. Daí, até a aprovação, em 20 de dezembro de 1961, mais quatro anos e sete meses¹⁴. A tão sonhada lei passou pela ditadura de Vargas, foi debatida no governo de Juscelino Kubitschek, rebatida no governo Jânio Quadros e sancionada por João Goulart.

No eixo das discussões estava a defesa da presença da iniciativa privada nas atividades de ensino (Era o princípio da efetivação das multinacionais no mercado educacional). A pressão das escolas particulares – incluindo as religiosas – terminou por pressionar o debate partidário em um debate de fundo fortemente ideológico, galvanizado pela oratória direitista de Carlos Lacerda, que como ninguém, conhecia o poder da palavra da direita nacional. As escolas católicas, de iniciativa de cunho religioso, edificaram grandes empreendimentos, no estilo das grandes multinacionais¹⁵. Com a Lei Federal 91/35, regulamentada pela Lei

¹² Cf. JUNIOR, Caio Prado. **História Econômica do Brasil**. 42ªed. São Paulo: brasiliense, 1995, p. 323.

¹³ Que futuro tem o modelo de igreja enquanto sacramento de salvação? Devemos reconhecer que este modelo de comunidade eclesial é o mais vigente no Brasil. Os movimentos como Cursilhos de Cristandade, Movimento Familiar Cristão, Movimento Carismático, Equipes de Nossa Senhora e outros da mesma linha têm como endereçados primeiros a própria burguesia, evitando o contato direto com os empobrecidos. A relação com os empobrecidos é definida a partir da ótica dos burgueses; os burgueses são convocados a assistir os pobres, mas sem mudar de lugar social e de prática burguesa. Os empobrecidos são os últimos, excluídos e objetos.

¹⁴ Cf. CARNEIRO, Moaci Alves. **Breve história das leis básicas da educação nacional**. 7ed. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 24-25.

¹⁵ O primeiro Plano Nacional de Educação do Brasil foi concretizado em 1962, cujas coordenadas foram estabelecidas pela LDB 4.024 de 1961. O texto aprovado tratou pela primeira vez na história do Brasil de temas como: Da Finalidade da educação; Do Direito à educação; Da liberdade de ensino; Da administração do ensino; Dos sistemas de ensino; Da educação de grau primário; Da assistência social escolar; Dos recursos para a educação. O plano sofreu duas revisões (em 1965, em razão da lei que estabeleceu o salário-educação, e em 1966, criando os ginásios orientados para o trabalho), constituía um conjunto de metas qualitativas e quantitativas a serem alcançadas em oito anos, além de estabelecer os critérios para aplicação dos recursos destinados à educação. Esse plano, porém, de iniciativa do Ministério da Educação e Cultura e aprovado pelo Conselho Federal de Educação, não constituiu uma lei que determinasse os objetivos e as metas da educação no Brasil. Cf. LIBANELO, José Carlos. **Educação escolar: políticas, estrutura e organização**. São Paulo: Cortez, 2003, p. 155.

Federal 3577 de 1959 que fora criada aos 19 dias de março de 1957, as Congregações religiosas envolvidas com o mercado – da educação, saúde e comunicação – encontraram um caminho para fugir da carga tributária, direito do Estado¹⁶.

A legislação pioneira, a Lei Federal 91/35, já dispunha que as sociedades ou associações beneficentes deveriam servir desinteressadamente à coletividade, para serem declaradas de utilidade pública. Neste sentido, encontramos a Lei 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social do Conselho nacional de assistência social), que exprime a finalidade não lucrativa. Igual tratamento foi dado para as Entidades, na Lei Federal 8.212/91, que cuida do custeio da seguridade social. A recente legislação das Organizações Sociais, também enfoca com primazia, o requisito da ausência de fins lucrativos, para receber o reconhecimento do Poder Executivo como organização social.

A recente legislação que regulamenta as Entidades Beneficentes de Assistência Social é a Constituição Federal no campo das imunidades tributárias, também acalenta como condição da imunidade, o não lucro, dentro da finalidade da Entidade e a Lei da Filantropia, nº 12.101/09, sancionada pelo presidente da República e publicada em Diário Oficial da União em 30 de novembro de 2009 é a mais recente. A lei, substituiu o decreto nº 2.536/98 e do artigo 55, da lei nº 8.212/91, teve a missão de reconstruir a regulação da certificação das entidades beneficentes de assistência social e da isenção das contribuições para a seguridade social, e, por consequência, imprimir um novo instrumento legal ao denominado terceiro setor. As novidades estão voltadas para: a mudança de competência para julgamento da entidade social para os Ministérios da Educação, Saúde e Desenvolvimento Social; os prazos para renovação e validade do certificado; a inexistência de desmembramento de atividade social; o volume de ações sociais gratuitas, como contrapartida ao reconhecimento social; entre outras questões.

¹⁶ A Lei 3.577 de 04 de julho de 1959 foi revogada pelo Decreto – Lei 1.572 de 01 de Setembro de 1977. Atualmente a questão da Concessão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social é regida pela Lei Orgânica de Assistência Social 9.732 de 11 de dezembro de 1998. A imunidade tributária está prevista pela Lei Federal 5.172 de 25 de outubro de 1966 que instituiu o Código Tributário Nacional nos artigos 9º - 15º . Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional - v1 em 2 (Artigos 1.º a 95). São Paulo: Atlas, 2003. Com a Lei 3.577 de 04 de julho de 1959, as entidades de fins filantrópicos (Esta nomenclatura foi revogada: de Entidade de fins filantrópicos passou para Entidade beneficente de assistência social. Cf. Medida Provisória 2.129 de 23 de fevereiro de 2001, publicada no Diário Oficial da União de 26 de fevereiro de 2001), reconhecidas como de utilidade pública, cujos diretores não recebiam remuneração passaram a ter isenções previdenciárias. Com isso, as empresas que conseguiram o Certificado de Entidade Beneficente de Utilidade Pública passariam a adotar a prática de “Robin Hood”, isto é, tirar dos ricos e dar aos empobrecidos. Assim, 20% da arrecadação total da empresa deveria ser destinada aos empobrecidos. Cf. LOAS 8.742 de 07 de dezembro de 1993 do Conselho Nacional de Assistência Social, artigo 3º, VI. Com isso, tornou-se legal o repasse de verbas das Entidades Filantrópicas às Congregações Religiosas. Cabe lembrar que atualmente as Entidades Filantrópicas são convocadas a fazer assistência social, ou seja, prestar serviços úteis e com frequência a necessidades vitais das pessoas que carecem das mesmas. Por exemplo: uma entidade que oferece programas culturais de alto nível dá a pessoa que não pode pagar uma oportunidade valiosa, mas isso não caracteriza gesto filantrópico, pois não caracteriza uma necessidade básica e vital da pessoa.

Entende-se que as Entidades não estão vedadas de produzir lucro, pois sem ele, certamente deixariam de existir e sobreviver. A expressão do vocábulo lucro, por si só, expressaria “vantagem, interesse, proveito”, mas a bem da verdade, na administração moderna, o lucro nada mais é do que o resultado da equação, *receita menos despesa*, e a simples aritmética traduz sua existência ou inexistência.

“A dúvida e o temor das Entidades em produzir lucro, deverá ser espantada, pois o lucro terá e deverá existir, e mais deverá perpetrar-se em cada Entidade, pois do contrário estará deparando-se com a ruptura de seus propósitos com o simples fechamento, ou o encerramento de suas atividades de forma compulsória, através da proclamação de sua falência. A Entidade Filantrópica é uma empresa, com personalidade jurídica, pois foi constituída com regularidade, possui sócios, possui propósitos, possui até mesmo empregados, e mais, possui capital, e está prevista no art. 16 do Código Civil do Brasil. Como toda empresa, há sempre objetivos sendo perseguidos. Uns de natureza lucrativa, outros de natureza não lucrativa, mas sempre há algum propósito”¹⁷.

As empresas lucrativas na saga do lucro arquitetam sua meta, organizam-se, aliam-se e partem para a conquista de seu alvo. No caminho encontram entraves, ora advindos da escassa mão de obra especializada, ora no erro da eleição de seu produto, ora na falta de capital para superar tamanhas arestas, e produzir lucro, as empresas através de requintada profissionalização, operacionalizam sua sobrevivência através de mirabolantes estratégias, quer sejam: de marketing, de finanças, de administração, e tantas outras.

Já as Entidades Filantrópicas (Pilantrópicas), possuem tamanhas artimanhas de crescimento, pois sua meta sempre será de produzir a partir das isenções e imunidades, sem contraprestação, e direta e indiretamente contribuir com o Estado. Como forma de compensação, são contempladas pela legislação, com imunidade de impostos e isenções de contribuições para à seguridade social.

O art. 150, VI, c; e 195, § 7º, ambos da Constituição Federal, agraciam as Entidades Filantrópicas do pagamento de impostos, e lhes ofertam a isenção do pagamento das contribuições¹⁸. As mesmas são isentas principalmente da COFINS e do IMPOSTO DE RENDA da pessoa jurídica.

Ocorre que a Lei 9.732/98 impôs condição às Entidades, que é: “assumir o papel do Estado – compulsoriamente”, isto é, quem não servir ao desprovido dentro de um limite mínimo, não poderá gozar das benesses fiscais.

A experiência nos remete a afirmar que as dívidas das Entidades, geralmente são para com: a Mantenedora, Fisco, Bancos e Empregados, e raramente para Fornecedores.

Neste caso a causa do endividamento, nem sempre é de responsabilidade do Estado, que não obstante ter o dever de subvencionar a Entidade, não o faz, mas muitas vezes da sua própria gestão, pois trata da Entidade como uma Instituição e não como uma empresa.

Mormente para a classe religiosa, imprimir o conceito empresarial, parece contrário e utópico aos seus propósitos, pois a sua formação é de equacionar os problemas oriundos, de forma fraternal, com irmandade, sem malícia, com pureza, e elege o mestre Jesus como

¹⁷ Cf. BIASIOLI, M. **Advogados Associados**. Disponível em: <<http://mbiasioli.com.br>>. Acesso 14/julho de 2012, 01h35min.

¹⁸ Cf. SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 699.

condutor de suas ações. Todavia, mesmo sem desejo, executa e desenvolve uma estrutura empresarial exemplar, apesar dos direitos fundamentais já estejam positivados (art 196, 204, 205 e 215 CF).

Sendo assim, as Entidades Filantrópicas representam o complemento do Estado ou fazem parte dele, mas gozam também de personalidade própria, apesar da vinculação com o mesmo, por receber subsídios para manter-se, de forma direta através das eventuais subvenções, ou indiretas através das benesses fiscais. Assim, dispõe a Constituição Federal no art. 170, § Único.

4 QUE A “PILANTROPIA” SEJA FILANTROPIA.

Quando há dever, há obrigação, há força legal para exigir o seu papel, e assim sendo, as Entidades precisam mostrar-se, não como antagonistas ao Estado, nem tão pouco como complacente de sua equivocada ação, mas sim posicionar-se na briga dos direitos daqueles que estão representando, que são os desprovidos, os descalços e desolados ou renunciar o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, entregando aos cofres públicos os impostos que as demais empresas contribuem em favor do Estado e para que sejam transformados benefícios sociais. Um exemplo a ser seguido, é aquele dado pelos bispos católicos em Medellín:

“(...) chegam igualmente até nós as queixas de que a hierarquia, o clero e os religiosos são ricos e aliados dos ricos. Sobre isso devemos esclarecer: com muita frequência se confunde a aparência com a realidade. Muitos fatores têm contribuído para a formação desta imagem de uma Igreja hierárquica rica. Os grandes edifícios, as residências dos párocos e de religiosos, quando são superiores às dos bairros em que vivem; os veículos próprios, às vezes luxuosos; a maneira de vestir herdada de outras épocas, são alguns desses fatores... acrescentamos a isso o exagerado sigilo em que se tem mantido o movimento econômico de colégios, paróquias e dioceses, ambiente de mistério que agiganta as sombras e ajuda a criar fantasias; e casos isolados de enriquecimento que foram generalizados. Tudo isso tem levado à convicção de que a Igreja, na América Latina, é rica”¹⁹.

Por isso, quem se propõem a assumir os princípios do cristianismo ou outra denominação religiosa pacificadora que vise o bem da coletividade deve sentir-se mais a vontade junto aos empobrecidos. E se chegar a sentar junto aos enriquecidos, deve ser como Cristo, Buda, Gandhi, Luther King e outros: lembrar-lhes, sem meios termos, que eles devem transformar suas riquezas num serviço à sociedade. Porém, este discurso, às vezes propicia desafios. Entre eles pode estar o morte.

De modo exemplar, Frei Tito de Alencar Lima, encarnou todos os horrores do regime ditatorial implantado neste continente sob a tutela da dominação norte-americana. Frei Tito permanecerá como símbolo das atrocidades infindáveis do poder ilimitado, prepotente e arbitrário. Ficará, sobretudo, como exemplo à todos que resistem à dominação, lutam por justiça e liberdade, aprendendo, na difícil escola da esperança, que é preferível “morrer do que perder a vida”. Frei Tito foi preso em novembro de 1969. Foi vítima das maiores atrocidades, principalmente entres os dias 17 e 27 de fevereiro de 1970. Seu relato de torturas, redigido na prisão, foi divulgado pela primeira vez no Jornal Publik, na Alemanha e depois readaptado por Frei Betto em 1982.

¹⁹ Cf. CELAM. **Conclusões da Conferência de Medellín**. São Paulo: Loyola, 1968, p. 195.

“Preso desde novembro de 1969, eu já havia sido torturado no DOPS. Ao chegar à OBAN, no dia 17 de fevereiro de 1970, terça-feira às 14 horas, fui conduzido à sala de interrogatórios. O assunto era o Congresso da UNE em Ibiúna, em outubro de 1968. Queriam que eu esclarecesse fatos ocorridos naquela época. Apesar de declarar nada saber, insistiam para que eu confessasse. Pouco depois, levaram-me para o pau-de-arara. Dependurado, nu, com mãos e pés amarrados, recebi choques elétricos nos tendões e na cabeça. Eram seis torturadores. Davam-me tapas nos ouvidos e berravam impropérios. Ao sair da sala, tinha o corpo marcado por hematomas, o rosto inchado, a cabeça pesada e dolorida. Um soldado carregou-me até a cela, onde fiquei sozinho. Era uma cela de 3 X 2,5m, cheia de pulas, de ratos e de baratas. Terrível mal cheiro, sem colchão e cobertor. Dormi de barriga vazia sobre o cimento úmido, frio e sujo. Na quarta-feira, fui acordado às 8 horas e conduzido à sala de interrogatórios... na quinta-feira, três policiais acordaram-me à mesma hora do dia anterior. De estômago vazio, fui para a sala de interrogatórios e lá fiquei por 10 horas... uma hora depois, com o corpo todo ferido e sangrando, desmaiei. Fui desamarrado e reanimado. Conduziram-me a outra sala dizendo que passariam a descarga elétrica para 220 volts a fim de que eu falasse antes de morrer. ‘Nosso assunto agora é especial’, disse o capitão Albernaz ligando os fios em meus membros. ‘Tenho verdadeiro pavor a padre’. O capitão queria que eu dissesse onde estava o Frei Raton. Como não soubesse, levei choques durante quarenta minutos. Queria também os nomes de outros padres de São Paulo, Diante das minhas negativas aplicavam-me mais choques, davam-me socos, pontapés e pauladas nas costas. Gritavam difamações contra a Igreja. Encerrando a sessão daquele dia, carregado, voltei à cela, onde fiquei”²⁰.

Frei Tito foi libertado e banido do Brasil em troca de um embaixador suíço, que havia sido sequestrado no Rio de Janeiro pela Vanguarda Revolucionária. Frei Tito peregrinou pelo exílio no Chile, Itália, França, encontrando-se definitivamente com a ressurreição. Muitos outros padres e não padres, como Schael Schreiber, Vladimir Hersog e Virgílio Gomes da Silva, morreram na sala de torturas. Outros ficaram surdos, estereis ou com defeitos físicos e mentais. A esperança desses presos se colocava no poder judiciário e na Igreja, única instituição que parcialmente estava fora do controle estatal-militar. Sua missão era e ainda permanece a defesa da dignidade humana. Onde houver um sofredor, lá deve estar a justiça. O poder público não pôde omitir-se. Num momento como aquele, o silêncio era traduzido como omissão e crime contra a própria sociedade.

Denunciar abertamente as violações como estas e também àquelas que são praticadas contra a vida dos empobrecidos do Brasil no campo, nas periferias, centros urbanos e prisões é sem dúvidas, a função primordial daqueles que realmente tiveram oportunidades para entender como funciona a dinâmica social.

Atualmente, a burguesia se revela incapaz de controlar e administrar o desenvolvimento industrial e tecnológico que suscitou, negando a Terra como pátria comum²¹. E negando a Terra, nega também os filhos da Terra, nega a si mesma e produz seus próprios coveiros, isto é, fortalece o crescimento incontrolável da violência e da luta armada. E mais, as classes sociais ofuscadas pelo neocapitalismo não podem se calar diante

²⁰ Cf. BETTO, Frei. **Batismo de Sangue**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1982, p. 227-240.

²¹ Cf. BOFF, Leonardo. **Cosmologia contemporânea, ecologia e a questão de Deus** in: O Deus dos filósofos contemporâneos, Petrópolis: Vozes, 2002, p. 229

do excesso de direitos fundamentais positivados somente no papel. Na cidade e no campo os conflitos se alastram.

5 O BRASIL NO MERCADO GLOBALIZADO.

A notícia do assassinato do presidente Abraham Lincon, em 1865, levou mais ou menos 15 dias para cruzar o Atlântico e chegar à Europa. A queda da bolsa de valores de Hong Kong em outubro de 1997, levou 15 segundos para cair como um raio sobre São Paulo, Tóquio, Nova York, Tel Aviv, Buenos Aires e Frankfurt. Eis ao vivo, em cores e on line a globalização e suas consequências entre ricos e empobrecidos.

A globalização não é apenas palavra da moda, mas a síntese das transformações radicais pelas quais vem passando a economia mundial desde o início dos anos 80. O único exagero nessa descrição sumária é o de tomá-la enquanto palavra da moda.

A globalização atinge diretamente mesmo aqueles que se globalizaram sem ter plena consciência do fenômeno. Por exemplo: o jogador de futebol Ronaldinho. Um dos anúncios que ele protagoniza foi criado pela multinacional norte-americana NIKE, que fabrica seus produtos em países como Vietnã e Indonésia, para vender seus produtos no Brasil no início, e atualmente na aldeia global. A globalização não é só de ordem econômica, mas também cultural, o que inclui desde informações instantâneas até o predomínio do inglês, o idioma da globalização.

Um outro exemplo é o pop star padre Marcelo Rossi, que deixou as gravadoras católicas para gravar músicas neopentecostais pela Polygran; entrando na dinâmica do mercado, ocupando espaço de outras estrelas para vender seus produtos. Esta força do mercado equivale ao fetiche bestial do Apocalipse 13,1, contagiando até mesmo os setores mais conservadores da Igreja católica, pois o capital é demasiado e muito sedutor, apto de substituir ideais e a própria divindade.

Destarte, percebemos que milhões de garotos de grandes centros ou periferias almejam o pedestal de Ronaldinho e que milhares de seminaristas contemplam o pedestal de Marcelo Rossi. Pois, para o mercado a pessoa é produto e todo produto deve ser moldado nas linhas de montagem.

Algo não muito distante, está no próprio judiciário e na academia. A busca por títulos, seja de juiz, mestre ou doutor na área jurídica tem como objetivo principal o aumento da lucratividade, poder e mais posição social.

Se a CNN (Cabe News Network), a rede global de TV, deu o início à informação em escala planetária, é a internet, a rede de computadores, que tecem dia após dia, vínculos crescentes entre os que estão nela plugados. Tece para o bem ou tece para o mal. São sistemas semelhantes a internet que permitem a cada bolsa de valores saber a todo momento o que ocorre nas demais bolsas, por remotas que sejam. São estes sistemas que permitem às multinacionais o conhecimento real do mercado. É este sistema que justifica a demissão de milhões de trabalhadores do dia para a noite, propiciando uma devassa na estrutura social e uma opulente crise. A globalização diminui as distâncias e lança o mundo na era da incerteza. Não há alternativas, estamos envolvidos numa política econômica de dominação estrangeira, cujo império possui trono fixo.

Em termos econômicos, o fenômeno da globalização é bem mais que uma fase suplementar do processo de internacionalização do capital industrial, desencadeada a mais de um século. Estamos diante de um novo modo de funcionamento sistêmico do capitalismo mundial ou, em outros termos, de uma nova modalidade de regime de

acumulação e de exclusão. O mundo nunca foi tão pequeno, apesar de porteiros, cercas e muros de separação permanecerem. Em tempos de pós - modernidade, as distâncias são eliminadas, mas as fronteiras evoluem.

A indústria de telecomunicação vive uma explosão sem precedentes, somada ao barateamento e à popularidade da informática. Paralelamente começa a esboçar uma convergência entre infra-estrutura de comunicação e a mídia, à medida que ambas se digitalizam sem limites. É essa conjunção que torna possível um mundo globalizado, cuja a ideologia provém do mercado que apela por mais mercado. Eis o modelo neoliberal. Uma economia determinista que enriquece cada vez mais os ricos e aumenta incondicionalmente a grande parcela dos empobrecidos.

No neoliberalismo a pessoa só tem boca para consumir, seu poder avassalador exclui a possibilidade de alternativas, de novos modelos. É um poder ilimitado, a ponto de invadir e domesticar continentes inteiros e pessoas de todas as classes e instituições.

Até mesmo Igreja(s) não estão fora do modelo. O neoliberalismo chega a fazer da(s) Igreja(s) uma parcela do mercado. Além exemplar consumidora de todos os setores do mercado – com destaque aos produtos de construção civil, automobilística e comunicação – a(s) Igreja(s) é(são) também fornecedora(s) ao próprio mercado, através da Educação, Saúde e Comunicação. Por todos os cantos do Brasil podemos encontrar colégios, universidades, editoras e hospitais com vínculos religiosos a serviço de quem pode pagar.

Nessa racionalidade econômica que denominamos de neoliberalismo, esconde-se uma nova concepção de ser humano, que reduz a mulher e o homem à capacidade de gerar o lucro, exacerbando a corrida egoísta para ganhar e possuir sempre mais. É concretização da lógica do ter para existir ou “consumo, ergo sum”. Esta lógica leva o ser humano a atentar contra a integridade da criação, desencadeando a cobiça, a corrupção e a violência. Quando estas tendências se espalham nos grupos sociais, o sentido comunitário desaparece, originando espaços para práticas neopentecostais, modelo religioso apropriado para a prosperidade. Busca-se o divino para resolver situações pessoais, sejam de ordem econômica ou existencial.

Destarte, impõe-se uma ordem de valores na qual se priva a liberdade como meio para atender, sem restrições, o prazer. É um conceito de liberdade que exclui o Estado da iniciativa privada, rompe com valores como solidariedade, comunhão e fraternidade. O outro é sempre uma ameaça. O eu determina o tu, mesmo que seja divino. As leis do mercado tornam-se mandamentos. O existir depende do bom estado do mercado global.

Mediante ao processo de globalização da economia, essa nova concepção de ser humano penetra no Brasil, transmitindo conteúdo simbólico com demasiada capacidade de sedução. Graças ao domínio sobre os meios de comunicação as identidades culturais se convertem ao mercado.

No mercado global nada se perde, tudo pode ser vendido. Desde bugigangas religiosas a armas nucleares e o voto, tudo se vende. Até deuses podem ser transformados em objeto de consumo. O pecado mais cometido é contra o segundo mandamento, se utiliza o nome Deus para vender e para comprar.

O mercado é um novo messias, com todo poder e com uma soberania inigualável. O mercado está em todos os lugares, ronda a periferia e invade com autoridade os aposentos de grandes banqueiros. Foi o mercado que destruiu o cisma do globo em primeiro, segundo e terceiro mundo. A guerra fria teve seu final pelo poder do mercado, convertendo antigos inimigos em parceiros econômicos. E de seu ventre de prostituta pariu um globo sem

barreiras comerciais, transnacional e liberou a todos da coletividade para a corrida de adoração ao capital. É o poder externo que impõe o Estado e o Direito. Ainda, se na pré-modernidade o poder era Deus, agora o poder é o Mercado²².

Disso resulta o conceito de democracia de mercado. Os grupos econômicos determinam quem assume o poder para servir os interesses desses mesmos grupos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Um dos temas que vem sendo demasiadamente debatido é a questão do modelo de Estado que vigora no Brasil e que Direito podemos esperar. Disso resulta a preocupação com o fato do poder estatal e o sistema democrático estejam sendo delimitados pela Economia de Mercado. Dessa temática deriva o desafio de repensar o modelo atual. Assim, é viável que diversas áreas do saber – de forma inter e transdisciplinar – pensem e repensem alternativas rompendo com práticas arcaicas, sem reproduzir o modelo contratualista, pensado por Hobbes, Rousseau, Locke e Montesquieu. Eis algumas propostas, ciente que serão nada agradáveis aos dogmáticos e inquisidores medievais em tempos de pós-modernidade:

a) Pensar o Estado e o Direito com conhecimentos de uma economia pós – moderna, isto é, pós-capitalista e pós- socialista, caracterizada pelos avanços na economia de serviços (Setor terciário: comércio, transporte, saúde, educação, pesquisa, comunicação e administração.) em detrimento da economia produtiva (Setor primário e secundário: agricultura e indústria.) que origina novas elites técnicas e a transição de uma sociedade produtora de mercadorias para uma sociedade de informações e saber, isto é, uma economia ecossocial de mercado.

b) Pensar o Estado e o Direito à luz de uma geopolítica jurídica pós – moderna. Em vez de um eurocentrismo, presencia-se um policentrismo. Na liderança estão Estados Unidos, União Europeia e Japão, mas num futuro, nem tão distante, certamente também a China, Índia, Brasil e Rússia.

c) Pensar o Estado e o Direito em diálogo com a Ciência pós – moderna. É o tempo em que se confirma a presença da existência de um universo em uma célula, com diversas pesquisas, não só com cobaias irracionais quanto com as racionais. Aqui temos a dificuldade para definir o que é um ser humano. Quando a vida começa? Quando a vida termina? O ser humano é um ser inacabado? É realmente um projeto infinito?

d) Pensar o Estado e o Direito com a consciência de que vivemos numa sociedade pós – moderna. É uma sociedade que tomará cada vez mais a forma de uma sociedade de prestação de serviços. A comunicação é globalizada, não há distâncias. A família mudou, ela também é pós – moderna. Cresceu o sistema pós – patriarcal nas relações entre sexos, desenvolve-se cada vez mais novos modelos de famílias com relacionamento de companheirismo entre mulher e homem, e possivelmente também entre mulher e mulher

²² Em Roma há a Igreja histórica de São Clemente. A mesma tem três pisos: no primeiro podemos encontrar material arqueológico do império macedônico, com escritos e imagens de divindades gregas. No segundo, há imagens de divindades romanas. O terceiro piso é o atual templo católico, a Igreja dedicada a São Clemente Romano, terceiro papa da história do cristianismo. É uma belíssima basílica construída no século IV sob ruínas do império romano. Interessante que as missas (cultos) são vazios. Há muitos estudiosos e turistas, mas poucos fiéis cristãos. Sinal que houve a sucessão de impérios, cujo império que predomina na atualidade é o Euro, um símbolo do poder-mercado.

ou entre homem e homem. Devemos aprender com a ética do cuidado que nasce do feminino. Por natureza, a mulher está ligada diretamente com o que há de mais complexo no universo, que é a vida. Por nove meses carrega em seu ventre o mistério da vida humana. E o acalenta ao largo de toda a existência²³. A fertilização pode ser artificial. A técnica pode complementar o que a natureza deixou incompleta. Um exemplo são os atletas olímpicos. Até que ponto podemos dizer se um atleta – mais preparado em laboratório do que no ventre – é um humano como tenta definir o direito?

e) Pensar o Estado e o Direito diante dos fenômenos religiosos pós-modernos. Está surgindo um mundo pós – confessional e inter-religioso. Isso significa que, paulatinamente, com dificuldades, desenvolve-se uma comunidade global multiconfessional e ecumênica²⁴, mas com o perigo da reação proselitista e fundamentalista de instituições religiosas vinculadas a ideologias totalitárias. Assim, a sociedade global é desafiada a seguir os passos dos grandes místicos como Francisco de Assis, Dalai Lama, Ghandi e Tereza de Calcutá, ou seja, mestres que procuraram entender o infinito e se apaixonaram pela espécie humana.

f) Pensar o Estado e o Direito com uma paixão ecológica, ciente que a espécie mais ameaçada é o próprio humano. Na pós – modernidade constata-se muitos discursos hipócritas sobre ecologia, ou seja, aquele que fala e abraça a causa não consegue deixar o carro na garagem e nem sequer seleciona o próprio lixo. Temos nossa casa, perdida na imensidão do Cosmo – a Terra – sobrevivendo com graves ameaças. Daí resulta a necessidade de uma mentalidade e práxis ecológica. Se não cuidarmos do planeta como um todo, podemos submetê-lo a graves riscos de destruição da biosfera, impossibilitando a continuidade da vida. Não podemos deixar cair no esquecimento a orientação do Cacique Seattle em 1877: “o que vier acontecer à Terra, acontecerá também aos filhos da Terra”. Ainda, é sabido que mito será sempre mito, isto é, não há uma Arca de Noé que salve alguns e deixe perder os demais, ou nos salvamos a todos ou todos nos perdemos. E mais, a matéria direito ambiental não deve ser assunto isolado em cada Estado que ainda se considera soberano, é matéria de um possível direito transnacional.

g) Pensar o Estado e o Direito com a consciência da necessidade de devolver o poder constituinte ao povo, possibilitando procedimentos comunicativos entre poder constituinte derivado e poder constituinte originário, estabelecendo uma democracia participativa não só nas questões internas, mas com uma mentalidade que possa superar a democracia de mercado que mantém o Estado-mercado e acelera a desigualdade social e econômica. Ainda, a partir desta ideia caminhar, mesmo que seja a passos lentos em direção à utopia da globalização da solidariedade entre Estados, caso contrário, não teremos solo suficiente para sepultar novas vítimas.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luis Roberto. Vinte anos de Constituição. In GURAN, Milton. **O processo Constituinte**. Brasília: Ágil, 1988.

BETTO, Frei. **Batismo de Sangue**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1982.

BIASIOLI, M. **Advogados Associados**. Disponível em: <<http://mbiasioli.com.br>>. Acesso 14/ julho de 2012, 01h35min.

²³ Cf. BOFF, Leonardo. **Grito da Terra, grito dos pobres**. São Paulo: Ática, 1996, p. 52.

²⁴ Cf. KUNG, Hans. **Projeto de ética mundial**. São Paulo: Paulus, 2002, p. 45 – 46.

BOFF, Leonardo. Cosmologia contemporânea, ecologia e a questão de Deus in: **O Deus dos filósofos contemporâneos**, Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Grito da Terra, grito dos pobres**. São Paulo: Ática, 1996.

CARNEIRO, Moaci Alves. **Breve história das leis básicas da educação nacional**. 7ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

CELAM. **Conclusões da Conferência de Medellín**. São Paulo: Loyola, 1968.

CNBB. Exigências cristãs para uma ordem política. São Paulo: Pulus, 1978.

CRUZ, Paulo Marcio. **Da Soberania à Transcionalidade**. Itajaí: Univali, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, Entre facticidade e validade**. v1, 2ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Título original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats.

_____. **Direito e Democracia, Entre facticidade e validade**. v2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Título original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats.

JUNIOR, Caio Prado. **História Econômica do Brasil**. 42ªed. São Paulo: brasiliense, 1995.

KUNG, Hans. **Projeto de ética mundial**. São Paulo: Paulus, 2002.

LIBANEO, José Carlos. **Educação escolar**: políticas, estrutura e organização. São Paulo: Cortez, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional** - v1 em 2 (Artigos 1.º a 95). São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 699.

STRECK, Lenio Luis. **Hermeneutica Jurica e(m) Crise**. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEORIA PARA A CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO DO DIREITO AMBIENTAL NA COLOMBIA

Diana Magaly Correa Valero y Marlenny Diaz Cano 1

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 TEORIA DO ESTADO; 1.1 CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO; 1.2 ESTADO SOCIAL DO DIREITO NA COLÔMBIA; 1.3 RELAÇÃO MEIO AMBIENTE, SOCIEDADE E ESTADO NA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DA COLÔMBIA; 1.4 ESTADO DO DIREITO AMBIENTAL. 2 A SOCIEDADE DO RISCO GLOBAL; 2.1 ESTADO E TRANSNACIONALIDADE; 2.2. HACIA UM CONSTITUCIONALISMO GLOBAL? CONSIDERAÇÕES FINAIS: OS DESAFIOS DOS ESTADOS DO DIREITO AMBIENTAL NO CONTEXTO GLOBALIZADO.

INTRODUÇÃO

Tendo como Conceitos Operacionais que, a “Teoria do Estado propõe-se investigar a específica realidade da vida estatal que nos rodeia. Aspirar a compreender o Estado na sua estrutura e função atuais, o seu devir histórico e as tendências de sua evolução” 2e que “o Estado não existe em si ou por si; existe para resolver problemas na sociedade, quotidianamente; existe para garantir segurança, fazer justiça, promover a comunicação entre os homes, dar-lhes paz e bem estar, e progresso.” 3e considerando que “moramos no meio de uma sociedade do risco global, que precisa ter estratégias locais, para a conservação do meio ambiente global”4, Analisaremos: Qual teoria para o devir do Estado contemporâneo e sua constituição na construção do Estado do direito ambiental na

¹ CORREA VALERO, Diana M★ Profesora auxiliar Universidad de Caldas, Abogada con maestria en antropologia de la Universidad Nacional de Colombia. Candidata a doctora en Ciencias Jurídicas de la UNIVALI, Becaria CAPES, Brasil. Correo: diana.correa@ucaldas.edu.co

DIAZ CANO, Marlenny★★, Docente Investigadora de la Universidad Sergio Arboleda Colombia, Licenciada en educación, Abogada, Especialista y magister en estudios del Desarrollo, en curso doctorado en derecho constitucional. Correo: derechoambiental1@gmail.com

² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou,1968. Título original : Staatslehre, p. 21.

³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 215.

⁴ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Traducción: Siglo XXI de España editores, edición 2002. p. 244. Título original: World risk society, p. 35 .

Colômbia? Essa é a pergunta de pesquisa, formulada a partir das aulas doutorais de constitucionalismo, transnacionalidade e produção do direito. O método a ser utilizado para a investigação é o indutivo e para o relato o dedutivo.

1 TEORIA DO ESTADO

1.1 CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO.

Concorde com Pasold: “MYRALD aponta o fato de que o Estado se transformou na principal manifestação da Sociedade organizada, firmando-se como “estrutura de controle de quase todas as interferências exercidas por outras instituições e outros grupos de Poder dentro de um país”

De modo pragmático DALLARI constata que, no século XIX, em decorrência da influência do liberalismo o Estado era tido como um mal necessário, “mas sempre um mal”.

Na passagem para o Século XX, e consideradas as peculiaridades da revolução industrial, quando grupos Poderosos eram mais influentes na vida social do que o próprio Estado, este se dedicava a tentativa de melhoria das condições de vida, nos grandes aglomerados humanos a traves da criação e manutenção de serviços que os “grupos econômicos na tinham interesse em realizar”.

Com isso, estende-se e aprofunda-se a atuação estatal. A participação maior do Estado na vida da sociedade, historicamente, evoluiu de uma fase de tolerância crescente ate a de exigência da participação, de modo que, hoje, são poucos os que admitem um comportamento omissivo do Estado frente ao encaminhamento e a solução dos grandes problemas sociais.

(...) Com tudo, a situação do mundo, leva-o a caracterizar como “dever mais urgente” das Democracias, o desenvolver, a Justiça Social, porque a “verdadeira dignidade” do Estado provem do exercício da Justiça. Para esse autor, o fim ultimo do Estado é o bem comum da sociedade política.” 5

1.2 ESTADO SOCIAL DO DIREITO NA COLÔMBIA.

No anho 2011, estabamos celebrando os 20 anos da promulgação da Constituição Política da Colômbia; e como principais avanços jurídicos destacam-se: “O Estado Social de direitos, os direitos fundamentais, a Carta “protetora dos direitos”. Assim como o papel dos juízes e das altas Cortes, como por exemplo, a Corte Constitucional da Colômbia, no se esforço por tornar realidade do Estado contemporâneo, e, especificamente o Estado social de direito, que analisaremos na continuação deste estudo:

O primeiro artigo da Constituição Política da Colômbia, diz: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de derecho. En este sentido el concepto de Estado social de derecho se desarrolla en tres

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 3ra edição. AB-SC Editora. Florianópolis, Santa Catarina. 2003, p. 43.

principios orgánicos: legalidad; independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; y criterios de excelencia. (Sentencia Corte Constitucional No. C-449/92,)

O papel do Estado Social do Direito precisa, assim:

“crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es, de suprimir la desigualdad social”; según lo ha señalado esta Corporación, “con el término ‘social’ se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.” (Corte constitucional, Sentencia C-776 de 2003).

Compor um Estado Social de Direito implica ter as condições sociais, econômicas e ambientais mínimas para uma “vida digna”, sustentados na Constituição Política. Neste contexto, quais são essas funções ambientais que o Estado Colombiano assumiu na matéria ambiental?

1.3 RELAÇÃO MEIO AMBIENTE, SOCIEDADE E ESTADO NA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DA COLÔMBIA.

Para analisar a relação do meio ambiente, sociedade e Estado é necessário destacar os seguintes artigos da Constituição da Colômbia:

“La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal le es inherente una función ecológica” (Artículo 58);

- “Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines” (Artículo 79)

- “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución...” “Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas utilizados en las zonas fronterizas” (Artículo 80).

1.4 ESTADO DO DIREITO AMBIENTAL

A Constituição Política do Estado colombiano assumiu os deveres de proteger o meio ambiente e planejar e administrar os recursos naturais com base no desenvolvimento sustentável, mas é necessário perguntar-se qual é o cenário atual para o Estado e seu ordenamento jurídico, para responder com os compromissos adotados, e assim propor uma teoria para o Estado do direito ambiental?.

Contemporaneamente, cumpre pensar o Estado e seu ordenamento jurídico em múltiplas dimensões. Especialmente após a derrocada do mundo socialista europeu, marcantes mudanças ocorreram no âmbito econômico e tecnológico com fortes implicações nos transportes, no comércio, nas comunicações e no meio ambiente. Esse complexo cenário demanda novas

reflexões acerca do papel do Estado e da compreensão e efetividade da garantia de direitos e a limitação dos poderes político e econômico. 6

Diante da nova realidade os teóricos propõem o conceito do Estado a Direito Ambiental que:

pode ser entendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere a proteção do meio ambiente. De forma mais precisa Capella assinala que a construção do Estado de direito ambiental pressupõe a aplicação do princípio da solidariedade econômica e social com o propósito de se alcançar um modelo de desenvolvimento duradouro, orientado para a busca da igualdade substancial entre os cidadãos mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural. Para Leite o Estado de direito ambiental constitui um conceito de cunho teórico abstrato que abrange elementos jurídicos, sociais e políticos na persecução de uma condição ambiental capaz de favorecer a harmonia entre os ecossistemas e, conseqüentemente, garantir a plena satisfação da dignidade para além do ser humano. 7

2 A SOCIEDADE DO RISCO GLOBAL

El último cuarto del siglo XVIII fue testigo no sólo de la creación de los modernos Estados – nación, basados en la soberanía popular, sino también de la desaparición del régimen energético medieval, del comienzo de uno nuevo y de la revolución tecnológica que lo acompaña y que catapultaría a Europa, América y el resto del mundo hacia la primera Revolución Industrial. 8(Rifkin, p 313)

La Primera Revolución Industrial -basada en el carbón, el vapor y el ferrocarril- del XIX, habría sido imposible sin las comunicaciones basadas en la letra impresa. En los inicios del siglo XX las comunicaciones electrónicas de primera generación, sobre todo el teléfono y mas adelante la radio y la televisión, se convirtieron en los mecanismos para gestionar y comercializar la Segunda Revolución Industrial, basada en el petróleo y organizada en torno al motor de explosión y las tecnologías y los bienes derivados de los combustibles fósiles.9 (Rifkin. 2010 P. 179)

Concorde com o autor, nós ficamos numa terceira revolução industrial que precisa o petróleo, e o carbono para o desenvolvimento, mas também precisa do internet e outras ferramentas tais como skype, youtube, e google, entre outras, que as novas gerações utilizamos a diário, e, que podem gerar respostas empáticas e de reconhecimento global. Já que temos um novo conceito de planeta-mundo, além de uma nova sensibilidade que permite - nos a “intercomunicação” nas palavras do autor. (Consulta eletrônico realizada o 5 de maio em: <http://www.youtube.com/watch?v=GFURRYnV7iQ>)

⁶ PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Primeiros Ensaio de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 21.

⁷ LEITE, Jose Rubens Morato e FERREIRA, Helini Sivini, e outros. **Estado de direito ambiental: tendências**. Organizadores: Jose Rubens Morato, Heline Silvini Ferreira, Larissa Verri Boratti. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 13.

⁸ RIFKIN, J. **La civilización empática**. El País: Madrid, 19 de mar. 2010, p. 313.

⁹ RIFKIN, J. **La civilización empática**. El País: Madrid, 19 de mar. 2010, p. 179.

Em palavras de Rifkin: “Lo irónico es que, precisamente cuando estamos empezando a vislumbrar la posibilidad de una conciencia empática mundial, nos hallamos al borde de una extinción.” ¹⁰(Rifkin. 2010. P. 34)

Ulrich Beck considera que “moramos no meio de uma sociedade do risco global”; esse risco global não respeita fronteiras.

En la perspectiva realista, las consecuencias y peligros de la producción industrial desarrollada ahora “son” globales. Este “son” se apoya en hallazgos científicos y en los debates de la destrucción en curso (de la capa de ozono por ejemplo); el desarrollo de las fuerzas productivas esta entrettejido con las fuerzas destructivas y, en conjunto, ambas generan la novedosa dinámica del conflicto de una sociedad en riesgo global.¹¹

Em consequência, de acordo com as evidências de Beck e Rifkin, não é possível, considerar o meio ambiente e o direito ambiental, como uma proposta isolada, fechada, já que o meio ambiente é indivisível e não respeita as fronteiras. Existe a necessidade de realizar regulações transnacionais, e acordos entre os diferentes países com o fim de proteger o meio ambiente.

2.1 ESTADO E TRANSNACIONALIDADE:

Uma das principais propostas para confrontar o risco global gerado ambiental, e a proposta feita pelo grupo de pesquisa em Estado e transnacionalidade criada por el doutorado em ciências jurídicas da UNIVALI:

A Linha de Pesquisa denominada ESTADO E TRANSNACIONALIDADE destina-se a discutir de forma profunda o fenômeno criador das novas relações jurídicas surgidas a partir da hegemonia capitalista pós 89, na perspectiva de um país emergente como o Brasil.

Contemporaneamente, cumpre pensar o Estado e seu ordenamento jurídico em múltiplas dimensões. Especialmente após a derrocada do mundo socialista europeu, marcantes mudanças ocorreram no âmbito econômico e tecnológico com fortes implicações nos transportes, no comércio, nas comunicações e no meio ambiente. Esse complexo cenário demanda novas reflexões acerca do papel do Estado e da compreensão e efetividade da garantia de direitos e a limitação dos poderes político e econômico. Estudar o Direito no âmbito da transnacionalidade e oriundo das relações de poder – seja político, econômico ou de qualquer outra natureza – presentes na emergente realidade global é, portanto, fundamental.

Nesse sentido, pode-se falar em Direito e Transnacionalidade para fazer referência aos relacionamentos de ordem econômica, política e jurídica que se espriam mundialmente, a exemplo das formações regionais de integração e da regulação que se dá via organismos internacionais. No âmbito da Produção do Direito, o qualificativo Transnacional serve para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais. Sob tal ritmo, sofre profunda transformação o conceito de Soberania do Estado e já se estuda a possibilidade da superação democrática do Estado Constitucional Moderno. A Ordem Internacional revela-se progressivamente interdependente, especialmente quanto ao meio-ambiente

¹⁰ RIFKIN, J. **La civilización empática**. El País: Madrid, 19 de mar. 2010, p. 34.

¹¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Traducción: Siglo XXI de España editores, edición 2002. p. 35. Título original: World risk society.

e à economia, matérias por excelência que desconhecem fronteiras nacionais e fazem da transnacionalidade sua principal característica. À luz dessas transformações justifica-se pesquisa jurídica de alto nível, capaz de investigar os fundamentos que norteiam o Constitucionalismo, a Transnacionalidade e a Produção do Direito na esfera global. Não há mais espaço para estudos fragmentados, sem levar em conta o ritmo acelerado da globalização e uma premente visão além das fronteiras nacionais. Os fundamentos da Produção do Direito e que norteiam a realidade jurídica transnacional e o papel do Estado conduzem, portanto, a debate científico intenso e que requer proposições oriundas de pesquisa de alta densidade teórica em nível de doutoramento.

2.2. HACIA UM CONSTITUCIONALISMO GLOBAL?

Uma proposta feita pelo professor Canotilho, procura demonstrar a necessidade da regulação ambiental por meio do Constitucionalismo global:

O postulado Globalista pode resumir-se assim: a proteção do ambiente não deve ser feita a nível de sistemas jurídicos isolados (estatais ou não) mas sim a nível de sistemas jurídicos-políticos, internacionais e supranacionais, de forma a que se alcance um standard ecológico ambiental razoável a nível planetário e, ao mesmo tempo, se estruture uma responsabilidade global (de Estados, organizações, grupos) quanto as exigências de sustentabilidade ambiental.¹²

Ele propõe os traços caracterizadores do Constitucionalismo global:

(1) alicerçamento do sistema jurídico-político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados (paradigma hobbesiano/vestfaliano, na tradição ocidental) mas no novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo (as populações dos próprios estados); (2) emergência de jus cogens internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais; (3) tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto indeliminável de todos os constitucionalismos.¹³

CONSIDERAÇÕES FINAIS: OS DESAFIOS DOS ESTADOS DO DIREITO AMBIENTAL NO CONTEXTO GLOBALIZADO

Colômbia é um dos países chamados “Megadiversos” já que possui 10% da biodiversidade mundial em 0,7% da plataforma terrestre continental mundial, realidade compartilhada com outros 17 países, como: Brasil, Ecuador, México, entre outros.

Frente a essa condição de megadiversidade é que uma “sociedade de risco global” precisa se perguntar Qual Teoria para o devir do Estado contemporâneo e sua constituição?

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de direito ambiental: tendências**. Organizadores: Jose Rubens Morato, Heline Silvini Ferreira, Larissa Verri Boratti. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 5 e 6.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1370.

Nossa resposta é que, o dever do Estado existe em primeiro lugar com os princípios do Estado Social de Direito e seus pressupostos de respeito à vida humana, baseados na solidariedade e legalidade. Mas a proteção do meio ambiente se transforma em um pressuposto imprescindível para a defesa do ser humano como espécie.

Doutrinariamente o dever de proteção ambiental e sua relação com o Estado Social de Direito, se traduz na teoria do Estado do direito ambiental, e juridicamente se encontra estabelecida na Constituição Política nos artigos 58, 79, e 80.

Além das fronteiras econômicas, jurídicas, políticas do Estado-Nação, existem fenômenos da natureza como as mudanças climáticas, a conservação dos mares o ar, entre outros, que escapam ao poder das figuras nacionais e precisam acordos entre Estados, para a preservação da natureza e da vida do homem sobre o planeta terra.

Portanto, é necessário que haja o fortalecimento do paradigma da transnacionalidade, como estratégia política e jurídica de governança, já que precisamos soluções globais frente a problemas globais.

BIBLIOGRAFIA

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Traducción: Siglo XXI de España editores, edición 2002. p. 244. Título original: World risk society.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia No. C-449/92, Magistrado Sustanciador: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia No. 776 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de direito ambiental: tendências**. Organizadores: Jose Rubens Morato, Heline Silvini Ferreira, Larissa Verri Boratti. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. rev. atual. São Paulo : Malheiros, 2008.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968. Título original : Staatslehre.

LEITE, Jose Rubens Morato e FERREIRA, Helini Sivini, e outros. **Estado de direito ambiental: tendências**. Organizadores: Jose Rubens Morato, Heline Silvini Ferreira, Larissa Verri Boratti. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 3ra edição. AB-SC Editora. Florianópolis, Santa Catarina. 2003.

PASOLD, Cesar Luiz (org.). Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição. Curitiba: Juruá, 2010.

RIFKIN, J. **La civilización empática**. El País: Madrid, 19 de mar. 2010.