


CADERNO REFLEXÕES ACADÊMICAS: CONSTITUIÇÃO, MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE



Organizadores:
Ana Luisa Schmidt Ramos
Jefferson Zanini

ISBN: 978-65-87982-08-3

Organizadores

Ana Luisa Schmidt Ramos

Jefferson Zanini

**CADERNO REFLEXÕES ACADÊMICAS: CONSTITUIÇÃO,
MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE**

EDIÇÃO ELETRÔNICA

FLORIANÓPOLIS

2022

ACADEMIA JUDICIAL

CONSELHO TÉCNICO-CIENTÍFICO

Desembargador João Henrique Blasi

Desembargador Altamiro de Oliveira

Desembargadora Denise Volpato

Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli

Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo

CONSELHO EDITORIAL

Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo

Desembargador Diogo Nicolau Pítsica

Juiz de Direito Maurício Cavallazzi Póvoas

Juíza de Direito Ana Luisa Schmidt Ramos

Juiz de Direito Silvio José Franco

Juiz de Direito Fernando Speck de Souza

Academia Judicial

Rua Almirante Lamego, 1386 – Centro

Florianópolis/SC, 88015-601

Fone: (48) 3287-2801

academia@tjsc.jus.br | www.tjsc.jus.br/academia

C122 Caderno reflexões acadêmicas: Constituição, meio ambiente e sustentabilidade [recurso eletrônico] / organizadores Ana Luisa Schmidt Ramos, Jefferson Zanini. – Dados eletrônicos. - Florianópolis: Academia Judicial, 2022.

Edição eletrônica

ISBN: 978-65-87982-08-3

1. Constituição Federal. 2. Meio ambiente. 3. Sustentabilidade. I. Ramos, Ana Luisa Schmidt. II. Zanini, Jefferson. III. Título.

CDDir: 340

Ficha catalográfica elaborada por Onir Alexandre Pereira de Sousa – CRB 14/5147

O conteúdo deste livro é de responsabilidade dos autores e não expressa qualquer posição técnica ou institucional do Poder Judiciário de Santa Catarina.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
PREFÁCIO	10
A SUPERAÇÃO DA LÓGICA FORMAL E O PAPEL CRIATIVO DO JUIZ	11
Walter Santin Junior Rafael Espíndola Berndt	
JURISDIÇÃO INOVADORA: ESTUDO SOBRE OS CONCEITOS DE INOVAÇÃO, LEGAL DESIGN, VISUAL LAW, DESIGN THINKING, LABORATÓRIOS DE INOVAÇÃO E CENTROS DE INTELIGÊNCIA	25
Caroline Bündchen Felisbino Teixeira	
O DEVER DE AUXILIAR AS PARTES E A IMPARCIALIDADE DO JUIZ	44
João Bastos Nazareno dos Anjos	
A DESCONHECIDA VICINAL DO ACESSO A DIREITOS COMO VIA ALTERNATIVA E ADEQUADA AO CONGESTIONADO MEIO JUDICIAL	60
Rodrigo Vieira de Aquino	
COISA JULGADA E PRECLUSÕES DINÂMICAS NO PROCESSO DE FAMÍLIA	74
Klauss Corrêa de Souza	
BAUMAN: PESSIMISMO E A PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL	95
Sergio Renato Domingos	
TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: APONTAMENTOS À LUZ DA DESARTICULAÇÃO DA FILOSOFIA DO DIREITO PROPOSTA POR NORBERTO BOBBIO, DA METODOLOGIA JURÍDICA DE A. CASTANHEIRA NEVES E DA TEORIA COMPLEXA DO DIREITO DE ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR	114
Caroline Bündchen Felisbino Teixeira	
O IMPÉRIO DO DIREITO E A RACIONALIDADE REVISITADA	127
Sergio Renato Domingos	
OS EFEITOS DO DIREITO TRANSNACIONAL PERANTE OS TRIBUNAIS NA ERA PÓS-MODERNA..	147
Rafael Espíndola Berndt	
PERFIS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL BRASILEIRA E NORTE-AMERICANA.	162
Alexandra Lorenzi da Silva Victor Luiz Ceregato Grachinski	
A TUTELA AMBIENTAL COMO FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO BRASILEIRO	182
Jefferson Zanini	
A DEFESA DO MEIO AMBIENTE E A JURISPRUDÊNCIA SOBRE A COISA JULGADA COLETIVA .	202
João Bastos Nazareno dos Anjos	
FORMAS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS EM CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS ENTRE SOBERANIAS: UMA ABORDAGEM CALCADA NO IMPERATIVO DA PAZ	216
Rodrigo Vieira de Aquino	

**A UTILIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E DO PRECEDENTE JUDICIAL ESTRANGEIRO:
UM NOVO PARADIGMA PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS AMBIENTAIS NO BRASIL..... 232**

Jefferson Zanini

Luciana Pelisser Gottardi Trentini

**A TOMADA DE DECISÃO RELATIVA AO MEIO AMBIENTE: CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DA
ANÁLISE DO COMPORTAMENTO DE SKINNER PARA A FORMULAÇÃO DE ESTRATÉGIAS EM
DIREITO AMBIENTAL 254**

Ana Luísa Schmidt Ramos

**FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA, SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL E SUSTENTABILIDADE:
A SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL COMO SUPORTE ESSENCIAL NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA 267**

Júlio César Bernardes

UMA PROPOSTA DE SUSTENTABILIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA 288

Klauss Corrêa de Souza

**PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS E ECONOMIA CIRCULAR: INICIATIVAS ECONÔMICAS
PARA A PROMOÇÃO DA SUSTENTABILIDADE 309**

André Luiz Anrain Trentini

Leandro Katscharowski Aguiar

APRESENTAÇÃO

Como Diretor-Executivo da Academia Judicial do Poder Judiciário de Santa Catarina, biênio 2022-2024, tenho a honra de apresentar à comunidade acadêmica o *Caderno Reflexões Acadêmicas: Constituição, Meio Ambiente e Sustentabilidade*, obra de contemplação indispensável aos eruditos jurídicos.

O compilado se destina a compartilhar no âmbito do Poder Judiciário as reflexões e pesquisas realizadas por magistrados engajados nos cursos de mestrado e doutorado executados no âmbito do programa de bolsas concedidas em parceria com nosso Augusto Tribunal de Justiça barriga verde.

É promissor que juízes e juízas, não obstante árdua jornada, revisitem conceitos, estudem, questionem, e, sobretudo, construam inauditos saberes. E, genuinamente, sorte é a nossa de ladearmos executores de tais insignes escrituras materializadas pelo esforço e dedicação de magistrados, enquanto distintos mestrandos e doutorandos, que alimentam a alma e saciam-nos como sujeitos cognoscentes.

O que temos em mãos é um material realmente inestimável.

Formada pela junção de luxuosos ensaios, trata-se de obra imponente que reúne os mais diversos tópicos que aquecem fundamentais questionamentos entre nós operadores, visitando desde política ambiental brasileira à influência jurídica estrangeira, economia e ecologia, inovação e inteligência, cooperação judicial e imparcialidade, coisa julgada coletiva e defesa dos direitos transindividuais, função social da família e políticas públicas, coisa julgada e reflexos nas demandas de família, sustentabilidade e família, direito transnacional e sociedade globalizada, soberania e resolução de conflitos, acesso à justiça e a direitos e, bem ainda, neurociência e psicologia comportamental.

A presente obra, nesse contexto, trata-se da materialização do que se pode chamar como recompensa dos magistrados pelos esforços envidados pela nossa Corte de Justiça para a contínua qualificação profissional. Ganha o magistrado; ganha o jurisdicionado; ganha a comunidade acadêmica; ganha o Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

É com intenso prazer, portanto, que cumpro a valorosa missão de traçar algumas palavras de apresentação. Como Diretor-Executivo da Academia Judicial catarinense não poderia estar mais orgulhoso de anunciar e entregar à sociedade tais profícuas reflexões.

Faço voto de uma proveitosa leitura!

Luiz Antônio Zanini Fornerolli
Desembargador

PREFÁCIO

A presente Obra, projeto desenvolvido pela Academia Judicial, com a finalidade de apresentar relatórios de pesquisas realizadas por magistradas e magistrados que estão concluindo cursos de pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado), alcançou seu desiderato com pleno êxito.

No e-book “Caderno Reflexões Acadêmicas: Constituição, Meio Ambiente e Sustentabilidade”, podemos verificar a excelência dos trabalhos desenvolvidos pelo corpo discente. Reunidos em dezoito artigos, a obra fornece valiosos subsídios para a pesquisa acadêmica, a saber:

Perfis da Jurisdição Constitucional Ambiental Brasileira e Norte-Americana (**Alexandra Lorenzi da Silva e Victor Luiz Ceregato Grachinski**); Pagamento por Serviços Ambientais e Economia Circular: Iniciativas Econômicas para a Promoção Da Sustentabilidade (**André Luiz Anrain Trentini e Leandro Katscharowski Aguiar**); A Tomada de Decisão Relativa ao Meio Ambiente: Contribuições da Teoria da Análise do Comportamento de Skinner para a Formulação de Estratégias em Direito Ambiental (**Ana Luisa Schmidt Ramos**); A Utilização dos Tratados Internacionais e do Precedente Judicial Estrangeiro: Um Novo Paradigma para a Resolução dos Conflitos Ambientais no Brasil (**Jefferson Zanini e Luciana Pelisser Gottardi Trentini**); Jurisdição Inovadora: Estudo Sobre os Conceitos de Inovação, Legal Design, Visual Law, Design Thinking, Laboratórios de Inovação e Centros de Inteligência (**Caroline Bündchen Felisbino Teixeira**); Teoria da Decisão Judicial: Apontamentos à Luz da Desarticulação da Filosofia do Direito Proposta por Norberto Bobbio, da Metodologia Jurídica de A. Castanheira Neves e da Teoria Complexa do Direito de Orlando Luiz Zanon Junior (**Caroline Bündchen Felisbino Teixeira**); A Tutela Ambiental como Função Social do Estado Brasileiro (**Jefferson Zanini**); O Dever de Auxiliar as Partes e a Imparcialidade do Juiz (**João Bastos Nazareno dos Anjos**); A Defesa do Meio Ambiente e a Jurisprudência Sobre a Coisa Julgada Coletiva (**João Bastos Nazareno dos Anjos**); Função Social da Família, Solidariedade Intergeracional e Sustentabilidade: A Solidariedade Intergeracional como Suporte Essencial na Sociedade Contemporânea (**Júlio César Bernardes**); Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas no Processo de Família (**Klauss Corrêa de Souza**); Uma Proposta de Sustentabilidade no Direito de Família (**Klauss Corrêa de Souza**); Os Efeitos do Direito Transnacional Perante os Tribunais na era Pós-Moderna (**Rafael Espíndola Berndt**); A Superação da Lógica Formal e o Papel Criativo do Juiz (**Walter Santin Junior e Rafael Espíndola Berndt**); Formas de Resolução de Disputas em Conflitos Socioambientais entre Soberanias: Uma Abordagem Calcada no Imperativo da Paz (**Rodrigo Vieira de Aquino**); A Desconhecida Vicinal do Acesso a Direitos Como Via Alternativa e Adequada ao Congestionado Meio Judicial (**Rodrigo Vieira de Aquino**); Bauman: Pessimismo e a Psicologia Comportamental (**Sérgio Renato Domingos**); O Império do Direito e a Racionalidade Revisitada (**Sérgio Renato Domingos**).

Caderno Reflexões Acadêmicas: Constituição, Meio Ambiente e Sustentabilidade é uma obra que tem a competente marca de seus organizadores, Jefferson Zanini e Ana Luiza Schmidt Ramos, bem como do Diretor-Executivo da Academia Judicial Luiz Antônio Zanini Fornerolli (Desembargador e Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha), constituindo-se em valioso instrumento para a pesquisa científica.

A presente obra, com efeito, será objeto de interesse público em geral e da comunidade científica em particular, enriquecendo ainda mais a literatura jurídica catarinense.

Limitado à honrosa tarefa de prefaciá-la obra de tal envergadura intelectual, embora incentivado a enfrentar uma boa parte das provocações, aproveito para cumprimentar os autores acima indicados e afirmar que o objetivo da Academia Judicial foi plenamente atingido.

Parafrazeando o inesquecível e querido professor dos professores Cesar Luiz Pasold, anoto que a presente Obra, por ser estimuladora de reflexões, há de ser zelosamente fichada e resumida.

Portanto, o livro que ora se consagra, além de cumprir ricamente a sua proposta, certamente terá aceitação exitosa por parte de seus destinatários, tanto no aspecto teórico quanto no prático.

Júlio César M. Ferreira de Melo
Desembargador, vice-diretor da Academia Judicial e doutor em direito pela UNIVALI e
Universidade de Alicante em dupla titulação Brasil/Espanha.



A SUPERACÃO DA LÓGICA FORMAL E O PAPEL CRIATIVO DO JUIZ

**Walter Santin Junior
Rafael Espíndola Berndt**



A SUPERAÇÃO DA LÓGICA FORMAL E O PAPEL CRIATIVO DO JUIZ

OVERCOMING FORMAL LOGIC AND THE CREATIVE FUNCTION OF THE JUDGE

Walter Santin Junior¹

Rafael Espíndola Berndt²

Resumo

A interpretação lógica formal da lei pode esconder uma cegueira: a de que a mera subsunção das regras ao caso concreto pode evitar que o juiz alcance o direito fundamental de fazer justiça. Assim é porque a definição de alguns valores pode diferir de pessoa para pessoa e o positivismo muitas vezes não se propõe a sanar essas diferenças quando não é capaz de acompanhar as dinâmicas sociológicas. Não obstante, de fato, não se pode ignorar a premissa de que o juiz não inova, não legisla. Contudo, interpreta e toda interpretação tem seu caráter criativo que deve se amoldar à realidade, ao bem comum e à suprema razão social que dimana da própria lei (LINDB, art. 5º). Neste trabalho, será empregado o método indutivo, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica pertinente ao tema.

Palavras-chave: Juiz. Criação. Superação. Lógica formal.

Abstract

The formal logical interpretation of the law can hide a blindness: that the mere subsumption of the rules to the concrete case can prevent the judge from reaching the fundamental right to do justice. This is because the definition of some values can differ from person to person and positivism often does not propose to remedy these differences when it is not able to follow sociological dynamics. Nevertheless, in fact, one cannot ignore the premise that the judge does not innovate, does not legislate. However, it interprets and every interpretation has its creative character that must conform to reality, to the common good and to the supreme social reason that stems from the law itself (LINDB, art. 5). In this work, the inductive method will be used, through the technique of bibliographic research relevant to the theme.

Keywords: Judge. Creation. Resilience. Formal logic.

1 Mestre pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, Brasil. Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. E-mail: walterjuniorsantin@yahoo.com.br

2 Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Pós-graduado em nível de Especialização pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), Fundação Getúlio Vargas (FGV), Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC) e pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Professor da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC). E-mail: respindola-berndt@gmail.com



1 INTRODUÇÃO

Com a intenção de incitar os operadores do direito à reflexão quanto à necessidade do papel criativo do juiz, e longe de esgotar o tema, este artigo tem por escopo ainda e, reflexamente, tecer algumas considerações gerais sobre a superação da lógica formal na interpretação e aplicação da norma pelo juiz em razão, sobretudo, do dinamismo social.

O ponto nodal deste trabalho, assim, consiste em demonstrar que a aplicação da lei deve ser consolidada por sua dimensão mais humana, flexível e justa, de sorte a suprimir a mínima possibilidade de validar ordens jurídicas ofensivas aos valores mais caros do homem e da sociedade, tal como pensou Luis Recaséns SICHES, para quem “a norma jurídica que não opera real e efetivamente não passa de um pedaço de papel, na medida em que ela deve reviver sempre que for aplicada³”.

Nessa lógica, conforme SICHES⁴

Se ha escrito mucho em los últimos ochenta y tantos años para mostrar que el funcionamiento del Derecho no consiste em una operación de lógica deductiva, o, por lo menos, que no consiste solamente em eso. Em muchos lugares, pero especialmente em Alemania, Francia, los países británicos, Hispanoamérica, y em los Estados Unidos de Norteamérica, eminentes juristas, lo mismo teóricos que prácticos, y de muy diversas escuelas, han sostenido que la vida delo Derecho no es un mero assunto de lógica, ni debe serlo⁵.

O ordenamento jurídico, então, deve ser aplicado por um viés mais valorativo, como um sistema axiológico-teleológico. É axiológico porque se encontra em permanente diálogo com o universo da ética e dos valores, e teleológico pelo fato de sua existência estar condicionada à promoção de princípios, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, que passa a ser o eixo central de toda envergadura jurídica.

Convém acrescentar outra circunstância de relevo e critério, a exigir, sem dúvida, cada vez mais a atuação fecundante do juiz no sistema jurídico, tema assim preconizado por Pedro Manoel ABREU:

O nosso tempo, de todo modo, é uma era de absurdos, de contradições. De avanços sociais, políticos, econômicos, culturais, científicos e tecnológicos, mas contraditoriamente de exclusão, de miséria, de desigualdade social e política, que parece abandonar a parcela mais significativa da humanidade a uma condição de subcidadania⁶.

3 SICHES, Luís Recaséns. **Tratado de Sociologia**. Globo, Porto Alegre, 1 ed., 1970.

4 SICHES, Luís Recaséns. **Nueva Filosofía de La Interpretación Del Derecho**. Editorial Porrúa, México, 2ª ed. p. 26, 1973.

5 Muito tem sido escrito nos últimos oitenta anos para mostrar que a aplicação da lei não consiste uma operação lógica dedutiva, ou pelo menos que não é apenas isto. Em muitos lugares, mas especialmente na Alemanha, França, nos países britânicos, América Latina e nos Estados Unidos, juristas eminentes, teóricos e mesmo os práticos, de muitas diferentes escolas, têm sustentado que o Direito não é um mero assunto de lógica, nem deve ser.

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. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 231.



Neste cenário, o juiz assume, inevitavelmente, o protagonismo da criação, não imaginado pelos precursores do positivismo jurídico. Não imaginado, porque, consoante doutrina Norberto BOBBIO:

[...] o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato⁷.

Contudo, Mauro CAPPELLETTI eleva o direito ao patamar de “ciência social” que, diferentemente de outras ciências, não está em condições de desenvolver-se artificialmente em “provetas de laboratório”⁸.

Com efeito, CAPPELLETTI explica que o filósofo e jurista Jeremy Bentham usou há mais de século e meio a expressão “direito judiciário” para definir (e condenar) o fato de que, no ordenamento inglês, “embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito”⁹.

A condenação verberada por Jeremy Bentham quanto ao papel criativo do juiz consistia no fato de o togado, ao assim agir, criar insegurança jurídica, na obra em questão retratada como incerteza, obscuridade e confusão.

Não obstante, o próprio Bentham “era consciente que nem mesmo a completa codificação teria eliminado inteiramente do caminho o direito judiciário”¹⁰. Mas o que ele nunca poderia talvez prever, como comenta CAPELLETTI foi que:

[...] paradoxalmente, justamente na época que lhe sucedeu, e especialmente no século passado, o próprio fenômeno da impressionante expansão do direito legislativo – tanto nos países de ‘Common Law’ quanto nos de ‘Civil Law’ – consistiu uma das principais causas ulterior do fenômeno da geral, e não menos impressionante, expansão no mundo moderno também do ‘direito judiciário’ e assim do papel criativo dos juízes¹¹.

Nesse contexto de expansão da atividade legiferante, “o Juiz, como intérprete que é, é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outras pessoas, os legisladores”¹².

Deflui-se daí, portanto, o objetivo deste artigo de acentuar o inevitável protagonismo do juiz, pelo que, ao interpretar a norma, faz-se escolhas e escolha significa discricionariedade que

7 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Ícone, São Paulo, p. 135, 1995.

8 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, p. 20, 1999.

9 CAPPELLETTI. **Juízes Legisladores?**, p. 17.

10 CAPPELLETTI, **Juízes Legisladores?**, p. 18.

11 CAPPELLETTI, **Juízes Legisladores?**, p. 18.

12 CAPPELLETTI, **Juízes Legisladores?**, p. 22.



exige não apenas argumentos da lógica matemática, formal e abstrata, “mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia”¹³, tudo com o propósito de criar a norma individual.

2 O PARANINFO E O FORMALISMO JURÍDICO

Na obra “O Juiz”, de Edgard de Moura BITTENCOURT, Desembargador de Justiça do Estado de São Paulo, com o título “Juiz Humano”, o autor inaugura o capítulo correspondente discorrendo sobre a mensagem passada por um professor aos formandos do curso de Direito da Universidade de São Paulo, quando advertiu os alunos para que desconfiem do juiz humano, cuja figura enalteceu como elemento negativo na ordem jurídica e jurisdicional. Ao magistrado – resumia o orador – “cabe apenas a tarefa de cumprir a lei, deixando seus possíveis defeitos para reexame e reformulação pelo próprio legislador”¹⁴.

Embora sem acesso ao conteúdo integral desse discurso, o excerto acima descrito autoriza concluir que o aspecto de fundo foi inspirado, fundamentalmente, na célebre obra de Montesquieu, “O Espírito das Leis”, porque dela emana a ideia de que o juiz, no cenário jurídico, deve ser uma figura inanimada que deve representar “a boca que profere as palavras da lei” (*la bouche de la loi*)¹⁵.

Outra questão de base do texto discursado, por certo, também reside em um dos pontos fundamentais da doutrina de Hans Kelsen, destacado na obra de Dimitri DIMOULIS, quando discorre que:

[...] como cidadão, o magistrado até pode negar a obediência, quando discorda de determinadas normas jurídicas e regimes políticos, ou seja, quando considera que o direito positivo é contrário ao seu ideal de justiça. Isto não pode, porém, ser feito no âmbito das funções que o Estado lhe delegou. Manter uma adequada separação de papéis (juiz e cidadão) é o que apregoa a denominada “teoria da interpretação distanciada do direito”¹⁶.

Fazendo coro a esses autores, e como forma, ainda, de compreender o discurso do paraninfo, outro ponto importante da doutrina positivista, agora estudada por Norberto BOBBIO, aponta como uma das suas características elementares o problema da interpretação (entendendo-se o termo “interpretação” em sentido muito lato, de modo a compreender toda atividade científica do jurista: interpretação *stricto sensu*, integração, construção, criação do sistema).

Segundo BOBBIO:

13 CAPPELLETTI, **Juízes Legisladores?**, p. 33.

14 BITTENCOURT, Edgard de Mora. **O Juiz**. Campinas: Millennium, 3ª ed., p. 93, 2002.

15 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

16 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo, moralismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo: RT, vol. 769, pp. 25-26, 1999.



[...] o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica)¹⁷.

Este foi o ponto nevrálgico escolhido pelos opositores do positivismo jurídico para desencadear a contraofensiva e que gerou logo um debate acalorado, alcunhado pelos alemães de “batalha dos métodos” (Methodenstreit)¹⁸.

Com aquele discurso retratado na obra “O Juiz”, o orador da turma sustentou a crença segundo a qual a norma jurídica positivada desponta como proposição lógica capaz de conter, por si mesma, a fórmula cósmica ou divina de sanar todos os problemas que emergem dos aspectos práticos do ordenamento jurídico, por meio do mecanismo da dedução racional, daí a razão, talvez, desse cerceamento ao juiz verberado pelo tribuno.

Não obstante, essa linha de pensamento passou por significativa mudança e hoje parece superada. Sem prejuízo, assim, da retomada mais adiante do tema com mais profundidade, entende-se prudente deixar consignado mesmo neste primeiro capítulo a ideia de que o juiz atual deve tomar o cuidado de não se despir de sua formação como agente político e se atentar para que, na árdua tarefa de julgar, não afaste o caráter axiológico intrínseco ao texto normativo.

Nas palavras de Hebert HART:

[...] o dogma da subsunção é insustentável. A aplicação do direito é – também – um trabalhar criativamente a lei. A lei é apenas a possibilidade do direito. Só na aplicação ao caso concreto ela se torna direito real. O direito é histórico. À margem do processo metódico de descoberta do direito aplicável não pode existir uma correção objetiva do direito¹⁹.

De notar, vênia pela franqueza, o quanto o discurso do paraninfo tem como pano de fundo cercar a liberdade do juiz de criar o direito para o caso concreto.

Dá-lo-emos um passo muito atrás para melhor entendimento do assunto proposto neste artigo.

3 UM BREVE PASSAR PELO CONTEXTO HISTÓRICO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Depois de traçar as relações entre direito natural e direito positivo e concluir que este último concentra toda categoria de direito, que fez desaparecer o jusnaturalismo – este sintetizado por São Paulo como “a lei escrita por Deus no coração dos homens”²⁰ –, Norberto BOBBIO discorre sobre o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado, que não se contenta

17 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, p. 133, 2006.

18 O filósofo americano Morton G. White, falecido em 27 de maio de 2016, descreve esse momento como “a revolta contra o formalismo”, em sua obra: *Pensamento Social na América: a revolta contra o formalismo* (Viking, 1949).

19 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

20 BOBBIO. **O Positivismo Jurídico**. 1995, p. 25.



apenas em concorrer para a criação do direito, mas também quer ser o único a estabelecê-lo, ou diretamente por meio da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária.

Com a formação do Estado moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica feita por Ehrlich em sua obra *La logica dei Giuristi*, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias sobretudo segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural), possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado. As demais regras são descartadas e não mais aplicadas nos juízos: eis porque, com a formação do Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados de mesmo nível; eis porque sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado) é tido como o único verdadeiro direito²¹.

Mais adiante, o acatado autor não nega a sobrevivência do direito natural nas concepções jusfilosóficas do realismo do século XVIII em razão das lacunas do direito, no que se denominou como onipotência do legislador, na medida em que ele próprio teria deixado de regulamentar determinadas relações ou situações.

Assim descreve BOBBIO:

[...] enquanto os juspositivistas para serem coerentes até o fim, excluindo o recurso ao direito natural, negaram a própria existência das lacunas, os escritores do século XVII e do século XVIII não a negam absolutamente e afirmam, ao contrário, que em tal caso o juiz deve resolver a controvérsia aplicando o direito natural. Esta solução é perfeitamente lógica para quem admite que o direito positivo se funda (através do Estado e do contrato social que faz surgir este último do estado da natureza) no direito natural: vindo, aliás, a faltar o primeiro, é evidente que deve ser aplicado o segundo. Para usar imagens, diremos que o direito positivo não destrói, mas sim recobre, ou submerge o direito natural; se, portanto, há um “buraco” no direito positivo, através deste se vê aflorar o direito natural; ou, se preferir, a submersão do direito natural não é total, porque, acima do nível do direito positivo, algumas ilhotas ainda afloram²².

Na parte introdutória de sua obra, Chaim PERELMAN faz uma abordagem sobre a ideia de direito natural, como um sistema de justiça válido sempre e em toda parte, cujo ideal de universalidade de direito, destaca o professor da Universidade de Bruxelas, opuseram-se três teses associadas aos nomes de Hobbes, Rousseau e Montesquieu.

Na visão de Thomas Hobbes (1588-1679):

[...] o direito não é a expressão da razão mas uma vontade do Soberano. Na tese hobessiana, exposta no *Leviatã* (1651), o direito natural, ou seja, o direito que reina na natureza, não é mais do que a lei da selva onde a luta pela vida é permanente. Mas este

21 BOBBIO. **O Positivismo Jurídico**. 1995, p. 29.

22 BOBBIO. **O Positivismo Jurídico**. 1995, p. 42.



estado de guerra de todos contra todos torna-se, com o passar do tempo, insuportável para seres humanos que, dispondo de forças mais ou menos equivalentes, jamais estarão seguros de que outro homem não será capaz de matá-los ou de escravizá-los.²³

Para se evitar, assim, os inconvenientes e os deletérios efeitos do estado de guerra permanente, decidiu-se criar o Estado e neles depositar “suas forças reunidas à disposição do Soberano, encarregado de manter a paz entre os cidadãos e de protegê-los contra os ataques exteriores”²⁴, além de exigir o estrito cumprimento da lei por ele criada.

É somente graças ao direito positivo, que determina os direitos e as obrigações de cada um, que a ideia de justiça adquire um sentido preciso. Antes do estado de sociedade a ideia de justiça não tinha conteúdo, pois no estado de natureza cada um era livre para fazer o que fosse capaz de impor pela força. Isso explica a famosa frase de Hobbes: “auctoritas non veritas facit legem” (a autoridade, não a verdade, faz a lei)²⁵.

Diferente de Hobbes que atribuiu todo o poder a um Soberano, Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778) deposita o direito nas mãos do povo, que pode fazer e aplicar as leis e, para tanto, os homens estabelecem um pacto social para evitar a injustiça e o estado de guerra.

Na célebre obra “O Contrato Social”, o autor em questão, ao discorrer sobre o surgimento das primeiras sociedades, deixa bem clara a ideia de não identificar o Soberano como ser ideal voltado ao interesse comum.

Para ROUSSEAU:

[...] é a família o primeiro modelo das sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai, o povo a imagem dos filhos, e havendo nascido todos livres e iguais, não alienam a liberdade a não ser em troca da sua utilidade. Toda a diferença consiste em que, na família, o amor do pai pelos filhos o compensa dos cuidados que estes lhe dão, ao passo que, no Estado, o prazer de comandar substitui o amor que o chefe não sente por seus povos²⁶.

Conforme PERELMAN:

[...] é a sociedade jurídica organizada, por sua vontade geral, oposta a vontades particulares dos cidadãos, que decide o justo do injusto, promulga leis do Estado e designa aqueles que, em conformidade com estas leis, executarão as vontades da nação, administrarão o Estado e distribuirão Justiça²⁷.

O Direito para Rousseau, assim, é o produto de uma vontade política. O poder legislativo toma decisões que devem ser respeitadas, não existindo aqui uma instância de controle, como no jusnaturalismo, que possa examinar se este direito é ou não correto. É por isso, em resumo, que se afirma que Rousseau é um positivista.

23 PERELMAN. Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., p. 18, 2004.

24 PERELMAN. **Lógica Jurídica**, p. 19.

25 PERELMAN. **Lógica Jurídica**, p. 19.

26 ROUSSEAU. Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Editora Cultrix, p. 22.

27 PERELMAN. **Lógica Jurídica**, p. 19.



Finalmente, outro opositor que afasta a ideia de um direito natural universal é Charles de Montesquieu (1689-1755). Este sustenta que as leis seguem costumes de cada povo e o papel do legislador seria o de tornar positivas as relações de justiça que cada um não poderia deixar de perceber, se não fossem os interesses particulares suscetíveis de confundir tal percepção.

Explicando a linha de pensamento de Montesquieu, PERELMAN aduz que não há nada “mais perigoso do que a concentração de todos os poderes nas mãos de um só, pois haveria o risco de ele impor leis que visassem essencialmente não a proclamar o que é justo, mas a considerar como legal o que favorece seu próprio interesse²⁸”.

Como forma de estancar a possibilidade desse abuso, Montesquieu preconiza, como ideal político, a doutrina da separação de poderes, mas mesmo aqui, com a independência do poder legislativo, é possível concluir que as leis não terão alcance universal, haja vista a relação que devem ter com a constituição de cada governo, os costumes, o clima, o comércio, enfim, as leis deverão se adaptar às sociedades que têm de reger.

É preciso agora estabelecer um limite nessa síntese histórica das origens do positivismo jurídico, representada pelos autores acima nominados que espelham uma parcela dos seus precursores, para retomar o tema da insuficiência desse sistema de reger todos os problemas e da necessidade do papel criativo do juiz (humano), a considerar, sobremaneira, que a sociedade é, por sua natureza, dinâmica, desequilibrada e, mais ainda, conflitiva, saltando por meio de suas próprias contradições, tanto em grau microssocial quanto a nível macrossocial.

4 A (IN)CAPACIDADE DO POSITIVISMO E O PAPEL CRIATIVO DO JUIZ

“As leis não bastam. Os lírios não nascem das leis”. Esse verso recitado por Carlos Drummond de Andrade é sinalizador. Leva-nos à reflexão, sejamos juristas ou não...

Dalmo de Abreu DALLARI sugere que a atitude de apego exagerado às formalidades legais, sem preocupação com a justiça, “é uma herança do positivismo jurídico e que, por sua vez, foi uma aplicação muito degenerativa de um preceito muito antigo, enunciado por Platão e desenvolvido por Aristóteles²⁹”, segundo o qual “um governo de leis é melhor do que um governo dos homens³⁰”.

Impõe-se aqui, também, abrir um parêntese para um breve retrocesso, que se faz necessário para compreender que a função do juiz, mesmo no passado distante do período romano, sempre esteve além de mecanizar a aplicação da lei.

Acentua Michel VILLEY que “o *Digesto* foi por muito tempo o melhor meio de que se dispunha para o conhecimento do direito da época clássica³¹”. Segue o autor citado, esclarecendo

28 PERELMAN. **Lógica Jurídica**. p. 21.

29 DALLARI. Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, pp. 80-81, 1996.

30 O tema pode ser mais bem estudado na obra de Norberto Bobbio: **O Futuro da Democracia, uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra Política, 3ª ed., 1987.

31 VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., p. 59, 2007.



que o *Digesto* era uma coletânea “composta com ordem”, calcada, pois, “na introdução de manuais redigidos na época clássica para a educação dos juristas³²”, daí a origem da codificação.

Já se dizia desde então que, mesmo sem previsão no *Digesto*, o direito (*jus*) também era decretado por um magistrado. Neste sentido, pondera VILLEY:

[...] se continuarmos a leitura do texto de Paulo, nele aprenderemos que também é qualificado de *jus* o “direito honorário” (*jus honorarium*) decretado por um magistrado, seja qual for o valor mostrado por suas decisões: “Diz-se que o pretor também ministra o direito, mesmo quando sua decisão não é conforme à *aequitas*: não porque o pretor se tenha conduzido assim, mas por causa do que normalmente convém ao pretor fazer³³”.

Sem subestimar o papel das leis em Roma, VILLEY concluiu que “não se poderia sustentar que as sentenças sejam deduzidas das leis, que os fundadores da ciência jurídica tenham fechado o direito num sistema legislativo. As leis e o direito constituem esferas distintas (ainda que possam se interferir)³⁴”.

Como dito por um dos autores do *Digesto* (o jurista Paulo), “[...] a função da regra é descrever brevemente uma realidade. Assim, não é o direito que deve ser tirado da regra, mas, do direito que existe, deve ser tirada a regra (*Regula est quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula jus sumatur sede x jure quod est regula fiat*)³⁵”.

Finalmente, outro ponto importante, ainda extraído do *Digesto*, sugere que “toda definição jurídica é aleatória, presta-se a ser refutada. Periodicamente, deve-se pô-la outra vez à prova da discussão. Para além das regras, acima dos textos está a realidade do direito³⁶”.

Decorre daí, então, duas premissas estruturais que esclarecem a verdadeira natureza do papel criador do juiz. A primeira é a de que a função do juiz não é simplesmente aplicar o direito ao caso concreto, mas, de um modo mais abrangente, proporciona também o regramento dos conflitos e dos litígios entre sujeitos de direito. A segunda é a de que, se esse é o seu papel, o juiz é necessariamente e naturalmente um órgão criador de direito.

Nessa perspectiva, Hamilton Elliot AKEL, apoiado em Herzog, apregoa que:

[...] se voltarmos a um passado mais longínquo, podemos afirmar que a função jurisdicional preexistiu à função legislativa: o juiz precedeu o legislador. Existiam julgamentos antes que existissem leis. E a história nos revela que as civilizações mais antigas mantiveram essa mesma concepção. No direito romano, por exemplo, considerava-se que o papel do juiz era fazer justiça e compor os litígios que surgissem entre os sujeitos de direito. O direito canônico e o antigo direito da Europa Continental adotaram essa mesma concepção que atribuía ao juiz o dever de dizer a justiça, de determinar os direitos e as obrigações das partes na causa e precisar com equidade o que cabia a cada um³⁷.

32 VILLEY. **O Direito e os Direitos Humanos**, p. 59.

33 VILLEY. **O Direito e os Direitos Humanos**, p. 63.

34 VILLEY. **O Direito e os Direitos Humanos**, p. 64.

35 VILLEY. **O Direito e os Direitos Humanos**, p. 66.

36 VILLEY. **O Direito e os Direitos Humanos**, p. 67.

37 AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norma Individual**. São Paulo: Saraiva, p.121, 1995.



Mário Guimarães, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, em sua obra “O Juiz e a Função Jurisdicional”, reconhece de início que o papel do juiz, seguindo a ideia positivista, consiste basicamente em obedecer à lei, ainda que dela discorde, ainda que lhe pareça injusta.

Para GUIMARÃES:

[...] é um constrangimento que o princípio da divisão dos poderes impõe ao aplicador. Seria o império da desordem se cada qual pudesse, a seu arbítrio, suspender a execução da norma votada pelos representantes da nação. Lembremo-nos, ainda uma vez, de que todo o poder emana do povo e que o povo cometeu aos membros da assembleia, e não a juizes, a tarefa de formular as regras jurídicas que o hão de governar. Admitir possa o magistrado tornar prevaletente a sua opinião, contra a exarada, por modo lúcido, no texto, fora superpor a sua vontade individual, à da maioria parlamentar, nas democracias, ou à do ditador, nos regimes discricionários³⁸.

Entretantes, mais adiante e aprofundando o seu pensamento, ele defende que juiz, porém, “não deve permanecer acastelado na doutrina tradicional, a praticar o quebra-cabeça das regras de hermenêutica, para descobrir a vontade do legislador³⁹”.

Sua tese é sustentada com base na Lei de Introdução do Código Civil, que determina ao juiz, na aplicação da lei, o dever de atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, certo que o magistrado deve ter em mente que o direito visa o bem-estar do povo, o respeito às liberdades individuais, o progresso da nação, a paz social.

Dentro desse critério, “pode o juiz colaborar com o legislador, melhorando, lapidando, valorizando a lei. Não lhe será lícito, porém, assestar baterias contra ela. Não poderá ir para o norte quando o texto legal, certa ou erradamente, lhe haja indicado o sul⁴⁰”.

Mais adiante, GUIMARÃES arremata:

[...] por mais sábio que seja o legislador, por mais previdente ou por mais casuísta, não poderá nunca prever toda a variedade de relações sobre as quais vai recair a lei. Surgirá, possivelmente, um novo matiz, uma circunstância tal que permitirá, na extensão do preceito ao fato a interferência do intérprete para a invocação aos fins sociais. Sobretudo, se com a aplicação rígida da lei, em sua interpretação gramatical ou lógica chegar a resultado absurdo. A lei tem por si a presunção de bom senso. Mas ainda assim, não substituirá o intérprete a sua opinião à que conste do texto. Procurará apenas a concordância entre as palavras e o fim da lei, dando prevalência a este. No trabalho de adaptação é que se desenvolve o esforço ciclópico do juiz. Deve o magistrado manter-se fiel à lei, procurando, todavia, sem destruí-la, ajustá-la aos fatos sociais. Por essa forma, leis obscuras ou ambíguas, sob o influxo da jurisprudência, perdem os vícios que lhes tolham o desenvolvimento, e tornam-se, de plantas mofinas, em árvores frondosas. A ação do juiz as vivifica⁴¹.

38 GUIMARÃES, Mário. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, p. 330, 1958.

39 GUIMARÃES. **O Juiz e a Função Jurisdicional**, p. 331.

40 GUIMARÃES. **O Juiz e a Função Jurisdicional**, p. 331.

41 GUIMARÃES. **O Juiz e a Função Jurisdicional**, p. 333.



Parece certo que o papel criador e fecundante do juiz consiste em dar sentido preciso ao texto da lei e aos termos nela empregados. “Cada vez que o juiz determina o sentido e o alcance preciso e adequado das expressões utilizadas pelo direito escrito e as informa, está a exercer uma atividade criativa”⁴².

Não há como negar, ainda, que, embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, a intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século.

Nesse sentido, pondera CAPELLETTI:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes⁴³.

É importante deixar registrado que o juiz, em razão de sua própria função, ao contrário do que disse Lord Diplock, mencionado na obra de Mauro Cappelletti, não está constrangido a agir como legislador.

Para CAPELLETTI, “os juízes estão constrangidos a ser criadores do direito, *law-makers*. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores⁴⁴”.

Segue-se, assim, em remate, que o juiz completa a obra do legislador, certo que a construção judicial é um complemento necessário da construção legislativa ou, como pontua Carré de Malberg, citado na obra de AKEL⁴⁵, “o direito não significa somente, por parte do juiz, constatar e declarar o direito legal, mas consiste também, algumas vezes, em criar um direito novo”.

Finalmente, como acentua CARDOZO, “o juiz, mesmo quando é livre, não é totalmente livre. Ele não inova por prazer. Ele busca sua inspiração em princípios consagrados. Ele exerce a discricionariedade informado pela tradição, metodizado pela analogia, disciplinado pelo sistema, e subordinado à necessidade primordial de ordem na vida social⁴⁶”.

42 AKEL. **O Poder Judicial e a Criação da Norma Individual**, p.123.

43 CAPELLETTI. **Juízes Legisladores?**, p. 42.

44 CAPELLETTI. **Juízes Legisladores?**, pp. 73-74.

45 AKEL. **O Poder Judicial e a Criação da Norma Individual**, p.125.

46 CARDOZO, Benjamin. *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*. Ajuris, 3ª ed., p. 134, 1978.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é o juiz humano o personagem que subverte o Direito, mas que, ao contrário, o anima e o acelera para não se esvaziar de sua função social.

É esse, enfim, o perfil de juiz que contribui para o progresso social da sociedade, fazendo avançar o Direito no rumo da liberdade, igualdade e fraternidade, que é um ideal universal e não apenas da nação francesa.

Como disse Warlomont, no livro de Edgar MOURA⁴⁷, no capítulo que trata de “Justiça e Humanidade”:

[...] é a virtude que conduz o magistrado a não se abstrair de sua condição de criatura compreensiva de seus semelhantes, renunciando a reclamar deles, em desatenção às conjunturas, aquilo que, em princípio, a lei não teria reclamado. A assimilação como a vida modela as inspirações e orienta as normas.

Ou ainda, nas palavras de Antoine GARAPON, “o juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiaram à justiça a guarda de seus juramentos⁴⁸”.

Era esse, sem ufanismo, o tom do último conselho que deveria ser transmitido pelo paraninfo aos acadêmicos que colaram grau naquele dia de prestígio e regozijo.

REFERÊNCIAS

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. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 231.

AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norma Individual**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O Juiz**. Millennium. Campinas, 3ª Ed., 2002.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999.

CARDOZO, Benjamin. **A Natureza do Processo e a Evolução do Direito**. Ajuris, 3ª ed., 1978.

47 BITTENCOURT. O Juiz, p. 89.

48 GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2ª ed., p. 27, 2001.



DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo, moralismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo: RT, vol. 769, 1999.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: O guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2ª ed., 2001.

GUIMARÃES, Mário. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Editora Cultrix, 1986.

SICHES, Luís Recaséns. **Nueva Filosofía de La Interpretación Del Derecho**. Editorial Porrúa, México, 2ª ed. 1973.

SICHES, Luís Recaséns. **Tratado de Sociologia**. Globo, Porto Alegre, 1 ed., 1970.

VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 2007.





JURISDIÇÃO INOVADORA: ESTUDO SOBRE OS CONCEITOS DE INOVAÇÃO, LEGAL DESIGN, VISUAL LAW, DESIGN THINKING, LABORATÓRIOS DE INOVAÇÃO E CENTROS DE INTELIGÊNCIA

Caroline Bündchen Felisbino Teixeira



**JURISDIÇÃO INOVADORA:
ESTUDO SOBRE OS CONCEITOS DE INOVAÇÃO,
LEGAL DESIGN, VISUAL LAW, DESIGN THINKING, LABORATÓRIOS
DE INOVAÇÃO E CENTROS DE INTELIGÊNCIA**

***INNOVATIVE JURISDICTION:
STUDY ON THE CONCEPTS OF INNOVATION,
LEGAL DESIGN, VISUAL LAW, DESIGN THINKING,
INNOVATION LABORATORIES AND INTELLIGENCE CENTERS***

Caroline Bündchen Felisbino Teixeira¹

Resumo

Ao institucionalizar do uso da inovação e da inteligência e com o declarado objetivo de trabalhar a Agenda 2030 no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário e impôs aos órgãos do Poder Judiciário a implementação de uma política de gestão da inovação e a instituição de laboratórios de inovação, ou espaços similares. Este artigo cuida da inovação judicial e dos conceitos técnicos que a cercam. Com o escopo de compreender o significado dos termos “Inovação”, “Legal Design”, “Visual Law”, “Design Thinking”, “Laboratórios de Inovação” e “Centros de Inteligência”, foram pontuados aspectos destacados de cada um desses signos e, ao final, apresentados os seus conceitos operacionais.

Palavras-chave: *Legal design*. Laboratórios de inovação. Centros de inteligência.

Abstract

By institutionalizing the use of innovation and intelligence and with the declared objective of working on the 2030 Agenda within the Judiciary, the National Council of Justice instituted the Innovation Management Policy within the Judiciary and imposed on the Judiciary Branches the implementation of an innovation management policy and the establishment of innovation laboratories, or similar spaces. This paper addresses judicial innovation and the technical concepts that surround it. In order to understand the meaning of the terms “Innovation”, “Legal Design”, “Visual Law”, “Design Thinking”, “Innovation Laboratories” and “Intelligence Centers”, highlighted aspects of each of those were punctuated and, at the end, its operational concepts are presented.

Keywords: *Legal design*. Innovation laboratories. Intelligence centers.

¹ Aluna do programa de dupla titulação do Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí (Univali, Itajaí/SC, Brasil) e do Curso de Doctorado em Derecho de La Universidad de Alicante (UA, Alicante, Espanha). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali, Itajaí/SC, Brasil). Master os Laws pela Widener Law School (Wilmington/DE, Estados Unidos da América). Aluna do Curso de Especialização em Jurisdição Inovadora da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Especialista em Gestão do Poder Judiciário e em Ciências Penais, com habilitação para magistério superior. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.



1 INTRODUÇÃO

A título de promoção dos direitos humanos, os Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) adotaram, em 2015, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável², que consiste em um apelo universal à ação para erradicar a pobreza, proteger o planeta e melhorar a vida e as perspectivas das pessoas ao redor do mundo. O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) n. 16, da Agenda 2030, nominado Paz, Justiça e Instituições Fortes (*Peace, Justice and Strong Institutions*), parte do pressuposto de que o estado de direito e os sistemas de justiça justos, eficazes e humanos são facilitadores e peças fundamentais para o desenvolvimento sustentável³. O Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC) oferece assistência prática e incentiva abordagens transnacionais para apoiar os Estados-membros na implementação da Agenda 2030⁴.

Já em 2019, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou seu laboratório de Inovação, Inteligência e ODS, como “forma de institucionalizar o uso da inovação e da inteligência” e “com o objetivo de trabalhar a Agenda 2030 no âmbito do Poder Judiciário, contribuindo, assim, com o Plano Estratégico do Poder Judiciário e com a melhoria das políticas públicas”⁵. A Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário é atualmente regulada pela Resolução n. 395, de 7 de junho de 2021, que impõe aos órgãos do Poder Judiciário a implementação de uma política de gestão da inovação e a instituição de laboratórios de inovação, ou espaços similares⁶.

O presente artigo tem como objeto a inovação judicial e os conceitos técnicos que a cercam. O seu objetivo é compreender o significado dos termos “Inovação”, “*Legal Design*”, “*Visual Law*”, “*Design Thinking*”, “Laboratórios de Inovação” e “Centros de Inteligência” e definir os seus conceitos operacionais. Para tanto, o artigo está dividido em seis itens, todos nomeados em correspondência a cada um desses conceitos que se buscam compreender e definir. O relatório se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados os conceitos operacionais identificados.

2 UNITED NATIONS. **The Sustainable Development Agenda**. Disponível em: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda>>. Acesso em 5 mar. 2022.

3 UNITED NATIONS. **Goal16: Peace, Justice and Strong Institutions**. Disponível em: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/peace-justice/>>. Acesso em 5 mar. 2022.

4 UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime. **About the United Nations Office on Drugs and Crime**. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/about-unodc/index.html>>. Acesso em 5 mar. 2022.

5 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **LIODS CNJ – Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/agenda-2030/liods-cnj-laboratorio-de-inovacao-inteligenica-e-ods/>>. Acesso em 5 mar. 2022.

6 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ n. 395, de 7 de junho de 2021**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3973>>. Acesso em 5 mar. 2022.



Quanto à Metodologia empregada, na Fase de Investigação⁷ foi utilizado o Método Indutivo⁸, na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano⁹, e o Relatório dos Resultados é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente¹⁰, da Categoria¹¹, do Conceito Operacional¹² e da Pesquisa Bibliográfica¹³.

2 INOVAÇÃO

O CNJ, por meio da Resolução n. 395, de 7 de junho de 2021¹⁴, instituiu aquilo que nominou “Política de Gestão da Inovação, no âmbito do Poder Judiciário”. A intenção declarada no artigo 1º da resolução é o aprimoramento das atividades dos órgãos judiciários “por meio da difusão da cultura da inovação, com a modernização de métodos e técnicas de desenvolvimento do serviço judiciário, de forma coletiva e em parceria”. O conceito de Inovação foi definido pelo Conselho no artigo 2º nos seguintes termos:

Para fins desta Resolução, considera-se inovação a implementação de ideias que criam uma forma de atuação e geram valor para o Poder Judiciário, seja por meio de novos produtos, serviços, processos de trabalho, ou uma maneira diferente e eficaz de solucionar problemas complexos encontrados no desenvolvimento das atividades que lhe são afetas.

7 “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

8 “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 114.

9 O Método Cartesiano divide-se em quatro etapas, que podem ser resumidas como duvidar, dividir, ordenar e revisar. Descartes recomenda ao estudioso despojar-se de todas as certezas, resolver cada problema separada e ordenadamente, do mais simples para o mais complexo, e revisar suas conclusões para consertar omissões. Discorrendo sobre esses quatro passos: “O primeiro consistia em nunca aceitar como verdadeira qualquer coisa sem a conhecer evidentemente como tal; isto é, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção; não incluir nos meus juízos nada que se não apresentasse tão clara e tão distintamente ao meu espírito que não tivesse nenhuma ocasião para o pôr em dúvida. O segundo, dividir cada uma das dificuldades que tivesse de abordar no maior número possível de parcelas que fossem necessárias para melhor as resolver. O terceiro, conduzir por ordem os meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, gradualmente, até ao conhecimento dos mais compostos, e admitindo mesmo certa ordem entre aqueles que não se prendem naturalmente uns aos outros. E o último, fazer sempre enumerações tão completas e revisões tão gerais que tivesse a certeza de nada omitir. Essas longas cadeias de razões, inteiramente simples e fáceis, de que os geômetras costumam servir-se para chegar às suas mais difíceis demonstrações tinham-me sugerido que todas as coisas que podem cair sob o conhecimento do homem se encadeiam da mesma maneira e que, contanto que simplesmente nos abstenhamos de aceitar como verdadeira nenhuma que o não seja, e que observemos sempre a ordem necessária para as deduzir umas das outras, nenhuma pode haver tão afastadas a que não se chegue por fim, nem tão ocultas que não se descubram”. (DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de Nilton de Macedo. Mimética, 2019. Edição do Kindle. posição 603)

10 “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 69.

11 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 41.

12 “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

13 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 217.

14 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ n. 395, de 7 de junho de 2021**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3973>>. Acesso em 5 mar. 2022.



O artigo 2º, IV, da Lei n. 10.973/2004¹⁵, em sua redação original, no entanto, já definia, para os efeitos daquela lei, Inovação como “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços”. Com a redação dada àquele dispositivo pela Lei n. 13.243/2016, o conceito de inovação foi modernizado:

IV – inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho.

Essa definição, a propósito, fora acolhida pelo CNJ na Resolução n. 347, de 13 de outubro de 2020¹⁶. Não se trata, portanto, de uma novidade, pois pelo menos desde 2004 já se tem um conceito operacional legal para o termo Inovação no Brasil.

Especificamente no que toca à inovação organizacional, Roberto Agune e José Antônio Carlos remetem ao Manual de Oslo, publicado pela Organização para Cooperação Econômica e de Desenvolvimento (OCDE), para afirmar que consiste em “mudanças orientadas para melhorar a qualidade e a eficiência do trabalho, acentuar a troca de informações e refinar a capacidade empresarial de aprender e lançar mão de conhecimentos e tecnologias que afetam o desempenho da entidade”¹⁷.

Daí a necessidade de pensar a inovação não somente no nível dos resultados produzidos e das ações adotadas para atingir esses resultados, mas também no nível da cultura organizacional, em que a inovação envolve um certo conjunto de atitudes e qualidades capazes de tornar a organização flexível e adaptável a novas circunstâncias. Dentre as inúmeras qualidades esperadas de uma organização inovadora, algumas das mais importantes são: a adaptabilidade a novas circunstâncias, a curiosidade e a criatividade para buscar novas soluções, a empatia para compreender bem as necessidades e os anseios do usuário e a agilidade para fazer as alterações necessárias em tempo hábil.¹⁸

Com efeito, a Inovação está no centro da transformação do serviço público impulsionada pelo movimento cunhado de Nova Gestão Pública (*New Public Management*), que instiga o Estado à oferta de um serviço público que traga resultados efetivos, eficazes e eficientes para o cidadão. O Judiciário, nesse contexto, é desafiado a introduzir profundas mudanças gerenciais, organizacionais e de serviços na sua estrutura burocrática, que lhe permitam não apenas acompanhar as grandes

15 BRASIL. **Lei n. 10.973, de 2 de dezembro de 2004**. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em 5 mar. 2022.

16 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ n. 347, de 13 de outubro de 2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3518>>. Acesso em 5 mar. 2022.

17 AGUNE, Roberto; CARLOS, José Antônio. Radar da Inovação: o que os governos precisam enxergar. In: GREGÓRIO, Álvaro; et. al. Inovação no Judiciário: conceito, criação e práticas do primeiro laboratório de inovação do poder judiciário. São Paulo: Blucher, 2019. p. 21-40. p. 30.

18 LIMA, Caio Moysés de. Laboratórios de Inovação e Tecnologia. In: PICCOLI, Ademir Milton; et. al. **Inovação judicial: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto**. Coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi e Marco Bruno Miranda Clementino. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/livro-inovacao-judicial/>>. Acesso em 5 mar. 2022. p. 107-142. p. 111.



transformações decorrentes das revoluções digitais e dos avanços exponenciais da tecnologia¹⁹, mas também “a agregação de uma espécie de valor judicial, com foco direcionado ao jurisdicionado, em busca de uma jurisdição mais humana, democrática, transparente, sustentável e solidária”²⁰.

No âmbito do Poder Judiciário, a finalidade da inovação é aprimorar a prestação jurisdicional. Ainda que no setor público, diferentemente do que ocorre na esfera privada, a falta de inovação não ponha em risco a existência das organizações, ela pode abalar profundamente a sua legitimidade, que é a substância vital das instituições em uma democracia. Sem inovação, a instituição pública pode vir a tornar-se uma estrutura vazia, que não cumpre o seu papel e se torna irrelevante. A inovação no Poder Judiciário é, portanto, tão importante quanto no setor privado. Magistrados e servidores devem esforçar-se por manter os serviços judiciários alinhados com as necessidades dos cidadãos, o que requer ações de melhoria tanto na área-fim quanto na área-meio. No primeiro caso, a inovação opera diretamente na atividade jurisdicional e nos serviços cartorários e, no segundo caso, ela se dá pelo aperfeiçoamento de atividades administrativas de apoio.²¹

Os princípios da inovação judicial foram objeto do artigo 3º da Resolução CNJ n. 395, de 7 de junho de 2021. São eles: cultura da inovação; foco no usuário; participação; colaboração; desenvolvimento humano; acessibilidade; sustentabilidade socioambiental; desenvolvimento sustentável; desburocratização; e transparência.

Marco Bruno Miranda Clementino, no entanto, propõe outro conjunto de princípios específicos da inovação judicial: i) princípio da horizontalidade (princípio do tamborete), que exige um lugar de fala e de escuta aos indivíduos que precisam ser ouvidos; ii) princípio da gestão judicial democrática, que impõe ao gestor saber ouvir; iii) princípio da cocriação judicial, que confere legitimidade social a construções coletivas de soluções judiciais; iv) princípio da colaboração judicial, que remete à consciência quanto à importância desse agir coletivo diante da complexidade do fato social; v) princípio da independência judicial compartilhada, que afasta a ideia segundo a qual a independência judicial exige uma postura isolacionista do juiz; vi) princípio da racionalidade experimental, que dá legitimidade à postura indutiva na transformação da realidade; vii) princípio da flexibilidade e da adaptabilidade, que faz ceder o formalismo; viii) princípio da desburocratização, cuja nomenclatura é autoexplicativa; ix) princípio da cultura de simplicidade, que se aplica inclusive à linguagem e aos meios de documentação dos atos processuais; x) princípio da cultura digital judicial, que leva à compreensão do processo não mais como um acúmulo de documentos, mas como um meio de gestão inteligente de dados; xi) princípio da comunicação judicial empática e inclusiva, que impõe seja repensada a linguagem sob a perspectiva do jurisdicionado; xii) princípio da diversidade e da polifonia de ideias, pois

19 ZANONI, Luciana Oritz Tavares Costa. A Mudança Cultural da Gestão Judicial: inovação como base da busca da excelência do serviço público. *In*: GREGÓRIO, Álvaro; *et. al.* **Inovação no Judiciário**: conceito, criação e práticas do primeiro laboratório de inovação do poder judiciário. São Paulo: Blucher, 2019. p. 41-58.

20 CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Princípios da Inovação Judicial. *In*: PICCOLI, Ademir Milton; *et. al.* **Inovação judicial: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto**. Coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi e Marco Bruno Miranda Clementino. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/livro-inovacao-judicial/>>. Acesso em 5 mar. 2022. p. 29-56. p. 44-45.

21 LIMA, Caio Moysés de. Laboratórios de Inovação e Tecnologia. p. 112.



a postura excludente não permite agregar valor; xiii) princípio da sustentabilidade, que leva a pensar as consequências às gerações futuras; e xiv) princípio da centralidade no jurisdicionado, matriz filosófica dos demais²².

O autor afirma serem pressupostos da inovação judicial: a concepção da jurisdição como um serviço (não como um lugar); a resignificação de práticas tradicionais para agregação de valor a esse serviço; a remodelagem do serviço jurisdicional de forma centrada no jurisdicionado, para que se entregue a jurisdição de forma menos burocrática e mais humanizada; e o escopo de proporcionar a melhor experiência possível ao jurisdicionado (mesmo que não seja acolhida a pretensão deduzida na lide)²³.

3 LEGAL DESIGN

O Design pode ser definido como uma ciência voltada para a resolução de problemas. Na prática, orienta a espécie de processo criativo que se utiliza de metodologias concebidas para criar soluções úteis, simples e econômicas, mas sempre com centralidade nas necessidades do ser humano destinatário do processo, produto ou serviço²⁴. Os processos de Design envolvem algumas etapas: imersão, análise, ideação, prototipagem/testagem e implementação, todas com o objetivo de identificar, experimentar e solucionar a dor do cliente, do que resulta uma solução de qualidade, empática e colaborativa²⁵. Seus três pilares são a empatia, a colaboração e a experimentação²⁶. O designer visa a transformar necessidades em demandas, inclusive aquelas necessidades latentes que as pessoas sequer sabem ter²⁷.

Já Design Jurídico, *Legal Design* ou *Judicial Design* é a aplicação do Design no mundo do Direito, ou uma nova abordagem que permite redesenhar a forma como os problemas jurídicos são resolvidos²⁸. Como ensina Margaret Hagan em sua obra pioneira intitulada “*Law By Design*”, o *Legal Design* é uma forma de se tornar os serviços jurídicos mais centrados no ser humano, tanto nas pessoas que precisam do Poder Judiciário para resolver os seus problemas quanto nas que trabalham dentro dele²⁹. Ensina Clementino que “o *Legal Design* está diretamente atrelado à inovação judicial e consiste na sua dimensão metodológica”³⁰.

22 CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Princípios da Inovação Judicial. p. 47-51.

23 CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Princípios da Inovação Judicial. p. 45-46.

24 LIMA, Caio Moysés de. Laboratórios de Inovação e Tecnologia.

25 KATHLEEN, Chrys; PACHECO, Daniela; BARCI, Heloísa. Lab de Inovação: praticando a metodologia do *Legal Design* e aplicando no ensino jurídico. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 257-280.

26 COELHO, Lilian de Souza Oliveira. Legal Design e Visual Law – casos práticos. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 109-122.

27 LEONEL, Guilherme; LIMA, Juliana. A Importância do Usuário. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 15-30.

28 COELHO, Alexandre Zavaglia; BATISTA, Cynara de Souza. Design de Serviços Jurídicos. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 57-74.

29 HAGAN, Margaret. **Law By Design**. Disponível em: <<https://lawbydesign.co/>>. Acesso em 5 mar. 2022.

30 CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Legal Design no Poder Judiciário. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 319-340.



Aprender a pensar como designer não significa ser um designer e abandonar o Direito ou todo o conhecimento técnico adquirido até então. Fomos buscar nessa ciência social uma nova forma de solucionar problemas com foco no ser humano, procurando enxergar as necessidades do usuário com um olhar mais empático e construir as soluções mais adequadas ao que de fato ele precisa. Um ambiente mais acolhedor e adaptado às necessidades das pessoas que irão utilizá-lo, uma forma mais simples de explicar os direitos dessas pessoas e de permitir que elas entendam e se sintam compreendidas para auxiliarem na construção da solução de seus problemas.³¹

Luciana Ortiz Tavares Costa Zanoni, ao tratar do Design Jurídico, afirma que a Agenda 2030 é “a Carta de Compromisso Global mais audaciosa de todos os tempos, que convida à empatia, à inovação e às parcerias para as nações alçarem esse projeto em efetiva sustentabilidade social e ambiental”³². Segundo Zanoni:

Nesse contexto, para implementar o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16: Paz, Justiça e Instituições Eficazes, para promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis, os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem adotar medidas inovadoras construídas a partir de imersões nos problemas, cocriação e parcerias para implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que se traduz em adoção de medidas inovadoras para a implementação da agenda de Direitos Humanos Global³³.

É por isso que, para a autora, o Estado, ao inovar, deve colocar a pessoa no centro desse movimento, de forma que se compreendam as necessidades e expectativas dos usuários do serviço público, sem perder de vista as diferenças sociais, o que propiciará a formulação e a implementação de políticas públicas direcionadas à minimização das assimetrias sociais e à correção da histórica desigualdade social brasileira. São os ditames da “Nova Governança Pública” (NPG), modelo de administração que privilegia a cidadania ativa e inclui efetivamente o destinatário da política pública na sua implementação.

4 VISUAL LAW

O Direito, assim como o Design, também é centrado nas pessoas. Por isso, o conteúdo dos atos processuais há de ser comunicado com o menor ruído possível³⁴. Entretanto, “A linguagem dos

p. 331.

31 COELHO, Lilian de Souza Oliveira. *Legal Design e Visual Law – casos práticos*. p. 120.

32 ZANONI, Luciana Ortiz Tavares Costa. *Direitos Humanos e Inovação no Setor Público: Sincronismos para um pacto global de igualdade e solidariedade*. In: PICCOLI, Ademir Milton; et. al. **Inovação judicial: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto**. Coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi e Marco Bruno Miranda Clementino. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/livro-inovacao-judicial/>>. Acesso em 5 mar. 2022. p. 315-348. p. 316.

33 ZANONI, Luciana Ortiz Tavares Costa. *Direitos Humanos e Inovação no Setor Público: Sincronismos para um pacto global de igualdade e solidariedade*. p. 337-338.

34 MEDEIROS, André. *Metodologia Aplicada ao Legal Design*. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design: teoria e prática**. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 123-146.



documentos jurídicos é complexa, com jargões técnicos e de difícil compreensão. A comunicação entre as partes depende de um conhecimento jurídico, dificultando a mensagem para o usuário final: o cliente³⁵. Foi justamente diante da necessidade de se aprimorar a forma da comunicação e as habilidades de argumentação no Direito que emergiu o *Visual Law*.

O *Visual Law* é uma subárea do *Legal Design*, cujo objetivo é facilitar o acesso do usuário à informação e assegurar que ele alcance o completo entendimento da função e dos caminhos do processo³⁶. É que “exibições visuais podem exercer uma influência especialmente forte em tomadas de decisão”³⁷, pois “As imagens, mais do que as palavras, transmitem significado por meio da lógica associativa, que opera em grande parte subconscientemente por meio de seu apelo emocional”³⁸. Ademais, “como evidências científicas desempenham um papel cada vez maior nas disputas jurídicas, o implemento visual permite que advogados e outros especialistas apresentem seus casos mais eficazmente para testemunhas, juízes e jurados”³⁹.

Noutros termos, o pensamento visual é maleável porque as imagens mentalizadas pelas pessoas não são armazenadas como fac-símiles, fotos, palavras ou frases. O cérebro assimila representações visuais (ou *percepts*). Quando as pessoas reconstróem “imagens mentais”, seus pensamentos são deflagrados conforme lhes é exigido pela tarefa e pela situação respectiva. À luz dessas características de percepção visual e formulação do pensamento, considerar alguns fatos a partir de propensões visuais, em contraste com as puramente verbais, pode afetar decisões de pensamento e julgamentos. Imagens de todos os tipos, ainda que em movimento – a partir de diagramas – tendem a ter um maior impacto do que as expressões não visuais sobre a mesma quantidade de informações, pois imagens tendem a ser mais “vivas”. As exibições visuais podem transmitir mais informações do que apenas palavras e permitir que os visualizadores entendam mais. Por exemplo, matrizes espaciais, gráficos e diagramas podem mostrar relacionamentos entre dados que permaneceriam obscuros se os dados permanecessem em forma de notação tabular. Da mesma forma, as reconstruções de eventos animadas por um software visual podem representar com clareza e precisão pequenas, mas legalmente significativas, mudanças dentro de um determinado período de tempo (como as posições relativas e velocidades dos veículos antes de uma colisão).⁴⁰

O próprio Conselho Nacional de Justiça recomenda a utilização de recursos de *Visual Law* na Resolução n. 347, de 13 de outubro de 2020, que “Dispõe sobre a Política de Governança das Contratações Públicas no Poder Judiciário”. Consoante dispõe o parágrafo único de seu artigo 32, “Sempre que possível, dever-se-á utilizar recursos de visual law que tornem a linguagem de todos

35 TELLES, Camilla. Experiência do Usuário (User Experience) e Legal Design. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 193-210. p. 193.

36 KATHLEEN, Chrys; PACHECO, Daniela; BARCI, Heloísa. Lab de Inovação: praticando a metodologia do *Legal Design* e aplicando no ensino jurídico.

37 SOUZA, Leonardo Sathler de. *Visual Law* e o Direito. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. *Legal Design*: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 87-108. p. 101.

38 SOUZA, Leonardo Sathler de. *Visual Law* e o Direito. p. 102.

39 SOUZA, Leonardo Sathler de. *Visual Law* e o Direito. p. 99.

40 SOUZA, Leonardo Sathler de. *Visual Law* e o Direito. p. 101.



os documentos, dados estatísticos em ambiente digital, análise de dados e dos fluxos de trabalho mais claros, usuais e acessíveis”. Já no anexo da resolução, em que são apresentadas definições, restou conceituado o *Visual Law* como “subárea do Legal Design que utiliza elementos visuais tais como imagens, infográficos e fluxogramas, para tornar o Direito mais claro e compreensível⁴¹”.

É possível o recurso ainda a outros elementos visuais, como QR codes, ícones, cores, ilustrações etc.⁴² Assim, abrem-se diversas outras possibilidades para exploração na prática de atos processuais para além do formato tradicional de texto corrido digitado.

5 DESIGN THINKING

Como visto, Design é ciência que orienta uma espécie de processo criativo que se utiliza de metodologias concebidas para criar soluções úteis, simples e econômicas, mas sempre com centralidade nas necessidades do ser humano destinatário do processo, produto ou serviço.

Já *Design Thinking* é apenas uma dessas metodologias, aplicável a qualquer área do conhecimento. A metodologia de *Design Thinking* consiste em um processo bastante iterativo e de passos bem definidos, os primeiros destinados à problematização (passo 1: entender o problema; passo 2: definir o problema) e os últimos à solução (passo 3: ideação; passo 4: prototipação; passo 5: teste)⁴³. Segundo Gabriela Dourado, o *Design Thinking* é:

Um processo iterativo, o que significa que sempre que avançamos um passo, olhamos para o que fizemos para alinhar o projeto de acordo com as descobertas feitas ao longo do caminho e outras alterações que julgarmos necessárias. No *design thinking* o escopo é móvel, o que significa que o foco original provavelmente não será o mesmo ao fim do processo, pois ele se adequará às mudanças e iterações que fizemos. Ele nos permite errar, aprender com os erros e, assim, consertá-los. Dessa forma, chegamos a um protótipo final mais assertivo, para então testá-lo e iterar novamente⁴⁴.

No mais, existem outras metodologias de que se utiliza o Design, como as metodologias ágeis⁴⁵ *scrum*, *lean* e *sprint*, por exemplo. De fato, “Embora esta seja uma metodologia de design para prototipação e resolução de problemas recomendável, ela não é necessária para a execução

41 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ n. 347, de 13 de outubro de 2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3518>>. Acesso em 5 mar. 2022.

42 CALANZA, Bruno; CALANZA, Tales. Como aplicar o Visual Law na Prática. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. Legal Design: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 379-400.

43 NYBØ, Erik Fontenele. Legal Design: a aplicação de recursos de design na elaboração de documentos jurídicos. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. Legal Design: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 3-14.

44 DOURADO, Gabriela. Design Thinking: Por que utilizar? In: GREGÓRIO, Álvaro; et. al. Inovação no Judiciário: conceito, criação e práticas do primeiro laboratório de inovação do poder judiciário. São Paulo: Blucher, 2019. p. 79-94. p. 81.

45 “Em termos conceituais, as metodologias ágeis convergem não apenas pela velocidade de execução, mas por também por não exigirem volumosa documentação, promoverem intensa interação de equipes e emprestarem uma ou outra técnica e ferramentas entre si” (GREGÓRIO, Álvaro. Um Laboratório de Inovação no Judiciário: porque e o que. In: GREGÓRIO, Álvaro; et. al. Inovação no Judiciário: conceito, criação e práticas do primeiro laboratório de inovação do poder judiciário. São Paulo: Blucher, 2019. p. 59-78. p. 64)



do legal design. Afinal, é uma metodologia dentre várias outras disponíveis⁴⁶. Um projeto em *Visual Law* por exemplo, se conduzido por um só designer, não utilizará o *Design Thinking* como ferramenta de desenvolvimento. Logo, se o *Design Thinking* não é a única metodologia da qual se utiliza o *Legal Design* para a solução de problemas do universo jurídico, é equivocado dizer que *Legal Design* é o *Design Thinking* do Direito⁴⁷.

Impõe-se registrar, contudo, que o *Design Thinking* é a ferramenta mais utilizada nos Laboratórios de Inovação do Poder Judiciário, “porque incorpora todas as características essenciais dos laboratórios, a saber, a multidisciplinaridade, a experimentação, a resolução de problemas complexos e o foco no usuário”⁴⁸.

6 LABORATÓRIOS DE INOVAÇÃO

O CNJ criou seu Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS (LIODS/CNJ), como “forma de institucionalizar o uso da inovação e da inteligência” e “com o objetivo de trabalhar a Agenda 2030 no âmbito do Poder Judiciário, contribuindo, assim, com o Plano Estratégico do Poder Judiciário e com a melhoria das políticas públicas”⁴⁹. Atualmente regulado pela Resolução n. 395, de 7 de junho de 2021, compete ao LIODS/CNJ, segundo o artigo 7º:

I – construir soluções, mediante métodos inovadores, ágeis e práticas colaborativas, que envolvem pesquisa, exploração, ideação, realização de pilotos, prototipagem e testes estruturados, para problemas ou necessidades relacionadas às atividades do Poder Judiciário; II – mapear os programas e os projetos desenvolvidos pela Rede de Inovação do Poder Judiciário, inclusive ligados à pauta global da Agenda 2030; III – estabelecer parcerias com outros Laboratórios de Inovação para o desenvolvimento de atividades conjuntas; IV – incentivar a produção de pesquisas, artigos e estudos sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) no Poder Judiciário, previamente validados pela Secretaria Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica (SEP), com o apoio técnico do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ); V – abrir espaço para a participação cidadã na concepção de projetos inovadores no Poder Judiciário ou que contribuam para a efetividade da Agenda 2030; VI – incentivar a inovação mediante o uso de informações de georreferenciamento, inteligência geográfica e geoespacial; e VII – disseminar entre as unidades do CNJ o conhecimento de métodos inovadores, ágeis e práticas colaborativas.⁵⁰

Consoante adverte Caio Moysés de Lima, “Um dos equívocos mais comuns é acreditar que toda inovação deve necessariamente envolver tecnologia. Outro equívoco é pensar que a inovação

46 NYBØ, Erik Fontenele. *Legal Design: a aplicação de recursos de design na elaboração de documentos jurídicos*. p. 8.

47 LIMA, Caio Moysés de. *Laboratórios de Inovação e Tecnologia*.

48 LIMA, Caio Moysés de. *Laboratórios de Inovação e Tecnologia*. p 118.

49 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **LIODS CNJ – Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/agenda-2030/liods-cnj-laboratorio-de-inovacao-inteligencia-e-ods/>>. Acesso em 5 mar. 2022.

50 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ n. 395, de 7 de junho de 2021**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3973>>. Acesso em 5 mar. 2022.



tecnológica deve partir da área técnica⁵¹: A inovação busca aumentar a satisfação do ser humano e promover melhorias em benefício da coletividade. Para tanto, nem sempre é necessário empregar inovações tecnológicas, que são apenas instrumentos, assim como o são técnicas inovadoras de administração e de organização do trabalho que podem não guardar qualquer relação com tecnologia.

Os Laboratórios de Inovação do Poder Judiciário oferecem “um lugar de fala e escuta para aqueles que desejam exprimir inquietudes e apresentar soluções concretas em benefício de uma instituição mais democrática e centrada no jurisdicionado”⁵², sejam elas relacionadas ou não à tecnologia. Não há, portanto, necessidade de se integrar a área técnica da instituição para ter voz em um Laboratório de Inovação. Em verdade, não há sequer necessidade de se integrar a instituição, pois a participação cidadã é não só permitida, como também estimulada. São espaços que “permitem reunir pessoas das mais diversas áreas, com diferentes formações e visões de mundo, o que proporciona pontos de vista distintos e enriquecedores sobre os problemas”⁵³.

Tendo como características fundamentais a experimentação e a iteração, não se busca em um Laboratório de Inovação evitar o erro, mas sim errar cedo e barato. Também não cuidam os Laboratórios de Inovação de problemas simples, mas sim daqueles para os quais não há uma solução óbvia ou fácil. No mais, não se trata de ambiente de tomada de decisões e prática de atos de gestão, de modo que o princípio da legalidade estrita não amarra as mãos dos laboratoristas.

7 CENTROS DE INTELIGÊNCIA

Os Centros de Inteligência do Poder Judiciário são espaços qualificados de conexão e compartilhamento, vocacionados para confluência e implementação da inteligência organizacional (ou, em outras palavras, da inteligência coletiva disponível na organização, ou, ainda, do acervo dos conhecimentos dominados pelas pessoas que a integram), a partir de cuja coordenação é possível gerar novos conhecimentos e, mediante funcionamento em rede, aproveitar oportunidades com vistas à inovação na gestão de conflitos.

Conforme aduz Fabrício Castagna Lunardi:

A utilização da inteligência organizacional no âmbito do Poder Judiciário, para a atividade de gestão dos conflitos, possui um grande potencial para, a partir dos conhecimentos e informações, buscar caminhos e subsidiar tomadas de decisão, no sentido de identificar, mapear e resolver os conflitos com uma perspectiva macro, de forma extrajudicial se possível, como alternativas à solução judicial fragmentada.⁵⁴

51 LIMA, Caio Moysés de. Laboratórios de Inovação e Tecnologia. p. 108.

52 CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Legal Design no Poder Judiciário. p. 332.

53 LIMA, Caio Moysés de. Laboratórios de Inovação e Tecnologia. p. 114.

54 LUNARDI, Fabrício Castagna. Inteligência Organizacional e Inovação no Poder Judiciário: a experiência do Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal. In: PICCOLI, Ademir Milton; et. al. **Inovação judicial**: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi e Marco Bruno Miranda Clementino. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/livro-inovacao-judicial/>>. Acesso em 5 mar. 2022. p. 490.



A Resolução CNJ n. 349, de 23 de outubro de 2020, dispõe sobre a criação do Centro de Inteligência do Poder Judiciário (CIPJ)⁵⁵, cujo objetivo é, nos termos do seu artigo 1º, “identificar e proporcionar tratamento adequado de demandas estratégicas ou repetitivas e de massa no Poder Judiciário brasileiro”. Dentre as competências atribuídas ao CIPJ, destacam-se a de atuação na prevenção do ajuizamento de demandas repetitivas ou de massa, na racionalização de procedimentos e no auxílio à internalização da norma jurídica construída em precedente de efeitos vinculantes (art. 2º). São, portanto, atividades de cunho administrativo, não jurisdicional.

[...] a par das atribuições conferidas pelo Conselho Nacional de Justiça, os Centros de Inteligência devem gerenciar dados, produzir informação e gerar conhecimento para a melhoria do desempenho da organização, a partir da criação de novas técnicas e metodologias para solução molecularizada de conflitos, planejamento estratégico, propositura de mudanças, busca de soluções inovadoras para problemas gerenciais e implementação de novos modelos de gestão de conflitos.⁵⁶

O artigo 4º da Resolução, em sua redação original, dispunha que os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais Regionais Federais deveriam criar e manter Centros de Inteligência locais, mas não definia qualquer prazo para o cumprimento da exigência. Essa definição veio com a edição da Resolução CNJ n. 374, de 19 de fevereiro de 2021, que alterou a redação do mencionado dispositivo a fim de impor aos tribunais o prazo de 60 dias para criação de seus respectivos Centros de Inteligência.

Felipe Albertini Nani Viaro explica que:

A atividade dos centros de inteligência se desenvolve através de um método de trabalho que se inicia com o monitoramento da litigiosidade ou de entraves à prestação jurisdicional, o que pode ocorrer inclusive com a ajuda de ferramentas tecnológicas, ou pela provocação de atores internos e externos. Uma vez identificados, os temas são afetados a relatores, que podem, por exemplo, expedir ofícios, propor ou realizar estudos, organizar reuniões e propor encontros e seminários, workshops ou audiências públicas contando com a colaboração de agentes externos que possam contribuir para o debate. Ao final, é editada uma nota técnica, que é encaminhada para aprovação do grupo decisório, e que se presta a documentar a análise realizada acerca de determinado tema e permitir sua divulgação e aderência⁵⁷.

Como ensina Taís Schilling Ferraz, problemas complexos são organismos vivos, razão pela qual não podem ser tratados de maneira cartesiana e simplesmente desmembrados com vistas a uma solução definitiva na tentativa de que se tornem mais administráveis por meio de ação sobre suas exterioridades⁵⁸.

55 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ n. 349, de 23 de outubro de 2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3547>>. Acesso em 5 mar. 2022.

56 LUNARDI, Fabrício Castagna. Inteligência Organizacional e Inovação no Poder Judiciário: a experiência do Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal. p. 492.

57 VIARO, Felipe Albertini Nani. Inteligência Judicial e Monitoramento de perfis de demanda: jurisdição em rede. In: PICCOLI, Ademir Milton; et. al. **Inovação judicial: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto**. Coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi e Marco Bruno Miranda Clementino. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/livro-inovacao-judicial/>>. Acesso em 5 mar. 2022. p. 439-466. p 448.

58 FERRAZ, Taís Schilling. Problemas Complexos são Organismos Vivos: a adoção da perspectiva sistêmica na atuação



Talvez por isso os meios colocados à disposição pela legislação processual não se tenham mostrado suficientes para tratar do problema de sobrecarga do Poder Judiciário, intimamente ligada à pulverização de demandas e à figura dos grandes litigantes. Nem mesmo os mecanismos da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, da sistemática dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas têm surtido grande efeito. Isso porque não impedem a reprodução de demandas na instância inicial, à qual incumbe tanto decidir o caso antes do represamento quanto, a partir de um novo parâmetro formado, julgar aqueles represados, além de executar o direito eventualmente reconhecido ao final. O processo coletivo é tampouco eficaz, por conta da necessidade de processamento de inúmeras habilitações⁵⁹.

Os Centros de Inteligência no Poder Judiciário emanaram da compreensão da “necessidade de se chegar à origem dos conflitos que provocavam demandas repetitivas”, visto que “A simples produção numérica de decisões acarretava uma eficiência paradoxal, pois quanto mais se produzia numericamente, mais demandas surgiam” e, além disso, “o tratamento individualizado de demandas que possuíam origem única gerava uma espiral de desigualdade, pois casos idênticos recebiam tratamentos diferentes”⁶⁰.

Problemas complexos devem ser abordados a partir de um pensamento sistêmico, que permita manter a noção intrínseca de conexão com o todo, pois se adaptam e modificam conforme estimulados pelo contexto e muitas vezes agem recursivamente, como que em um movimento espiral, agravando-se e assumindo a função da causa de si mesmos. É preciso, portanto, buscar por pontos de alavancagem e sobre eles realizar movimentos específicos que gerem reações orgânicas, em cadeia, desejáveis e monitoráveis. É justamente pela dificuldade de se localizarem esses pontos de alavancagem que se revela adequada a abordagem por inteligência coletiva propiciada pelos Centros de Inteligência⁶¹. Em exemplos práticos:

Avaliam-se, nos centros de inteligência, entre outras questões, os possíveis impactos da afetação, pelos tribunais superiores, de determinados temas para julgamento no modelo de precedentes vinculantes, seja no sobrestamento dos processos, seja na solução e futura prevenção de novos conflitos; mapeiam-se dificuldades práticas na interpretação e aplicação dos precedentes, sugerindo-se alternativas de solução que contribuam para o adequado funcionamento do modelo; captam-se movimentos incomuns, no ajuizamento

dos centros de inteligência. In: PICCOLI, Ademir Milton; et. al. **Inovação judicial**: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi e Marco Bruno Miranda Clementino. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/livro-inovacao-judicial/>>. Acesso em 5 mar. 2022. p. 413-438.

59 VIARO, Felipe Albertini Nani. Inteligência Judicial e Monitoramento de perfis de demanda: jurisdição em rede.

60 MORAES, Vânia Cardoso André de. Centros de Inteligência da Justiça Federal: um design organizacional que deu certo. In: PICCOLI, Ademir Milton; et. al. **Inovação judicial**: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi e Marco Bruno Miranda Clementino. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/livro-inovacao-judicial/>>. Acesso em 5 mar. 2022. p. 467-486. p. 470.

61 FERRAZ, Taís Schilling. Problemas Complexos são Organismos Vivos: a adoção da perspectiva sistêmica na atuação dos centros de inteligência.



de demandas, buscando-se alternativas para que conflitos possam ser solucionados sem necessidade de judicialização, ou possam ter fluxo facilitado de tramitação; detectam-se indicativos de que determinados procedimentos ou escolhas que vêm sendo feitas, dentro e fora do Judiciário, têm provocado maior judicialização ou litigiosidade interna, disseminando-se essa informação e propondo-se construção colaborativa de soluções; identificam-se situações em que a existência de entendimentos contraditórios esteja causando insegurança jurídica, propondo-se que alguns temas sejam afetados e julgados (ou mesmo revisitados), para uma maior integridade e coerência sistêmica na aplicação dos precedentes; detectam-se riscos, em determinados conflitos, de aumento do volume de recursos e rescisórias, propondo-se medidas de prevenção ou mesmo de modulação de efeitos.⁶²

Com efeito, “Se hoje as demandas se reproduzem em uma velocidade alarmante, o Poder Judiciário deve atuar com inteligência orgânica, sob pena de sermos todos soterrados por conflitos que nasceram, cresceram e não puderam ser solucionados em tempo razoável”⁶³.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, o conceito operacional de Inovação, no âmbito do Poder Judiciário, é aquele definido pelo CNJ no art. 2º da Resolução n. 395, de 7 de junho de 2021: é a implementação de ideias que criam uma forma de atuação e geram valor para o Poder Judiciário, seja por meio de novos produtos, serviços, processos de trabalho, ou uma maneira diferente e eficaz de solucionar problemas complexos encontrados no desenvolvimento das atividades que lhe são afetas.

Adiante, *Legal Design* é a aplicação do Design (uma ciência voltada para a resolução de problemas) na resolução de problemas afetos ao Direito e aos serviços judiciários. O *Visual Law*, por sua vez, é uma subárea do *Legal Design* que utiliza elementos visuais tais como cores, ícones, imagens, ilustrações, infográficos, fluxogramas e QR codes, tudo com o escopo de tornar o Direito mais claro e compreensível, conforme se extrai do anexo da Resolução CNJ n. 347, de 13 de outubro de 2020.

Já o *Design Thinking* é uma das metodologias utilizadas no processo criativo de Design concebidas para criar soluções úteis, simples e econômicas, mas sempre com centralidade nas necessidades do ser humano destinatário do processo, produto ou serviço. Como o *Design Thinking* não é a única ferramenta de Design passível de aplicação aos serviços jurídicos, é inadequado se referir ao *Legal Design* com a expressão redutora *Design Thinking* do Direito.

No que toca aos Laboratórios de Inovação no Poder Judiciário, são um lugar multidisciplinar de fala e escuta para aqueles que, integrantes ou não da instituição, desejam exprimir inquietudes e apresentar soluções concretas em benefício de uma Justiça mais democrática e centrada no jurisdicionado, em cujo âmbito, por experimentação e iteração, cuida-se de problemas – não necessariamente tecnológicos – para o quais não há uma solução óbvia ou fácil.

62 FERRAZ, Taís Schilling. Problemas Complexos são Organismos Vivos: a adoção da perspectiva sistêmica na atuação dos centros de inteligência. p. 420-421.

63 VIARO, Felipe Albertini Nani. Inteligência Judicial e Monitoramento de perfis de demanda: jurisdição em rede. p. 457.



Os Centros de Inteligência, por fim, consistem espaços qualificados de conexão e compartilhamento, vocacionados para confluência e implementação da inteligência organizacional (ou, em outras palavras, da inteligência coletiva disponível na organização, ou, ainda, do acervo dos conhecimentos dominados pelas pessoas que a integram), a partir de cuja coordenação é possível gerar novos conhecimentos e, mediante funcionamento em rede, aproveitar oportunidades com vistas à inovação na gestão de conflitos.

REFERÊNCIAS

AGUNE, Roberto; CARLOS, José Antônio. Radar da Inovação: o que os governos precisam enxergar. In: GREGÓRIO, Álvaro; et. al. **Inovação no Judiciário**: conceito, criação e práticas do primeiro laboratório de inovação do poder judiciário. São Paulo: Blucher, 2019. p. 21-40.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **LIODS CNJ – Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/agenda-2030/liods-cnj-laboratorio-de-inovacao-inteligenica-e-ods/>>. Acesso em 5 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ n. 347, de 13 de outubro de 2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3518>>. Acesso em 5 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ n. 349, de 23 de outubro de 2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3547>>. Acesso em 5 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ n. 395, de 7 de junho de 2021**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3973>>. Acesso em 5 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.973, de 2 de dezembro de 2004**. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em 5 mar. 2022.

CALANZA, Bruno; CALANZA, Tales. Como aplicar o Visual Law na Prática. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 379-400.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Legal Design no Poder Judiciário. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 319-340.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Princípios da Inovação Judicial. In: PICCOLI, Ademir Milton; et. al. **Inovação judicial**: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi e Marco Bruno Miranda Clementino. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/livro-inovacao-judicial/>>. Acesso em 5 mar. 2022. p. 29-56.



COELHO, Alexandre Zavaglia; BATISTA, Cynara de Souza. Design de Serviços Jurídicos. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 57-74.

COELHO, Lilian de Souza Oliveira. Legal Design e Visual Law – casos práticos. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 109-122.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de Nilton de Macedo. Mimética, 2019. Edição do Kindle.

DOURADO, Gabriela. *Design Thinking*: Por que utilizar? In: GREGÓRIO, Álvaro; et. al. **Inovação no Judiciário**: conceito, criação e práticas do primeiro laboratório de inovação do poder judiciário. São Paulo: Blucher, 2019. p. 79-94.

FERRAZ, Taís Schilling. Problemas Complexos são Organismos Vivos: a adoção da perspectiva sistêmica na atuação dos centros de inteligência. In: PICCOLI, Ademir Milton; et. al. **Inovação judicial**: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi e Marco Bruno Miranda Clementino. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/livro-inovacao-judicial/>>. Acesso em 5 mar. 2022. p. 413-438.

GREGÓRIO, Álvaro. Um Laboratório de Inovação no Judiciário: porque e o que. In: GREGÓRIO, Álvaro; et. al. **Inovação no Judiciário**: conceito, criação e práticas do primeiro laboratório de inovação do poder judiciário. São Paulo: Blucher, 2019. p. 59-78.

HAGAN, Margaret. **Law By Design**. Disponível em: <<https://lawbydesign.co/>>. Acesso em 5 mar. 2022.

KATHLEEN, Chrys; PACHECO, Daniela; BARCI, Heloísa. Lab de Inovação: praticando a metodologia do Legal Design e aplicando no ensino jurídico. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 257-280.

LEONEL, Guilherme; LIMA, Juliana. A Importância do Usuário. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 15-30.

LIMA, Caio Moysés de. Laboratórios de Inovação e Tecnologia. In: PICCOLI, Ademir Milton; et. al. **Inovação judicial**: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi e Marco Bruno Miranda Clementino. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/livro-inovacao-judicial/>>. Acesso em 5 mar. 2022. p. 107-142.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Inteligência Organizacional e Inovação no Poder Judiciário: a expe-



riência do Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal. In: PICCOLI, Ademir Milton; et. al. **Inovação judicial**: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi e Marco Bruno Miranda Clementino. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/livro-inovacao-judicial/>>. Acesso em 5 mar. 2022. p. 487-510.

MEDEIROS, André. Metodologia Aplicada ao Legal Design. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 123-146.

MORAES, Vânia Cardoso André de. Centros de Inteligência da Justiça Federal: um design organizacional que deu certo. In: PICCOLI, Ademir Milton; et. al. **Inovação judicial**: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi e Marco Bruno Miranda Clementino. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/livro-inovacao-judicial/>>. Acesso em 5 mar. 2022. p. 467-486.

NYBØ, Erik Fontenele. Legal Design: a aplicação de recursos de design na elaboração de documentos jurídicos. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 3-14.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

SOUZA, Leonardo Sathler de. *Visual Law* e o Direito. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 87-108.

TELLES, Camilla. Experiência do Usuário (*User Experience*) e Legal Design. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; et. al. **Legal Design**: teoria e prática. Coordenadores: José Juiz de Moura Faleiros Júnior e Tales Calanza; Indaiatuba: Foco, 2021. p. 193-210.

UNITED NATIONS. **Goal16**: Peace, Justice and Strong Institutions. Disponível em: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/peace-justice/>>. Acesso em 5 mar. 2022.

UNITED NATIONS. **The Sustainable Development Agenda**. Disponível em: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda>>. Acesso em 5 mar. 2022.

UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime. **About the United Nations Office on Drugs and Crime**. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/about-unodc/index.html>>. Acesso em 5 mar. 2022.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Inteligência Judicial e Monitoramento de perfis de demanda: jurisdição em rede. In: PICCOLI, Ademir Milton; et. al. **Inovação judicial**: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi e Marco Bruno Miranda Clementino. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados –





Enfam, 2021. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/livro-inovacao-judicial/>>. Acesso em 5 mar. 2022. p. 439-466.

ZANONI, Luciana Oritz Tavares Costa. A Mudança Cultural da Gestão Judicial: inovação como base da busca da excelência do serviço público. In: GREGÓRIO, Álvaro; et. al. **Inovação no Judiciário**: conceito, criação e práticas do primeiro laboratório de inovação do poder judiciário. São Paulo: Blucher, 2019. p. 41-58.

ZANONI, Luciana Oritz Tavares Costa. Direitos Humanos e Inovação no Setor Público: Sincronismos para um pacto global de igualdade e solidariedade. In: PICCOLI, Ademir Milton; et. al. **Inovação judicial**: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi e Marco Bruno Miranda Clementino. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/livro-inovacao-judicial/>>. Acesso em 5 mar. 2022. p. 315-348.





O DEVER DE AUXILIAR AS PARTES E A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

João Bastos Nazareno dos Anjos



O DEVER DE AUXILIAR AS PARTES E A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

THE DUTY TO ASSIST PARTS AND THE IMPARTIALITY OF THE JUDGE

João Bastos Nazareno dos Anjos¹

Resumo

O artigo tem por objetivo apresentar o debate acerca da compatibilidade entre o dever de auxiliar as partes e a imparcialidade do juiz. Inicialmente, expôs-se o fundamento constitucional do princípio da cooperação para, em seguida, analisarem-se os deveres que dele derivam, com ênfase sobre aqueles que recaem sobre o juiz. Por último, confrontou-se o dever de auxiliar as partes com o princípio da imparcialidade judicial.

Palavras-chave: Princípio da cooperação. Dever de auxílio. Imparcialidade.

Abstract

The article aims at presenting the debate about the compatibility between the duty to assist the parts and the impartiality of the judge. Firstly, the constitutional foundation of the principle of cooperation was exposed and, then, the duties that derived from it were analysed, focusing on judge's duties. Lastly, the duty to assist the parts was confronted with the principle of judicial impartiality.

Keywords: Principle of cooperation. Duty to assist. Impartiality.

¹ Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e pela Università Degli Studi di Perugia (UNIPG). E-mail: bastosnazareno@gmail.com



1 INTRODUÇÃO

Este estudo propõe-se a examinar a possibilidade de conciliação entre o dever de o magistrado auxiliar as partes no processo civil e o princípio da imparcialidade do juiz.

É tema de elevada importância, haja vista que o dever de auxílio, se mal aplicado, pode se tornar uma porta aberta para decisões arbitrárias e para o favorecimento de uma das partes.

Inicialmente, busca-se esclarecer que o princípio da cooperação encontra berço na garantia constitucional do contraditório, e que isso significa que a cooperação entre todos os sujeitos do processo sob a forma de “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft* ou *comunione del lavoro*) é condição para um processo efetivo e democrático.

Nesse sentido, discute-se o alcance do dever de cooperação à relação das partes entre si, e não apenas incidindo sobre a figura do magistrado, considerando o teor do artigo 6º do Código de Processo Civil e o entendimento doutrinário sobre o tema.

Outrossim, foram discriminados quatro deveres do juiz para, em seguida, questionar a constitucionalidade do dever de auxílio, procurando traçar os liames que divisam a busca legítima pelo processo de resultados efetivos e o aviltamento da equidistância que o juiz deve cultivar em relação às partes.

Com o fito de desenvolver a pesquisa, no que tange à metodologia, empregou-se o método indutivo na fase de investigação e o cartesiano, na etapa de tratamento de dados, e, por fim, na elaboração do texto, lançou-se mão da lógica indutiva².

2 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Malgrado o princípio da cooperação não tenha sido contemplado expressamente pelo Código de Processo Civil de 1973, ainda sob a égide deste diploma legislativo a doutrina³ já vislumbrava sua presença no ordenamento jurídico brasileiro e, sob o influxo da legislação e doutrina estrangeiras, delineou os principais atributos desse princípio, que veio a estampar o artigo 6º do CPC de 2015, desta vez, alçado à condição de norma fundamental do processo civil.

Antes do advento do CPC atual, já se entendia que o princípio da cooperação decorreria do princípio constitucional do contraditório, na medida em que este impõe, como condição para um processo justo, a garantia às partes de influenciar efetivamente na construção da decisão judicial, tendo seus argumentos considerados pelo magistrado, a quem é defeso prolatar decisões-surpresa⁴.

2 Sobre o tema: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 14 ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018.

3 Entre eles: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes**: aspectos terminológicos. Temas de direito processual. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, n. 137.

4 Sobre o tema, Cassio Scarpinella Bueno leciona que antes do CPC de 2015, “já era possível (e desejável) extrair a



Em 2015, no entanto, o legislador explicitou o princípio da cooperação no artigo 6º do CPC, ao estatuir que todos os sujeitos do processo “devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Demais disso, o CPC passou a abrigar diversos outros dispositivos que contêm manifestações concretas do dever de cooperar (v. g. artigos 139, IX; 317, 321, 357, §3º, 932, parágrafo único, 1.007, §7º etc.), a serem interpretados e aplicados de acordo com a norma geral que emana do artigo 6º.

Assim, o dispositivo do artigo 6º do CPC integra e dá sustentação ao atual modelo cooperativo de processo civil, que é, em síntese, uma maneira de estruturar e conduzir o processo, de modo a prestigiar o diálogo e a participação isonômica das partes e do magistrado, que, unidos, caminham rumo a uma decisão justa e efetiva⁵.

Nesse modelo de processo civil, são revistos os papéis desempenhados pelos sujeitos do processo na sua condução, emergindo uma nova divisão de trabalhos⁶, segundo a qual o magistrado opera ativamente no contraditório, em simetria com as partes, que têm sua participação revigorada, cabendo a elas não apenas cooperar com o juiz, mas também entre si.

Daí por que se reconhece que o princípio da cooperação dá origem a uma “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft* ou *comunione del lavoro*) constituída pelos sujeitos do processo que, em igualdade de condições, dialogam e agem de boa-fé com o mesmo objetivo, qual seja, a prestação da tutela jurisdicional efetiva.

Essa redistribuição de atribuições no cenário processual, cabe frisar, já era prevista antes da vigência do atual CPC, justamente porque já se identificava que o dever de colaboração seria uma imposição lógica do princípio do contraditório, na medida em que este não apenas obriga a ciência e faculta à parte a reação, mas também incute no processo o dever do diálogo⁷. Da necessidade de dialogar com as partes exsurge a possibilidade da efetiva influência na formação da convicção do juiz, bem como a vedação à prolação de decisões com base em argumentos sobre os quais as partes não puderam se manifestar.

cooperação dos princípios constitucionais do contraditório, do devido processo *constitucional* e da eficiência *processual* enfatizando o elemento de ampla *participação* (o devido na perspectiva constitucional) com vistas a *contribuir* não só para seu desenvolvimento, mas também para o proferimento das decisões e a satisfação do direito tal qual reconhecido” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 197-198).

5 Neste sentido: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil** – Do modelo ao princípio. 4ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 51. Daniel Mitidiero ainda defende que a paridade entre juiz e partes dura ao longo do período de condução do processo, cessando apenas no momento da decisão, em que a assimetria prepondera (**Colaboração no processo civil como prêt-à-porter?** Revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 194.).

6 Terminologia inicialmente empregada por José Carlos Barbosa Moreira em: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes**: aspectos terminológicos. Temas de direito processual. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35.

7 Candido Rangel Dinamarco leciona que a participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em atos de direção, de prova e de diálogo, confinando no passado a afirmação de que o contraditório seria exclusivamente abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. volume I. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 344-351).



Atento à importância de um ambiente processual equilibrado entre os sujeitos do processo, Arruda Alvim leciona que, sendo o processo uma conversação, um jogo argumentativo, deve o juiz, como partícipe desse jogo, dialogar com as partes, instaurando-se, assim, as bases democráticas do processo⁸

Essa ligação entre a cooperação e o processo democrático também é sobrelevada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que aponta a necessidade do diálogo entre o juiz e as partes para a formação de um processo democrático, e que “a sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo”⁹.

Com efeito, a conformação do processo que assegura a participação ativa de todos os seus sujeitos, inserindo o juiz na esfera dialogal do contraditório, tende a mitigar decisões autoritárias¹⁰, desde que a cooperação do magistrado seja permeada também pelos princípios da isonomia e da imparcialidade, porquanto essa colaboração do juiz não pode conferir tratamento desequilibrado em favor de uma das partes.

3 DOS DEVERES ORIUNDOS DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Diante da dificuldade em sistematizar os deveres processuais derivados do princípio da cooperação, Fredie Didier Junior defende a conveniência de se empregar as construções acerca dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado, extraíndo do dever de cooperação os deveres de esclarecimento, lealdade e proteção¹¹.

Segundo o Código de Processo Civil português, nos termos do artigo 7º, os magistrados, advogados e as partes devem cooperar entre si, visando a justa composição do litígio, ainda competindo, por exemplo, ao juiz auxiliar as partes quando estiverem diante de dificuldades para obter um documento de que dependa o exercício de faculdade¹².

Por sua vez, no direito alemão, o §139 da Zivilprozessordnung (ZPO) contém deveres dirigidos aos sujeitos do processo, notadamente em relação ao tribunal, de buscar esclarecimentos e de consultar as partes acerca de questões de fato e de direito, submetendo-as ao contraditório,

8 ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil**. 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 257-260.

9 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, n. 137, p. 17.

10 GOUVÊA, Lúcio Grassi de. **A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 172, p. 52.

11 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 23ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 175.

12 Artigo 7.º “Princípio da cooperação 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º. 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.



antes de serem consideradas na decisão¹³.

A respeito do §139 (2) da ZPO, José Carlos Barbosa Moreira aponta que ao tribunal, em princípio, é vedado fundamentar decisão com base em ponto de vista estranho ao das partes, “por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se”¹⁴.

Nesse mesmo sentido, em prestígio ao princípio do contraditório, trilha o Código de Processo Civil francês, no artigo 16, que impõe ao juiz o dever de instar as partes a manifestarem-se a respeito de questão que não tenha sido submetida ao crivo do contraditório, inclusive as questões suscitadas de ofício¹⁵.

Importa ter claro que, como visto, o CPC brasileiro, no artigo 6º, endereçou o dever geral de cooperação a todos os sujeitos do processo em suas relações estabelecidas na seara processual.

13 § 139: “Materielle Prozessleitung (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. Das Gericht kann durch Maßnahmen der Prozessleitung das Verfahren strukturieren und den Streitstoff abschichten. (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. (4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. (5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann”. Em tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “§139 – Condução material do processo. (1) o órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito”.

14 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão**. Temas de direito processual. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201.

15 Article 16. “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”. Em tradução de Eduardo Ferreira Jordão: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha previamente, intimado as partes a apresentar suas observações”.



Isso traz à tona uma divergência doutrinária a respeito da incidência do dever de cooperação às partes nas relações entre si.

Para parte da doutrina, o dever de cooperação não se aplicaria às partes nas relações entre si, uma vez que, como giza Daniel Mitidiero, ao contrário do que ocorre com o plano de direito material, do qual se originaram os estudos atinentes à boa-fé e seus respectivos deveres, no campo do direito processual pressupõe-se a ameaça ou a efetiva crise na realização do direito material. É que, quando inicia o processo, os interesses das partes já são divergentes, ao passo que, no plano do direito material, o escopo é único, qual seja, o adimplemento¹⁶.

Fernando da Fonseca Gajardoni perfilha esse posicionamento, ressaltando a impossibilidade de se impor às partes que cooperem entre si, a despeito de contrariar seus interesses processuais. Ademais, o autor destaca que se o ordenamento jurídico prevê sanções nos artigos 77 a 81 do CPC caso sejam aviltados os deveres éticos advindos do artigo 5º do CPC, inexistente previsão legal específica que obrigue as partes “a praticar ato que considerem não atender aos seus interesses processuais”¹⁷.

De outro lado, há autores que defendem que, apesar de ostentarem interesses contrapostos, as partes têm, sim, deveres entre si e que elas devem cooperar a fim de obter uma decisão de mérito justa e efetiva¹⁸.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que “não se trata de colaboração no sentido de fornecer informações ou simplesmente não atuar com má-fé”, e que todos os sujeitos do processo devem operar de maneira colaborativa para que o processo alcance o seu objetivo¹⁹.

Com entendimento semelhante, Fredie Didier elenca algumas manifestações dos deveres de cooperação das partes entre si, como: o dever de redigir a demanda com clareza e coerência (dever de esclarecimento); o de não litigar de má-fé e observar o princípio da boa-fé processual (dever de lealdade); o de não causar danos à parte adversa (dever de proteção)²⁰.

Por sua vez, Cassio Scarpinella Bueno defende que todos devem cooperar entre si, inclusive os advogados do autor e do réu, de modo que não criem empecilhos um para o outro, devendo observar deveres de sigilo e de probidade profissional.

16 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil** – Do modelo ao princípio. 4ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 70-71.

17 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários ao Código de Processo Civil**: perspectivas da magistratura. Coordenação Silas Silva Santos et. al. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

18 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 399; BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 198; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 24.

19 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 18ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 56-57.

20 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 23ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 175.



Além disso, o autor arrola como exemplos de deveres das partes entre si, sob a perspectiva do princípio da cooperação²¹:

(...) dever de declinar o endereço para o qual as intimações deverão ser encaminhadas, atualizando-o ao longo do processo (art. 77, V); na viabilidade genérica de realização de “negócios processuais” (art. 190); na possibilidade de os advogados efetivarem intimações ao longo do processo (art. 269, § 1º); na identificação consensual das questões de fato e de direito pelas partes e sujeito à homologação judicial (art. 357, § 2º); e na escolha em comum, pelas partes, do perito para realização da chamada “perícia consensual” (art. 471) (...)”

Dado o atual modelo de processo civil, em que o processo só pode ser considerado como democrático caso se apresente como uma seara de disputa leal, transparente e nutrida pelo diálogo franco entre todos os que figuram no processo, não parece razoável amputar o princípio da cooperação apenas para excluir as relações das partes entre si.

Em verdade, as partes devem, além de comportar-se com boa-fé, agir de maneira colaborativa umas com as outras, sem, obviamente, o propósito de ajudar a outra a satisfazer o direito material afirmado em juízo, mas, unicamente, mirando contribuir para que o processo alcance o melhor resultado possível, qual seja, a decisão de mérito.

Isto é, não se trata de ajudar o adversário a vencer, litigando contra os próprios interesses, mas de colaborar de boa-fé para que o processo seja conduzido da maneira mais célere e efetiva possível.

3.1 Dos deveres decorrentes do princípio da cooperação em relação ao juiz

No que tange ao magistrado, como já visto, sua postura ativa no desenvolvimento do contraditório é essencial para o bom funcionamento do modelo cooperativo de processo, que pressupõe a chamada “comunidade de trabalho”.

Para tanto, é imprescindível a identificação de quais seriam os deveres do juiz decorrentes do princípio da cooperação, tarefa que tem sido levada a cabo pela doutrina com fundamento nos ensinamentos do professor português Miguel Teixeira de Sousa, que lista os deveres de prevenção, esclarecimento, consulta e auxílio.

Segundo o dever de prevenção, o juiz tem que prevenir as partes a respeito do uso inadequado do processo, eventuais deficiências ou insuficiências de alegações ou pedidos, para que sejam arredadas, a fim de viabilizar decisão que resolva o mérito²².

21 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 198.

22 SOUSA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, n. 86, p. 176-177.



No CPC, é possível encontrar manifestações específicas do dever de prevenção do juiz em diversos dispositivos, como nos artigos 76, *caput*; 139, IX, 317, 321 e 932, parágrafo único.

Convém notar que a tônica desse dever reside no prestígio à resolução do mérito, competindo ao juiz, por exemplo, não apenas, laconicamente, informar à parte a existência de algum defeito ou irregularidade capaz de dificultar o julgamento de mérito, mas, sim, descrever de forma específica qual seria esse defeito.

Não se pode confundir essa forma de cooperação com a quebra da imparcialidade do juiz, porquanto o propósito da cooperação é unicamente propiciar o exame do mérito, não importando qual parte se beneficiará com a prolação da decisão.

Segundo o dever de esclarecimento, cumpre ao juiz buscar esclarecimentos junto às partes, sempre que houver dúvidas que recaiam sobre alegações e pedidos veiculados no processo, vale dizer, o juiz tem que tomar providências para dissipar eventuais obscuridades contidas em manifestações das partes²³.

Assim, por exemplo, é vedado ao magistrado simplesmente indeferir um requerimento ininteligível deduzido pela parte, sem antes conferir-lhe oportunidade de tornar compreensível o pleito.

Como exemplos de dispositivos do CPC que expressam o dever de esclarecimento, pode-se citar os artigos 139, VIII e 357, §3º.

Note-se que, no caso do interrogatório, referido no artigo 139, VIII, conforme leciona Renato Beneduzi, o CPC possibilita que o juiz tenha contato direto com a realidade dos fatos, autorizando que, por exemplo, diante de um pedido de concessão de tutela de urgência, em que os fatos estiverem confusos, “é razoável que o juiz determine o interrogatório da parte, de modo a esclarecer os pontos que não lhe parecerem claros antes de decidir”²⁴.

Tenha-se presente que o dever de esclarecimento contribui para a materialização da “comunidade de trabalho”, porquanto desloca o juiz da posição de mero espectador para a de participante ativo no diálogo com as partes²⁵.

23 SOUSA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, n. 86, p. 176.

24 BENEDEZI, Renato. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 70 ao 178. Dir. Luiz Guilherme Marinoni. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, v. II, p. 296.

25 Nesse sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Os três modelos de direito processual**: inquisitivo, dispositivo e participativo. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 198, p. 219. José Carlos Barbosa Moreira leciona que a tendência de dar maior realce ao papel do juiz corresponde a um fortalecimento do caráter publicístico do processo civil, de modo que o interesse do Estado na atuação correta do ordenamento jurídico se sobrepõe ao interesse das partes. Adiciona ainda ser antiga a visão de “duelo” entre as partes, ao qual o juiz assistia como simples espectador, e que tal perspectiva deve ceder passo para uma visão de processo voltada à realização da justiça (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **As bases do direito processual civil**. Temas de direito processual. Primeira Série. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 11).



Isso fica mais claro ainda na parte final do artigo 357, §3º, do CPC, que disciplina a audiência de saneamento e organização (ou saneamento cooperativo), que há de ser realizada em cooperação com as partes, quando a causa apresentar complexidade fática ou jurídica, “oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

Ao designar uma audiência de saneamento e organização, o juiz tem a chance de, a partir do contato direto com as partes, sanar dúvidas acerca de suas alegações, entendendo melhor as nuances de cunho fático e jurídico do processo, municiando-se de melhores subsídios para definir os pontos controvertidos e as provas a serem produzidas.

O dever de consulta impõe que o magistrado colha junto às partes informações acerca de matéria de fato ou de direito sobre a qual aquelas ainda não tenham se pronunciado, de modo que as decisões judiciais só podem basear-se em fundamentos submetidos ao crivo do contraditório²⁶.

Em síntese, o juiz, observando o princípio do contraditório²⁷, deve ouvir as partes sobre as questões fáticas e jurídicas relevantes do processo, não lhe sendo permitida a prolação de decisão-surpresa, a fim de resguardar, assim, o poder de as partes exercerem influência sobre a convicção judicial.

Daí ressaí evidente que o dever de consulta se constitui em manifestação do princípio do contraditório.

O exemplo mais claro da manifestação do dever de consulta no CPC reside no artigo 10, porém, o diploma também abriga outros dispositivos inspirados por esse dever do juiz, tais como os artigos 9º, 487, parágrafo único e 493, §1º, IV.

Em precedente a respeito do assunto, ao reconhecer o dever de consulta como manifestação da cooperação processual, o Superior Tribunal de Justiça assevera que “o processo judicial contemporâneo não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais principais”²⁸.

O dever de auxílio, por sua vez, consiste no dever de o juiz auxiliar as partes na “remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais”²⁹.

26 SOUSA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, n. 86, p. 177.

27 DIDIER JUNIOR, Fredie. **O princípio da cooperação**: uma apresentação. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, n. 127, p. 78.

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1676027**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 11 de outubro de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1676027&b=A-COR&p=false&l=10&i=8&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 01 fev. 2022.

29 SOUSA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, n. 86, p. 177.



No Código de Processo Civil português, no artigo 7º, n. 4 extrai-se manifestação do dever de auxílio ao preceituar que quando alguma das partes alegar “justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

No CPC brasileiro também há exemplos da presença do dever de auxílio, como: a) os artigos 139, VI e 437, §2º, que possibilitam que o juiz dilate prazos processuais para assegurar a maior efetividade à tutela do direito; b) o artigo 319, §1º, que faculta ao autor requerer ao juiz diligências necessárias à obtenção de informações previstas no inciso II do artigo 319; c) o artigo 373, §1º, que confere ao juiz o poder de redistribuir o ônus da prova; d) o artigo 400, parágrafo único, que atribui poder ao juiz de adotar medidas necessárias para compelir a parte a exhibir determinado documento; e) o artigo 772, III, que faculta ao juiz “determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável”.

Na doutrina³⁰, pode-se extrair também como exemplo da incidência do dever de auxílio, a incumbência do juiz de auxiliar na busca de patrimônio do executado mediante utilização de sistemas informatizados (v.g. sistemas Sisbajud, Renajud, Infojud, Serasajud etc.), além de expedição de ofícios para consultas e constrições que se fizerem necessárias, a fim de dar efetividade para a tutela jurisdicional executiva.

4 DO DEVER DE AUXILIAR AS PARTES E O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Dentre os deveres acima elencados, convém aferir a compatibilidade do dever de auxiliar as partes com o princípio da imparcialidade, dado que, à primeira vista, esse dever pode vir a ser um campo fértil para manifestações judiciais que abalem a equidistância que o magistrado deve preservar em relação às partes.

O Código de Ética da Magistratura Nacional, no artigo 8º, enuncia que o princípio da imparcialidade impõe que o juiz busque a verdade dos fatos, mantendo-se a uma distância equivalente das partes, além de evitar “todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito”.

Inicialmente, importa ter claro que o princípio da imparcialidade do juiz é corolário do princípio do juiz natural, cujo fundamento constitucional reside no artigo 5º, XXXVII e LIII da Constituição Federal, e que se reveste de caráter tridimensional, porquanto veda o tribunal de exceção, impõe que o julgamento seja realizado por juiz competente (pré-constituído na forma da lei) e obriga que esse magistrado seja imparcial³¹.

30 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 159.

31 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 166.



Ana Paula de Barcellos ensina que, demais disso, a imparcialidade do juiz decorre diretamente da igualdade perante a lei, mas reconhece a incapacidade de o Direito assegurá-la, dada a impossibilidade de adentrar na seara da consciência e motivação humana e aferir a isenção na esfera íntima do magistrado. Por isso, faz-se necessário o estabelecimento de garantias formais advindas do princípio do juiz natural, bem como das regras atinentes ao impedimento e à suspeição³².

Com efeito, o manancial de conhecimentos e experiências que contribuíram para a formação pessoal do julgador pode exercer influência na atividade interpretativa de construção da norma jurídica do caso concreto³³.

Desse modo, seja no instante da subsunção de regras ou no da ponderação de princípios³⁴, a tarefa do julgador sofrerá influxos axiológicos, cabendo a ele, por meio da argumentação, expor minuciosamente os fundamentos jurídicos empregados para decidir, de sorte a conferir a legitimação constitucional à decisão.

Há hipóteses em que, no cumprimento do dever de auxiliar, a atividade do juiz não desperta qualquer dúvida a respeito da imparcialidade, tal como o exemplo da ordem para tornar indisponíveis ativos financeiros do executado por meio de sistemas informatizados (v.g. Sisbajud, Renajud etc.), em razão de que tal conduta do juiz está evidentemente nutrida do objetivo de emprestar efetividade à tutela jurisdicional executiva.

Outrossim, não se vislumbra o aviltamento da imparcialidade do juiz quando o juiz ordenar emenda da petição inicial, ocasião em que deve apontar o que há de ser corrigido, “como também sugerir a readequação da via nos casos em que houver uma medida processual mais adequada ou útil para a tutela do direito material em debate”³⁵.

A título ilustrativo, poder-se-ia figurar a hipótese de o autor propor ação reivindicatória baseada unicamente na posse do imóvel, cabendo ao juiz, antes de indeferir a petição inicial, além de abrir prazo para que a parte emende a petição inicial, também explicar o porquê de a via processual eleita ser inadequada e, igualmente, informar qual é a via apropriada ao caso concreto.

Note-se que o magistrado não demonstra qualquer preferência entre as partes ou inclinação para acolher a pretensão veiculada na inicial, mas tão apenas opera de maneira colaborativa, a fim de que o processo possa ultimar-se somente após o exame do mérito.

32 BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 158.

33 Em sentido conforme, Orlando Luiz Zanon Junior, que reconhece que “também os magistrados não estão intelectualmente blindados de influências de cunho moral ao produzir Norma jurídica que serve de fundamento para resolução do caso concreto” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 2 ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015, p. 130-131).

34 ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 85.

35 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários ao Código de Processo Civil**: perspectivas da magistratura. Coordenação Silas Silva Santos et. al. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.



Entretanto, excederia o dever de auxiliar aquele magistrado que sugerisse à parte a “alteração do pedido, para torná-lo mais conforme o entendimento jurisprudencial para casos como aquele”³⁶, porquanto o julgador não estaria simplesmente removendo um obstáculo para a parte exercer seus direitos, mas, sim, fornecendo os melhores critérios decisórios em um processo que ele próprio vai julgar, o que tisona gravemente o princípio da imparcialidade do juiz.

Com efeito, não compete ao juiz selecionar os argumentos jurídicos mais persuasivos ou adequados para a defesa dos direitos em litígio e os revelar às partes, pois essa conduta indica aparente propensão de o juiz em favorecer uma das partes, acarretando um desequilíbrio no embate argumentativo travado entre os litigantes.

É que o dever de auxiliar as partes tem por objetivo a prolação de decisão de mérito justa e efetiva, independentemente da parte a ser favorecida, sendo vedado que o juiz ingresse em aspectos de direito material a pretexto de remover obstáculo ao exercício de direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito do presente estudo consiste no questionamento da compatibilidade do dever de o juiz auxiliar as partes com o princípio da imparcialidade do julgador, o que significa, em verdade, que se visa a verificar a constitucionalidade de uma das vertentes do princípio da cooperação.

Inicialmente, referiu-se que o princípio da cooperação já era entrevisto pela doutrina mesmo antes de ingressar no direito positivo brasileiro por meio do Código de Processo Civil de 2015, notadamente pela sua forte ligação com o princípio constitucional do contraditório.

O princípio do contraditório condiciona a legitimidade constitucional do processo não apenas à comunicação dos atos processuais às partes, mas também à efetiva participação dos litigantes, devendo lhes ser assegurada a possibilidade de influenciar a edificação da decisão do juiz.

Daí por que essencial a constituição de uma “comunidade de trabalho”, em processo policêntrico que assegure a simetria entre seus participantes, a fim de que colaborem entre si de modo a obter o melhor resultando possível, qual seja, a decisão de mérito justa e efetiva, como prevê o artigo 6º do CPC.

Do princípio da cooperação, emergem deveres que incidem sobre todos os sujeitos do processo, inclusive nas relações das partes entre si, porquanto, embora não sejam obrigadas, obviamente, a se renderem umas às outras, devem colaborar para que o processo ultime-se com uma decisão de mérito.

36 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 23ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 179.



No entanto, é sobre os deveres do juiz que a doutrina tem mais se debruçado, adotando, como regra, classificação que remete aos ensinamentos do professor português Miguel Teixeira de Souza, a saber: dever de prevenção, dever de esclarecimento, dever de consulta e dever de auxílio.

Após discriminar os sentidos de cada um desses deveres do juiz, por meio de exemplos calcados em diversos dispositivos do CPC, examinou-se mais detidamente a compatibilidade do dever de auxílio com o princípio da imparcialidade do juiz.

Concluiu-se que, sim, o dever de auxiliar as partes pode estar em consonância com o princípio da imparcialidade, desde que o magistrado não adentre em questões de cunho eminentemente de direito material e preserve a equidistância das partes durante toda a condução do processo, uma vez que o propósito desse dever – assim como dos demais que emergem do princípio da cooperação – é obter uma decisão de mérito efetiva e justa.

Em suma, o dever de auxílio é um relevante instrumento para assegurar a efetividade do processo, inserindo o juiz como sujeito ativo do contraditório não para ajudar uma das partes a vencer, mas para tomar as providências necessárias para que a “comunidade de trabalho” gere um processo democrático e de resultados úteis para as partes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil**. 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BENEDUZI, Renato. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 70 ao 178. Dir. Luiz Guilherme Marinoni. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, v. II.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de Processo Civil. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1676027**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 11 de outubro de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/juris-prudencia/doc.jsp?livre=1676027&b=ACOR&p=false&l=10&i=8&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 01 fev. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.



CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DEUTSCHLAND. **Zivilprozessordnung**. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/___139.html. Acesso em: 01 fev. 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. volume I. 9ª edição. São Paulo Malheiros, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 23ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **O princípio da cooperação**: uma apresentação. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, n. 127.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Os três modelos de direito processual**: inquisitivo, dispositivo e participativo. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 198.

FRANCE. **Code de procédure civile**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006149639/#LEGISCTA000006149639. Acesso em: 01 fev. 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários ao Código de Processo Civil**: perspectivas da magistratura. Coordenação Silas Silva Santos et. al. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GOUVÊA, Lúcio Grassi de. **A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 172.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 6ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil** – Do modelo ao princípio. 4ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil como prêt-à-porter?** Revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 194.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **As bases do direito processual civil**. Temas de direito processual. Primeira Série. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988.



MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão.** Temas de direito processual. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes:** aspectos terminológicos. Temas de direito processual. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal.** 13ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado.** 18ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo.** Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, n. 137.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 14 ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo.** 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.



PORTUGAL. **Lei nº 41/2013.** Código de Processo Civil. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>. Acesso em: 01 fev. 2022.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português.** Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, n. 86.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** - Vol. 1. 62ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito.** 2 ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015.





A DESCONHECIDA VICINAL DO ACESSO A DIREITOS COMO VIA ALTERNATIVA E ADEQUADA AO CONGESTIONADO MEIO JUDICIAL

Rodrigo Vieira de Aquino



A DESCONHECIDA VICINAL DO ACESSO A DIREITOS COMO VIA ALTERNATIVA E ADEQUADA AO CONGESTIONADO MEIO JUDICIAL

THE UNKNOWN SIDE ROAD THE OF ACCESS OF RIGHTS LIKE WAY ALTERNATIVE E ADEQUATE THE OF CONGESTED JUDICIAL MEANS

Rodrigo Vieira de Aquino¹

Resumo

Trata-se de artigo científico que tem por objetivo demonstrar que, apesar da evolução no pensamento jurídico, a temática do acesso a Direitos ainda não saiu do ostracismo no campo da resolução dos conflitos. Aborda-se, assim, a curial diferença entre os conceitos de acesso à Justiça e acesso a Direitos para, então, sugerir uma forma de alcançar a mudança de paradigma no cenário da resolução de conflitos.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Acesso a direitos. Formas de materialização de direitos subjetivos. Informação sobre direitos subjetivos.

Abstract

This is a scientific article that aims to demonstrate that, despite of Legal thought evolution over the years, the issue of access to the law has not been forgotten in the field of conflict resolution. Thus, the importance of highlighting the difference between the concepts of access to justice and access to law, in order to suggest a way to achieve a paradigm shift in the conflict resolution scenario.

Keywords: Access to justice. Access to law. Forms of materialization of rights. Information about rights.

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), em regime de dupla titulação com a Universidade de Alicante (UA), Espanha. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Juiz de Direito de Santa Catarina e professor no Curso de Pós-Graduação – *Lato Sensu* - em Direito Processual Civil pela Universidade do Alto Vale do Itajaí (Unidavi).



1 INTRODUÇÃO

Fazendo alusão à gigante rodovia que tem por finalidade o encontro das águas calmas da solução dos conflitos de interesses na sociedade contemporânea, o objetivo deste artigo científico é o de preparar um apanhado de ideias concatenadas em que se propõe a adoção da vicinal do acesso a Direitos como via alternativa e adequada ao congestionado meio judicial.

Para tanto, no primeiro capítulo desenvolvido, demonstra-se que, ao longo do tempo, a visão de acesso à Justiça, percebido como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, mudou substancialmente. O que na década de 1970 precisava de alargamento ou duplicação – aqui se traz, novamente, a ideia de estrada como percurso para consecução de um fim -, hoje deve ser visto como um trajeto lento, que conta com a cobrança de inúmeros pedágios e entaves para o seu alcance, e o seu resultado pode ser igualmente atingido pela via pavimentada do acesso a Direitos sem que isso represente menoscabo ao referido Poder.

No segundo capítulo do presente artigo propõe-se uma definição acerca do que se pode entender como acesso a Direitos e suas principais características. Demonstra-se, ainda, a existência de vários mecanismos legalmente previstos que incorporam o conceito operacional do instituto, o qual se revela como parâmetro de migração paradigmática no campo do processo jurisdicional.

No terceiro e último capítulo, sugere-se uma forma de concretizar a política do acesso a Direitos com vistas à sustentabilidade da atuação jurisdicional. Informa-se sobre a necessidade de materialização da cidadania por meio de ações plurais de diversos atores do cenário democrático e, ainda, sobre a necessidade da formação de uma consciência cidadã que, para além de reconhecer direitos, também esclareça sobre a forma mais facilitada de instrumentalizá-los.

As técnicas de investigação utilizadas foram as do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica e legislativa, conforme a obra de Cesar Luiz Pasold².

O método aplicado na fase de investigação foi o indutivo, seguido do tratamento cartesiano no que se refere ao tratamento de dados para, ao fim, valer-se de uma base lógica indutiva no relatório da pesquisa.

2 EM XEQUE, O ACESSO À JUSTIÇA: ABERTURAS DE PORTAS, DEMASIADA AMPLITUDE E CONDICIONAMENTO AO CASO CONCRETO³

O acesso à Justiça, visto como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, é, sem dúvidas, um dos valores mais difundidos no fértil campo do estamento jurídico nos últimos 50 anos. Com efeito, trata-se de um legado que advém do movimento pelo acesso à justiça expresso no Projeto Florença, na década de 1970, cuja finalidade precípua seria evitar que a questão judiciária fosse

2 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2018.

3 Capítulo que tem por base as ideias e trechos incluídos na obra de minha autoria, nominada como **Jurisdição Civil: o requerimento administrativo prévio à luz da dinâmica dos conflitos**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.



oligarquizada, de modo a ser exercida apenas pelos mais abastados, seja pelo viés econômico, do monopólio das informações ou da tecnicidade jurídica.

Por tal razão, a dificuldade do acesso à justiça passou a ser vista como uma questão social e um paradigma a ser superado. Tal rompimento adveio, sobretudo, pela publicação da clássica obra *Acesso à Justiça*,⁴ na qual seus autores, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, apresentaram os entraves que atravancavam, à época, o legítimo acesso à justiça e que justificavam a adoção de algumas técnicas jurídicas novas, as quais definiram como “ondas renovatórias”, de modo a permitir a flexibilização do acesso nos planos econômico, representativo e da própria rigidez normativa.

A questão do acesso à justiça ganha notoriedade sobretudo com o Projeto Florença, liderado por Mauro Cappelletti, que propugna um processo civil comprometido com a inclusão do maior número possível de jurisdicionados. Neste contexto, é imposição democrática a possibilidade de o cidadão efetivamente recorrer ao Estado-Juiz em busca da tutela de seus direitos. [...] O compromisso do movimento é sobretudo com a potencialização do processo enquanto instância capaz de conferir efetividade aos direitos. É no quadro desta discussão que é publicado em 1978, “Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, sistematizando o tema e reconhecendo a existência de “obstáculos” a serem transpostos [...] Neste contexto, é particularmente interessante mencionar no estabelecimento de “soluções práticas” para os problemas de acesso à justiça. Estas soluções decorreriam para Cappelletti de um amplo movimento iniciado em 1965 nos países de mundo ocidental. Este movimento teria se consolidado a partir de sucessivas ondas de renovação [...].⁵

No Brasil, após o período de turbulência institucional e política, mas em posse dos estudos encetados pelo Projeto de Florença, sobreveio a atual Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988, fruto de um Congresso Nacional Constituinte,⁶ pelo que o acesso à Justiça, efetivamente, “deixou de ser tema teórico para encontrar reflexo no texto constitucional e para representar um contínuo esforço de todo o operador jurídico brasileiro, no sentido de alargar a porta da Justiça a todos, principalmente os excluídos”.⁷

Com efeito, a Constituição da República dedicou um capítulo próprio de consagração não só de direitos, mas também de garantias fundamentais, tendo destaque, dentre outros direitos e garantias necessárias à dignidade da pessoa humana, o amplo acesso à justiça.

4 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
5 TEIXEIRA, João Paulo Fernandes Allain. Acesso à justiça, proporcionalidade e a “pílula vermelha”: entre racionalidade e hermenêutica. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Coord.). **Dimensões do acesso à justiça**. Salvador: JusPodvm, 2008. p. 88.

6 A Assembleia Nacional Constituinte possui poderes apenas originários, ou seja, somente é eleita para criar uma nova constituição. Com a criação do novo Estado, ela se dissolve. O Congresso Nacional Constituinte, por sua vez, possui poderes originários e derivados. É o caso da Constituição Federal de 1988, na qual os congressistas não foram eleitos para o fim específico de criar uma nova constituição, mas sim para representar o povo quando de sua criação e ali permanecer até o término dos mandatos a eles outorgados, com poderes, inclusive, de reforma constitucional – poder constituinte derivado.

7 NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 19.



De fato, o chamado “acesso à justiça” não é visto apenas como uma garantia fundamental de bater às portas do Poder Judiciário quando houver lesão ou ameaça de lesão a direito, mas vai além: consiste num direito fundamental do jurisdicionado ao acesso a uma ordem jurídica célere, efetiva e justa, sem, contudo, vilipendiar a necessária segurança jurídica, pedra de toque das relações econômicas no mundo contemporâneo.

Contudo, pela crescente disseminação da informação nos meios dispostos à comunidade e aos cidadãos em geral, especialmente na última década, o que, a princípio, seria salutar, mas, verificado na prática, apenas contribuiu para difusão da cultura da litigância e da filosofia hedonista, a discussão acerca do acesso à Justiça descambou para o olhar do Poder Judiciário como o órgão detentor do monopólio da decisão adjudicada imperativa.

Em outras palavras, “o vazio do Estado do bem-estar [foi] preenchido pelas instituições da Justiça, muro de lamentações da cena contemporânea, na metáfora de Garapon”⁸. Não por outro motivo que, para Humberto Theodoro Júnior, é preciso “assegurar o acesso à Justiça, mas não vulgarizá-lo, a ponto de incentivar os espíritos belicosos à prática do “demandismo” caprichoso e desnecessário”⁹.

No mesmo sentido é a conclusão tomada por Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁰, a qual bem reflete as características do acesso à justiça, repaginado e compatibilizado com os anseios e necessidades da sociedade contemporânea e com as limitações orçamentárias do Estado:

Urge, pois, dessacralizar o acesso à Justiça, despojando-o da aura que o tem erigido numa sorte de cláusula pétrea, contexto ainda gravado pelas limitações da capacidade financeiro-orçamentária do Estado, para prover os investimentos que seriam necessários ao “acompanhamento” do vertiginoso crescimento da demanda. O acesso à Justiça deve, assim, desvestir-se dos excessos que o têm feito operar como um perigoso “convite à demanda” para, realisticamente, reduzir-se a uma cláusula de reserva, a uma oferta residual, operante num renovado ambiente judiciário, plasmado sob duas premissas: (i) os conflitos – inter ou plurissubjetivos – constituem um mal em si mesmos, nisso que acirram a litigiosidade, esgarçam o tecido social, fomentam a cultura demandista e, ao final, engendram os males de um superdimensionamento do Judiciário; (ii) tais conflitos devem ter solução justa, num bom equilíbrio entre o custo e benefício, e serem dirimidos em tempo razoável, mas não necessariamente pela via judicial, senão que também – e em certos casos até preferivelmente – por meios dos chamados equivalentes jurisdicionais, tais as formas alternativas de solução de conflitos, nas várias modalidades auto e heterocompositivas.

8 ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. 2000. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Doutorado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p. 20.

9 JÚNIOR, Humberto Theodoro. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 36, p. 33, jul./ago. 2005.

10 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 70.



Por tal razão, na atual conjuntura, o axioma segundo o qual não se pode tolher lesão ou ameaça de lesão de direitos do exame do Poder Judiciário mostra-se correto desde que examinado no plano apriorístico.

Propositalmente, prefere-se o termo axioma do acesso à justiça, visto que o inciso XXXV, do artigo 5º da CF/1988, reveste-se de faceta principiológica e prospectiva, de modo a encampar mandamento proibitivo dirigido ao parlamento, no sentido de que não poderá criar veículos normativos abstratos que, de algum modo, inviabilizem a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito do Poder Judiciário.

De outro lado, no plano concreto, tal premissa não deve ser encarada como absoluta. Em situações presentes, a oferta da justiça estatal não está “disponibilizada, em modo franco, genérico e prodigalizado, a toda e qualquer situação de interesse contrariado ou insatisfeito, como fora o Judiciário um guichê geral de reclamações”.¹¹ Aliás, foi este tipo equivocado de interpretação do acesso à justiça que respaldou variáveis que renderam ensejo à indesejada juridicização da vida em sociedade.

[...] pode-se tentar uma sistematização dos fatores que, operando como concausas, resultam no excesso de demanda por justiça estatal: (a) desinformação ou oferta insuficiente quanto a outros meios, ditos alternativos, de auto e heterocomposição de litígios, gerando uma cultura da sentença, na expressão de Kazuo Watanabe; (b) exacerbada juridicização da vida em sociedade, para o que contribui a pródiga positividade de novos direitos e garantias, individuais e coletivos, a partir do texto constitucional, projetando ao interno da coletividade uma expectativa (utópica) de pronto atendimento a todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito; (c) ufanista e irrealista leitura do que se contém no inciso XXXV do art. 5º da CF/1988 – usualmente tomado como sede do acesso à Justiça –, enunciado que, embora se enderece ao legislador, foi sendo gradualmente superdimensionado (ao influxo de motes como ubiquidade da justiça, universalidade da jurisdição), praticamente implicando em converter o que deveria ser o direito de ação (específico e condicionado) em um prodigalizado dever de ação; (d) crescimento desmensurado da estrutura judiciária – oferta de mais do mesmo sob a óptica quantitativa –, com a incessante criação de novos órgãos singulares e colegiados, e correspondentes recursos humanos e materiais, engendrando o atual gigantismo que, sobre exigir parcelas cada vez mais expressivas do orçamento público, induz a que esse aumento da oferta contribua para retroalimentar a demanda [...]¹²

Como citado acima, o que se tem, na atualidade, é uma ufanista e irrealista leitura do que se contém no inciso XXXV, do art. 5º da CF/1988.

Portanto, em tempos em que a credibilidade do Poder Judiciário é colocada em xeque,¹³

11 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015. p. 207.

12 Idem, p. 58-59.

13 Segundo relatório do Índice de Confiança na Justiça no Brasil (ICJBrasil) – do 1º semestre de 2021, a principal dimensão que afeta a confiança no Judiciário é a morosidade na prestação jurisdicional. No período analisado, 83% dos entrevistados responderam que o Judiciário resolve os casos de forma lenta ou muito lenta. O custo para acessar a Justiça também foi mencionado por 77% dos entrevistados, e 73% dos entrevistados declararam que é difícil ou muito difícil utilizar a Justiça. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30922>. Acesso em: 14 dez. 2021.



o estudo de outras formas de respostas adequadas aos conflitos, capazes de suavizar a cultura da sentença, mostra-se indispensável.

Por isso, é importante, no campo da conflituosidade, percorrer um trajeto mais rápido, menos esburacado e sem pedágios para composição do litígio, de modo a atribuir eficácia a:

outras estradas vicinais, adrede pavimentadas para ofertar justiça por outros meios e perante outros atores da cena judiciária, sempre ao pressuposto de que o conflito de interesses, renunciado ou consumado venha prevenido, ou, então, composto de modo justo, sob uma boa equação de custo-benefício.¹⁴

3 EM XEQUE, O ACESSO A DIREITOS: A MIGRAÇÃO PARADIGMÁTICA NO CAMPO DO PROCESSO JURISDICIONAL E SEU INCENTIVO EM LARGA ESCALA

Não se nega que o Poder Judiciário é, parafraseando Antonie Garapon¹⁵, “o guardião das promessas” dos interesses elevados, pelo parlamento, ao patamar de direito posto.

No entanto, não é ele, Poder Judiciário, o detentor do monopólio da adjudicação de direitos subjetivos. Conforme se verá no decorrer deste tópico, há outros órgãos igualmente preparados à concessão de situações de vantagem em possíveis conflitos de interesse.

Dessa maneira, é importante, neste capítulo, lançar mão do conceito operacional¹⁶ de acesso a Direitos.

Com efeito, a ideia de exercício pleno de cidadania traz incorporado em seu bojo os predicados de honestidade, educação, eticidade e sociabilidade. Trata-se, portanto, de uma concepção plural e democrática que impõe àquele que subscreveu o “contrato social” o dever de cumpri-lo exemplarmente. Se o ideal de cidadania sucumbir, possivelmente o bem da vida em escassez, alvo de reivindicação por partes de interesse opostos, será objeto de uma disputa.

Com a violação de um direito subjetivo, nasce, para seu titular, a pretensão de exortar o cumprimento do “contrato social”, ou seja, de fazer cumprir o seu direito vigente. Na fase embrionária acadêmica, tal afirmação representaria a válvula legitimadora da retirada do véu de inércia do Poder Judiciário.

A composição do conflito, no entanto, pode ter uma solução justa, dentro de um equilíbrio entre o custo e benefício, mas não necessariamente pela via judicial. O cenário contemporâneo exige uma nova postura, uma quebra paradigmática no pensamento acadêmico e uma repaginação nos métodos de composição de conflitos.

14 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado do direito**, p. 153.

15 GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

16 Trata-se da “definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2018. p. 43)



De fato, ante as dificuldades econômicas, culturais e organizacionais da sociedade contemporânea, o acesso a Direitos, pela via do Poder Judiciário, traz consigo alguns anexos indesejáveis, como a morosidade da solução adjudicada, os altos custos para movimentação da máquina estatal, o risco de uma eventual sucumbência e a necessidade, via de regra, da representação processual por meio de terceiros.

Esta evolução paradigmática foi antevista por Boaventura de Sousa Santos¹⁷ há tempos:

As reformas que visam a criação de alternativas constituem hoje uma das áreas de maior inovação na política judiciária. Elas visam criar, em paralelo à administração da justiça convencional, novos mecanismos de resolução de litígios cujos traços constitutivos têm grandes semelhanças com os originalmente estudados pela antropologia e pela sociologia do direito, ou seja, instituições leves, relativa ou totalmente desprofissionalizadas, por vezes impedindo mesmo a presença de advogados, de utilização barata, se não mesmo gratuita, localizados de modo a maximizar o acesso aos seus serviços, operando por via expedita e pouco regulada, com vista à obtenção de soluções mediadas entre as partes.

Sendo assim, antes de se cogitar no acesso à Justiça, aqui visto como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário como meio heterocompositivo de solução de litígios, há que se investigar se existem outros órgãos – autocompositivos ou heterocompositivos – capazes de instrumentalizar o direito em discussão, em tempo razoável e numa boa equação de custo-benefício.

Acesso a direitos, portanto, consiste na prerrogativa do titular de um direito violado de vindicar sua concretização, em tempo razoável e numa boa equação de custo-benefício, perante qualquer órgão que assim se disponha, legitimamente, a operar e que seja capaz de dirimir a controvérsia, por autocomposição ou heterocomposição, em medida equivalente àquela adjudicada pelo Poder Judiciário.

É, portanto, plural e envolvente, uma vez que democratiza a difícil função de pacificação social, adjudicando a norma posta ao seu titular, e exatamente por isso ela requer, pois, “uma atuação sinérgica de todos os Poderes do Estado e da sociedade civil em geral, como, por exemplo, as profissões jurídicas, os órgãos públicos, privados e as entidades do terceiro setor¹⁸”.

O nosso estudo parte da hipótese geral que o acesso ao direito depende do funcionamento da sociedade e do Estado. Assim, garantir o acesso ao direito é assegurar que os cidadãos, em especial os socialmente mais vulneráveis, conheçam os seus direitos, não se resignam face à sua lesão e têm condições para vencer os custos de oportunidade de as barreiras econômicas, sociais e culturais a esse acesso¹⁹.

17 Santos, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice - O Social e o Político na Pós-Modernidade**. Editora Almedina: 2013. 9 ed. Edição do Kindle, p. 211-212.

18 SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre civil law e common law**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. Edição do Kindle, p. 37.

19 PEDROSO, João (coord.). TRINCÃO, Catarina. DIAS, João Paulo. O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão. Universidade de Coimbra, 2002, Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/lex/a_pdf/01_boaventura_acesso_jud_pt.pdf. Acesso em: 14 dez. 2021.



São vários os exemplos que materializam o acesso a direitos pelo cidadão sem, necessariamente, ser instrumentalizado pelo Poder Judiciário.

Um equivalente jurisdicional, positivado pela Lei n. 9.307/96, é a própria arbitragem. Por ser fruto da autonomia e da disponibilidade das partes envolvidas, o árbitro não, necessariamente, necessita ter formação em direito²⁰.

Inclusive, há casos que, a rigor, seria recomendável que fossem resolvidos pela arbitragem, ante a tecnicidade da controvérsia. Imagine, por exemplo, uma controvérsia sobre a construção de um condomínio edilício no qual se discute se a densidade do cimento utilizado na construção deu causa ao desmoronamento do teto de uma das unidades autônomas. No processo jurisdicional, a única prova capaz de dirimir, com segurança, o ponto controvertido dos autos será a pericial, que será levada a efeito por engenheiro civil. O juiz de direito, dificilmente, terá capacidade técnica de refutar a conclusão do perito e acolher o parecer do assistente técnico indicado por uma das partes, pois carece da cientificidade sobre a temática. Se, no entanto, a controvérsia fosse solucionada por um árbitro, as partes poderiam escolher como terceiro, com poder decisório, um engenheiro especializado na área em questão, de modo que resolverá a lide aplicando seu conhecimento técnico-científico, dando a ele contornos de legitimação e justiça ao fato jurídico.

Outro órgão que também tem por função a pacificação social é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Veja que, segundo o artigo 4º, da Lei nº 12.529 de novembro de 2011, “o CADE é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei”. Tratando-se, portanto, de controvérsia cuja temática se relacione à “repressão às “infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”, o titular do direito violado poderá vindicar sua concretização, em tempo razoável e numa boa equação de custo-benefício, perante referido órgão.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125/2010, que dentre seus motivos estampou que “cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”.

Encampando a ideia de que o acesso a direitos deve ser incentivado em larga escala e de que, efetivamente, ocorreu uma migração paradigmática da solução de conflitos no campo do

20 Nesse sentido é a redação do art. 13, *caput*, da Lei 9.307/96, *in verbis*: “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.



processo jurisdicional, o Código de Processo Civil de 2015 previu, expressamente, que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” e que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (Art. 3º, §§ 2º e 3º).

Na linha da imposição contida no art. 3º, §2º, do Código de Processo Civil, vale mencionar as importantes iniciativas do Poder Público instituindo plataformas informais de resolução de litígios, como acontece na heterocomposição efetivada pelo órgão do PROCON, ou, ainda de maneira mais ágil, na rede mundial de computadores pelo site www.consumidor.gov.br.

Com efeito, o Consumidor.gov.br estabelece o contato direto entre consumidores e empresas e, ao mesmo tempo, fornece ao Estado estatísticas e informações essenciais à elaboração e implementação de políticas públicas de defesa dos consumidores, sem contar o fomento à competitividade no mercado pela melhoria da qualidade e do atendimento ao consumidor.

Verifica-se, portanto, que existem várias estradas vicinais, muitas delas desconhecidas, que substituem a morosa sentença adjudicada pelo Judiciário, o que contribui sobremaneira não só para a celeridade para se pôr termo ao conflito, mas sobretudo para a diminuição do acervo represado durante o período de alargamento de acesso ao Poder Judiciário, na sua vetusta concepção de panaceia de todos os males no terreno da resolução de conflitos.

Sendo assim, é salutar a distinção dos conceitos operacionais de acesso à Justiça e acesso a Direitos para o cenário de uma jurisdição sustentável, conforme os capítulos até então desenvolvidos.

No próximo capítulo tentaremos incutir a ideia ao leitor sobre a maneira que reputamos mais adequada para a conscientização do cidadão em relação ao acesso a Direitos.

4 A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA O ALCANCE DO NOVO PARADIGMA DO CENÁRIO CONFLITIVO

Deveras, a falta do conhecimento sobre os direitos em geral impacta severamente o exercício da cidadania. E quem desconhece sobre a existência de um direito com muito mais razão é ignorante no que se refere ao meio de alcançá-lo.

Aliás, conforme Norberto Bobbio assinalou²¹, uma das promessas não cumpridas pelo discurso democrático é a ausência de educação para a cidadania. Ainda segundo ele, “o único modo de fazer com que um súdito transforme-se em cidadão é o de lhe atribuir aqueles direitos que os escritores de direito público do século passado tinham chamado de *activae civitatis*” – ou seja, direitos de cidadania ativa.

21 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.



Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas factores económicos, mas também factores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades económicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afecta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica²².

Sem maiores delongas, portanto, é fato que promover o acesso a Direitos demanda investimento em educação. E isso perpassa pelas grades mais incipientes do ensino fundamental e se insere no contexto da sociedade civil organizada, sob a batuta de múltiplos atores.

Nesse sentido, esclarece a doutrina:

(...) promover o Acesso a Direitos não é encargo exclusivo do Estado ou do Poder Judiciário, mas do todo social. Por isso o Acesso aos Direitos pressupõe o funcionamento ideal da sociedade e do Estado, numa visão plural e num sistema integrado de resolução de litígios em que os Tribunais são apenas uma parte. Ao lado das Cortes há entidades públicas e privadas que formam uma rede de serviços complementares e cuja atuação tende a gerar o alargamento da efetivação de direitos. Essa rede informal, com múltiplos atores, deve compor-se pela atuação de organizações não-governamentais (como associações ambientais, comerciais e sindicatos), bem ainda de entidades advindas de parcerias entre a sociedade civil e a Administração Pública (como centros de arbitragem), e, por fim, de entidades da Administração Pública que desenvolvam serviços de informação jurídica, prevenção e resolução informal de litígios (como órgãos de proteção ao consumidor e universidades públicas). Um novo modo de atuação do Ministério Público também é indicado, de par com a postura dos profissionais do direito no sentido de prestar informações idôneas e esforçar-se à resolução extrajudicial e simplificada de litígios²³.

A Constituição Federal eleva a educação como a viga-mestra de construção da cidadania²⁴. Disso resulta que não há cidadania sem o mínimo de conhecimentos sobre os direitos e a forma pela qual se pretende instrumentalizá-los.

É preciso empenho das profissões jurídicas e, além disso, investimento público e privado não só na educação básica ou superior, mas também nas relações de trabalho e associativas por meio de diálogos interdisciplinares que viabilizem uma reflexão com vistas ao efetivo domínio da educação jurídica dos cidadãos, da conscientização sobre os direitos sociais dos trabalhadores, consumidores, jovens, mulheres, dentre outros estratos sociais cuja proteção jurídica mereça proteção individualizada.

22 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice - O Social e o Político na Pós-Modernidade**. Editora Almedina: 2013. 9 ed. Edição do Kindle, p. 203.

23 SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre civil law e common law**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. Edição do Kindle, p. 52-53.

24 Segundo o art. 205 da Constituição Federal: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.



E mais: para além da conscientização sobre a existência de um direito subjetivo, faz-se necessário, de igual modo, a divulgação das formas pelas quais esse direito pode ser alcançado, envidando esforços no sentido de que há outros órgãos igualmente preparados à concessão de situações de vantagem em possíveis conflitos de interesse, sem que isso, necessariamente, recaia sobre a figura do Poder Judiciário.

Em outras palavras, mostra-se imperiosa a necessidade da formação de uma consciência cidadã que, para além de reconhecer direitos, também esclareça sobre a forma mais facilitada de instrumentalizá-los.

Só assim, a desconhecida vicinal do acesso a direitos passará a ser conhecida e poderá, efetivamente, funcionar como via alternativa e adequada ao congestionado meio judicial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme a investigação encetada no transcorrer deste artigo científico, o acesso ao Poder Judiciário ou acesso à Justiça mostrou-se como uma forma, mas não a única delas, de acesso a Direitos. Todavia, conforme demonstrado, o acesso a Direitos por tal via traz consigo alguns anexos indesejáveis, como a morosidade da solução adjudicada, os altos custos para movimentação da máquina estatal, o risco de uma eventual sucumbência e a necessidade, via de regra, da representação processual por meio de terceiros.

Por outro lado, existe uma tendência do Poder Público e da legislação de incentivo dos métodos alternativos de resolução de disputas, meios que, muitas vezes, são desconhecidos pela população em geral. A informalidade e a simplicidade de referidos meios, os quais geralmente não necessitam de contrapartida pecuniária por parte dos interessados, deveriam atraí-los para uma solução efetiva no caso da existência de conflito de interesses.

No entanto, a falta de informação acerca do tema faz com que a sociedade associe a violação a Direitos ao acesso ao Poder Judiciário. Por isso é a necessidade premente de se fazer a distinção do acesso a Direitos, classificando-o como a parte maior de uma forma pela qual a cidadania é exercida no cenário do conflito de interesses com pretensão resistida, e do qual faz parte o acesso à Justiça, repaginado para atuar de forma residual e nas situações em que, de fato, o exercício da força – pelo Estado – seja necessário à pacificação social.

Não é por outro motivo que se formulou o conceito operacional de acesso a Direitos como sendo a prerrogativa do titular de um direito violado de vindicar sua concretização, em tempo razoável e numa boa equação de custo-benefício, perante qualquer órgão que assim se disponha, legitimamente, a operar e que seja capaz de dirimir a controvérsia, por autocomposição ou heterocomposição, em medida equivalente àquela adjudicada pelo Poder Judiciário.



São vários os equivalentes jurisdicionais, instituídos pela legislação, por iniciativa do Poder Público ou, até mesmo, pelos particulares, que possuem a função de dar a cada um aquilo que é seu e que são capazes de suavizar a denominada cultura da sentença. Cabe-nos, acima de tudo, incentivar e propagar o uso de referidos meios para que, ainda que timidamente, possamos contribuir para uma mudança de paradigma no cenário da solução de conflitos de interesses.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. 2000. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Doutorado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

AQUINO, Rodrigo Vieira de. **Jurisdição Civil: o requerimento administrativo prévio à luz da dinâmica dos conflitos**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010**. Texto compilado a partir da redação dada pela Emenda nº 01/2013, Emenda nº 02/2016, pela Resolução nº 290/2019, pela Resolução n. 326/2020 e pela Resolução n. 390/2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffaaa2655.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de Processo Civil. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais**. Revista síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 36, p. 33, jul./ago. 2005.



MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** 14 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2018.

PEDROSO, João (coord.). TRINCÃO, Catarina. DIAS, João Paulo. **O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão.** Universidade de Coimbra, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/lex/a_pdf/01_boaventura_acesso_jud_pt.pdf. Acesso em: 14 dez. 2021.



RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. SAMPAIO, Joelson de Oliveira. **Relatório ICJBrasil,** 2021. São Paulo: FGV Direito SP. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30922>. Acesso em: 14 dez. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice - O Social e o Político na Pós-Modernidade.** Editora Almedina: 2013. 9 ed. Edição do Kindle.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre civil law e common law.** Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. Edição do Kindle.

TEIXEIRA, João Paulo Fernandes Allain. **Acesso à justiça, proporcionalidade e a “pílula vermelha”: entre racionalidade e hermenêutica.** In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Coord.). Dimensões do acesso à justiça. Salvador: JusPodvm, 2008.





COISA JULGADA E PRECLUSÕES DINÂMICAS NO PROCESSO DE FAMÍLIA

Klauss Corrêa de Souza



COISA JULGADA E PRECLUSÕES DINÂMICAS NO PROCESSO DE FAMÍLIA

RES JUDICATA AND DYNAMIC PRECLUSIONS IN THE FAMILY PROCESS

Klauss Corrêa de Souza¹

Resumo

O presente estudo tem como objetivo analisar os institutos da coisa julgada e da preclusão, bem como seus reflexos nas demandas de família, em especial baseado nas ideias de estabilidade e dinamismo. Desta forma, inicialmente, far-se-á uma análise acerca dos conceitos de coisa julgada e preclusão, assim como dos aspectos inerentes à coisa julgada, como sua divisão perante a doutrina e seus limites. Ainda, será contemplado o princípio da segurança jurídica, sua relação com a coisa julgada e a ideia de segurança como continuidade jurídica. Ao final, buscar-se-á trazer o estudo específico sobre a coisa julgada e a preclusão nas demandas familiares, enquanto relações jurídicas de trato continuado, analisando a aplicação dos institutos, partindo dos pressupostos de estabilidade e dinamismo. Para a pesquisa, utilizou-se o método indutivo, a natureza exploratória, a abordagem qualitativa e, para a coleta de dados, o procedimento bibliográfico.

Palavras-chave: Direito processual. Coisa julgada. Preclusão (processo civil). Legislação. Processo. Família.

Abstract

The present study aims to analyze the institutes of res judicata and estoppel, as well as their reflections on family demands, especially based on the ideas of stability and dynamism. Thus, initially, an analysis will be made about the concepts of res judicata and estoppel, as well as aspects inherent to res judicata, such as its division before the doctrine and its limits. Still, the principle of legal certainty, its relationship with res judicata and the idea of security as legal continuity will be contemplated. In the end, it will seek to bring the specific study on res judicata and estoppel in family demands, as legal relationships of continued treatment, analyzing the application of the institutes, starting from the assumptions of stability and dynamism. For the research, we used the inductive method, the exploratory nature, the qualitative approach and, for data collection, the bibliographic procedure.

Keywords: Procedural law. Res judicata. Preclusion (civil procedure). Legislation. Process. Family.

¹ Juiz de Direito em Braço do Norte/SC. Doutorando do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em regime de dupla titulação com a Universidade de Alicante UA/Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em regime de dupla titulação com a Universidade de Alicante - UA. Especialista em Direito e Gestão Judiciária para Magistrados pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Graduado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL.



1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira passa por transformações constantemente, principalmente no tangente às relações entre os indivíduos e é através da ciência jurídica, por intermédio da aplicação de normas, que se busca regular as relações sociais. Isso se mostra ainda mais presente nas relações de família, em que situações fáticas inerentes ao núcleo familiar sofrem constantes alterações, por diversas razões.

Nessa acepção, o indivíduo, ao buscar o poder judiciário, tem por pretensão a resolução de um conflito ou a declaração de algum direito a ele inerente. Contudo, diante da possibilidade de uma decisão judicial favorável ou desfavorável, a existência de um instituto jurídico hábil a trazer a estabilidade destas relações sociais é, sem dúvida, imprescindível. Porém, indaga-se até que ponto tais institutos devem ser seguidos, isto é, até que ponto irão suas eficácias perante o caso concreto e, mais especificamente, sobre as demandas de família?

Sob esta perspectiva, o trabalho terá como objetivo uma análise acerca desses institutos de estabilidade, a saber a preclusão e a coisa julgada.

Assim, serão abordados os conceitos de coisa julgada e preclusão, bem como os principais aspectos relacionados à coisa julgada, como sua subdivisão e limites, além da eficácia preclusiva da coisa julgada e breves comentários acerca da abordagem de ambos os institutos com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015. Ainda, far-se-á a análise no tangente ao princípio da segurança jurídica, avaliando sua aplicação a partir de sua ligação com a coisa julgada e da ideia de segurança jurídica como continuidade. Ao final, buscar-se-á trazer os conceitos de coisa julgada e preclusão às demandas de família, enquanto relações jurídicas de trato continuado, analisando sua aplicação a partir dos pressupostos de estabilidade e dinamismo.

Para a pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, com o fim, uma vez analisadas as informações, de obter uma conclusão. Ainda, o método de natureza exploratória, esclarecendo e desenvolvendo o assunto para maior compreensão do leitor, e a abordagem qualitativa, prezando pela descrição de todos os elementos essenciais relativos ao tema. E, para a coleta de dados, tem-se a utilização da pesquisa bibliográfica, mediante estudo de teorias já publicadas em doutrinas e outros artigos.

2 COISA JULGADA E PRECLUSÃO

A coisa julgada abrange um estudo muito amplo e, sem dúvida, é um dos temas mais complexos do direito processual, porém, de suma importância para a área, ensejando discussões recorrentes acerca de sua aplicação e alcance. Tão importante é sua importância, que o instituto possui raízes na própria Constituição Federal de 1988, sendo elevado ao *status* de direito fundamental, na medida em que o inciso XXXVI do artigo 5º estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.²

2 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF: Senado Federal, [2021]. Disponível em:



Também, não restam dúvidas de que o processo é o melhor meio de se alcançar um resultado rápido, sem que, desta forma, se perca na qualidade dos meios e dos objetivos finais a serem alcançados.³ Sob esta perspectiva, o estudo acerca da preclusão mostra-se, de igual forma, imprescindível para compreender sua importância no direito processual civil brasileiro.

Preceitua o §3º do artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/42) que se chama “coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.⁴ Soares e Carabelli⁵ conceituam a coisa julgada, também chamada de *res judicata*, como um instituto que tem por finalidade proporcionar segurança às relações jurídicas decididas em juízo, garantindo, a partir da imutabilidade da decisão jurisdicional emitida em determinado processo, a vedação à possibilidade de rediscussão, alteração ou desrespeito àquela, seja pelas partes seja pelo próprio Poder Judiciário.

É indispensável assentar que, assim sendo, a coisa julgada, nos termos do §4º do artigo 337 do Código de Processo Civil, ficará caracterizada “quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado”.⁶

A coisa julgada mostra-se, assim, como um atributo imprescindível à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, uma vez que concede aos indivíduos o direito de ter seu conflito solucionado em definitivo.⁷

Por sua vez, preclusão traduz-se na perda de uma faculdade processual.⁸ Em outras palavras, é a perda do direito de exercer um ato processual, tendo por fundamento a ideia de que o processo é um fluxo continuado que, além de buscar a prestação da atividade jurisdicional, almeja, de igual forma, efetividade e celeridade.⁹ Sua função, portanto, é de garantir a segurança intrínseca do processo.¹⁰

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

3 HOLZ, Wantuil Luiz Cândido. A relativização da coisa julgada no processo civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, [S.l.], ano VII, n. 8, p. 519-546, jun. 2006. p. 521. Disponível em: <http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista08/discente/wantuil.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2022.

4 BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro/RJ: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

5 SOARES, Marcelo Negrini. CARABELLI, Thaís Andressa. **Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2019. p. 54.

6 BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília/DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

7 MARINONI, Luís Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais: a questão da relativização da coisa julgada material. In: DIDIER Júnior, Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. Salvador: JusPodivm, 2004. p. 162-163.

8 OLIVEIRA, José Sebastião de; TEBAR, Wilton Boigues Corbalan. Aspectos relevantes da coisa julgada nas ações de família sob a óptica do Código de Processo Civil de 2015. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 113-142, jan./jun. 2019. p. 125. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/295/290>. Acesso em: 30 jan. 2022.

9 SILVA, Alessandra Frei. Coisa julgada, ação rescisória e o princípio da estabilização das decisões judiciais. **Research, Society and Development**, [S.l.], v. 10, n. 14, p. 1-10, nov. 2021. p. 3. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/download/22067/19599/264901>. Acesso em: 3 fev. 2022.

10 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativiza-**



Insta registrar que, apesar de a doutrina trazer várias espécies de preclusão, as mais comuns e que merecem registro são a preclusão lógica, a consumativa e a temporal. A primeira ocorre quando o sujeito perde a oportunidade de exercer um ato caracterizado como incompatível com outro previamente praticado.¹¹ A título de exemplo, cita-se o caso do indivíduo que concorda com a sentença, porém, posteriormente, após decurso do prazo, resolve recorrer daquela decisão.¹²

A preclusão consumativa traduz-se na hipótese do sujeito não mais poder exercer determinado ato, simplesmente pelo fato de já ter, em momento anterior, praticado este mesmo ato, podendo-se mencionar como exemplo a interposição de dois recursos simultâneos contra a mesma decisão.¹³ Há exceção, conforme prevê o artigo 1.031, *caput*, do Código de Processo Civil, quando se tratar da interposição recurso especial e extraordinário.¹⁴

Por fim, a preclusão temporal que, admite-se dizer, é o tipo mais comum de ser observado nos processos, diz respeito “à perda do direito de praticar determinado ato processual justamente em razão da perda do prazo de exercê-lo”.¹⁵

Veja-se, desta forma, que coisa julgada e preclusão podem até ser tratadas como conceitos distintos, porém, é possível afirmar que ambas “produzem um vínculo dos sujeitos processuais a uma situação jurídica pretérita, gerando uma relativa estabilidade normativa”.¹⁶ Essa conexão ficará melhor esclarecida ao longo desta pesquisa.

Para Botelho de Mesquita¹⁷, coisa julgada formal pode ser conceituada como “a indiscutibilidade e imutabilidade de uma decisão dentro do próprio processo em que foi proferida”. Nessa mesma linha, Pontes de Miranda¹⁸ aduz como coisa julgada formal a decisão que, uma vez transitada em julgado, já não cabe mais recurso ou é irrecorrível. É o que se chama de efeito endoprocessual, isto é, dentro do mesmo processo.¹⁹

ção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 172.

11 RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 113.

12 SILVA, Alessandra Frei. Coisa julgada, ação rescisória e o princípio da estabilização das decisões judiciais. **Research, Society and Development**, [S.l.], v. 10, n. 14, p. 1-10, nov. 2021. p. 4. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/download/22067/19599/264901>. Acesso em: 3 fev. 2022.

13 SILVA, Alessandra Frei. Coisa julgada, ação rescisória e o princípio da estabilização das decisões judiciais. **Research, Society and Development**, [S.l.], v. 10, n. 14, p. 1-10, nov. 2021. p. 4. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/download/22067/19599/264901>. Acesso em: 3 fev. 2022.

14 BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília/DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

15 SILVA, Alessandra Frei. Coisa julgada, ação rescisória e o princípio da estabilização das decisões judiciais. **Research, Society and Development**, [S.l.], v. 10, n. 14, p. 1-10, nov. 2021. p. 4. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/download/22067/19599/264901>. Acesso em: 3 fev. 2022.

16 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 44.

17 BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 11.

18 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 145.

19 GINO, Bethsaida de Sá Barreto Diaz; SILVA, Érika Samara Santana Faustino; DANTAS, Táris da Costa Carneiro Pontes. A relativização da coisa julgada: um conflito entre a segurança jurídica e a justiça da decisão. **Revista Multidisciplinar e de Psicologia**, [S.l.], v. 10, n. 30, p. 302-317, jul. 2016. p. 305. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/472/582>. Acesso em: 31 jan. 2022.



Isso se dá porque toda decisão dentro de um processo, seja ela uma sentença definitiva ou terminativa, uma decisão interlocutória que julgue parcialmente o mérito (formalmente interlocutória, mas com conteúdo de sentença definitiva de mérito) ou mesmo um acórdão, tende a transitar em julgado, causando o que se chama de preclusão para interposição de recurso, operando, desta forma, a sua imutabilidade e indiscutibilidade.²⁰

Acerca dos aspectos da imutabilidade e indiscutibilidade, merece destaque a explicação trazida por Cabral²¹:

A imutabilidade é a impossibilidade de alteração do *decisum* e corresponde à imunização da decisão, isto é, sua blindagem de qualquer alteração posterior, seja por outro órgão do Judiciário, pelas partes ou ainda por atos de outros Poderes do Estado. E a indiscutibilidade revela a técnica operativa da coisa julgada: para tornar imunes as decisões estatais, o legislador se vale de um mecanismo preclusivo. Ou seja, a maneira encontrada para assegurar a imunização e inalterabilidade da decisão é a vedação de rediscussão sobre ela.

É possível, nessa perspectiva, considerar a coisa julgada formal como uma forma especial de preclusão, considerando que ela impede, dentro do processo em que determinada decisão foi proferida, a rediscussão de seu objeto.²²

Acerca dessa ideia, cabe registro a crítica trazida Cabral.²³ Para o autor, em verdade, não haveria qualquer diferença entre preclusão e coisa julgada formal, na forma como é tratada no sistema brasileiro, pois se a coisa julgada formal impede a alteração da decisão dentro de um mesmo processo que já não cabe mais recurso, sempre foi um tipo de preclusão específica.

Independentemente do que se possa concluir acerca das ideias entre preclusão e coisa julgada formal, é certo que o objetivo desta última, como espécie da coisa julgada, é trazer segurança jurídica à decisão de determinado processo, assegurando sua inimpugnabilidade.²⁴ Por consequência, tratando-se de sentença sem resolução de mérito, nada impede que os fatos sejam novamente rediscutidos em uma eventual outra demanda judicial.²⁵

Valendo-se da literalidade do artigo 502 do Código de Processo Civil, tem-se por coisa julgada material “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.²⁶ Em outras palavras, a coisa julgada material “representa a imutabilidade da

20 SOARES, Marcelo Negrini. CARABELLI, Thaís Andressa. **Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2019. p. 56.

21 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 64.

22 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil – vol. 3**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 44.

23 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 347.

24 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 72.

25 MACHADO, Daniel Carneiro. **A Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 59.

26 BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília/DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.



decisão, não apenas no processo em que foi proferida, mas em qualquer outro onde as mesmas partes, com suporte na mesma causa de pedir, deduzem pedido idêntico. A decisão adquire o selo da imutabilidade”.²⁷

Em resumo, a coisa julgada material ou, como também chamada, substancial, petrifica o resultado da decisão de mérito.²⁸ Isso significa que o que foi discutido dentro daquele processo não poderá, a princípio, ser novamente trazido em discussão nem dentro do mesmo processo em que prolatada a decisão nem em outro processo posterior.²⁹

Assim, é necessário entender o ponto de distinção entre coisa julgada em sentido formal e em sentido material. Explica Leibman:³⁰ “É a primeira uma qualidade da sentença, quando já não é recorrível por força da preclusão dos recursos; seria, por sua vez, a segunda a sua eficácia específica, e, propriamente, a autoridade da coisa julgada, e estaria condicionada à formação da primeira”.

Veja-se, assim, que a coisa julgada material se mostra de suma importância no ordenamento jurídico, evitando que um mesmo fato não seja discutido *ad eternum*.³¹ Necessário explicar, contudo, que não obstante o caráter imutável desta modalidade, “a decisão judicial em que já se operou a coisa julgada material ainda poderá ser impugnada por meio da ação rescisória”.³²

De fato, inobstante a consagração tradicional inerente à coisa julgada, o próprio constituinte originário, por intermédio dos artigos 102, inciso I, alínea “j”, 105, inciso I, alínea “e” e 108, inciso I, alínea “b” da Carta Magna entendeu que, em determinados casos, diante das circunstâncias, o sistema deve prever um mecanismo apto a promover a flexibilização da garantia constitucional diante de erros constantes do comando judicial.³³ Trata-se da ação rescisória.

Por fim, cabe deixar claro que a coisa julgada material é imprescindível para este estudo, em especial para, em momento posterior da pesquisa, analisar como uma decisão relacionada a demandas de família, com trânsito em julgado e com caráter imutável e indiscutível, poderia vir a ser influenciada por uma modificação superveniente de fato e/ou de direito.

27 VITAGLIANO, José Arnaldo. **Coisa julgada e ação anulatória**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 49.

28 SOARES, Marcelo Negrini. CARABELLI, Thaís Andressa. **Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2019. p. 60.

29 GINO, Bethsaida de Sá Barreto Diaz; SILVA, Érika Samara Santana Faustino; DANTAS, Táris da Costa Carneiro Pontes. A relativização da coisa julgada: um conflito entre a segurança jurídica e a justiça da decisão. **Revista Multidisciplinar e de Psicologia**, [S.l.], v. 10, n. 30, p. 302-317, jul. 2016. p. 305. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/472/582>. Acesso em: 31 jan. 2022.

30 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p. 56.

31 GINO, Bethsaida de Sá Barreto Diaz; SILVA, Érika Samara Santana Faustino; DANTAS, Táris da Costa Carneiro Pontes. A relativização da coisa julgada: um conflito entre a segurança jurídica e a justiça da decisão. **Revista Multidisciplinar e de Psicologia**, [S.l.], v. 10, n. 30, p. 302-317, jul. 2016. p. 305. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/472/582>. Acesso em: 31 jan. 2022.

32 SOARES, Marcelo Negrini. CARABELLI, Thaís Andressa. **Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2019. p. 60.

33 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**: análise das relações jurídicas de trato continuado. Orientador: Daniel Mitidiero. 2013. 278 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 41. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196740>. Acesso em: 1 fev. 2022.



Dentro do instituto da coisa julgada, reconhece-se a existência de dois limites: subjetivos e objetivos. Por limites subjetivos da coisa julgada, o ponto central está em entender qual das partes litigantes será abrangida pela coisa julgada, isto é, pela sua imutabilidade e indiscutibilidade.³⁴

De fato, por interpretação do artigo 506 do Código de Processo Civil, como regra básica, a sentença só faz coisa julgada em relação às partes entre as quais é dada, isto é, àqueles envolvidos no processo, não gerando prejuízo a terceiros que, por consequência lógica, não compuseram a relação processual.³⁵

Em contrapartida, por limites objetivos da coisa julgada, tem-se como objeto compreender a parte da decisão judicial que é efetivamente coberta pelo instituto³⁶ e o alcance da imutabilidade.³⁷ Impende salientar, nem os motivos nem a verdade dos fatos são abrangidos pela coisa julgada, nos termos do artigo 504, do Código de Processo Civil³⁸ e, desta forma, apenas a parte dispositiva, de conclusão acerca do pedido do autor, é que será coberta pela indiscutibilidade e imutabilidade da coisa julgada.³⁹

Desta forma, em suma, “os limites objetivos dizem respeito [...] à “matéria” que constitui objeto da coisa julgada; enquanto os limites subjetivos referem-se, em uma síntese bastante apertada, a “quem” poderia restar atingido pela coisa julgada”.⁴⁰

Também é importante destacar que não se deve confundir preclusão com eficácia preclusiva, pois esta última em nada tem relação com a perda de uma faculdade processual. De fato, eficácia preclusiva ou, como também chamada, princípio do deduzido e dedutível, remete à ideia de uma consequência relativa à coisa julgada.⁴¹

Adentrando em seu estudo, prevê o artigo 508 do Código de Processo Civil que “transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”.⁴² Pois bem,

34 DELLORE, Luiz. **Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 64.
35 BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília/DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

36 DELLORE, Luiz. **Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 67.

37 SOARES, Marcelo Negrini. CARABELLI, Thaís Andressa. **Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2019. p. 71.

38 BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília/DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

39 DELLORE, Luiz. **Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 67.

40 ROSA, André Luís Cateli; ANTUNES, Thiago Caversan. Relativização da coisa julgada: uma análise econômica. **Economic Analysis of Law Review**, [S.l.], v. 11, n. 3, p. 49-71, set./dez. 2020. p. 58. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/9173/0>. Acesso em: 2 fev. 2022.

41 OLIVEIRA, José Sebastião de; TEBAR, Wilton Boigues Corbalan. Aspectos relevantes da coisa julgada nas ações de família sob a óptica do Código de Processo Civil de 2015. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 113-142, jan./jun. 2019. p. 125. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/295/290>. Acesso em: 30 jan. 2022.

42 BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília/DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.



a eficácia preclusiva, de acordo com Oliveira, J. e Tebar⁴³ é um efeito que torna irrelevante todas as defesas levantadas durante o trâmite processual, bem como aquelas que poderiam ter sido deduzidas, mas não foram. E continuam:

Em suma, o efeito preclusivo da coisa julgada, ou princípio do deduzido e do dedutível, visa impedir exatamente os ataques indiretos à coisa julgada. Em razão desse efeito, passam a ser irrelevantes todos os fundamentos de defesa e todos os argumentos relativos à causa de pedir que foram deduzidos no processo e aqueles que poderiam ter sido deduzidos (dedutíveis), mas que, por qualquer razão, não o foram.⁴⁴

Sob esta óptica, Arenhart e Marinoni⁴⁵ aduzem que o efeito preclusivo da coisa julgada não leva à imutabilidade dos fundamentos nos quais se firmou a sentença, mas induz que tudo aquilo que foi utilizado como defesa para se alcançar a norma jurídica individualizada, não possuirá mais relevância para a lide que o originou, uma vez transitada em julgado, ainda que nem todos os argumentos tenham sido apreciados pelo julgador, integral ou parcialmente.

Nesse mesmo sentido, Oliveira, J. e Tebar⁴⁶ elucidam: “Note que não é certo afirmar que esses fundamentos ficam imutáveis, o que acontece é que esses argumentos ou fundamentos não utilizados passam a ser irrelevantes, por conta da imutabilidade da situação a que se referem”.

Por fim, insta registrar, contudo, que em se tratando de causa de pedir diversa, isto é, de outros fatos, a vedação inerente à aplicação da eficácia preclusiva deixa de ter aplicação.⁴⁷

3 SEGURANÇA JURÍDICA

Conforme elucida Vieira⁴⁸, “a noção de segurança jurídica no contexto da evolução dogmática revela uma abrangente dimensão, identificando-se como algo inerente ao Estado de Direito. Desta forma, é possível classificá-la como um princípio”. Assim sendo, é a partir desta compreensão que será estudada ao longo deste tópico, isto é, como princípio.

43 OLIVEIRA, José Sebastião de; TEBAR, Wilton Boigues Corbalan. Aspectos relevantes da coisa julgada nas ações de família sob a óptica do Código de Processo Civil de 2015. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 113-142, jan./jun. 2019. p. 126. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/295/290>. Acesso em: 30 jan. 2022.

44 OLIVEIRA, José Sebastião de; TEBAR, Wilton Boigues Corbalan. Aspectos relevantes da coisa julgada nas ações de família sob a óptica do Código de Processo Civil de 2015. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 113-142, jan./jun. 2019. p. 126-127. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/295/290>. Acesso em: 30 jan. 2022.

45 ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento – v. 2. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 647.

46 OLIVEIRA, José Sebastião de; TEBAR, Wilton Boigues Corbalan. Aspectos relevantes da coisa julgada nas ações de família sob a óptica do Código de Processo Civil de 2015. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 113-142, jan./jun. 2019. p. 126-127. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/295/290>. Acesso em: 30 jan. 2022.

47 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 122.

48 VIEIRA, Luciana Merçon. **Direito fundamental à coisa julgada e sua restrição**. Orientador: Cássio Scarpinella Bueno. 2007. 173 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Programa de Pós-graduação strictu sensu em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2007. p. 28. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/FDV-1_750e713c108119debb1d0a92120b6a70. Acesso em: 2 fev. 2022.



Trata-se de princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, pois, conforme explica Brandão⁴⁹, “instaura a “paz” e a estabilidade no mundo jurídico, que é um pressuposto básico que gera um clima de confiança em seu conteúdo”. Ainda, conforme elucida Canotilho⁵⁰, ao homem, mostra-se imprescindível segurança para conduzir e planificar sua vida e, justamente por isso, o princípio pode ser considerado como elemento do Estado de Direito.

Como visto, a coisa julgada implica em imutabilidade da decisão judicial proferida em determinado processo e, com isso, tem-se que acarreta em estabilização das relações jurídicas envolvidas na lide. A estabilidade aqui mencionada trata-se do reflexo do princípio da segurança jurídica. Aliás, vale dizer que “após a formação da coisa julgada, a incontestabilidade do que foi decidido, a ela inerente, seria o elemento que garantiria a segurança jurídica no processo”⁵¹.

Pode-se dizer que a coisa julgada é um instituto jurídico que “integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica”⁵². Sobre essa relação, Silva⁵³ comenta:

Dessume-se que a coisa julgada [...] encontra-se intimamente relacionada com a segurança jurídica que se espera no ordenamento processual, de tal forma que, não somente àquele que teve garantida a sua pretensão na decisão, como também aquele que permaneceu em situação de desvantagem, já que assim o mesmo pode repousar numa situação de tranquilidade no sentido de ter a certeza sobre aquele determinado fato que foi levado ao Judiciário.

Com essas observações, a coisa julgada se constitui como um dos “mais relevantes instrumentos de estabilização social que, em última instância, é um dos principais objetivos do Direito”⁵⁴.

Nota-se, então, que a segurança jurídica no processo se traduz por intermédio de referenciais estáticos, baseados na inalterabilidade, irretratabilidade e imutabilidade, principalmente por se efetivar na coisa julgada.⁵⁵ Não obstante, tem-se que a segurança jurídica é um instituto que deve se preocupar não apenas com elementos passados, mas também e, principalmente, com atos e acontecimentos futuros, visando prevenir os indivíduos no tangente à possibilidade de alterações inesperadas nas relações jurídicas e atos já aperfeiçoados.⁵⁶

49 BRANDÃO, Fabrício dos Reis. **Coisa julgada**. São Paulo: MP Editora Ltda., 2005. p. 23.

50 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 375.

51 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 66.

52 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela – vol. 2. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 407.

53 SILVA, Alessandra Frei. Coisa julgada, ação rescisória e o princípio da estabilização das decisões judiciais. **Research, Society and Development**, [S.l.], v. 10, n. 14, p. 1-10, nov. 2021. p. 5. Disponível em: <https://rsdjournal.org/rd/article/download>. Acesso em: 3 fev. 2022.

54 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**: análise das relações jurídicas de trato continuado. Orientador: Daniel Mitidiero. 2013. 278 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 41. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196740>. Acesso em: 1 fev. 2022.

55 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 399.

56 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 301.



Baseado nessa perspectiva, Cabral⁵⁷ traz a ideia da existência atual no sistema jurídico brasileiro de uma segurança jurídica que pressupõe o que se chama de continuidade jurídica, baseada no objetivo de proteger os interesses humanos relativos à estabilidade e permanência, próprios do instituto, mas também, ao mesmo tempo, de viabilizar a alteração das posições jurídicas estáveis.

A continuidade jurídica, nos ensinamentos de Cabral, se revela como uma maneira de não bloquear de forma total as mudanças desses atos já estáveis e, também, de preservar a segurança.⁵⁸ Melhor explicando:

A continuidade torna a posição jurídica tendencialmente estável, sem contudo apelar para a sua imutabilidade. Seu fundamento gira em torno do equilíbrio entre alteração e permanência de posições jurídicas consolidadas, permitindo uma segurança temporalmente balanceada entre as conquistas pretéritas, as exigências do presente e as expectativas e prognoses futuras.⁵⁹

Veja-se, assim que, em suma, a continuidade não se preocupa em impedir a mudança, mas tão somente em evitar transições abruptas, como forma de reduzir o impacto da alterabilidade daquela estabilidade já aperfeiçoada.

A tão conhecida frase de que os direitos não são absolutos deve ser aplicada no presente caso, como forma de admitir a possibilidade de que a segurança jurídica seja relativizada visando se afastar da ideia de estabilidade total para se aproximar da ideia de alterações das decisões jurídicas.⁶⁰

Nesse sentido, para Cabral⁶¹, quando a quebra da estabilidade se mostrar necessária, poderia haver, inclusive, a adoção de regras de transição como forma de atenuar o impacto da mudança. Em relação à existência de tais regras, registra-se que, consagrando a continuidade jurídica, propõe o artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/42):

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.⁶²

57 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 374.

58 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 374.

59 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 374.

60 OLIVEIRA, Cláudio Henrique. Coisa julgada nas relações continuativas e controle jurisdicional das políticas públicas. **Congresso Nacional de Procuradores do Estado e do Distrito Federal**, São Paulo, p. 1-20, 2015. p. 12. Disponível em: https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_claudiohenrique051015.pdf.

61 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 399

62 BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio



Dito isso, sem dúvidas que o estudo acerca dessa nova perspectiva da segurança jurídica permite repensar o instituto da preclusão e da coisa julgada em seu aspecto material, até então tradicionalmente tão consolidadas em âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial, sob uma nova óptica que considere o sistema normativo de forma mais dinâmico e flexível⁶³ diante de relações que apresentem esta mesma condição, como é o caso das relações de família.

Antes de adentrar no assunto principal, cabe tecer algumas considerações acerca da diferença entre as relações jurídicas instantâneas e as de trato continuado, até para poder entender em qual delas as demandas de família se enquadram e, posteriormente, os reflexos daí decorrentes.

Conforme explica Zavascki⁶⁴, uma relação jurídica instantânea é aquela derivada “do fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrai a incidência da norma quando estiver inteiramente formado”. Ou seja, é aquela em que seus elementos formadores não são alterados com o passar do tempo. Diz-se, assim, que neste tipo de relação, a prestação jurisdicional se volta ao passado.⁶⁵

Por outro lado, relações jurídicas de trato continuado são aquelas que podem se iniciar antes do ajuizamento da demanda judicial, se desenvolver ao longo do curso do processo e, também, após sua conclusão. Isto significa que a análise judicial não ficará limitada somente a fato jurídico pretérito.⁶⁶ Noutras palavras, é a “relação jurídica que nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo”.⁶⁷

Ainda, pode-se dizer, são relações que trazem “fatos ou situações que perduram no tempo, de modo que suas posições jurídicas internas (direitos, deveres, ônus...) podem ser modificadas ou redimensionadas no curso da relação, conforme varie o panorama fático ou jurídico”.⁶⁸

de Janeiro/RJ: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

63 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 383.

64 ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 99.

65 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**: análise das relações jurídicas de trato continuado. Orientador: Daniel Mitidiero. 2013. 278 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 146. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196740>. Acesso em: 1 fev. 2022.

66 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**: análise das relações jurídicas de trato continuado. Orientador: Daniel Mitidiero. 2013. 278 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 151. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196740>. Acesso em: 1 fev. 2022.

67 ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. **Doutrina do Superior Tribunal de Justiça – Edição Comemorativa 15 anos**, [S.l.], p. 107-132, [20?]. p. 112. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout15anos/article/view/3666/3755>. Acesso em: 5 fev. 2022.

68 TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 91.



Como forma de compreender situações em que uma decisão poderá promover efeitos sob fatos jurídicos ainda não ocorridos, mostra-se imprescindível tratar acerca das duas espécies desta relação: relação jurídica continuativa e relação jurídica sucessiva.

A relação jurídica continuativa trata das relações que se desenvolvem com o passar do tempo, gerando, desta forma, situações ativas e passivas, bem como direitos e obrigações, de modo constante, vinculando os indivíduos que dela fazem parte por certo período de tempo. Cita-se como exemplos a obrigação de prestação alimentícia, na qual o provedor, mesmo após o término da demanda, continua se submetendo à decisão judicial de prestar alimentos, bem como as demandas locatícias, nas quais, diante de ajuste do preço do aluguel seguindo as condições de mercado, as partes poderão, a qualquer tempo, enquanto perdurar o contrato, buscar eventual revisão por meio judicial.⁶⁹

Por sua vez, as relações jurídicas sucessivas, conforme explica Oliveira, P.⁷⁰ tratam de fatos jurídicos semelhantes que podem se repetir no tempo e que, por isso, merecem receber o mesmo tratamento jurídico das relações jurídicas continuativas. Cita como exemplo a relação jurídica tributária, em que abrange casos que ensejam incidências consecutivas da norma tributária. E continua:

Nesses casos, há de se identificar exatamente sobre o que versa a demanda judicial que dará ensejo à formação da norma jurídica individual, pois, a depender do seu objeto litigioso, será recomendável que a decisão, por uma questão de racionalidade e coerência do sistema jurídico, se aplique a relações jurídicas semelhantes que se manifestem no futuro. Assim, versando a demanda sobre alguma peculiaridade própria da relação jurídica submetida a julgamento, não faz sentido pensar em aplicar a decisão daí decorrente a fatos jurídicos diversos daqueles apreciados.⁷¹

Contudo, como bem observa o mesmo autor:

[...] no caso de demandas em que a questão litigiosa diz respeito a uma *situação jurídica* permanente, que se mostra presente na conformação de todas as relações jurídicas sucessivas, não faz sentido a exigência da propositura de uma demanda autônoma para cada fato jurídico futuro. Nesses casos, recomenda-se que a norma jurídica concreta formada seja aplicada não só aos fatos jurídicos passados, mas também aos futuros, desde que possuam na sua constituição *a mesma situação jurídica* definida judicialmente.⁷²

69 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**: análise das relações jurídicas de trato continuado. Orientador: Daniel Mitidiero. 2013. 278 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 152. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196740>. Acesso em: 1 fev. 2022.

70 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**: análise das relações jurídicas de trato continuado. Orientador: Daniel Mitidiero. 2013. 278 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 153. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196740>. Acesso em: 1 fev. 2022.

71 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**: análise das relações jurídicas de trato continuado. Orientador: Daniel Mitidiero. 2013. 278 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 154. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196740>. Acesso em: 1 fev. 2022.

72 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**: análise das relações jurídicas de trato continuado. Orien-



É evidente que, entre as relações jurídicas instantâneas e as de trato continuado, as demandas de família se enquadram nesta última. Ainda, em relação às subespécies de trato continuado, se encaixa como relação continuativa, uma vez que as demandas envolvendo Direito de Família, vinculam os indivíduos em situações que se perduram no tempo e passíveis de serem alteradas por circunstâncias fático-jurídicas, a exemplo, como exposto acima, da obrigação de prestar alimentos, além de outros casos como os de guarda dos filhos.

Tecidas estas considerações, certamente este tipo de relação desperta atenção inerente ao estudo da preclusão e da coisa julgada material, uma vez que dispersa da ideia de que a decisão judicial proferida em um processo sempre produzirá efeito em relação a fatos passados, abrindo-se, desta forma, margem a se questionar o alcance da coisa julgada, bem como de sua imutabilidade diante de alterações ocorridas nas relações de família.⁷³

Além da demasia de discussões inerentes a seu alcance em relação às partes de determinado processo e as respectivas matérias tratadas, há de se considerar, ainda, a questão inerente ao seu alcance diante das decisões jurídicas já transitadas em julgado e a aplicação da imutabilidade diante da ocorrência de alterações no campo fático e jurídico relacionadas às demandas de família.⁷⁴

Sem dúvida, sendo a coisa julgada conceituada sob o pressuposto de verdadeira imutabilidade da decisão judicial de mérito, não se preocupa com uma das características mais marcantes do mundo contemporâneo, que são as mudanças constantes das circunstâncias de fato e de direito.⁷⁵ De fato, estando a ideia de coisa julgada sempre adstrita àquela situação específica que foi submetida à apreciação do poder judiciário, não haveria como mencionar a coisa julgada diante de situação diversa daquela.⁷⁶ Sobre isso, argumenta Lima:⁷⁷

A ideia de uma coisa julgada suscetível de ser atacada, revista e desconstituída, parece em princípio contraditória, visto que o instituto da coisa julgada se define a partir do elemento 'imodificabilidade'. O operador do Direito se acostumou com o entendimento

tador: Daniel Mitidiero. 2013. 278 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 154. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196740>. Acesso em: 1 fev. 2022.

73 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**: análise das relações jurídicas de trato continuado. Orientador: Daniel Mitidiero. 2013. 278 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 151. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196740>. Acesso em: 1 fev. 2022.

74 LEAL, André Cordeiro. SILVA, Maria dos Remédios Fontes. MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. Processo, jurisdição e efetividade da justiça II. **XXIV Congresso Nacional do Conpedi – UFMG/FUMEC/ DOM HELDER CÂMARA**, Florianópolis, p. 18-40. p. 23. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j54r8mlx/euMiqGBQjc8CC0zY.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2022.

75 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 399.

76 OLIVEIRA, José Sebastião de; TEBAR, Wilton Boigues Corbalan. Aspectos relevantes da coisa julgada nas ações de família sob a óptica do Código de Processo Civil de 2015. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 113-142, jan./jun. 2019. p. 133. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/295/290>. Acesso em: 30 jan. 2022.

77 LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 105.



de que a coisa julgada representa o fim de uma discussão, o ponto final da lide, caracterizando como a entrega da prestação jurisdicional certa, indiscutível, derradeira.

Ocorre que as relações de família são demandas que geram situações que vivem em constante mudança, principalmente nos aspectos fáticos. Isto significa que podem se desenvolver no tempo passado, presente e futuro. A título de exemplo, pode-se citar a ação de alimentos, em que, no momento de proferir sua decisão, a autoridade judicial se valerá da situação econômico-financeira atual do devedor, porém, posteriormente ao seu trânsito, poderia ser modificada, positiva ou negativamente.

Não se nega, aqui, que o Código de Processo Civil brasileiro possui previsão expressa acerca das relações de trato continuado. O artigo 505, inciso I, do CPC/2015 estabelece, diz-se, uma exceção à imutabilidade da coisa julgada, no tangente a este tipo específico de relação, ao permitir a revisão da decisão judicial já prolatada diante de modificação no estado de fato ou de direito nas relações desta espécie. Veja-se: “Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.⁷⁸

Cabe destacar, contudo, o entendimento de Oliveira, P.⁷⁹. Para o autor, o inciso se refere à impossibilidade de novo julgamento sobre a mesma lide, vedando, desta forma, novo pronunciamento sobre o mérito da demanda anteriormente definida, exceto se sobrevierem alterações fático-jurídicas nas relações continuativas. Contudo, exprime que o legislador se equivoca quando sugere a reapreciação da mesma lide diante de modificação no estado de fato ou de direito, uma vez que, se há tal alteração, a nova demanda não veicularia a mesma lide antes apreciada. E continua:

Realizando, contudo, uma interpretação que confira maior inteligibilidade ao dispositivo, parece que a ideia que se pode extrair está vinculada à reapreciação da mesma relação jurídica antes julgada. Assim, ainda que já houvesse um pronunciamento judicial sobre questão pertinente a certa relação jurídica, esta mesma relação poderá ser novamente submetida à apreciação judicial caso os seus elementos conformadores sofram alteração. Ou seja, uma mesma relação jurídica substancial, cujo objeto poderá ser novamente submetido à apreciação judicial em decorrência da modificação do fato jurídico que lhe dá suporte.⁸⁰

78 BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília/DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

79 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente:** análise das relações jurídicas de trato continuado. Orientador: Daniel Mitidiero. 2013. 278 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 156-157. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196740>. Acesso em: 1 fev. 2022.

80 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente:** análise das relações jurídicas de trato continuado. Orientador: Daniel Mitidiero. 2013. 278 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 157. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196740>. Acesso em: 1 fev. 2022.



Desta forma, pode-se concluir, para o mesmo autor, que, “a respeito das relações continuativas, o juiz não poderá decidir novamente sobre o objeto já apreciado, enquanto não houver alteração no suporte fático-jurídico que fundamentou a decisão transitada em julgado”. Por consequência, significa dizer que a decisão regerá os fatos jurídicos futuros que comporão a relação continuativa apreciada, enquanto estiver presente idêntico contexto fático-jurídico.⁸¹

Nesse mesmo sentido, Zavascki⁸² afirma que “alterada a situação de fato (muda o suporte fático, mantendo-se o estado da norma) ou de direito (muda o estado da norma, mantendo-se o estado de fato), ou os dois, a sentença deixa de ter a força de lei entre as partes, que até então mantinha”. Dessa forma, a eficácia da decisão em relação à extensão da coisa julgada estaria limitada enquanto persistirem situações fático-jurídicas existentes ao tempo da prolação daquela decisão.⁸³

Contudo, em que pese já esteja bem sedimentada na doutrina a possibilidade de revisão da decisão judicial diante de alterações fáticas ou jurídicas, sem dúvidas, existe controvérsia quando à delimitação do que vêm a ser consideradas, de fato, tais alterações, de modo a se tornar aptas “a proporcionar a referida *fuga dos limites objetivos da coisa julgada*, gerando a ineficácia da coisa julgada sobre os novos fatos jurídicos ainda não apreciados”.⁸⁴

Nota-se, então, que as relações jurídicas de trato continuado, dando ênfase às relações de família, uma vez levadas ao poder judiciário, são aquelas que, apesar de já terem produzido efeitos passados e, provavelmente, estarem gerando efeitos presentes, poderão se perpetuar no futuro.

A questão, todavia, é saber se a imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada decorrente de pronunciamento judicial abrange também as relações de trato continuado e se, caso positivo, o comando anteriormente concedido permanecerá inalterado em definitivo, ainda que haja alterações de fato ou de direito.⁸⁵

81 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**: análise das relações jurídicas de trato continuado. Orientador: Daniel Mitidiero. 2013. 278 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 157. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196740>. Acesso em: 1 fev. 2022.

82 ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 105 apud MUNHOZ, Flávio de Sá. **Coisa julgada em matéria tributária**: limites objetivos e temporais. Orientador: Renato Lopes Becho. 2019. 108 f. Dissertação (Mestre em Direito Constitucional e Processual Tributário) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 57. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22994/2/Fl%C3%A1vio%20de%20S%C3%A1%20Munhoz.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2022.

83 MUNHOZ, Flávio de Sá. **Coisa julgada em matéria tributária**: limites objetivos e temporais. Orientador: Renato Lopes Becho. 2019. 108 f. Dissertação (Mestre em Direito Constitucional e Processual Tributário) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 57. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22994/2/Fl%C3%A1vio%20de%20S%C3%A1%20Munhoz.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2022.

84 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**: análise das relações jurídicas de trato continuado. Orientador: Daniel Mitidiero. 2013. 278 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 180. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196740>. Acesso em: 1 fev. 2022.

85 ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. **Doutrina do Superior Tribunal de Justiça – Edição Comemorativa 15 anos**, [S.l.], p. 107-132, [20?]. p. 113. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout15anos/article/view/3666/3755>. Acesso em: 5 fev. 2022.



Em relação ao alcance dos aspectos da coisa julgada, Oliveira, J. e Tebar⁸⁶ explicam:

Não é raro que a causa de pedir se altere e, neste caso não se pode alegar coisa julgada, porque não se trata mais da mesma situação, mas de outra diversa. É muito comum afirmar que a sentença que julga alimento não transita em julgado. Isto, do ponto de vista teórico, não é válido, porque na verdade há coisa julgada. Acontece que, como a relação de alimentos é continuativa, pode-se ter uma alteração daquela situação. Por exemplo, aquele que precisava de muito pode não precisar mais de nada. Ora, a coisa julgada é sempre *rebus sic stantibus*, isto é, é sempre em relação àquela situação. Então, a outra situação não se aplicará à coisa julgada, porque o fundamento é outro.

Veja-se que, com base no entendimento acima exposto, havendo alteração da situação de fato ou de direito, não há que se falar na aplicação da coisa julgada decorrente da decisão proferida em relação à situação anterior.

Em contrapartida, para Zavascki⁸⁷, o que se deve pensar é que pode ocorrer que a controvérsia a ser decidida tenha como origem uma situação jurídica de caráter permanente, isto é, continuado, que se constitui como suporte desencadeador do fenômeno de incidência. E, neste caso, deve-se admitir que a decisão, independentemente da constituição de coisa julgada material, gere efeitos também em relação aos eventos recorrentes, uma vez que o juízo de certeza desenvolvido decorrerá de situação jurídica mais ampla, de caráter duradouro.

Inobstante das divergências a partir da relação jurídica de trato continuado e a coisa julgada, certo é que, assim como todo e qualquer direito, a coisa julgada também não é absoluta, uma vez que, acima de tudo, deve “conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à Justiça (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXV)”.⁸⁸

Observa-se que ambos os institutos da coisa julgada e preclusão se relacionam muito bem com relações instantâneas, que já aconteceram no passado e não se desenvolverão dali em diante. Contudo, não se mostram plenamente eficazes em relação às relações de trato continuado. Isso porque, uma vez sendo institutos engessados em seus conceitos, abrindo margens mínimas de relativização, não se adequam às relações dinâmicas que são as demandas de família.

Ao analisar a ideia da segurança jurídica como continuidade, foi possível perceber uma tentativa de estabelecer um novo formato que melhor se compatibilize às relações de trato continuado, uma vez que, como visto, não busca quebrar a ideia de estabilidade promovida

86 OLIVEIRA, José Sebastião de; TEBAR, Wilton Boigues Corbalan. Aspectos relevantes da coisa julgada nas ações de família sob a óptica do Código de Processo Civil de 2015. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 113-142, jan./jun. 2019. p. 125. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/295/290>. Acesso em: 30 jan. 2022.

87 ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. **Doutrina do Superior Tribunal de Justiça – Edição Comemorativa 15 anos**, [S.l.], p. 107-132, [20?]. p. 116. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoconstitucional/index.php/Dout15anos/article/view/3666/3755>. Acesso em: 5 fev. 2022.

88 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 72-73.



pela preclusão e pela coisa julgada, mas tão somente buscar margens de modificação de tais estabilidades dentro daquele ato decisório já perfectibilizado.

De fato, admitir a segurança como pressuposto de continuidade jurídica mostra-se imprescindível, uma vez que, como explica Cabral⁸⁹:

Os atos não são imutáveis ou inalteráveis: a modificação é sistematicamente possível porque a duração da estabilidade é tendencial, mas não eterna. Podem ser incorporados novos elementos ao conteúdo estável; o papel da segurança jurídica é não mais impedir a mudança, mas atuar para que a modificação seja operada com segurança.

A ideia de um sistema mais dinâmico das estabilidades é, assim, incorporar a mudança de conteúdo das posições estáveis de tal forma que, ainda assim, seja possível fornecer segurança jurídica.⁹⁰

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da presente investigação, pode-se observar como foco principal da pesquisa o estudo acerca da coisa julgada, preclusão e segurança jurídica nas demandas de família. Nesse contexto, viu-se, inicialmente, diversos aspectos inerentes à coisa julgada e preclusão. Ainda, estudou-se acerca da segurança jurídica, seu conceito, sua relação com a coisa julgada e também a ideia de segurança como continuidade jurídica. Ao final, analisou-se as demandas de família caracterizadas como relações jurídicas de trato continuado, a aplicação da coisa julgada nessas relações e os aspectos inerentes a sua estabilidade e dinamismo.

Com o estudo ficou claro que as demandas de família estão englobadas no conceito de relação jurídica de trato continuado, na subespécie de relação jurídica continuativa, na medida em que podem se iniciar no passado, mas também se desenvolver ao longo do presente e se estender ao futuro, abrindo-se discussão em relação ao estudo da coisa julgada material, em especial no tocante ao alcance da coisa julgada, bem como de sua imutabilidade diante de alterações ocorridas nas relações de família.

Viu-se que não há bem um consenso em relação ao alcance da coisa julgada a situações fáticas ou jurídicas novas, mesmo diante de demandas de família que, como regra, uma vez levadas ao poder judiciário, já exprimem a ideia de serem relações permanentes. Isso porque, uma vez verificadas alterações, pela ideia da coisa julgada, a decisão haveria de ser revista, não cabendo a aplicação da decisão já prolatada sob a égide de situação anterior.

Tal ideia não se mostra muito eficaz diante das demandas de família, principalmente em razão de seu dinamismo. Como visto ao longo do tempo, a família não é um instituto estático,

89 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 399.

90 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 50.



promovendo alterações constantes, não somente relacionadas a aspectos de relação entre indivíduos, mas também a aspectos econômico-financeiros. Portanto, esse engessamento não só da coisa julgada, mas também promovido pela preclusão e pelo ideal de segurança jurídica, acaba por afastar a verdadeira aplicação do direito.

A partir da ideia de segurança jurídica como continuidade é possível concluir que melhor se compatibiliza com as relações de trato continuado, uma vez que a continuidade jurídica não tem como objetivo quebrar a ideia de estabilidade promovida pela preclusão, coisa julgada e a própria segurança jurídica, ou mesmo a imutabilidade própria da coisa julgada, mas tão somente buscar margens de modificação de tais estabilidades dentro daquele ato decisório já perfectibilizado, como forma de promover a verdadeira segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento – v. 2. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRANDÃO, Fabricio dos Reis. **Coisa julgada**. São Paulo: MP Editora Ltda., 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: Senado Federal, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro/RJ: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília/DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil – vol. 1**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DELLORE, Luiz. **Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.



DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela** – vol. 2. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GINO, Bethsaida de Sá Barreto Diaz; SILVA, Érika Samara Santana Faustino; DANTAS, Târsis da Costa Carneiro Pontes. A relativização da coisa julgada: um conflito entre a segurança jurídica e a justiça da decisão. **Revista Multidisciplinar e de Psicologia**, [S.l.], v. 10, n. 30, p. 302-317, jul. 2016. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/472/582>. Acesso em: 31 jan. 2022.

LEAL, André Cordeiro. SILVA, Maria dos Remédios Fontes. MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. Processo, jurisdição e efetividade da justiça II. **XXIV Congresso Nacional do Conpedi – UFMG/ FUMEC/ DOM HELDER CÂMARA**, Florianópolis, p. 18-40. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j54r8mlx/euMiqGBQjc8CC0zY.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2022.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MACHADO, Daniel Carneiro. **A Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARINONI, Luís Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais: a questão da relativização da coisa julgada material. In: DIDIER Júnior, Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. Salvador: JusPodivm, 2004.

MUNHOZ, Flávio de Sá. **Coisa julgada em matéria tributária: limites objetivos e temporais**. Orientador: Renato Lopes Becho. 2019. 108 f. Dissertação (Mestre em Direito Constitucional e Processual Tributário) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: [https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22994/2/Fl%C3%A1vio%20de%20S%-C3%A1%20Munhoz.pdf](https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22994/2/Fl%C3%A1vio%20de%20S%C3%A1%20Munhoz.pdf). Acesso em: 5 fev. 2022.

OLIVEIRA, José Sebastião de; TEBAR, Wilton Boigues Corbalan. Aspectos relevantes da coisa julgada nas ações de família sob a óptica do Código de Processo Civil de 2015. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 113-142, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/295/290>. Acesso em: 30 jan. 2022.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: análise das relações jurídicas de trato continuado**. Orientador: Daniel Mitidiero. 2013. 278 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196740>. Acesso em: 1 fev. 2022.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.



ROSA, André Luís Cateli; ANTUNES, Thiago Caversan. Relativização da coisa julgada: uma análise econômica. **Economic Analysis of Law Review**, [S.l.], v. 11, n. 3, p. 49-71, set./dez. 2020. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/9173/0>. Acesso em: 2 fev. 2022.

RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil – vol. 3**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Alessandra Frei. Coisa julgada, ação rescisória e o princípio da estabilização das decisões judiciais. **Research, Society and Development**, [S.l.], v. 10, n. 14, p. 1-10, nov. 2021. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/download/22067/19599/264901>. Acesso em: 3 fev. 2022.

SOARES, Marcelo Negrini. CARABELLI, Thaís Andressa. **Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2019.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIEIRA, Luciana Merçon. **Direito fundamental à coisa julgada e sua restrição**. Orientador: Cássio Scarpinella Bueno. 2007. 173 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Programa de Pós-graduação *strictu sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2007. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/FDV-1_750e713c108119debb-1d0a92120b6a70. Acesso em: 2 fev. 2022.

VITAGLIANO, José Arnaldo. **Coisa julgada e ação anulatória**. Curitiba: Juruá, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. **Doutrina do Superior Tribunal de Justiça – Edição Comemorativa 15 anos**, [S.l.], p. 107-132, [20?]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout15anos/article/view/3666/3755>. Acesso em: 5 fev. 2022.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.





BAUMAN: PESSIMISMO E A PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL

Sergio Renato Domingos



BAUMAN: PESSIMISMO E A PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL

BAUMAN: PESSIMISM AND BEHAVIORAL PSYCHOLOGY

Sergio Renato Domingos¹

Resumo

O objetivo geral do presente artigo foi de apresentar duas posições antagônicas a respeito das previsões e avaliações que se faz das condições atuais da sociedade, uma delas pessimista, utilizando-se, aqui, da visão de Bauman, e outra mais otimista, a partir de Rosling e Ridley, a fim de possibilitar, com base nos argumentos aplicados por estes, a apresentação dos mecanismos mentais que estamos sujeitos quando fazemos previsões, notadamente a “heurística do afeto” (julgamentos conforme emoções e sentimentos), demonstrando a importância dos dados e análises estatísticas para a formação destas opiniões e escolhas. Quanto à Metodologia, empregou-se o método dedutivo e a pesquisa qualitativa. Foram acionadas as técnicas do referente, da Categoria e da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras-chave: Bauman. Neurociência. Psicologia comportamental. Vieses. Heurísticas.

Abstract

This paper aims to present two antagonistic views regarding two predictions and evaluations of society's current conditions. One of them is pessimistic and tied to the work of Bauman. The other, a more optimistic one that parting and, based on the arguments present in the works of Rosling and Ridley, will present the mental mechanisms that we are subject to during decision-making processes, notably the “affection heuristic” (judgments taken according to emotions and feelings), demonstrating the importance of data and statistical analyzes that form such opinions and choices.

Keywords: Bauman. Neuroscience. Behavioral psychology. Biases. Heuristics.

¹ Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). E-mail: sergiorenatodomingos@gmail.com



1 INTRODUÇÃO

É comum ouvirmos das pessoas e especialmente no noticiário relatos de um futuro sombrio. Sempre que se projeta o futuro, quase que invariavelmente os prognósticos são desanimadores, aterrorizantes até.

Igualmente comum é a tendência a acreditar que a onda de pessimismo em relação ao futuro decorre de fatos atuais, inexistentes em outras épocas, imagem que não é, contudo, confirmada pela história. “Os pessimistas têm sido sempre onipresentes e sempre festejados. ‘Não se passaram cinco anos sem que algum livro ou panfleto fosse publicado’, escreveu Adam Smith no início da Revolução Industrial”².

O pessimismo é, segundo a definição gramatical, o “hábito de antecipar fracasso, má sorte, ou predisposição para julgar os fatos pelo lado mais desfavorável”³ ou, mesmo, a “tendência natural para ver tudo pelo pior lado; quem tende a enxergar as coisas pelo lado desfavorável”⁴.

No âmbito filosófico, igualmente se reconhece a ambivalência da alma humana no que toca a reconhecer o benefício da vida, havendo quem afirme, baseando-se no monólogo de Hamlet, que “nosso estado é tão infeliz que um absoluto não-ser seria bem preferível” e “se o suicídio nos garantisse o nada, se realmente a alternativa de *ser ou não ser* fosse proposta, então sim, seria necessário escolher o não-ser, e isso seria uma consumação digna de todos os nossos votos (*a consummation devoutly to be wish'd*)”, embora nem isso resolvesse o problema, já que “o suicídio não soluciona nada, não sendo a morte um absoluto aniquilamento” – pois o suicídio ‘nega o indivíduo, não a espécie’ – e se a espécie persiste o sofrimento também”⁵.

Envoltos, como estamos por vezes, de pensamentos e notícias pessimistas, não seria um despropósito reconhecer que esta condição psicológica não afeta apenas a vida privada das pessoas, espriando-se para outros horizontes, como para a economia, a sociologia e o direito.

É neste contexto que este breve artigo visa apresentar o pensamento de um sociólogo renomado, Zygmunt Bauman, cuja obra serve de referência e que tem influenciado enormemente o pensamento nos últimos tempos, em particular a obra “Modernidade Líquida”, a qual sistematiza uma das principais ideias do autor – a passagem da “modernidade sólida” à “modernidade líquida” – e, ao final, verificar a sua avaliação (pessimista) acerca do futuro, tendo como contraponto algumas ideias que a ela se opõe e, ainda, as descobertas recentes das ciências do comportamento a respeito da natureza (pessimista) humana.

2 Ridley, Matt. O Otimista Racional: Por que o mundo melhora. – 1ª – Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 287.

3 <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/pessimismo>

4 <https://www.dicio.com.br/pessimismo/>

5 Schopenhauer, cit. in Canto-Sperber, Monique Org. Dicionário de Ética e Filosofia Moral, vol. 2 – São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 751/752.



2 A MODERNIDADE LÍQUIDA E O FUTURO

O surgimento da época contemporânea, também cunhada por alguns de “modernidade tardia”, “sobremodernidade”, “segunda modernidade” e, por outros, de “pós-modernidade”, trouxe consigo os anseios e preocupações com relação ao futuro, como sói acontecer em todos os períodos históricos em que se toma consciência do início de uma nova época.

Neste contexto é que Bauman, em “Modernidade Líquida”, faz seu prognóstico da atualidade, utilizando-se da “liquidez” como metáfora para explicar os tempos modernos – e que já lhe dá nome ao título –, antevendo, a partir daí, os resultados possíveis desta nova modernidade.

A obra principia com a definição da “liquidez”, estabelecendo que os líquidos possuem características próprias, porque suas “moléculas são mantidas num arranjo ordenado que atinge apenas poucos diâmetros moleculares”, diferentemente dos sólidos onde sua estabilidade decorre do “resultado direto do tipo de liga que une os seus átomos e dos arranjos estruturais destes”⁶. É a diferença entre os arranjos estruturais moleculares que, portanto, definem a “fluidez” e “leveza” dos líquidos e a “rigidez”, “resistência” e “firmeza” dos sólidos.

Esta metáfora serve ao propósito de clarificar o tempo presente, no sentido de que a característica que mais marcaria a modernidade seria o atual estado de “desregulação”, “liberalização” e “flexibilização” da sociedade, onde o enfraquecimento das instituições e de todas as normas, códigos e padrões que balizam as ações e relações humanas deixariam indivíduos e sociedade em movimento de readaptação permanente, ao sabor das contingências diárias, com impacto significativo na ordem social e no engajamento dos indivíduos para projetos coletivos.

Nas palavras de Bauman,

A tarefa de construir uma ordem nova e melhor para substituir a velha ordem defeituosa não está hoje na agenda – pelo menos não na agenda daquele domínio em que se supõe que a ação política reside. O ‘derretimento dos sólidos’, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas (...).

São esses padrões, códigos e regras a que podíamos nos conformar, que podíamos selecionar como pontos estáveis de orientação e pelos quais podíamos nos deixar depois guiar, que estão cada vez mais em falta⁷.

O que se deve ter em mente, portanto, quando se procura entender a natureza da modernidade, é este estado de “leveza”, de constante “mobilidade” e “inconstância” (“modernidade líquida”), decorrente da desregulação social, no que diferiria de um passado onde a ordem, a

6 Bauman, Zygmunt. **Modernidade Líquida** – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 8.

7 Bauman, Zygmunt. **Modernidade Líquida** – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 13/14.



estabilidade e a segurança figurariam como elementos a balizar o comportamento e a relação entre os indivíduos.

E esta mudança não é nova. Iniciou há mais de um século, quando se pretendeu impor uma nova modernidade à sociedade estagnada e presa a um passado onde o que imperava era a tradição com seus padrões culturais, o sagrado, as obrigações familiares e “a densa trama das obrigações éticas”⁸.

A diferença é que aquela pretensão de modernidade iniciada há mais de um século tinha como objetivo “derreter os sólidos” existentes para construir novos e duradouros “sólidos”, que servissem de base para a nova sociedade, agora fundada não nos compromissos da tradição, mas na “racionalidade”, especialmente naquela inspirada na racionalidade dos negócios, que lhe conferiria uma “superestrutura” não sujeita a qualquer tensão que não fosse a econômica.

Segundo Bauman, a inauguração desta “racionalidade”, no entanto, acabou por abrir espaço para uma racionalidade econômica, também “instrumental”, que passaria a reger a totalidade da vida social, mas de forma muito mais “leve”, “fluída” e “flexível”, cujo resultado foi o da liberalização e desregulamentação do mercado financeiro e do trabalho e da criação de técnicas que favoreceriam o desengajamento dos cidadãos em projetos coletivos, dada “a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política”⁹.

A estrutura sistêmica então existente, com seus padrões e regras, e que balizavam, conformavam e orientavam a vida dos cidadãos estariam se esvaindo, deixando à sorte e ao esforço *individual* sua realocação num mundo cada vez mais fluído, assumindo, cada um por si, a responsabilidade por seu destino.

De outro lado, adverte ainda Bauman que a modernidade “fluída” implicou também em nova forma de poder e dominação, a econômica, pois graças à alta tecnologia e aos meios artificiais de transporte, aliado à flexibilidade antes mencionada, “o tempo moderno se tornou, antes e acima de tudo, arma na conquista do espaço”, onde a “velocidade do movimento e o acesso a meios mais rápidos de mobilidade chegaram nos tempos modernos à posição de principal ferramenta do poder e da dominação”¹⁰, no que as pessoas comuns, limitadas pelo espaço e pelo tempo, ficariam reféns do capital financeiro.

Mas o cenário desolador de uma sociedade desintegrada, carente de uma estrutura e um sistema de regras e padrões que permita aos indivíduos apoiarem-se e pensarem em projetos coletivos, e de uma elite (econômica) dominante que concentra o poder descentralizado, não mais limitado pelo tempo e não mais confinado a fronteiras físicas, é só um prelúdio de uma visão de futuro ainda mais pessimista.

É que Bauman elenca uma série de consequências possíveis diante desta nova realidade.

8 Idem, p. 10.

9 Idem, p. 12/13.

10 Idem, p. 17.



Uma delas é a de que a “emancipação” provocada pela desregulação social poderia resultar não numa benção, mas numa maldição, eis que “Ser abandonado a seus próprios recursos’ anuncia tormentos mentais e a agonia da indecisão, enquanto a ‘responsabilidade sobre os seus próprios ombros’ prenuncia um medo paralisante do risco e do fracasso, sem direito a apelação ou desistência”, reforçando o sentimento de solidão e infelicidade¹¹.

Do mesmo modo, esta flexibilidade universal promove a extinção da cidadania e da política de como a conhecemos, do fim da cooperação e solidariedade, da indiferença em relação ao outro e do reconhecimento de uma sociedade sem passado e sem futuro¹².

Com o que, adverte Bauman

Todos aprendemos às nossas próprias custas que mesmo os planos mais cuidadosos e elaborados têm a desagradável tendência de frustrar-se e produzir resultados muito distantes do esperado; que nossos ingentes esforços de ‘pôr ordem nas coisas’ frequentemente resultam em mais caos, desordem e confusão; e que nosso trabalho para eliminar o acidente e a contingência é pouco mais que um jogo de azar.

Fiel a seus hábitos, a ciência prontamente seguiu a sugestão da nova experiência histórica e refletiu o espírito emergente na proliferação de teorias científicas do caos e da catástrofe (...) a ciência contemporânea voltou-se para o reconhecimento da natureza endemicamente indeterminística do mundo, do enorme papel desempenhado pelo azar, e para a excepcionalidade, não a normalidade, da ordem, e do equilíbrio (...). E assim lemos, por exemplo, na popular e influente apresentação que David Ruelle faz da filosofia inspirada pela ciência contemporânea, que ‘a ordem determinística cria uma desordem do azar’¹³.

O problema que se coloca, então, é se esta postura pessimista diante da nova modernidade seria a única possível ou, ainda, na existência de outras, a mais coerente com o que vem ocorrendo de fato na sociedade.

3 O OTIMISMO RACIONAL E ANÁLISE FUNDADA EM FATOS

Não resta qualquer dúvida quanto à “liquidez” dos tempos modernos, onde o declínio do prestígio antes concedido à tradição, às regras, às disciplinas e aos estamentos, aliado à novel tecnologia, promoveu uma instabilidade e volatilidade nas relações sociais.

No entretanto, difícil aferir se esta dinamicidade acarretou realmente, na última quadra da

11 Bauman, Zygmunt. **Modernidade Líquida** – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 29, 85/86. Afirma, ainda, que “a individualidade é uma fatalidade, não uma escolha”, de modo que “se ficamos doentes, supõe-se que foi porque não fomos suficientemente decididos e industriais para seguir nossos tratamentos; se ficamos desempregados, foi porque não nos esforçamos o suficiente para encontrar trabalho ou porque somos, pura e simplesmente, avessos ao trabalho; se não estamos seguros sobre as perspectivas de carreira e nos agoniamos sobre o futuro, é porque não somos suficientemente bons em fazer amigos e influenciar pessoas e deixamos de aprender e domar, como deveríamos, as artes da autoexpressão e da impressão que causam” (idem, p. 47).

12 Bauman, Zygmunt. **Modernidade Líquida** – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p.122, 138.

13 Bauman, Zygmunt. **Modernidade Líquida** – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 172/173.



história, um “caos” ou uma “catástrofe” social, como propugnado por Bauman. Há quem entenda diferentemente.

Hans Rosling¹⁴, por exemplo, dedicou parte de sua vida a demonstrar como convencer a todos de que a sociedade teria evoluído, com melhora significativa na vida das pessoas, utilizando-se, para tanto, de uma série de materiais didáticos e, o mais importante, uma extensa gama de dados estatísticos que sustentariam a sua visão positiva do desenvolvimento da sociedade.

O trabalho de Rosling procurava identificar, inicialmente, a disparidade entre o senso comum a respeito de questões factuais, ligadas ao desenvolvimento social (miséria, riqueza, crescimento econômico, expectativa de vida, educação, saúde, violência, meio ambiente etc.), e os dados estatísticos a respeito destas mesmas questões.

Segundo os resultados obtidos a partir de milhares de respostas, observou-se que em sua maioria, e excepcionando a questão referente às mudanças climáticas, as pessoas se saem muito mal, chegando ao ponto de Rosling dizer, em tom jocoso, que as pessoas se saíam pior do que chimpanzés ou por respostas aleatórias¹⁵.

Exemplificando, Rosling recorda que

Nos Estados Unidos, democratas e republicanos frequentemente afirmam que seus oponentes não conhecem os fatos. Se eles medissem o próprio conhecimento, em vez de ficarem apontando o dedo uns para os outros, talvez todos pudessem se tornar um pouco mais humildes. Quando fizemos a pesquisa nos Estados Unidos, apenas 5% escolheram a resposta certa. Os demais 95%, independentemente de suas preferências eleitorais, acreditavam que a taxa de pobreza extrema não tinha mudado nos últimos vinte anos ou que, pior, na verdade tinha dobrado — o que literalmente é o oposto do que realmente aconteceu (...).

Mas, mudanças climáticas à parte, trata-se da mesma história de ignorância maciça (com isso não quero dizer estupidez, ou qualquer coisa intencional, mas simplesmente a falta de conhecimento correto) em todas as outras doze perguntas. Em 2017, pedimos a quase 12 mil pessoas em catorze países que respondessem às nossas questões. Em média, elas acertaram apenas duas respostas nas doze primeiras perguntas. Ninguém acertou todas, e somente uma pessoa (na Suécia) respondeu certo a onze das doze. Impressionantes 15% erraram todas.

Talvez você imagine que gente com mais educação se saia melhor? Ou pessoas que têm maior interesse pelos temas? Eu certamente já pensei isso, mas estava enganado. Testei plateias do mundo inteiro e de todas as classes: estudantes de medicina, professores, acadêmicos, cientistas eminentes, banqueiros, executivos de multinacionais, jornalistas, ativistas e até mesmo autoridades públicas graduadas. São pessoas altamente educadas que se interessam pelo mundo. Mas a maior parte delas — uma impressionante maioria — errou a maior parte das respostas. Alguns desses grupos tiveram até mesmo

14 Rosling, Hans. **Factfulness: O hábito libertador de só ter opiniões baseadas em fatos**. – 4ª ed. – Rio de Janeiro, Record, 2020.

15 Rosling, Hans. **Factfulness: O hábito libertador de só ter opiniões baseadas em fatos**. – 4ª ed. – Rio de Janeiro, Record, 2020, p. 19.



desempenho pior do que o público geral; alguns dos resultados mais deploráveis vieram de um grupo de vencedores do prêmio Nobel e pesquisadores médicos. Não é uma questão de inteligência. Todos parecem compreender o mundo de uma maneira devastadoramente equivocada. Não apenas devastadoramente equivocada, mas sistematicamente equivocada. Quero dizer com isso que os resultados dos testes não são aleatórios. São piores do que aleatórios: são piores do que os resultados que eu obteria se as pessoas respondendo a minhas perguntas não tivessem qualquer conhecimento¹⁶.

A respeito desta divergência entre as respostas dos entrevistados e dos dados estatísticos, Rosling diz que não se trata meramente de reflexo do que é divulgado pela mídia, embora esta também desempenhe um papel relevante. O que define a tendência das pessoas a ignorarem os dados estatísticos, mesmo quando são confrontadas com estes, é o modo de funcionamento do cérebro.

Esse modo de funcionamento é cunhado por Rosling de visão de mundo “superdramática”, que é assim explicado:

Pense o mundo. Guerra, violência, desastres naturais, desastres provocados pelo homem, corrupção. As coisas vão mal, e parece que estão piorando, certo? Os ricos ficam mais ricos, e os pobres, mais pobres; o número de pobres não para de crescer; os recursos naturais logo vão acabar, a menos que façamos algo drástico. Pelo menos esse é o quadro que a maioria dos ocidentais encontra na mídia e carrega em suas mentes. Eu chamo isso de visão de mundo superdramática. É estressante e enganadora.

(...) Minha experiência, ao longo de décadas dando palestras, aplicando testes e ouvindo a forma como as pessoas interpretam mal os fatos, mesmo quando estão diante deles, finalmente fez com que eu percebesse que é muito difícil mudar a visão de mundo superdramática porque ela decorre precisamente da maneira como nosso cérebro funciona.

O cérebro humano é produto de milhões de anos de evolução, e nossos “circuitos” contêm instintos que ajudaram nossos ancestrais a sobreviver em pequenos grupos de caçadores e coletores. Nossos cérebros frequentemente se apressam em chegar a conclusões rápidas sem muita ponderação, algo que costumava nos ajudar a evitar perigos imediatos. Estamos interessados em fofocas e histórias dramáticas, que em geral era a única fonte de notícias e informação útil. Temos forte desejo por açúcar e gordura, que por hábito eram recursos vitais de energia quando os alimentos se mostravam escassos. Temos muitos instintos que costumavam ser úteis há milhares de anos, mas agora vivemos em um mundo bem diferente¹⁷.

No pensamento de Rosling, portanto, a visão pessimista da situação atual da sociedade e de seu futuro está arraigada em fortes *fatores cognitivos*, sobretudo instintivos, fruto de milhares de anos de evolução, que contribuem para uma visão equivocada do mundo.

16 Rosling, Hans. **Factfulness: O hábito libertador de só ter opiniões baseadas em fatos**. – 4ª ed. – Rio de Janeiro, Record, 2020, p. 17/19.

17 Rosling, Hans. **Factfulness: O hábito libertador de só ter opiniões baseadas em fatos**. – 4ª ed. – Rio de Janeiro, Record, 2020, p. 23/24.

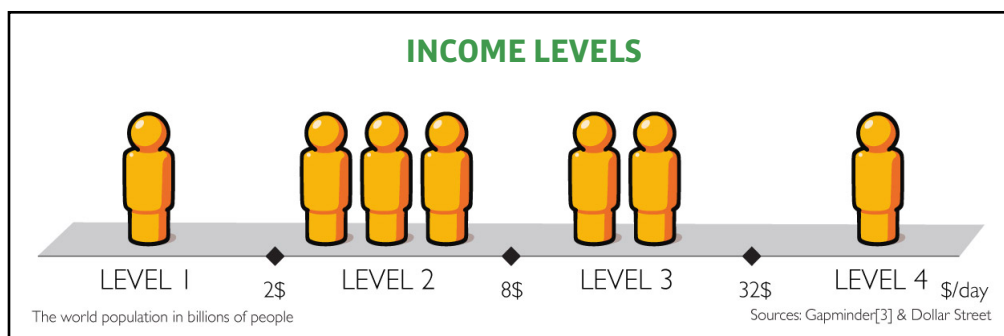


Dos dez fatores cognitivos indicados por Rosling, podemos separar três deles que mais se coadunam com o propósito deste artigo.

O primeiro instinto apresentado por Rosling é o *instinto de separação*¹⁸, que é a tendência das pessoas em promover uma dicotomia das coisas, separando-as em apenas dois grupos distintos, os quais devem absorver, exaustivamente, a totalidade. É essa separação que permite, por exemplo, a alusão a “pobre/rico”, “em desenvolvimento/desenvolvido”, “norte/sul” e “baixa renda/alta renda”.

No entanto, essa dicotomia acaba por não traduzir, com fidelidade, a realidade, uma vez que em diversas situações a complexidade exige a abertura de outras categorias, como o que ocorre com a questão dos países “em desenvolvimento” – que é traduzido, no imaginário, como “países pobres” –, categoria que Rosling considera inexistente, porquanto “hoje a maioria das pessoas, 75%, vive em países de renda média. Nem pobres, nem ricos, mas em alguma parte no meio e começando a ter uma vida razoável”, recordando que somente 9% da população mundial vive em países de baixa renda¹⁹.

Para se ter uma ideia mais nítida do equívoco do pensamento dicotômico, basta visualizar como a população mundial ficaria distribuída, uma vez considerados quatro níveis de renda e não apenas dois, como comumente é utilizado²⁰:



Há, deste modo, ganho significativo, em termos de fidelidade à questão factual, a distribuição em quatro níveis de renda em vez de apenas dois níveis, com os níveis 1 a 3 agrupados num único nível.

Outro instinto indicado é o da “negatividade”, que é a tendência em considerar mais as coisas ruins do que as coisas boas que vêm ocorrendo. Exemplo disso foram as respostas dadas ao questionamento quanto à taxa de extrema pobreza no mundo.

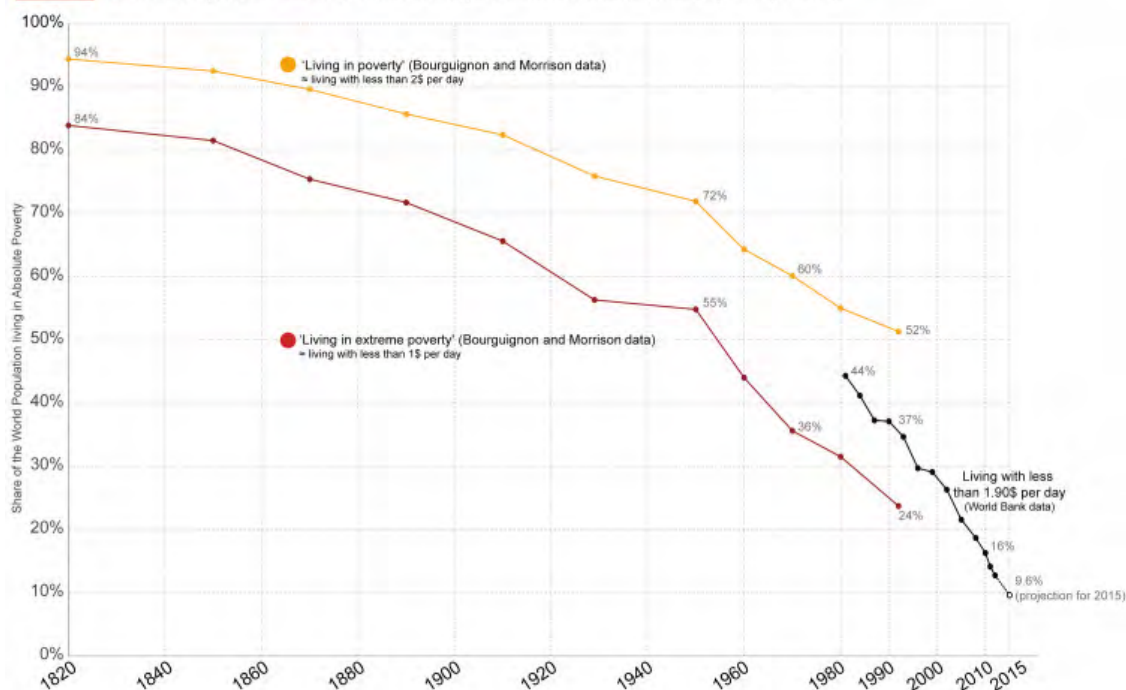
Conforme se observa do gráfico a seguir, nos últimos vinte anos reduziu-se pela metade o percentual de pessoas vivendo em extrema pobreza, com uma queda de 85% para menos de 9% da população mundial se considerados os dados desde 1820:

18 Rosling, Hans. **Factfulness: O hábito libertador de só ter opiniões baseadas em fatos**. – 4ª ed. – Rio de Janeiro, Record, 2020, p. 31.

19 Rosling, Hans. **Factfulness: O hábito libertador de só ter opiniões baseadas em fatos**. – 4ª ed. – Rio de Janeiro, Record, 2020, p. 37/38 e 40.

20 <https://www.gapminder.org/fw/income-levels/>





Data sources: 1820-1992 Bourguignon and Morrison (2002) - Inequality among World Citizens, In The American Economic Review; 1981-2015 World Bank (PovcalNet)
 The interactive data visualisation is available at OurWorldInData.org. There you find the raw data and more visualisations on this topic. Licensed under CC-BY-SA by the author Max Roser.

A despeito disso, em questionários produzidos por Rosling somente 10% das pessoas respondiam corretamente, em franca oposição com os dados do gráfico acima.

Observa-se, neste contexto, que muito embora ainda exista muita pobreza em nível mundial, o que de fato preocupa e merece atenção, há sinais amplamente positivos com relação à redução da pobreza²² que não devem ser desconsiderados, notadamente quando não há motivos para se suspeitar que esse processo de redução será interrompido.

Do mesmo modo, outro instinto aludido por Rosling é o do *instinto de tamanho*, que consiste na tendência em tirar as coisas de proporção, avaliando equivocadamente o tamanho destas, que é uma tendência geral em observar casos isolados, ou únicos, normalmente focando-se em alguém identificável.

É o que percebemos, por exemplo, com a mídia, pois “é praticamente dever profissional de um jornalista fazer qualquer evento, fato ou número soar mais importante do que é”, no que “os dois aspectos do instinto do tamanho, juntos com o instinto da negatividade, fazem com que nós sistematicamente subestimemos o progresso que foi feito no mundo”, ao mesmo tempo que superestimamos outras realidades, como a proporção de imigrantes nos países²³

21 <https://ourworldindata.org/extreme-poverty>. Em Rosling, op. cit., p. 62.

22 Há uma série de outros indicadores positivos, como expectativa média de vida (de 31 anos em 1800 para 72 anos em 2017), redução da fome (28% de pessoas subnutridas em 1970 para 11% em 2015) e aumento da alfabetização (10% em 1800 para 86% em 2016). Pode-se conferir estes e outros dados em Rosling, op. cit., p. 65/74.

23 Rosling, Hans. **Factfulness: O hábito libertador de só ter opiniões baseadas em fatos**. – 4ª ed. – Rio de Janeiro, Record, 2020, p. 139/140.



Na mesma linha de Rosling, encontramos ainda outro autor cujo pensamento conflita com o pessimismo de Bauman. É Matt Ridley.

Ridley também é otimista quanto ao progresso humano e social, atribuindo o desenvolvimento da sociedade a um fenômeno coletivo que teria ocorrido “entre cérebros”, quando, em algum momento da pré-história, pessoas dotadas da capacidade de aprender começaram, pela primeira vez, “a trocar coisas umas com as outras e, quando começaram a fazer isso, a cultura subitamente se tornou cumulativa e a grande e impetuosa experiência do ‘progresso’ econômico humano começou. A troca está para a evolução cultural como o sexo está para a evolução biológica”²⁴.

Abstraindo a questão referente às razões da evolução, se decorrente ou não deste “escambo” de bens e conhecimento, pode-se constatar que o pensamento otimista de Ridley é bem expresso na seguinte passagem:

Otimismo racional defende que o mundo sairá da atual crise por causa do modo como os mercados de bens, serviços e ideias permitem aos seres humanos trocar e especializar-se honestamente para a melhoria de todos. Assim, este não é um livro de elogio ou condenação impensada de todos os mercados, mas uma pesquisa de como o processo de mercado de troca e especialização é mais velho e claro do que muitos pensam e fornece uma vasta razão para o otimismo sobre o futuro da raça humana. Acima de tudo, este é um livro sobre os benefícios da mudança. O meu desacordo é, principalmente, com reacionários de todas as cores políticas: os azuis que não gostam da mudança cultural; os vermelhos que não gostam da mudança econômica; e os verdes que não gostam da mudança tecnológica. Sou um otimista racional: racional porque cheguei ao otimismo não através do temperamento ou do instinto, mas avaliando as *provas*²⁵.

As “provas” às quais se refere Ridley constituem, tal como as mencionadas por Rosling, em *dados estatísticos representativos* da enorme evolução social, pois a despeito do crescimento populacional, que teria saltado, em 10 mil anos, de 10 milhões para 10 bilhões de pessoas, a maioria das pessoas encontra-se em melhor situação que seus antepassados²⁶.

Informa, para tanto, que pelos menos desde 1800,

a população mundial multiplicou-se seis vezes, mas a expectativa de vida mais que dobrou, e a renda real subiu mais de nove vezes. De uma perspectiva mais próxima, em 2005, comparado a 1955, o ser humano médio que vive no planeta Terra ganhou quase três vezes mais dinheiro (corrigido pela inflação), comeu um terço mais de calorias em alimentos, sepultou um terço de seus filhos e pôde esperar viver um terço mais de anos. Era menos provável que morresse em consequência de guerra, assassinato, parto, acidentes, furacões, inundações, fome, coqueluche, tuberculose, malária, difteria, tifo, febre tifoide, sarampo, varíola, escorbuto ou poliomielite. Era menos provável, em qualquer idade dada, que adquirisse câncer, doenças do coração ou sofresse um derrame

24 Ridley, Matt. **O Otimista Racional: Por que o mundo melhora**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: 2014, p. 14 e 16.

25 Idem, p. 19 (sem grifo no original).

26 Idem, p. 22.



cerebral. Era mais provável que fosse alfabetizado e terminasse a faculdade. Era mais provável que tivesse um telefone, vaso sanitário com descarga, refrigerador e bicicleta. Tudo isso durante metade de um século, quando a população mundial mais que dobrou; assim, longe de serem pressionados pelo aumento populacional, os bens e serviços disponíveis para as pessoas no mundo se expandiram. E isso, por qualquer critério, é uma impressionante conquista humana. (...)

Os ricos ficaram mais ricos, mas os pobres saíram-se ainda melhor. Os pobres do mundo em desenvolvimento aumentaram seu consumo duas vezes mais rápido do que o mundo como um todo entre 1980 e 2000. Os chineses estão dez vezes mais ricos, um terço menos fecundos e vivendo 28 anos mais do que há 50 anos. Até os nigerianos estão duas vezes mais ricos, 25% menos fecundos e vivendo nove anos mais do que em 1955. Apesar da duplicação da população mundial, até mesmo o número bruto das pessoas que vivem na pobreza absoluta (definido como menos de um dólar de 1985 por dia) vem caindo desde os anos 1950. O percentual que vive em tal pobreza absoluta caiu mais que a metade — para menos de 18%. Certamente, esse número ainda é horrivelmente alto, mas a tendência dificilmente seria causa de desespero: à atual taxa de declínio, ele atingirá zero em torno de 2035 — embora seja provável que isso não aconteça. As Nações Unidas estimam que a pobreza diminuiu mais nos últimos 50 anos do que nos últimos cinco séculos²⁷.

Assevera, ainda, que ao contrário do que pensam os pessimistas os benefícios desta evolução compensam, de longe, os custos envolvidos, porquanto há melhora significativa nos indicadores relativos à desigualdade econômica global e inclusive de redução do custo de vida e da incapacitação física e de avanço nos índices de QI, expectativa de vida, meio ambiente e, mesmo, na qualidade nos padrões da Justiça²⁸, ressaltando que uma das marcas da prosperidade é o próprio tempo, com a redução da jornada de trabalho, do tempo de deslocamento das pessoas, de bens e serviços, o que deveria ser computado como riqueza²⁹.

Tudo isso tornam as pessoas mais felizes segundo Ridley, pois embora existam estudos que questionem se o crescimento econômico e o aumento do nível da renda per capita traz ou aumenta o nível de felicidade (o limite seria de US\$ 15 mil por ano, segundo Richard Layard), questionamentos estes que iniciaram com Richard Easterlin em 1974 (“paradoxo de Easterling”), estudos recentes indicam que “nossas comparações de séries periódicas, assim como a comprovação de repetidos cortes transversais internacionais, parecem apontar para uma importante relação entre crescimento econômico e crescimento do bem-estar subjetivo”³⁰.

Além disso, embora reconheça a óbvia possibilidade da conjunção riqueza/infelicidade, ressalta que esta constatação não implica afirmar-se que qualquer pessoa não seria necessariamente mais feliz se fosse mais pobre, bem assim que a *individualização* – possibilidade de fazer escolhas sobre o estilo de vida – traz ganhos em felicidade, fator que é responsável, desde 1981, pelo aumento de felicidade registrado em 45 de 52 países³¹.

27 Idem, p. 25.

28 Idem, p. 26/31.

29 Idem, p. 32/34.

30 Idem, p. 35/36.

31 Idem, p. 36/37.



Mas se a modernidade, com sua desregulamentação e individualização, trouxe de fato avanços na condição socioeconômica dos indivíduos, com ganhos inclusive no bem-estar geral (felicidade), conforme apontado pelos dados estatísticos, por que então Bauman foi tão pessimista em sua avaliação?

Obviamente que à pergunta formulada não se pode apontar, com certeza, motivos que levaram Bauman a visualizar um cenário de caos e tragédia para a humanidade, um lugar onde passaria a operar a insegurança, a indiferença, a solidão, o consumismo, a ausência de projetos coletivos e comunitários, assim como a exploração pelos detentores do poder econômico, livres das amarras do tempo e do espaço, sobre os indivíduos deixados à própria sorte.

A opinião de Bauman poderia estar fundada em formação pessoal e familiar, na formação intelectual (sociólogo, foi militante do Partido – comunista – Operário Unificado Polaco e socialista declarado) e em estatística própria, ainda que não indicada expressamente na obra “Modernidade Líquida”, como também decorrer de fatos relevantes em sua história de vida, sabido que foi obrigado aos 13 anos, juntamente com sua família, a transferir-se para a então União Soviética, depois da invasão da Polônia, em 1939, e, após a Segunda Guerra, para Israel, decorrente de pressão política, com o que foi obrigado a abdicar-se da cidadania polonesa³².

Contudo, a despeito desta impossibilidade o pessimismo de Bauman constitui um *insight* importante, uma vez que permite analisar certas características humanas que foram objeto de pesquisas recentes nos campos da neurociência e da psicologia comportamental e que ajudam a entender um pouco dos mecanismos que favorecem um viés ao pessimismo.

4 BREVES CONSIDERAÇÕES QUANTO À NEUROCIÊNCIA E À PSICOLOGIA COGNITIVA

A neurociência é o ramo da ciência que estuda o funcionamento do sistema nervoso, que colabora tanto para o campo da biologia (estrutura moleculares e celulares, anatomia e mesmo a cibernética), quanto para outros campos como a psicologia e filosofia, em que procura contribuir para a explicação do comportamento humano.

Embora os estudos a respeito do cérebro humano tenham iniciado há muitos séculos³³, só mais recentemente, com o avanço da tecnologia, notadamente de imagem por ressonância magnética funcional (IRM), a eletroencefalografia (EEG) e magnetoencefalografia (MEG), pode-se analisar mais atentamente a atividade cerebral.

Além das questões envolvendo o funcionamento da atividade cerebral, com contribuições valiosas para a biologia e a medicina, o estudo do cérebro tem se mostrado ainda de muita valia para o estudo do comportamento humano, notadamente para a compreensão da produção do pensamento.

32 https://pt.wikipedia.org/wiki/Zygmunt_Bauman

33 “Os primeiros anatomistas a realizar um estudo detalhado do cérebro humano e a dissecá-lo foram Herófilo (c. 335-289 a.C.) e Erasístrato (304-250 a.C), em Alexandria, no Egito” (Rooney, Anne. **A História da Neurociência**. – São Paulo – M.Books, 2018, p. 13).



A psicologia cognitiva, por sua vez, a partir de *insights* da primeira, sobretudo relacionadas à estrutura e à atividade cerebral, a “compreender a cognição humana por meio da observação do comportamento das pessoas enquanto executam várias tarefas cognitivas”³⁴.

Uma das implicações a respeito do funcionamento cerebral e do estudo do comportamento humano, e que aqui nos importa, diz respeito às heurísticas e aos vieses cognitivos. Em conhecido artigo, Kahneman e Tversky³⁵ descreveram três heurísticas³⁶ que conduzem a vieses cognitivos. Em obra mais recente, Kahneman voltou a tratar das heurísticas e dos vieses mais amplamente³⁷, havendo, ainda, uma extensa bibliografia relativa ao assunto³⁸.

Desde então, tem-se levantado uma série de heurísticas e vieses tratando dos problemas cognitivos, como, v.g., o julgamento por representatividade, viés da disponibilidade, da confirmação (*storytelling*), efeito de halo, da experiência, da ancoragem, do enquadramento, da inércia, da ação, do *status quo*, do excesso de confiança, isso sem falar nos problemas de aversão à perda e aversão exagerada ao risco e à incerteza³⁹.

Em relação a estas heurísticas e vieses, o da confirmação e da aversão exagerada ao risco e à incerteza talvez nos sejam úteis, pois parecem contribuir à tendência à negatividade e ao pessimismo.

O viés da confirmação consiste na armadilha mental em que nos tornamos mais simpáticos e sensíveis aos fatos e argumentos que confirmem as nossas preferências ou opiniões já formadas.

Além disso, a própria procura por fontes de consulta que ratifiquem o raciocínio original, afastando ou ignorando aquelas que se contraponham, já indicam a presença do viés de confirmação, o que ocorre normalmente no campo do subconsciente, ou seja, sem que se perceba a parcialidade da consulta ou da atenção dada.

34 Eysenck, Michael; Keane, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. – 7ª ed. – Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 1.

35 **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases** Amos Tversky; Daniel Kahneman Science, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131. Em português, consta do apêndice à obra: Kahneman, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 524/539.

36 “Heurísticas são processos cognitivos empregados em decisões não racionais, sendo definidas como estratégias que ignoram parte da informação com o objetivo de tornar a escolha mais fácil e rápida. Heurísticas rápidas e frugais (*fast and frugal heuristics*) correspondem a um conjunto de heurísticas propostas por Gigerenzer e que empregam tempo, conhecimento e computação mínimos para fazer escolhas adaptativas em ambientes reais” (<https://pt.wikipedia.org/wiki/Heur%C3%ADstica>).

37 Kahneman, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

38 Entre outros: Eysenck, Michael; Keane, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. – 7ª ed. – Porto Alegre: Artmed, 2017; MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda, **As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito**, *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, p. 618—653, 2018; Sibony, Olivier. **Você está prestes a cometer um erro terrível: Como lutar contra as armadilhas do pensamento e tomar decisões melhores**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro, Objetiva, 2021; Kahneman, D., Sibony, O., Sunstein, C., **Noise: A Flaw in Human Judgment**, Little, Brown Spark, 2021; Thaler, Richard H./Sunstein, Cass. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2019; Ariely, Dan. **Positivamente irracional: os desafios inspiradores de desafiar a lógica em todos os aspectos de nossas vidas**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

39 Uma boa introdução aos vieses, conferir em: Sibony, Olivier. **Você está prestes a cometer um erro terrível: Como lutar contra as armadilhas do pensamento e tomar decisões melhores**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro, Objetiva, 2021.



Como explica Olivier,

O viés de confirmação adquiriu, em matéria política, denominações específicas: falamos de *myside bias* [viés para o meu lado] ou de ‘raciocínio politicamente motivado’. A novidade vem das redes sociais, que na última década deram a esse viés um novo alcance. Em primeiro lugar, porque por sua própria construção as redes sociais expõem em excesso os seus membros a mensagens transmitidas por quem está próximo, que reforçam as mesmas opiniões. É o fenômeno da ‘câmara de eco’ ou da ‘bolha de filtros’. Em segundo lugar, porque costumam ser divulgadas informações equivocadas ou mentirosas, às vezes propagadas de propósito por participantes falsos: são as famosas fake news. Ainda não temos como avaliar com precisão o impacto dessas notícias falsas, mas podemos com certeza afirmar que, sob a influência do viés de confirmação, uma parcela dos membros dessas redes sociais acredita piamente nas fake news que reforçam os seus preconceitos.

O viés de confirmação não se limita ao campo das opiniões políticas. As evidências científicas, que em princípio deveriam ter o mesmo valor para todos, também são vistas por esse prisma. Quer se trate da mudança climática, da utilidade das vacinas ou da inocuidade dos organismos geneticamente modificados, temos uma tendência a aprovar sem análise crítica os estudos que confirmam nossas opiniões, procurando sem pestanejar razões para ignorar os que contestam nossos pontos de vista.

(...) por mais surpreendente que seja, o *myside bias* não tem nenhuma relação com inteligência.

(...) podemos ser inteligentíssimos e não de todo racionais⁴⁰. (p. 22/23)

Essa tendência à confirmação (*confirmation bias*) é também conhecida como “exposição seletiva”, em que as pessoas preferem selecionar as informações consistentes com aquelas que possuem em detrimento daquelas que apresentam padrões inconsistentes⁴¹, no sentido de proteger uma posição já tomada, o que acaba por limitar as informações disponíveis e acarretar maior probabilidade de erro de previsão.

Do mesmo modo, o viés da confirmação também decorre da memória associativa que determina a busca por evidências que confirmem a hipótese. É que as pessoas de modo geral, inclusive cientistas, acabam por buscar elementos que “tenham maior probabilidade de se mostrarem compatíveis com as crenças que possuem no momento”, acarretando “o exagero da probabilidade de eventos extremos e improváveis”⁴².

Na hipótese aqui discutida, poder-se-ia sugerir – o propósito, como dito, é sempre ilustrativo – que a formação de Bauman, vinculada a uma tradição comunista e socialista, acabou por induzir à escolha de elementos condizentes com sua ideia inicial (desumanidade do capitalismo), ignorando todas as estatísticas que sugeririam a melhora – ao menos em vários 40 Sibony, Olivier. **Você está prestes a cometer um erro terrível: Como lutar contra as armadilhas do pensamento e tomar decisões melhores**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro, Objetiva, 2021, p. 22/23. Eysenck recorda, citando Cowley e Byrne, que “as pessoas apresentam viés de confirmação porque detestam abandonar sua hipótese inicial. Eles sugeriram que as pessoas estão muito mais dispostas a tentar falsificar a mesma hipótese quando ela é formulada por outra pessoa” (Eysenck, Michael; Keane, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. – 7ª ed. – Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 590/591). 41 Eysenck, Michael; Keane, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. – 7ª ed. – Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 580. 42 Kahneman, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 106.



aspectos – no padrão de vida da população mundial, o que determinaria uma reavaliação inicial da teoria do caos e do desastre⁴³.

A aversão exagerada à perda e à incerteza, de outro lado, parecem igualmente contribuir à tendência à negatividade e ao pessimismo. A aversão à perda é um viés cognitivo em que as pessoas, mesmo em proporções similares, atribuem peso maior às perdas e desvantagens do que aos ganhos e vantagens quando devem assumir riscos⁴⁴.

E isso é assim porque o “cérebro de humanos e outros animais contém um mecanismo que é projetado para dar prioridade a notícias ruins”, onde “as ameaças têm a primazia sobre as oportunidades, como não poderia deixar de ser”, e onde há uma “ampla dominância da negatividade” do favorecimento do *status quo*⁴⁵.

Como adverte Kahneman

Aversão à perda é uma poderosa força conservadora que favorece mudanças mínimas do *status quo* nas vidas das instituições como dos indivíduos. Esse conservadorismo ajuda a nos manter estáveis no bairro onde moramos, em nosso casamento e nosso emprego; é a força gravitacional que mantém nossa vida coesa junto ao ponto de referência⁴⁶.

Essa aversão à perda e à incerteza implica que quando é difícil estimar a probabilidade e o resultado de um evento – como é o caso da modificação de uma matriz social e econômica que rege a sociedade – é possível que sejamos levados a adotar o adágio “Melhor o diabo conhecido do que o diabo não conhecido”, pagando o preço para evitar a incerteza⁴⁷.

Portanto, considerando o contexto de insegurança e conflituosidade em que viveu Bauman (Segunda Grande Guerra e Guerra Fria), não seria absurdo supor que pairava uma aura de negatividade e uma tendência a evitar-se mudanças que implicassem, diante da incerteza, aumento de insegurança e perda do pouco que ainda colocava ordem nas coisas (tradições, normas, Estado etc.).

43 Kahneman afirma que “A dominância de conclusões sobre argumentos é mais pronunciada quando há emoções envolvidas. O psicólogo Paul Slovic propôs uma *heurística do afeto* (*affect heuristic*) em que as pessoas deixam que suas simpatias e antipatias determinem suas crenças acerca do mundo. Sua preferência política determina os argumentos que você julga convincentes” (Kahneman, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 133 e 177/178).

44 Sibony, Olivier. **Você está prestes a cometer um erro terrível: Como lutar contra as armadilhas do pensamento e tomar decisões melhores**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro, Objetiva, 2021, p. 82/83; Kahneman, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 352/353.

45 Kahneman, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 375/377. Em grande parte, esse sistema de emoções, especialmente do medo, é processado na amígdala. Cf.: Kandel, Eric R. et al. **Princípios de Neurociências**. – 5ª ed. – Porto Alegre: AMGH Editora, 2014, p. 941/949. Ainda: “Weller e colaboradores (2007) observara que paciente com lesão do córtex pré-frontal ventromedial têm sido o foco da maioria das pesquisas. A amígdala faz parte do sistema límbico e está associada a diversos estados emocionais, incluindo medo e ansiedade” (in Eysenck, Michael; Keane, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. – 7ª ed. – Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 572/573).

46 Kahneman, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 381.

47 Sibony, Olivier. **Você está prestes a cometer um erro terrível: Como lutar contra as armadilhas do pensamento e tomar decisões melhores**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro, Objetiva, 2021, p. 84.



Mas se estamos sujeitos, por vezes, a erros de julgamento e vieses cognitivos, como podemos confiar nas avaliações e previsões?

A primeira coisa a se fazer é reconhecer o caráter inevitável da *imprevisibilidade*, sobretudo quando se está a tratar de previsões de longo prazo. Como explica Kahneman,

A ideia de que o futuro é imprevisível é solapada diariamente pela facilidade com que o passado é explicado. Como apontou Taleb em *A lógica do cisne negro*, nossa tendência a construir narrativas coerentes do passado faz com que nos seja difícil aceitar os limites de nossa capacidade de fazer prognósticos. Tudo faz sentido quando visto em retrospectiva, fato que gurus financeiros exploram toda noite ao oferecer relatos convincentes sobre os eventos do dia. E não podemos suprimir a intuição poderosa de que o que faz sentido em retrospectiva hoje era previsível ontem. A ilusão de que compreendemos o passado fomenta a superconfiança em nossa capacidade de prever o futuro.

A marcha tão frequentemente utilizada ‘marcha da história’ implica ordem e direção. Marchas, ao contrário de passeios ou caminhadas, não são aleatórias. Achamos ser capazes de explicar o passado focando seja nos grandes movimentos sociais e nos avanços culturais e tecnológicos, seja nas intenções e capacidades de alguns grandes homens. A ideia de que grandes eventos históricos são determinados pela sorte é profundamente chocante, embora se possa demonstrar que é verdadeira.

(...) consultores de investimento e cientistas políticos que fazem prognósticos de longo prazo operam em um ambiente de validade zero (*zero-validity environment*). Seus fracassos refletem a imprevisibilidade básica dos eventos que eles tentam prognosticar (...)⁴⁸.

Um segundo aspecto, também abordado por Kahneman, é que a *confiança subjetiva não reflete probabilidade e correção*, constituindo apenas “um sentimento que reflete a coerência da informação e o conforto cognitivo de processá-la”, pois “nossa reconfortante convicção de que o mundo faz sentido repousa em um alicerce seguro: nossa capacidade quase ilimitada de ignorar nossa própria ignorância”⁴⁹.

Terceiro, é que “nossa mente é fortemente propensa a explicações causais e não lida bem com ‘meras estatísticas’”, e “nem mesmo estatísticas causais atraentes vão mudar crenças longamente acalentadas ou crenças enraizadas na experiência pessoal”⁵⁰.

Neste contexto, portanto, o que importa sobretudo, para melhorar o prognóstico, é que entre as avaliações pessoais e dados estatísticos devemos priorizar os últimos, notadamente quando fundados em uma amostra suficientemente grande⁵¹.

48 Kahneman, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 272 e 299.

49 Idem, p. 252 e 256.

50 Idem, p. 221 e 231.

51 Idem, p. 143 e 281.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal como Bauman, todos nós carregamos uma história de experiências de vida e uma formação pessoal e profissional que nos *induz* (vieses) a pensar e raciocinar de determinada maneira, o que nem sempre traduz uma representação exata da realidade – por mais confiança subjetiva que tenhamos –, o que é agravado quando se trata de prever o futuro, pois neste último caso ignoramos a própria dimensão do que nos é desconhecido e da própria imprevisibilidade inerentes aos fatos da vida. Mas ao reconhecermos estas circunstâncias (vieses e imprevisibilidade), poderemos ao menos evitar afirmações categóricas sobre as coisas e procurar fundar nossas convicções mais em dados científicos do que em avaliações e sentimentos pessoais, chamados de “heurística do afeto”, já que é nossa tendência formar opiniões e escolhas como expressando nossos sentimentos, sem nos darmos conta disso⁵².

REFERÊNCIAS

BEAR, Mark F. et al. **Neurociências: desvendando o sistema nervoso**. 4ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.

EAGLEMAN, David. **Cérebro: uma biografia** – 1ª ed., - Rio de Janeiro: Rocco, 2017, p. 34.

EAGLEMAN, David. **Incógnito: As vidas secretas do cérebro**. – Rio de Janeiro: Rocco, 2012, p. 9/10.

EYSENCK, Michael; KEANE, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. 7ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2017. **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases** Amos Tversky; Daniel Kahneman Science, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131.

KAHNEMAN, D., Sibony, O., SUNSTEIN, C.. **Noise: A Flaw in Human Judgment**, Little, Brown Spark, 2021.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANDEL, Eric R. et al. **Princípios de Neurociências**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH Editora, 2014.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de Teoria do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 209.

MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda, **As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito**, *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, p. 618—653, 2018.

52 Idem, p. 177.



MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud, **Desconfiando da Imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o de-biasing**, 2a. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

ROONEY, Anne. **A História da Neurociência**. São Paulo. M.Books, 2018, p. 13.

ROSA, Alexandre Morais da, **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**, 5a. ed. Florianópolis: EMais, 2019;

SIBONY, Olivier. **Você está prestes a cometer um erro terrível: Como lutar contra as armadilhas do pensamento e tomar decisões melhores**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Objetiva, 2021.





**TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL:
APONTAMENTOS À LUZ DA
DESARTICULAÇÃO DA FILOSOFIA DO
DIREITO PROPOSTA POR NORBERTO
BOBBIO, DA METODOLOGIA JURÍDICA DE A.
CASTANHEIRA NEVES E DA TEORIA
COMPLEXA DO DIREITO DE ORLANDO LUIZ
ZANON JUNIOR**

Caroline Bündchen Felisbino Teixeira



TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: APONTAMENTOS À LUZ DA DESARTICULAÇÃO DA FILOSOFIA DO DIREITO PROPOSTA POR NORBERTO BOBBIO, DA METODOLOGIA JURÍDICA DE A. CASTANHEIRA NEVES E DA TEORIA COMPLEXA DO DIREITO DE ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR¹

JUDICIAL DECISION THEORY: NOTES IN LIGHT OF THE DISARTICULATION OF THE PHILOSOPHY OF LAW PROPOSED BY NORBERTO BOBBIO, THE LEGAL METHODOLOGY BY A. CASTANHEIRA NEVES AND THE COMPLEX THEORY OF LAW BY ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR

CAROLINE BÜNDCHEN FELISBINO TEIXEIRA²

Resumo

O presente artigo tem como objeto o metaproblema do aspecto estritamente metodológico jurídico da teoria da decisão judicial. Num primeiro momento, trata da desarticulação da filosofia do direito proposta por Norberto Bobbio e, em seguida, da delimitação do problema metodológico feita por A. Castanheira Neves, notadamente a compreensão do juízo jurídico como aquele momento em que se conectam as fontes do direito com a decisão jurídica elaborada para um problema concreto. Ao final, busca na Teoria Complexa do Direito, de Orlando Luiz Zanon Junior, um modelo metódico para o juízo jurídico que seja adequado à cultura prevalecente no atual cenário jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Teoria da decisão judicial. Metodologia jurídica. Teoria complexa do direito.

Abstract

The object of this paper is the metaproblem of the strictly methodological legal aspect of the theory of judicial decision. At first, it deals with the disarticulation of the philosophy of law proposed by Norberto Bobbio and, later, with the delimitation of the methodological problem made by A. Castanheira Neves, notably the understanding of legal judgment as that moment in which the sources of law are connected with the legal decision drawn up for a specific problem. In the end, it seeks in Orlando Luiz Zanon Junior's Complex Theory of Law, a methodical model for legal judgment that is adequate to the prevailing culture in the current Brazilian legal scenario.

Keywords: Judicial decision theory. Legal methodology. Complex theory of law.

1 Artigo elaborado como requisito para a aprovação na disciplina “Fundamentos Epistemológicos, Axiológicos e Semiológicos da Produção e Aplicação do Direito” do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica – PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, ministrada pelo Professor Dr. Orlando Luiz Zanon Junior no segundo semestre de 2021.

2 Aluna do programa de dupla titulação do Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí (Univali, Itajaí/SC, Brasil) e do Curso de Doctorado em Derecho de La Universidad de Alicante (UA, Alicante, Espanha). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali, Itajaí/SC, Brasil). Master os Laws pela Widener Law School (Wilmington/DE, Estados Unidos da América). Aluna do Curso de Especialização em Jurisdição Inovadora da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Especialista em Gestão do Poder Judiciário e em Ciências Penais, com habilitação para magistério superior. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.



1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o metaproblema do aspecto estritamente metodológico jurídico da teoria da decisão judicial, de uma perspectiva eminentemente ontológica, porém, não alheia à compreensão do direito como um fenômeno histórico social. O seu objetivo é tecer apontamentos sobre a teoria da decisão judicial à luz da desarticulação da filosofia do direito proposta por Norberto Bobbio, do problema metodológico jurídico como delimitado por A. Castanheira Neves e da metodologia jurídica que emana da Teoria Complexa do Direito de Orlando Luiz Zanon Junior.

Para tanto, o artigo está dividido em 3 itens. O primeiro trata da desarticulação da filosofia do direito proposta por Norberto Bobbio, com o objetivo de esclarecer que, no vastíssimo campo de estudos compreendido pela filosofia do direito, a abordagem se faz com enfoque no problema metodológico jurídico, sem descuidar da necessidade de situar a teoria da decisão judicial no tempo e no espaço.

O segundo item cuida da metodologia jurídica conforme delimitada por A. Castanheira Neves, que restringe seu objeto à intencionalidade judicativo-decisória. Identifica-se o conceito de juízo jurídico, que para o autor é o *punctum crucis* da metodologia jurídica e, por isso, impescinde de um adequado modelo metódico.

No terceiro item, analisam-se a estrutura e as bases filosóficas na Teoria Complexa do Direito de Orlando Luiz Zanon Junior, com enfoque individual em cada uma das plataformas do novo modelo de teoria do direito proposto, na busca por um modelo metódico para o juízo jurídico que seja adequado à cultura prevalecente no atual cenário jurídico brasileiro.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados do ensaio e o modelo metódico para o juízo jurídico identificado na Teoria Complexa do Direito.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação³, foi utilizado o Método Indutivo⁴, na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano⁵, e o Relatório dos

3 “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]” (PASOLD, 2018, p. 112-113).

4 “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]” (PASOLD, 2018, p. 114).

5 O Método Cartesiano divide-se em quatro etapas, que podem ser resumidas como duvidar, dividir, ordenar e revisar. Descartes recomenda ao estudioso despojar-se de todas as certezas, resolver cada problema separada e ordenadamente, do mais simples para o mais complexo, e revisar suas conclusões para consertar omissões. Discorrendo sobre esses quatro passos: “O primeiro consistia em nunca aceitar como verdadeira qualquer coisa sem a conhecer evidentemente como tal; isto é, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção; não incluir nos meus juízos nada que se não apresentasse tão clara e tão distintamente ao meu espírito que não tivesse nenhuma ocasião para o pôr em dúvida. O segundo, dividir cada uma das dificuldades que tivesse de abordar no maior número possível de parcelas que fossem necessárias para melhor as resolver. O terceiro, conduzir por ordem os meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, gradualmente, até ao conhecimento dos mais compostos, e admitindo mesmo certa ordem entre aqueles que não se prendem naturalmente uns aos outros. E o último, fazer sempre enumerações tão completas e revisões tão gerais que tivesse a certeza de nada omitir. Essas



Resultados é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁶, da Categoria⁷, do Conceito Operacional⁸ e da Pesquisa Bibliográfica⁹.

2 A DESARTICULAÇÃO DA FILOSOFIA DO DIREITO PROPOSTA POR NORBERTO BOBBIO E OS LIMITES DO CAMPO DE ESTUDOS DO PRESENTE

ARTIGO

A coletânea de ensaios de Bobbio intitulada “Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico”, publicada originalmente em 1965, dedica-se, em sua primeira parte, a levar ao leitor as concepções do autor sobre filosofia do direito e as tarefas dos jusfilósofos. Bobbio trata da desarticulação da filosofia do direito em quatro campos de pesquisa, quais sejam, a filosofia aplicada, a teoria geral do direito, a sociologia jurídica e a metodologia jurídica. A proposta da reflexão metodológica é a valorização de cada uma dessas disciplinas, que exigem competências específicas. Para tanto, expõe as vantagens da filosofia jurídica feita por juristas que se interessam por filosofia em comparação àquela produzida por filósofos que se interessam pelo direito.

À filosofia aplicada ao direito, o autor atribui a *teoria da justiça* (estudo material do direito), que cuida do problema deontológico jurídico, consistente na doutrina daquilo que o direito deve (ou deveria) ser, ou seja, os valores nos quais se espera que o direito positivo seja inspirado. Explica que é desse campo de pesquisas que emergem elaboradas propostas de reforma do arranjo social, sempre alavancadas pela escolha de valores e ideais que restam elevados à categoria de princípios gerais a guiar a conduta do homem na sociedade. Por essa razão, afirma que a filosofia aplicada ao direito confina com a filosofia política. Segundo Bobbio, a teoria da justiça torna o jurista mais sensível às condicionantes ideológicas do sistema jurídico que lhe compete interpretar, porque o coloca em contato com as matizes culturais a partir das quais se eleva aquele ordenamento jurídico.

Já à *teoria geral do direito* (estudo formal do direito), à qual também se refere como *teoria do ordenamento jurídico*, Bobbio designa o problema ontológico jurídico, que trata da doutrina daquilo que o direito é. Afirma ter esse ramo do saber a pretensão de, a partir da análise e definição das categorias gerais de direito comuns a todos os ordenamentos jurídicos, estabelecer os limites do que cabe em seus conceitos operacionais fundamentais, como os de “moral”, “costume”, “justiça”,

longas cadeias de razões, inteiramente simples e fáceis, de que os geômetras costumam servir-se para chegar às suas mais difíceis demonstrações tinham-me sugerido que todas as coisas que podem cair sob o conhecimento do homem se encadeiam da mesma maneira e que, contanto que simplesmente nos abstenhamos de aceitar como verdadeira nenhuma que o não seja, e que observemos sempre a ordem necessária para as deduzir umas das outras, nenhuma pode haver tão afastadas a que não se chegue por fim, nem tão ocultas que não se descubram”. (DESCARTES, 2019, posição 603)

6 “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa” (PASOLD, 2018, p. 69).

7 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia” (PASOLD, 2018, p. 41).

8 “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]” (PASOLD, 2018 p. 58).

9 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais” (PASOLD, 2018, p. 217).



“direito”, “dever”, “poder”, “ordenamento jurídico”, “norma”, “obrigação”, “sanção”, “validade”, “eficácia” etc. Argumenta que isso permite ao jurista sair de seu isolamento, ao compreender o fenômeno jurídico para além do ambiente social em que se manifesta determinado direito positivo, bem como ao perceber a inserção desse direito positivo em outros sistemas normativos, tais quais a moral e o costume. Aduz que a teoria do direito elabora as formas em que são acolhidos os conteúdos estudados e definidos pela teoria da justiça.

Adiante, à sociologia jurídica, Bobbio imputa o problema fenomenológico da evolução do direito na sociedade, da efetividade e do funcionamento das instituições, ou seja, do estudo da doutrina do direito como um fenômeno histórico e social. Para ele, essa disciplina responde por pesquisas como aquelas sobre as origens históricas e diferentes fases de evolução do direito, sua relação com o desenvolvimento social e sua função como mecanismo de controle social.

Por fim, à metodologia jurídica, Bobbio entrega o problema metodológico, objeto da *teoria da ciência jurídica*, que contempla não apenas a teoria do conhecimento e as noções de ciência jurídica e suas relações com outras ciências, mas também estudos sobre a lógica aplicada ao direito e sobre a obra dos juristas, em especial os procedimentos intelectuais por eles empregados para a descoberta, a verificação, a interpretação, a formulação, a integração e a conciliação das regras jurídicas. Ensina ser justamente pela existência desse tipo de reflexão que a atividade do jurista pode ser considerada ciência. É por isso que, segundo Bobbio, do estudo da teoria da ciência jurídica tende a emergir o aperfeiçoamento da jurisprudência, porque permite ao jurista compreender, além das razões dos métodos que emprega em seu trabalho de interpretação, também a variedade de natureza e de eficácia dos argumentos que utiliza.

Conforme expõe Luigi Ferrajoli no prefácio da obra em exame, esse “mapa do saber filosófico-jurídico” traçado por Bobbio “tem o mérito não apenas de definir os limites das diferentes abordagens disciplinares da reflexão metajurídica sobre o direito, mas também de contribuir para a superação da sua falsa contraposição e, ao mesmo tempo, do seu recíproco isolamento” (p. 8). Assim, ao convidar cada estudioso a tomar consciência dos limites de seu próprio campo de estudos e da existência de outros, mais próximos ou mais distantes, Bobbio contribui para correção do “substancial analfabetismo filosófico e sociológico do qual padece a maior parte dos juristas, equivalente apenas ao analfabetismo jurídico de grande parte dos filósofos e dos sociólogos” (p. 6-8).

Há de se pontuar, entretanto, que, nas palavras do próprio Bobbio:

[...] no campo da teoria da ciência do direito (tarefa metodológica), a chamada disputa dos métodos – jurisprudência conceitual ou jurisprudência dos interesses, interpretação declarativa ou criativa? – está se exaurindo, até porque nos damos conta de que, por trás dos diferentes métodos, há diversas orientações éticas e políticas e de que a diferença dos resultados depende não tanto da impositação metodológica, mas sim dos diversos pontos de partida ético-políticos dos quais se consideram os conteúdos normativos. Hoje, o problema mais sério nesse campo não é tanto o de propor novas maneiras de



interpretar a lei, mas de estudar os procedimentos intelectuais efetivamente usados pelo legislador para impor as normas, e pelo jurista e pelo juiz para aplicá-las, valendo-se dos novos instrumentos oferecidos pela lógica simbólica e pela teoria da argumentação, assim como os juristas medievais tinham-nos estudado valendo-se da lógica e da retórica clássicas. Trata-se de um reconhecimento amplo e objetivo do instrumental lógico dos juristas, que deve visar ao enriquecimento daquele capítulo da filosofia do direito, em geral transcurado, que é a lógica legal (p. 95).

O presente ensaio, todavia, não tem a pretensão de uma abordagem calcada no realismo jurídico, pois não visa a investigar os procedimentos intelectuais efetivamente usados pelo jurista para positivar e realizar o direito. A proposta é mesmo tratar daquele problema metodológico primário de disputa de métodos, ainda que sem descuidar da realidade. Em outras palavras, não se pretende abordar o problema metodológico jurídico de uma perspectiva ontológica, mas deontológica e, com esse enfoque, a partir da definição do problema metodológico jurídico em Castanheira Neves, investigar se emana da Teoria Complexa do Direito de Zanon Junior alguma metodologia jurídica adequada à realidade brasileira.

3 O PROBLEMA METODOLÓGICO JURÍDICO DELIMITADO POR A. CASTANHEIRA NEVES

Em 1993, Castanheira Neves publicou a obra “Metodologia Jurídica: problemas fundamentais”, em cuja primeira parte dedica-se a oferecer sua compreensão sobre o problema metodológico enfrentado pelo pensamento jurídico. De pronto, o autor trata da relação entre método e metodologia e afirma ser a metodologia o pensamento sobre o método, de modo que metodologia jurídica é a racionalização do método jurídico, ou seja, o estudo do método pelo qual se *realiza* o direito, para concluir, mais adiante, que compete à metodologia jurídica refletir criticamente sobre o método da *judicativo-decisória realização do direito*.

O professor estabelece a premissa de que, como entidades culturalmente históricas que são, os pensamentos jurídicos orientam-se em função da época e dos diversos sistemas jurídicos, do que resultam as diferenças de intencionalidades, de modalidades metódicas, de índoles de racionalidade e de tipos específicos de juízo historicamente identificáveis. Para o autor, “o objecto intencional da metodologia jurídica será decerto hoje, em último termo, o que vá postulado pelo pensamento jurídico próprio do nosso tempo” (p. 13). Já com Castanheira Neves, compreende-se então que nem mesmo o problema metodológico primitivo da disputa de métodos pode ser adequadamente estudado se o pesquisador estiver alheio às especificidades de sua época e dos sistemas jurídicos objeto de seu estudo.

A partir dessa premissa e antecipando a conclusão no sentido de que, à realização do direito, atualmente, corresponde um sentido problemático concreto e uma intenção normativa material, argumenta Castanheira Neves que a perspectiva metódica só será adequada se for capaz de assimilar aquele sentido problemático concreto e cumprir essa intenção normativa material. Para o autor, “o problema que de imediato se põe à metodologia jurídica é o de definir



a índole metodicamente intencional dessa adequação metódica – ou o tipo adequado da sua intencionalidade metódica” (p. 14).

Explica que já não serve aquela “relação metodológica de imanência constitutiva” típica dos pensamentos medieval e romano, tampouco a “relação metodológica de exterioridade construtiva” do método jurídico definido pelo positivismo. Sugere como adequada à metodologia jurídica atual “uma índole intencional criticamente normativa”, “numa relação de reconstrução crítico-reflexiva” (p. 15-16). Situa o leitor na sua concepção de que *realizar* o direito não é simplesmente aplicar normas pressupostas, mas constituir a norma para o problema concreto que se apresenta ao jurista, tendo em normas pressupostas o seu critério. Argumenta que é a criação-judicativa do direito que permite o reconhecimento universal da existência de um direito jurisprudencial. Opõe-se frontalmente, portanto, ao esquema funcional simplista que designa ao legislador a criação do direito e ao juiz (ou jurista em geral) sua aplicação.

Esclarece, lado outro, que, ao utilizar a expressão “realização do direito”, não se refere tanto à prescrição legislativa quanto à decisão judicativa, porque Castanheira Neves não acolhe a concepção de que o juiz continua o trabalho do legislador. Para o professor, a prescrição legislativa reveste-se de uma índole intencional estratégica e programática político-social (reformadora ou organizadora). Já a índole intencional da realização do direito é de cumprimento concreto da validade normativa do direito (solução judicativa de controvérsias ou conflitos jurídicos práticos). Assim, aduz que o estudo da intencionalidade prescritivo legislativa compete à política do direito, com seus esquemas metódicos específicos, e que só a intencionalidade judicativo-decisória é aquela cujo estudo compete à metodologia jurídica em sentido estrito. Em suas palavras:

“a metodologia jurídica (como qualquer outra metodologia) refere-se a um metaproblema. O jurista realiza o direito resolvendo os problemas jurídicos concretos, e o nosso problema é o da própria realização do direito que se cumpre e tem por conteúdo a resolução desses concretos problemas jurídicos” (p. 23).

Para Castanheira Neves, reconhecer essa mediação normativo-jurídica na concreta realização do direito traduz uma conscientização metodológica pós-positivista. Daí emerge a necessidade de se compreenderem duas questões metodológicas distintas dessa mediação: a da sua índole intencional e a do seu modelo metódico.

A índole intencional da mediação normativo-jurídica (aquilo a que se propõe) é uma decisão jurídica concreta. Para melhor elucidar o tema, o autor divide essa mediação em dois momentos: o do juízo e o da decisão *stricto sensu*. A decisão *stricto sensu* é a manifestação da vontade impositiva da autoridade, opção resolutiva que independe de consenso e exprime obrigatoriedade. Já o juízo, núcleo da realização do direito, é a própria dimensão mediadora que se coloca entre o direito positivo vigente e a decisão jurídica em construção para a questão prática cuja solução incumbiu-se ao julgador.

Ensina o autor que o juízo, conquanto participe de *discursos* (e encontre no discurso seu *modus operandi*) e mobilize *raciocínios* (e encontre nos raciocínios sua estrutura lógica), com eles



não se confunde¹⁰. O juízo, como dimensão mediadora da decisão jurídica, caracteriza-se pela resolução de um problema prático, em regra convocado por posições divergentes, “mediante uma ponderação argumentativa racionalmente orientada que conduz, por isso mesmo, a uma solução comunicativamente fundada” (p. 31). A função do juízo jurídico é, portanto, a de converter o direito positivo vigente em uma decisão que expresse a opção decisória imposta (mesmo que não exclua em absoluto a possibilidade de que uma solução diferente fosse adotada), e reconduzir essa decisão a uma justificação prática, uma fundamentação que permita seja assimilada pelo raciocínio argumentativo da solução obtida.

Arremata no sentido de que, muito embora uma decisão jurídica não seja mais percebida a partir da perspectiva determinista lógico-subsuntiva típica do positivismo, também não se acomoda ao decisionismo, razão pela qual o juízo jurídico impescinde de um adequado modelo metódico. Logo, “o juízo (o juízo jurídico) é o *punctum crucis* da metodologia jurídica, é o seu problemático objecto intencional” (p. 33). É justamente esse adequado modelo metódico para o juízo jurídico que se buscará identificar na Teoria Complexa do Direito de Zanon Junior.

4 O MODELO METÓDICO PARA O JUÍZO JURÍDICO DA TEORIA COMPLEXA DO DIREITO DE ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR

A obra intitulada “Teoria Complexa do Direito” é resultado da tese defendida por Zanon Junior ao final do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica – PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, no ano de 2013. O autor apresenta uma proposição pós-positivista para a ciência jurídica no tocante àquilo que afirma serem suas quatro plataformas elementares: a teoria da norma, a teoria das fontes, a teoria do ordenamento e a teoria da decisão (p. 18).

Aduz ainda que, conquanto tomando em consideração ideias e experiências estrangeiras, a nova base disciplinar é proposta a partir da cultura prevalecente na atualidade do cenário jurídico brasileiro. Desde logo se vê, portanto, que seu pensamento jurídico foi bem situado tanto no tempo quanto no espaço, mas sem pretensão de isolamento da riqueza de conhecimentos jurídicos que emana do passado e de outras culturas.

Ao relacionar os conceitos operacionais utilizados em sua obra, Zanon Junior assim define a decisão jurídica:

Decisão jurídica: É a implementação de uma conduta de acordo com a norma jurídica, podendo ser adjetivada de judicial quando tomada por uma autoridade no exercício da jurisdição, na qualidade de órgão de revisão das condutas praticadas em sociedade, com poder de imposição mediante emprego da força intimidativa ou física (p. 210).

10 “O discurso é uma mediação estruturada do pensamento ou uma articulação intencionalmente unitária entre sucessivos elementos do pensamento [...]. E o raciocínio é o elemento concludente do discurso: é aquele seu elemento noético que opera com base em relações lógicas de algo (princípio, premissa, etc.) a algo (conclusão, consequência, etc.) e permite desse modo (mediata e discursivamente) obter conclusões” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 30).



De pronto, convém registrar que o próprio autor observa partir “da premissa de que o direito é dirigido a todos indistintamente, como critério para tomada de decisões, cabendo o recurso ao Poder Judiciário somente em caso de dúvida quanto à norma jurídica cabível na espécie” (p. 22). O referente do presente estudo limita-se a essas situações em que o problema jurídico é levado para decisão pelo Poder Judiciário, ou seja, o que se buscará encontrar na Teoria Complexa do Direito é um modelo metódico para a decisão judicial.

Nesse contexto, em um olhar apressado, o leitor seria conduzido ao capítulo da obra destinado à teoria da decisão. Ocorre que, como explica Zanon Junior, a “nova formação da matriz disciplinar da ciência jurídica” proposta pela Teoria Complexa do Direito delega à “plataforma da decisão apenas o assunto referente às consequências a serem impostas em decorrência da assunção de posturas antijurídicas (a função coercitiva)”, visto que “desloca o tema da legitimidade para a tese das fontes jurídicas e os problemas da correção e da justificação para a teoria das normas jurídicas” (p. 205).

Resgatando a divisão feita por Castanheira Neves da mediação normativo-jurídica em dois momentos, é possível afirmar que, grosso modo, a plataforma da teoria da decisão jurídica da Teoria Complexa do Direito abrange o momento da decisão *stricto sensu*, mas não propriamente o momento do juízo decisório. É preciso, portanto, conduzir uma investigação mais abrangente na busca de seu modelo metódico para o juízo judicial.

Em análise do capítulo dedicado à teoria das fontes jurídicas, verifica-se que Zanon Junior as conceitua como “argumentos teóricos (elementos de determinação) admitidos pelo direito como legítimos limitadores na tomada de decisões em uma sociedade específica” (p. 144).

O autor divide as fontes jurídicas, primeiramente, de acordo com a força de sua autoridade: a) intransponível é o elemento de determinação impossível de contrariar, sob pena de a deliberação ser considerada antijurídica; b) vinculante é o argumento que deve ser obrigatoriamente considerado pelo intérprete na tomada da decisão, muito embora sucumba diante de um padrão decisório intransponível e, ainda, possa ceder frente a outro de igual eficácia; c) decisiva é a autoridade do argumento que, conquanto não intransponível, nem vinculante, é relevante a ponto de não poder ser desconsiderado sem justificativa discursiva suficiente e adequada; e, d) limitada é a eficácia dos padrões de julgamento importantes, mas passíveis de desconsideração sem que tanto seja demandado do aplicador do direito ao se desincumbir de seu ônus argumentativo.

Na sequência, Zanon Junior faz uma distinção entre fontes materiais e formais. Explica que as fontes materiais, também chamadas de originárias porque influenciam na tomada das decisões jurídicas, em sociedade e na própria atividade estatal, correspondem a conteúdos valorativos, encontrados nos princípios éticos (produzidos por discussões públicas), na doutrina (produzida pela ciência) e nos costumes (produzidos pelas práticas sociais). Já as fontes formais, que podem ser tidas como a oficialização das primeiras, são os textos normativos produzidos pelo Poder Legislativo, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário e as políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo.



Ao correlacionar esses conceitos, expõe o autor, as fontes materiais ostentam eficácia meramente limitada. Por outro lado, as fontes formais diferem quanto à força de sua autoridade: a) as políticas executivas têm eficácia decisiva; b) os textos normativos, eficácia intransponível; c) a autoridade das decisões judiciais varia de acordo com a tradição jurídica, de modo que pode ser vinculante ou decisiva.

Adiante, no capítulo da obra designado à teoria do ordenamento jurídico, o autor o conceitua como “o conjunto sistêmico de elementos de determinação adotados em uma comunidade específica, sob a forma estrutural de uma órbita centralizada formal e materialmente pela constituição” (p. 182). A seleção dessas fontes jurídicas, ou padrões de julgamento, depende das tradições jurídicas de cada cultura. No cenário brasileiro, seriam “os princípios éticos, a doutrina, os costumes, os textos normativos, a jurisprudência [...] e as políticas executivas, sem prejuízo ainda de influências diversas, advindas de outros campos de conhecimento (interdisciplinaridade)” (p. 175). Por meio da representação estrutural de um sistema orbital, Zanon Junior demonstra a dinâmica interação entre esses padrões de julgamento, que se inter-relacionam em movimentos multidirecionais e por reflexividade.

A Constituição, que o autor concebe como a centrosfera do sistema orbital, funciona como uma âncora que fixa as órbitas dos demais subsistemas, os quais se organizam ao seu redor com seus microssistemas próprios. As forças centrípeta e centrífuga da Constituição atraem os argumentos que lhe sejam compatíveis e expurgam para fora do sistema os demais (o sistema é, portanto, aberto a influências externas, desde que compatíveis com os valores constitucionais); sua força irradiativa faz com que se projete sobre os demais sistemas, que só podem ser lidos à luz do constitucional; e sua força contramajoritária protege contra manifestações eventuais de poder as opções valorativas caras à tradição jurídica na qual criada aquela Constituição.

Já do capítulo da obra reservado à teoria das normas jurídicas, extrai-se que a Teoria Complexa do Direito “adota a tese de que a atividade decisória consiste em um empreendimento destinado à construção de uma resposta jurídica para um caso concreto, de acordo com um conjunto multidimensional de critérios de julgamento”, de modo que sua “complexidade ultrapassa a visualização como uma simples lógica dedutiva (subsunção)” (p. 188). A partir dessa perspectiva, a norma jurídica é conceituada como “produto de uma interpretação emergente na faticidade” (p. 191):

“a norma jurídica é o resultado da produção normativa na modalidade aplicação, com pretensão de correção, consistente na articulação das fontes jurídicas para formulação de um direcionamento de conduta diante de determinados fatos aferidos por aproximação, sem olvidar de eventuais influxos de outras áreas do conhecimento, a serem admitidos a depender da argumentação quanto à sua relevância na espécie” (p. 184-185).

Adiante:



“Após tomada a decisão, a norma jurídica reside apenas como uma justificativa para aquela específica deliberação, que pode até ser reduzida em texto, mas daí será empregada em futuras deliberações sob esta forma textual, assumindo, para posteriores empregos, a forma estrutural de jurisprudência. [...] O que importa ter em consideração é a necessidade de se admitir que toda decisão tem como fundamento uma nova norma jurídica, no sentido de uma inédita atribuição de sentido quanto ao embate entre as peculiaridades dos fatos com a conformação dos elementos de determinação, ainda que não sejam perceptíveis diferenças significativas” (p. 186).

Por ver a tarefa judicial como a de construir uma ponte entre a realidade fática e o sistema jurídico, em uma fase da criação do direito voltada para o caso concreto, a Teoria Complexa do Direito assimila o sentido problemático concreto e a intenção normativa material postos por Castanheira Neves como exigências para que uma perspectiva metódica possa ser considerada adequada.

Já tratando especificamente do cuidado com o decisionismo, Zanon Junior entende não ser totalmente suprimível a discricionariedade judicial, mas orienta seja reduzida ao máximo. O escopo é a segurança jurídica, que recomenda evitar decisões incongruentes entre si ou que causem surpresa, para estabilizar as expectativas e dar previsibilidade às consequências das escolhas jurídicas daqueles que convivem em sociedade. Segundo o autor, ao elaborar a norma jurídica, o hermeneuta deve optar pela que provoque as melhores consequências sistêmicas, numa pretensão de correção, mas sempre dentro das margens pré-estabelecidas pelas fontes jurídicas, pois contrariar esses elementos de determinação provocará um resultado arbitrário e antidemocrático (antijurídico).

Por não estar alheia à “postura pragmática do julgador, porquanto empreendedor na busca de uma determinada consequência, considerada adequada ao ordenamento jurídico” (p. 190), a Teoria Complexa do Direito propõe “modelos de restrição psicológica da atividade decisória, mormente na fase de justificação das deliberações” (p. 189-190). Os elementos de determinação atuam, para tanto, “como vetores que restringem, de acordo com a respectiva eficácia (intransponível, vinculante, decisiva ou limitada), a margem de opções disponível ao intérprete e aplicador, de modo a lhe franquear uma considerável redução de opções”. As fontes jurídicas “vão impondo contornos e limites ao resultado da interpretação, mediante esforço argumentativo a ser devidamente exposto sob a forma de justificativa, sujeito à fiscalização democrática” (p. 199).

No mais, a estrutura e a base filosófica da Teoria Complexa do Direito, ao compreenderem a norma jurídica como criada posteriormente ao surgimento do problema, oferecem uma solução para as antinomias e as anomias. Para Zanon Junior, a formação da contradição é impedida pela articulação das fontes jurídicas existentes e sua estruturação em níveis de força diversos (eficácia intransponível, vinculante e de influências decisiva ou limitada); já a ausência normativa é evitada pela abertura do sistema, que sempre proporciona ao intérprete encontrar critérios de julgamento a serem articulados para a elaboração da norma jurídica.



Percebe-se, pois, que, muito embora não utilize a mesma nomenclatura, a Teoria Complexa do Direito cuida daquele momento da mediação judicativa em que se converte o direito abstrato em uma decisão concreta (que expressa a opção decisória imposta) e se reconduz essa decisão a uma fundamentação (que permite seja assimilada pelo raciocínio argumentativo). O modelo metódico que propõe para o juízo jurídico é justamente o da restrição psicológica do jurista pelos elementos de determinação, que se inter-relacionam no ordenamento jurídico orbital (centralizado pela constituição) e delimitam as opções disponíveis ao jurista como resultado da sua interpretação, cuja pretensão de correção não permite contrariar as fontes jurídicas, sob pena de criação de um resultado antijurídico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com Castanheira Neves, foi possível entender que os pensamentos jurídicos se orientam em função das condicionantes de seu tempo e da sociedade da qual emergem, do que resultam as diferenças de intencionalidades, de modalidades metódicas, de índoles de racionalidade e de tipos específicos de juízo historicamente identificáveis nas mais diversas épocas e sistemas jurídicos.

À luz dessas considerações e tendo em mente aquele mapa do saber filosófico-jurídico previamente traçado por Bobbio, conclui-se que não basta ao teórico da decisão judicial estar ciente dos limites do campo de estudos da metodologia jurídica, é preciso ainda: a) situar o problema no tempo e no espaço, a partir da consciência de que o direito é um fenômeno histórico e social; b) conhecer as condicionantes ideológicas do sistema jurídico objeto do estudo metodológico; e c) compreender o fenômeno jurídico para além do ambiente social em que se manifesta o direito positivo em exame, bem como sua inserção em outros sistemas normativos, tais quais a moral e o costume.

Bem se viu que a Teoria Complexa do Direito cumpriu todos esses requisitos, pois se propõe declaradamente a apresentar uma nova perspectiva para a ciência jurídica a partir da cultura prevalecente na atualidade do cenário jurídico brasileiro, tomando em consideração conhecimentos jurídicos que emanam também do passado e de outras culturas.

Ainda com Castanheira Neves, compreendeu-se que a perspectiva metódica da teoria da decisão judicial só será adequada se for capaz de assimilar o sentido problemático concreto da realização do direito e cumprir sua intenção normativa material, e que o juízo jurídico é o *punctum crucis* da metodologia jurídica, razão pela qual imprescindivelmente deverá contar com um adequado modelo metódico.

Esse modelo metódico, na Teoria Complexa do Direito, consiste na restrição psicológica do jurista pelos elementos de determinação encontrados no ordenamento jurídico orbital centralizado pela Constituição, os quais funcionam como delimitadores das opções decisórias disponíveis, vez que a pretensão de correção da decisão judicial não permite contrariar as fontes jurídicas, sob pena de criação de um resultado antijurídico.



Assim, ainda que não se utilize da mesma nomenclatura, a Teoria Complexa do Direito oferece para o juízo jurídico um modelo metódico atual e adequado à cultura prevalente do cenário jurídico brasileiro, que se revela ainda aberto a influências externas, desde que compatíveis com seus valores constitucionais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**: Problemas fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de Nilton de Macedo. Mimética, 2019. Edição do Kindle.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.





O IMPÉRIO DO DIREITO E A RACIONALIDADE REVISITADA

Sergio Renato Domingos



O IMPÉRIO DO DIREITO E A RACIONALIDADE REVISITADA

LAW'S EMPIRE AND THE RATIONALITY REVISITED

Sergio Renato Domingos¹

Resumo

O objetivo do presente artigo foi apresentar, em linhas gerais, a teoria dworkiana, com ênfase na racionalidade a ela inerente, verificando, inclusive, sua matriz kantiana, em paralelo com alguns estudos recentes realizados pela neurociência e psicologia comportamental, e visando fazer uma primeira aproximação da teoria dworkiana com as descobertas daquelas ciências a respeito dos limites da racionalidade humana e da dificuldade de se traduzir, nas decisões, algum interesse geral que não seja fruto de uma disfarçada visão ou opinião pessoal, racionalizada como de interesse coletivo, sobretudo quando a decisão está mais calcada em elementos discursivos do que em conhecimento que surge de testes empíricos. Quanto à Metodologia, utilizou-se o método dedutivo e a pesquisa qualitativa. Foram acionadas as técnicas do referente, da Categoria e da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras-chave: Dworkin. Racionalidade. Neurociência.

Abstract

This paper aims to present, in general terms, Dworkin's theory, highlighting its inherent rationality as well as its Kantina matrix. At the same time, the paper will draw a parallel with recent studies of neuroscience and behavioral psychology. In doing so, it will attempt to look into the first approximation between Dworkin's theory and the insights of these two disciplines on the limits of human rationality and the difficulties in translating general interests into decisions that are not the result of some disguised vision or personal opinion, in which such interested were rationalized as collective interest, mainly when such decision-making is based on elements of a more discursive nature and not in knowledge emerging from empirical tests.

Keywords: Dworkin. Rationality. Neuroscience.

¹ Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Mestre em Direito pela UFSC. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). E-mail: sergiorenatodomingos@gmail.com



1 INTRODUÇÃO

No campo da ciência do direito, a figura do juiz – como de resto a de qualquer outro profissional da área jurídica – é ainda dominada pela noção de plena neutralidade e racionalidade na tomada de decisão. Diz-se que o intérprete do sistema jurídico deve sempre buscar “fundamentação (hierarquização) racional, objetiva e impessoal para todas as suas decisões no incessante diálogo com o sistema”, lutando, “com denodo, contra todo subjetivismo redutor da ‘juridicidade’ do sistema constitucional” e contra o arbítrio irracionalista ou “decisionismo irracional, movido sob o influxo deletério das paixões, não raro associadas a motivações inferiores”².

Do mesmo modo, ainda quando se advogue um espaço maior de interpretação, como intérprete criador de norma, permanece o entendimento de que “o produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) parcialmente preexiste, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado”, no que “a norma encontra-se (parcialmente), em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição); o intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado”³.

Num ou noutro caso, portanto, a tônica é sempre a de determinar ao intérprete a utilização de critérios racionais para a análise do fato e do direito posto, afastando-o de subjetivismos e escolhas pessoais.

A questão da interpretação já era problemática ao tempo do positivismo jurídico, notadamente quando tratava dos casos de lacunas, obscuridades, ambiguidades e disposições contraditórias nas leis. O advento do pós-positivismo jurídico, com sua inclusão de normas jurídicas abertas e indeterminadas, positivação de valores e internalização de princípios como ideais de justiça, implicou, no entanto, na judicialização de questões antes circunscritas à esfera política, resultando no desenvolvimento e ampliação do papel dos juízes e, com isso, em discussões a respeito de limites interpretativos (ou da ausência de), incremento na crise política e prejuízos à própria democracia, fenômeno conhecido como ativismo judicial.

2 Freitas, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4ª ed., Malheiros, 2004, p. 199/200 (sem grifo no original). A visão tradicional da atividade judiciária como mais sujeita à lei, própria dos séculos XIX e início do XX, foi cedendo espaço, ante a sua reconhecida limitação, a uma ampliação gradual da atividade interpretativa, onde a norma não é dada, mas é resultado do processo interpretativo (cf., v.g., Palombella, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. – São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 272/279).

3 Grau, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*, 3ª ed., Malheiros, 2005, p. 82/83. O mesmo Eros Roberto Grau em outra obra reafirma a natureza racional da interpretação jurídica: “Tenho sustentado, reiteradamente, em outros textos, que a interpretação é uma prudência - o saber prático, a phrónesis, a que refere Aristóteles, na *Ética a Nicômano*. O homem prudente, diz o estagirita, é aquele que é capaz de deliberar corretamente sobre o que é bom e conveniente para si próprio, mas não sob um aspecto particular (como, por exemplo, aquelas coisas que são boas para a saúde e o vigor), porém de um modo geral, (considerando) aquelas coisas que conduzem a vida boa em geral (VI, 5 1.140 a, 25). O homem prudente é aquele capaz de deliberação. (...) Assim, a prudência não é ciência nem arte. A prudência é uma virtude (VI, 5 1.140 b, 20). Logo, a prudência é uma disposição (capacidade), acompanhada de razão, capaz de agir na esfera do que é bom ou mau para um ser humano (...). A prudência é, pois, razão intuitiva, que não discerne o exato, porém o correto – não é saber puro, separado do ser” (*Direito Posto e o Direito Pressuposto*, Malheiros, 5ª ed., p. 40).



A doutrina e a jurisprudência têm abordado estas normas abertas e os princípios jurídicos, no mais das vezes, sob o enfoque da análise legislativa (origem, evolução e previsão contemporânea), jurisprudencial (casos paradigma ou difíceis, especialmente dos Tribunais Superiores) ou, ainda, sob a perspectiva hermenêutica (melhor interpretação do fato e da norma), sempre com o propósito de estabelecer critérios racionais à atividade judiciária.

Este artigo visa, neste contexto, analisar uma matriz doutrinária específica, a dworkiana, que, explícita ou implicitamente, ganhou amplo espaço no Brasil nas últimas décadas⁴, sobretudo a partir da obra “Império do Direito”⁵, a qual sistematiza as principais ideias do autor, apresentando a questão da racionalidade inerente a sua teoria e, ao final, o confronto desta com algumas descobertas recentes da neurociência e da psicologia comportamental, a fim de fazer uma primeira aproximação entre as origens e fundamentos da racionalidade jurídica, tendo como paradigma a teoria dworkiana, e os recentes avanços daquelas ciências.

2 A TEORIA DWORKIANA EM “O IMPÉRIO DO DIREITO”

Dworkin inicia sua obra com a afirmação de que “Vivemos na lei e segundo o direito” e que “Somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideias, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer”⁶.

A afirmação decorre da ideia geral de que em praticamente todos os nossos atos e atividades estamos, em maior ou menor grau, sujeitos a alguma regulação normativa (em sentido amplo). Vivemos o direito e dependemos dele.

Além disso, o próprio direito serve de fundamento à coerção social, no que o entendimento do direito constitui questão imprescindível à concessão, limitação e regulação do poder do Estado, com reflexo direto nos direitos e liberdades individuais.

O problema fundamental, contudo, é como estabelecer o que é o direito, sobretudo quando os textos jurídicos silenciam, são obscuros ou ambíguos, ou quando se tem em conta as várias concepções subjacentes à ideia de direito que problematizam ainda mais o entendimento do fenômeno jurídico.

É neste contexto que, como bem observou Morrison, o sistema jurídico para Dworkin “é uma vasta estrutura intelectual e prática, que não tem, necessariamente, coerência lógica, pode conter princípios conflitantes e implicações de princípios, regras, princípios e direitos, mas que constitui

4 Segundo Macedo Júnior, “Ronald Dworkin é um dos principais filósofos do direito contemporâneo”, e “o impacto de suas ideias há muitos anos já transcendeu os limites do ambiente jurídico universitário anglo-saxão. No Brasil, várias de suas principais obras já estão traduzidas e poucos são os trabalhos de Teoria do Direito Constitucional recentemente produzidas que se arriscam a desconsiderar o seu pensamento” (Macedo Júnior, Ronaldo Porto. *Ensaio de Teoria do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 209).

5 Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

6 Op. Cit., prefácio.



uma expressão dos valores políticos que predominam na sociedade”⁷, onde a atividade própria do juiz seria aquela destinada a determinar, após análise profunda dos princípios envolvidos, seguindo a trilha dos precedentes, a melhor aplicação dos valores políticos e morais da comunidade em que está inserido.

A tarefa que Dworkin procura cumprir é a de tentar “revitalizar a legalidade liberal em face dos desafios que se abatem sobre as sociedades ocidentais a partir da década de 1970” (guerra do Vietnã, caso Watergate, crise de confiança e questionamentos) e oferecer uma “moralidade de aspiração”, mantendo a credibilidade da ideia de Estado de Direito⁸.

Para compreender a obra de Dworkin, convém que se tenha em mente uma discussão inicial a respeito dos fundamentos do direito ou, em outras palavras, o que é, efetivamente, o direito, ressaltando, ainda, a importância do conhecimento de como os juízes decidem os casos⁹, dado que há uma dimensão moral atrelada ao processo, uma vez que neste são decididas uma série de questões públicas relevantes, como, v.g., executar assassinos, proibir abortos, exigir preces nas escolas, convocar soldados, segredos de Estado, segregação nas escolas públicas por raça etc.¹⁰

Restando assentada a importância do que os juízes pensam sobre o que é direito, uma vez que os tribunais constituem o *locus* por excelência das discussões jurídicas e, por assim dizer, onde o direito é colocado à prova, deve-se verificar três questões associadas: 1ª. Questões de fato – bastante direta; 2ª. Questões de direito – proposições jurídicas são todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite ou proíbe, fundadas em outras proposições (fundamentos do direito); 3ª. Questões de moralidade pública e fidelidade – pessoas divergem sobre o que é certo ou errado, mas que não suscita grandes problemas.

Assim, tem-se que as divergências empíricas do direito circunscrevem-se às hipóteses em que todos estão de acordo com os fundamentos do direito, entretanto divergem somente sobre a circunstância de terem sido ou não aplicados em determinado caso.

Nesta hipótese, o direito como mera questão de fato afasta qualquer divergência teórica,

7 Morrison, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 495 – nota 1 – sem grifo no original.

8 Morrison, p. 496.

9 Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

10 Luís Roberto Barroso, após afirmar, categoricamente, sua posição substancialista, esclarece que “Em um país como o Brasil, com suas circunstâncias políticas e sociais, se a Constituição não cuidar de definições importantes em temas como educação, saúde e proteção ambiental, ela se tornará um mero repositório de regras para a disputa do poder pela classe dominante. Por igual, no plano da interpretação e da jurisdição constitucional, cabe ao intérprete e ao Supremo Tribunal Federal, à medida que o texto da Constituição e a realidade social permitam, promover os avanços sociais que, por motivos diversos, ficaram represados no processo político majoritário. Foi o que a Suprema Corte Americana fez, por exemplo, ao julgar *Brown vs. Board of Education*, em 1954, pondo fim à segregação racial nas escolas públicas. Foi o que o Supremo Tribunal Federal fez, igualmente, ao acolher pedidos como a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis, ao autorizar a interrupção da gestação de fetos inviáveis ou ao proibir o nepotismo nos três Poderes. Em todos estes casos, agiu diante da inércia do legislador ordinário. Em certas situações excepcionais – com grande parcimônia e sem arrogância –, a jurisdição constitucional deve desempenhar um papel iluminista, ajudando a empurrar a história” (Barroso, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 104/106).



estando juízes e advogados plenamente de acordo com os fundamentos da lei, entendida esta como o que as instituições jurídicas (legislaturas e os tribunais) decidiram no passado, podendo ser verificadas mediante a mera verificação de arquivos. Direito é, e não o que deveria ser. É fato histórico, afastado da moralidade, de maneira que cumpre ao (bom) juiz afastar-se de suas opiniões pessoais, mantendo-se fiel ao direito posto¹¹.

Por outro lado, as divergências teóricas sobre o direito referem-se aos casos em que as pessoas apresentam divergência sobre se o corpo normativo (leis e precedentes) esgota ou não os fundamentos do direito.

No entanto, reconhecendo a existência de opinião mais “romântica” de alguns, no que o direito seria mais instintivo, intuitivo ou mais assemelhado à arte¹², próprio de um realismo social, que não oferece, no entanto, qualquer teoria que possa ser aplicada, sustenta Dworkin a necessidade de estabelecer a ideia de direito como ciência e, com isso, oferecer uma teoria aplicável.

E é sobre esta divergência teórica sobre o direito que se debruça Dworkin e é onde procura defender uma teoria particular.

Bem estabelecida esta premissa, qual seja a de que se está a tratar das divergências teóricas sobre o que é o direito e de que direito não pode ser realismo social, passa Dworkin, então, a defender a ideia de que *direito não é outra coisa senão argumentação* e que *afirmar a verdade sobre certas proposições é estabelecer sentido dentro do processo argumentativo*. E esta prática argumentativa pode ser estudada tanto do ponto de vista exterior, do sociólogo ou historiador, quanto do ponto de vista daqueles participam das reivindicações, sendo este último ponto de vista aquele que melhor define a concepção de direito.

11 Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 6/12.

12 “Dirão que julgar é uma arte, não uma ciência, que o bom juiz mistura analogia, ciência, sabedoria política e a consciência de seu papel para chegar a uma decisão intuitiva, que ele ‘vê’ o direito com mais clareza do que consegue explicá-lo, de tal modo que sua opinião escrita, por mais cuidadosamente racional que possa ser, nunca será capaz de apreender a plenitude de seu discernimento” (Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 14).



E é a partir dos casos Elmer¹³, Snail Darter¹⁴, McLoughlin¹⁵ e Brown¹⁶, exemplos concretos de discussões jurídicas, e que Dworkin os utiliza como contraexemplo do direito como questão de fato, é que são analisadas e afastadas as teorias semânticas, como o positivismo jurídico, o direito natural e o realismo jurídico, concepções concorrentes à definição de direito¹⁷.

A teoria semântica do positivismo jurídico, seja a concepção adotada por John Austin, como decisões históricas tomadas por aqueles que detinham, à época, o poder político, seja ainda a de H. L. A. Hart, para o qual os fundamentos do direito seriam encontrados na aceitação, por parte da comunidade, da “regra de reconhecimento”, em que se atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis (convenções sociais), é afastada por ser insuficiente para dar conta de diversos problemas jurídicos, tais como aqueles apresentados nos quatro casos acima mencionados, na medida em que há situações em que inexiste proposição jurídica precedente a

13 Nova York, 1882 – Elmer assassinou o avô e era legalmente habilitado a receber a herança segundo a previsão normativa. No julgamento, havia a interpretação literal do juiz Gray. De outro lado, sustentando a interpretação tendo em vista a intenção do legislador, levando em conta os princípios gerais do direito ou princípios de justiça, juiz Earl.

14 1973 – Época de grande preocupação nacional com a preservação das espécies, o Congresso promulgou a Lei de Espécies Ameaçadas, autorizando o Ministro do interior a designar as espécies em risco. Um grupo de preservacionistas do Tennessee, que vinha se opondo ao projeto de construção de uma barragem quase concluída, de mais de 100 milhões de dólares já gastos, mas que ameaçava o único habitat do *snail darter*, “um peixe de 7,5 cm, destituído de qualquer beleza, interesse biológico ou importância ecológica”, convenceu o Ministro do Interior a incluí-lo entre as espécies ameaçadas. Na Suprema Corte, a partir do voto do Presidente Warren Burger, foi interrompida a construção da barragem – “quando o texto é claro a Corte não tem o direito de recusar-se a aplicá-lo”. O Juiz Lewis Powell afirmou que a maioria dava uma interpretação absurda ao texto da Lei.

15 1973 – O marido e os quatro filhos da Sra. MacLoughlin foram feridos num acidente de carro, na Inglaterra, no qual uma filha faleceu. Teve um colapso. Mais tarde processou o motorista negligente por danos morais. Nos precedentes, porém, o pleiteante estava na cena do acidente. O juiz do caso considerou a diferença importante porque os danos morais não eram “previsíveis”, decisão confirmada pelo tribunal de apelação, mas com fundamento de que o reconhecimento da responsabilidade mais ampla poderia ter condições adversas para a comunidade como um todo, com reivindicações fraudulentas. A Câmara dos Lordes revogou a decisão, mas divergiram quanto às razões.

16 Décima Quarta Emenda – “Igualdade perante a lei”. Terminada a guerra civil, alguns Estados sulistas ainda praticavam a segregação racial. No famoso caso Plessy vs Fergusson, de 1896, a alegação de ofensa à 14ª emenda foi recusada, afirmando que se os Estados oferecessem serviços separados, mas iguais, não haveria ofensa. Em 1959, um grupo de crianças negras que frequentavam uma escola em Topeka, no Kansas, retomou a discussão. Os advogados do Estado diziam que se deveria respeitar o precedente. A Corte tomou uma decisão favorável aos queixosos, mas com fundamento em uma controvertida “evidência sociológica”, determinando, ainda, que a abolição fosse “a toda a velocidade adequada”.

17 “Os casos que usei como exemplos parecem oferecer um contra-exemplo do ponto de vista do direito como simples questão de fato: os argumentos nestes casos parecem remeter ao direito, não à moral, à fidelidade ou à reforma do direito. Precisamos, portanto, colocar este desafio ao ponto de vista do direito como simples questão de fato: por que insistir em que a aparência é aqui uma ilusão? Alguns filósofos do direito oferecem uma resposta surpreendente. Dizem eles que a divergência teórica sobre os fundamentos do direito deve ser um pretexto, pois o próprio significado da palavra ‘direito’ faz o direito depender de certos critérios específicos, e que qualquer advogado que rejeitasse ou contestasse esses critérios estaria dizendo absurdos que contradizem a si mesmos. Seguimos regras comuns, afirmam eles, quando usamos qualquer palavra: essas regras estabelecem critérios que atribuem significado à palavra. Nossas regras para o uso da palavra ‘direito’ ligam o direito ao fato histórico puro e simples. Não se segue daí que todos os advogados tenham consciência dessas regras no sentido de serem capazes de enunciá-las de alguma forma nítida e abrangente. Pois todos nós seguimos regras ditadas pela língua que falamos, e delas não temos plena consciência. (...) Cabe à filosofia explicá-los a nós. (...) Segundo o ponto de vista que no momento descrevo, o mesmo se aplica ao conceito de direito. Todos usamos os mesmos critérios factuais para formular, aceitar e rejeitar afirmações sobre a natureza do direito, mas ignoramos o que são esses critérios. Os filósofos do direito devem elucidá-los para nós, procedendo a um profundo estudo do modo como falamos. Eles podem divergir entre si, mas por si só não lançam dúvidas sobre seu pressuposto comum, de que compartilhamos algum conjunto de padrões sobre o uso que deve ser dado à palavra ‘direito’” (Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 38/40).



disciplinar o caso, como em outros até há previsão normativa, mas cuja aplicação pura e simples implica estabelecer situação contrária ao senso comum de justiça, isso sem contar que existem divergências empíricas inclusive sobre a história das instituições e sobre a eleição de quais fatos são efetivamente cruciais.

Do mesmo modo, a Escola de Direito Natural também não apresenta uma sistematização coerente do arcabouço normativo, confundindo, os mais radicais, direito e justiça, como se idênticos fossem, ou, para os menos radicais, a relevância titubeante da moral para o reconhecimento da verdade das proposições jurídicas.

Assim, embora reconhecendo certos argumentos em favor das teorias semânticas – o argumento jurídico diz respeito a questões vitais, não factuais; advogados podem seguir regras diferentes quanto utilizam a palavra direito; e, sobretudo, a previsibilidade e segurança –, Dworkin esclarece que tais teorias não dão conta do fenômeno jurídico, de maneira que igualmente não servem ao propósito de definir o direito e apresentar uma teoria robusta a sustentá-lo.

Ultrapassada a análise destas teorias, volta-se, então, à questão da interpretação, já indicada como sendo o meio adequado à definição de direito.

Inicialmente, adverte Dworkin que devemos nos livrar do “agulhão semântico”, que é a tendência a mantermo-nos agarrados à ideia de que os termos usados pelos juízes dizem respeito unicamente à divergência quanto à fidelidade ou mesmo à reforma do direito, o que nos permitirá verificar com mais profundidade a questão da divergência de concepções.

Concernente à interpretação, o que conta é uma “atitude interpretativa”, estabelecendo que “uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos”¹⁸.

E a interpretação de uma prática social é apenas uma, dentre outras, forma de interpretação utilizada pelas pessoas nas sociedades em que vivem, assim definindo como a interpretação da prática jurídica é semelhante à artística:

As pessoas interpretam em muitos contextos diferentes e, para começar, devemos procurar entender em que esses contextos diferem. A ocasião mais conhecida de interpretação – tão conhecida que mal a reconhecemos como tal – é a conversação. Para decidir o que uma outra pessoa disse, interpretamos os sons ou sinais que ela faz. A chamada interpretação científica tem outro contexto: dizemos que um cientista começa por coletar dados, para depois interpretá-los. Outro, ainda, tem a interpretação artística: os críticos interpretam poemas, peças e pinturas a fim de justificar algum ponto de vista acerca de seu significado, tema ou propósito. A forma de interpretação que estamos estudando – a interpretação de uma prática social – é semelhante à interpretação artística no seguinte sentido: ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica¹⁹.

18 Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60.

19 Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60/61.



Com isso se tem que, em sendo semelhante à interpretação artística, a interpretação da prática jurídica é uma espécie de “interpretação criativa”, que diz respeito às “intenções” ou “propósitos” do próprio intérprete, ou, “em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou uma prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”²⁰.

Não está o intérprete, no entanto, completamente livre a fazer o que lhe parecer mais adequado e justo, pois ao *impor um propósito* está *condicionado pela história* e pela *própria forma do objeto* interpretado.

Interpretação da prática social, neste sentido, significa *propor um valor* ao que é interpretado, *descrevendo os interesses, os objetivos, os princípios subjacentes e o conjunto de visões e valores comuns, que demonstrem o “espírito” ou a “consciência” da sociedade*, eis que os participantes devem compartilhar certos ideais, interesses e convicções comuns, de forma viabilizar a convivência mútua²¹.

O trabalho do filósofo será o de demonstrar essa estrutura, sua ligação “conceitual” e as posições antagônicas, percebendo que em cada etapa da história apresentar-se-ão paradigmas que desempenharão um papel no raciocínio e na argumentação, os quais estarão sujeitos, contudo, à contestação²².

Juízes e advogados trabalham, portanto, com paradigmas jurídicos, que às vezes são rompidos e que o direito somente pode evoluir a partir de um consenso inicial, mas que paulatinamente agrega novas e melhores interpretações, sempre com o escopo de restringir o poder e estabelecer os direitos e responsabilidades dos indivíduos na sociedade.

Nesta seara interpretativa existem, todavia, três concepções de direito que disputam a primazia: convencionalismo, pragmatismo e o direito como integridade.

O convencionalismo prende-se à ideia de que o direito é o que é, não o que os juízes pensam ser, de maneira que não há ampla liberdade interpretativa, autorizando-se apenas uma “extensão” da convenção por interpretação. Isso porque a força coletiva somente pode ser utilizada quando houver alguma regra estabelecida precedentemente, pelas instituições jurídicas, autorizando o uso da força. Reconhece-se, no convencionalismo, que o direito não é completo, mas nestes casos excepcionais, de ausência de previsão normativa, estariam autorizados os juízes a decidirem “da melhor maneira possível”.

20 Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 63/64.

21 Definida, deste modo, a interpretação jurídica, são fixadas três etapas para a interpretação: 1ª. Pré-interpretativa – o intérprete identifica as regras e padrões (conteúdo), realizando o inventário das convicções, crenças etc. 2ª. Interpretativa – o intérprete deve extrair a justificativa geral para os principais elementos coletados na etapa pré-interpretativa. 3ª. Pós-interpretativa ou reformuladora – o intérprete ajusta sua ideia daquilo que a prática “realmente” quer para melhor servir a seu propósito (Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 81/82.

22 Cf., a esse respeito: Kuhn, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.



A despeito de seu comprometimento em assegurar “expectativas”, o que é absolutamente louvável, Dworkin rejeita sua utilidade como teoria do direito, uma vez que se prende em demasia ao passado, pouco contribuindo com a construção do futuro, além de não proteger quanto à surpresa e ainda promover a perda de interesse dos juízes em razão do engessamento da atividade judicante.

No que toca ao pragmatismo²³, o problema encontrado é o oposto. As políticas do passado não possuem o valor fundamental que é dado pelo convencionalismo, fundando-se a possibilidade do uso da coerção coletiva na “eficiência” e na justificativa do que seria “melhor para a comunidade” em determinado momento histórico.

Não se estabelece, ademais, qual seria o “melhor” para a comunidade, deixando aos juízes a decisão quanto ao que considerariam o mais adequado, segundo os seus próprios pontos de vista, circunstância que implicaria ausência de expectativas asseguradas pelo direito (“como se” tivessem direitos), prejuízo ao sistema democrático, ante a despreocupação com a intenção dos legisladores, embora assegurando a proteção da capacidade da legislatura em coordenar o comportamento social.

Do mesmo modo, embora considere relevante o respeito do precedente, como forma de garantir o planejamento das pessoas, o móvel do pragmatismo é estabelecer a melhor regra para o futuro, decidindo de qualquer modo, a partir de qualquer teoria, a alcançar este objetivo.

Vistos, assim, o convencionalismo e o pragmatismo, o primeiro como preso ao passado e de pouca utilidade para a construção do futuro, enquanto o segundo voltado unicamente ao futuro, sem garantia para os direitos assegurados no passado, Dworkin passa à defesa do direito como integridade como a melhor teoria para o direito.

O direito como integridade parte do princípio de que todos aceitam a ideia de que cada indivíduo ou grupo da comunidade deve ter em mesma proporção o direito de controle sobre as decisões do parlamento e que estes mesmos indivíduos ou grupos têm opiniões diferentes a respeito de problemas sobre a moral, mas igualmente é aceito que a divergência de opinião sobre questões morais relevantes não deve ser simplesmente resolvida a partir da vontade da maioria, nem tampouco que se chegasse a uma solução por meio de negociações, já que tanto num quanto noutro caso esta solução chegaria em “bases arbitrárias”, não em algum princípio coerente²⁴.

Não sendo possível a resolução por equidade ou por critério de justiça amplamente aceito, devemos ter uma outra justificativa ou ideal político que garanta a conciliação interna: a integridade.

A integridade defendida por Dworkin é aquela que para assegurar a conciliação interna observa princípios que afastem a incoerência nos atos do Estado. E o reconhecimento da

23 Para uma visão geral do pragmatismo, cf.: POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Título original: *Law, pragmatism and democracy*.

24 Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 217.



impossibilidade de se colocar em um todo coerente todas as regras da legislação, do direito consuetudinário e os precedentes, não se pode afastar a integridade como um ideal político, que busca sua concretização na amplitude do argumento político”²⁵.

Assim, é em busca de uma *justificativa geral* que uma determinada concepção de direito deve explicar o poder coercitivo do Estado, o qual pode se valer da história da prática social, onde grupos e comunidades não são definidos por critério normativo ou convenções explícitas, mas por uma *atitude interpretativa*, cujas obrigações resultam de *conceitos interpretativos, operacionalizados racionalmente*, em que a legitimidade será melhor encontrada no campo fértil da fraternidade e da comunidade²⁶.

A integridade no direito assume uma feição ainda mais complexa, orientando os juízes a “identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”²⁷.

A interpretação criativa e construtiva busca na *intenção*, como dito alhures, sua estrutura formal, estando os juízes na condição de autores e críticos neste processo interpretativo, na medida em que sempre adiciona algo naquilo que interpreta, agregando à tradição elementos novos que servirão de base aos novos juízes, comparativamente a um gênero literário que se poderia chamar de “romance em cadeia”, onde “cada um deve escrever um capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil como integridade”²⁸.

Para dar conta desta tarefa grandiosa e complexa, Dworkin cria “um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”, que o chamou de “Hércules”²⁹.

Embora obviamente reconheça a limitação dos juízes relativamente à ausência de liberdade própria dos legisladores, devendo-se basear suas decisões em princípios, não em política, como também a incapacidade de uma interpretação plena de todo o direito, assevera que estes devem apresentar argumentos a sustentar os “novos” direitos reconhecidos às partes, buscando sempre imitar Hércules nesta empreitada.

25 Segundo Dworkin: As pessoas aceitam que são governadas não apenas por decisões políticas tomadas do passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias. (...) A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania (Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 229/330).

26 Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 238 e 250.

27 Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271/272.

28 Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275/276.

29 Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 287.



Nas palavras de Dworkin,

Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto. Pode permitir que o alcance de sua interpretação se estenda desde os casos imediatamente relevantes até os casos pertencentes ao mesmo campo ou departamento geral do direito, e em seguida desdobrar-se ainda mais, até onde as perspectivas lhe pareçam mais promissoras. Na prática, mesmo esse processo limitado será em grande parte inconsciente: um juiz experiente terá um conhecimento suficiente do terreno em que se move seu problema para saber, instintivamente, qual interpretação de um pequeno conjunto de casos sobreviveria se os limites aos quais deve ajustar-se fossem ampliados³⁰.

O problema que se coloca é o de se é possível seguir essa confiança dworkiana tanto na racionalidade humana, capaz de captar, a partir das práticas cotidianas, esses princípios gerais ou convenções sociais ou políticas que pairam na sociedade, bem como se há razão para se acreditar em princípios gerais que acolham as divergências sociais relativas aos grandes problemas morais.

3 DWORKIN E O FUNDAMENTO RACIONAL

O empreendimento somente é obtido na ótica dworkiana, entretanto, com a mudança na metodologia social a partir da década de 1960, e especialmente influenciada pela obra de Hans-Georg Gadamer, em que se passou a sustentar a inevitabilidade da atividade hermenêutica (interpretação).

A corrente hermenêutica passa a não constituir técnica ou atividade, mas sim atitude filosófica do intérprete de manter contato com o mundo em que vive, pressupondo “a consciência de que o mundo histórico-social é caracterizado por uma produção simbólica (uma realidade pré-estruturada simbolicamente) cuja compreensão implica entender o sentido, o significado”, de modo que “toda compreensão realiza-se pela linguagem e pela interpretação”, cujo “horizonte de sentido do texto vem assim a transferir-se para o horizonte de sentido do intérprete (e a fundir-se com ele)”, onde “não por acaso o modelo fundamental de compreensão interpretativa, para Gadamer, é representado pela atividade do juiz intérprete”, a qual se realiza não num espaço irrestrito de discricionariedade, mas balizada por métodos de verificação da racionalidade do processo interpretativo e de decisão, entre os quais a de assegurar que a justeza da decisão guarde relação com as expectativas da comunidade em que vive. Discurso racional seria, então, uma simbiose entre racionalidade lógica e discursiva, englobando argumentos jurídicos, fáticos e morais³¹.

E é nesse contexto que, segundo Morrison, na visão dworkiana

30 Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. – São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 294.

31 Palombella, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 302/311.



O mundo não nos revela suas estruturas, natureza, para que nossas teorias as reproduzam ou “representem”; a verdade de nossas teorias não era um reflexo das entidades objetivas da realidade do mundo, mas o resultado de um ato interpretativo de nossas faculdades interpretativas enquanto nos dedicamos à atividade prática de viver no mundo. (...) a interpretação ocorre dentro de uma comunidade, num processo circular de procurar compreender o todo em termos de suas partes, e as partes em termos de sua contribuição ao todo³².

Tomando-se ainda a teoria proposta, também é possível verificar que Dworkin adota uma tradição kantiana, onde as nossas práticas sociais recorrentes têm uma “racionalidade inerente”, no sentido do que “o que é real é racional”, de modo que “a moderna hermenêutica rejeita a metafísica de um observador externo independente que procura a objetividade, em favor de uma metafísica de um cientista comprometido que pertence a uma tradição e trabalha com os recursos intelectuais desta tradição”³³, onde a *resposta certa* seria encontrada por meio da verificação nos *pressupostos racionais* das práticas argumentativas.

A linha filosófica kantiana, que busca conciliar o empirismo e o idealismo, acaba por desembocar num racionalismo³⁴, disposto a desvendar o conhecimento humano. Para tanto, sustenta que todo conhecimento inicia com as condições materiais advindas da experiência (a partir dos sentidos), mas que passa às condições formais do conhecimento (elaboração, pela razão, do que é captado pelos sentidos), realçando a importância do sujeito de conhecimento em detrimento do objeto de conhecimento.

Entretanto, para entender a metafísica kantiana e, por corolário, o raciocínio que subjaz ao pensamento de Dworkin, vale lembrar que o *ser* das coisas não é algo real, nem tampouco meramente idealista (somente nas ideais), mas transcendental, que envolve e conecta todas as qualidades da coisa e que o conhecimento é o conhecimento das coisas não como algo independente, mas nas próprias ideias das coisas, como *fenômenos*. Em outros termos, “as coisas em si são inacessíveis; não posso conhecê-las, porque na medida em que as conheço já estão em mim, afetadas por minha subjetividade”³⁵.

É neste sentido, então, que Kant aponta dois elementos no ato de conhecer: “o dado e o posto”. “Há algo que se dá a mim (um caos de sensações) e algo que eu ponho (a espaço-temporalidade, as categorias), e da união desses dois elementos surge a *coisa conhecida* ou *fenômeno*. Portanto, o pensamento, ao ordenar o caos de sensações, *faz as coisas*”³⁶.

Esta explicação é, sem dúvida, por demais sucinta e reduzida do pensamento kantiano, mas permite que se perceba semelhanças com a ideia dworkiana, na medida em que esta última também estabelece, como foi acima mencionado, que ao intérprete incumbe extrair das coisas (da

32 Morrison, p. 498.

33 Morrison, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 499.

34 A origem do kantismo estaria na filosofia cartesiana e no racionalismo, mas profundamente influenciada pela crítica de Hume (cf., a propósito: Marías, Julián. *História da Filosofia*. – São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 313.

35 Marías, Julián. **História da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 314.

36 Idem, *ibidem*.



sociedade) os elementos que, agregados às ideais (teorias), vão permitir conhecer os princípios últimos que regem a sociedade.

Além disso, é a *razão pura* (princípios *a priori*, desvinculado da experiência), de um ser racional, que permite a verdade e o conhecimento, já que não limitados pelas contingências da experiência, estabelecendo, contudo, que ao conhecimento *real* é indispensável a conjugação da razão pura com a sensação e a experiência.

O homem, neste contexto, “é um sujeito psicofísico, submetido às leis naturais físicas e psíquicas; é o que chama de *eu empírico*. (...) Mas Kant contrapõe ao eu empírico um *eu puro*, que não está determinado naturalmente, mas somente pelas leis da liberdade. O homem, como *persona racional*, pertence a este mundo da liberdade”³⁷, onde a liberdade consiste numa “ideia reguladora”, no sentido de agir “como se fosse” livre, culminando na ética kantiana de *persona moral*, que realiza sua essência de *ser racional, puro*.

É esta a natureza de ser racional, puro (“Hércules”), que dita a lei por sua consciência moral, que não estabelece termos ou conteúdos, senão apenas que se deva agir com respeito ao dever e de acordo com o querer da *vontade racional*.

A racionalidade pressuposta e presente no pensamento tanto de Kant como de Dworkin suscita, no entanto, as seguintes questões: os seres humanos são, de fato, racionais? Se são, em que medida? E haveria uma racionalidade subjacente e comum a todos os seres humanos?

Para se compreender um pouco sobre a racionalidade humana e ensaiar algum início de resposta a estas questões, torna-se interessante verificar o que se tem dito nos estudos realizados pelas “ciências da mente”.

4 BREVES CONSIDERAÇÕES QUANTO À NEUROCIÊNCIA E À PSICOLOGIA COGNITIVA

A neurociência é o ramo da ciência que estuda o funcionamento do sistema nervoso, que colabora tanto para o campo da biologia (estruturas moleculares e celulares, anatomia e mesmo a cibernética) quanto para outros campos como a psicologia e filosofia, em que procura contribuir para a explicação do comportamento humano.

Embora os estudos a respeito do cérebro humano tenham iniciado há muitos séculos³⁸, só mais recentemente, com o avanço da tecnologia, notadamente de imagem por ressonância magnética funcional (IRM), eletroencefalografia (EEG) e magnetoencefalografia (MEG), pode-se analisar mais atentamente a atividade cerebral.

37 Marías, Julián. **História da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 322.

38 “Os primeiros anatomistas a realizar um estudo detalhado do cérebro humano e a dissecá-lo foram Herófilo (c. 335-289 a.C.) e Erasítrato (304-250 a.C.), em Alexandria, no Egito” (Rooney, Anne. **A História da Neurociência**. São Paulo – M.Books, 2018, p. 13).



Descobriu-se que o cérebro é formado por centenas de bilhões de células chamadas de neurônios e glia, onde cada célula contém todo o genoma humano e se comunica (centenas de vezes por segundo) com as demais células, formando, cada neurônio, cerca de dez mil conexões, havendo “tantas conexões em um único centímetro cúbico de tecido cerebral como estrelas na Via Láctea”³⁹.

Além das questões envolvendo o funcionamento da atividade cerebral, com contribuições valiosas para a biologia e a medicina, o estudo do cérebro tem se mostrado ainda de muita valia para o estudo do comportamento humano, notadamente para a compreensão do pensamento e dos limites da capacidade cognitiva, considerando que a “primeira lição que aprendemos no estudo de nossos circuitos é simples: a maior parte do que fazemos e sentimos não está sob nosso controle consciente. A vasta selva de neurônios opera seus próprios programas”⁴⁰.

Estas descobertas alteram profundamente a compreensão de que temos controle sobre nós mesmos e, sobretudo, permite nos afastarmos do senso comum de que estamos sempre no controle de nossos pensamentos e atividades⁴¹.

Umbilicalmente ligada à neurociência está a psicologia cognitiva, a qual procura, inclusive com *insights* da primeira, sobretudo relacionadas à estrutura e à atividade cerebral, a “compreender a cognição humana por meio da observação do comportamento das pessoas enquanto executam várias tarefas cognitivas”⁴².

Uma das implicações a respeito do funcionamento cerebral e do estudo do comportamento humano, e que aqui nos importa, diz respeito à convicção e à certeza quando da tomada de decisão, no sentido de que a certeza e a convicção nada mais são do que *sentimentos* – no que explica a dificuldade de abandonar crenças arraigadas, ainda que com provas em sentido contrário –, de modo que “uma sensação de que uma decisão está certa não é o mesmo que fornecer evidências de que está”⁴³.

A outra implicação está, por sua vez, ligada aos erros de julgamento ou vieses cognitivos. Em conhecido artigo, Kahneman e Tversky⁴⁴ descreveram três heurísticas⁴⁵ que conduzem a vieses

39 Eagleman, David. **Incógnito: As vidas secretas do cérebro**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012, p. 9/10

40 Idem, p. 12.

41 “O X da questão é se *todos* os seus atos estão fundamentalmente no piloto automático ou se há algum tantinho que é ‘livre’ para escolher, independentemente das regras da biologia. Esse sempre foi o ponto de impasse para filósofos e cientistas. Pelo que podemos dizer, toda atividade no cérebro é impelida por outra atividade no cérebro, em uma rede amplamente complexa e interligada. Bem ou mal, isso parece não deixar espaço para um fantasma na máquina. Para considerar isso de outra perspectiva, se o livre-arbítrio deve ter algum efeito nos atos do corpo, ele precisa influenciar a atividade cerebral contínua. E para tanto ele deve estar fisicamente conectado a pelo menos alguns neurônios. Mas não encontramos nenhum ponto do cérebro que não seja impelido por outras partes da rede. Cada parte do cérebro é densamente interconectada com outras partes – e impelida por elas. E isto sugere que nenhuma parte é independente e, portanto, ‘livre’” (idem, p. 179).

42 Eysenck, Michael; Keane, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. 7ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 1.

43 Idem, p. 27, 171 e 188. O mesmo autor ainda acrescenta: “Uma consideração relacionada é distinguir entre o conhecimento sentido – como palpites e instintos – e o conhecimento que surge dos testes empíricos. Qualquer ideia que não foi ou não pode ser testada de forma independente deveria ser considerada uma visão pessoal”.

44 **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases** Amos Tversky; Daniel Kahneman Science, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131. Em português, consta do apêndice à obra: Kahneman, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 524/539.

45 “Heurísticas são processos cognitivos empregados em decisões não racionais, sendo definidas como estratégias que ignoram parte da informação com o objetivo de tornar a escolha mais fácil e rápida. Heurísticas rápidas e frugais



cognitivos. Em obra mais recente, Kahneman voltou a tratar das heurísticas e dos vieses mais amplamente⁴⁶, havendo, ainda, uma extensa bibliografia relativa ao assunto⁴⁷.

Desde então, tem-se levantado uma série de heurísticas e vieses tratando dos problemas cognitivos na tomada de decisão, como, v.g., o julgamento por representatividade, viés da disponibilidade, da confirmação (*storytelling*), da experiência, da ancoragem, do enquadramento, da inércia, da ação, do *status quo*, do excesso de confiança, isso sem falar nos problemas de aversão à perda e aversão exagerada ao risco e à incerteza⁴⁸.

Descabe, aqui, a análise pormenorizada de como opera cada viés cognitivo, incabível em um pequeno e despretensioso ensaio científico. O que importa, sobretudo, é verificar que as ciências cognitivas informam que decisões supostamente fundadas na certeza, neutralidade, logicidade podem estar, na verdade, sendo conduzidas por pensamentos complexos, imprevisíveis e inconscientes, que podem inviabilizar uma correta tomada de decisão, sobretudo quando se está cuidando de situações fáticas ou dilemas morais de ampla incerteza e complexidade.

Uma correta tomada de decisão em casos tais é ainda dificultada pela “ilusão da profundidade explicativa” (*illusion of explanatory depth*), em que as pessoas tendem a supor que entendem, profundamente, aquilo que, de fato, não compreendem, e pelo viés de otimismo (otimismo irrealista ou superestimado), tudo a demonstrar certos limites à racionalidade humana, e que os erros nas tomadas de decisão e nos julgamentos não ocorrem apenas quando se trata de pessoas e problemas “comuns”, incidindo igualmente nos casos de especialistas⁴⁹.

Com isso quer-se dizer que todos somos suscetíveis à manipulação não apenas da própria memória como também por força de evento externo⁵⁰, cujo processamento das informações é, em grande parte, realizado abaixo do nível da percepção (em nível inconsciente, portanto)⁵¹.

(*fast and frugal heuristics*) correspondem a um conjunto de heurísticas propostas por Gigerenzer e que empregam tempo, conhecimento e computação mínimos para fazer escolhas adaptativas em ambientes reais” (<https://pt.wikipedia.org/wiki/Heur%C3%ADstica>).

46 Kahneman, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

47 Entre outros: Eysenck, Michael; Keane, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. – 7ª ed. – Porto Alegre: Artmed, 2017; MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda, **As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito**, *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, p. 618—653, 2018; Sibony, Olivier. **Você está prestes a cometer um erro terrível: Como lutar contra as armadilhas do pensamento e tomar decisões melhores**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro, Objetiva, 2021; Kahneman, D., Sibony, O., Sunstein, C., **Noise: A Flaw in Human Judgment**, Little, Brown Spark, 2021; Thaler, Richard H./Sunstein, Cass. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019; Ariely, Dan. **Positivamente irracional: os desafios inspiradores de desafiar a lógica em todos os aspectos de nossas vidas**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

48 Uma boa introdução aos vieses, conferir em: Sibony, Olivier. **Você está prestes a cometer um erro terrível: Como lutar contra as armadilhas do pensamento e tomar decisões melhores**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Objetiva, 2021.

49 Eysenck, Michael; Keane, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. 7ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 533. Kahneman, Sibony e Sunstein relacionam interessantes exemplos quanto à discrepância entre julgamentos por especialistas: (Kahneman, Daniel/Sibony, Olivier/Sunstein, Cass. **Noise: A Flaw in Human Judgment**. – New York: Little, Brown Spark, 2021, p. 6/7).

50 Eagleman, David. **Cérebro: uma biografia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2017, p. 34.

51 Eysenck, Michael; Keane, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. 7ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 520. De igual modo, para ilustrar como os processos automáticos e intuitivos ocupam um espaço maior que os processos controlados de raciocínio Jonathan Haidt utiliza a metáfora do ginele e do elefante, correspondendo aquele ao processo controlado e este último aos automáticos e intuitivos (Haidt, Jonathan. **A Mente Moralista: Por que pessoas boas são segregadas por política e religião**. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2020, p. 47/75).



Tudo isso é agravado pela “avareza cognitiva”⁵² e pelo próprio papel desempenhado pelas emoções⁵³, no que resulta que a racionalidade plena deve ser vista ao menos com reservas⁵⁴, bem assim que mesmo onde não haveria problemas decorrentes das heurísticas e dos vieses as certezas quanto ao certo e errado, ao real e imaginário ou ao moral ou imoral devem ser redimensionadas para que se perceba que muitas vezes estas ideias estão mais relacionadas a uma opinião pessoal do que propriamente a um “conceito geral” ou “verdade última” que deva ser, necessariamente, imposta a todos.

Como bem explicou Eagleman,

“O significado de uma coisa para você está nas suas teias de associações, com base em toda a história das experiências de sua vida, (...) significado específico é único para a sua história de experiências. Você não percebe os objetos como eles são, mas como você é”⁵⁵.

Cada um de nós tem uma trajetória própria, conduzida por nossos genes e nossas experiências. Como resultado, cada cérebro tem uma vida íntima diferente.

Nossa imagem do mundo não é necessariamente uma representação exata. Nossa percepção da realidade está menos relacionada com o que acontece lá fora e mais ligada ao que ocorre dentro do cérebro. (...)

Nada do que você vive, seja uma visão, um som, um cheiro, é uma experiência direta – na realidade, é uma versão eletroquímica em um teatro escuro. (...)

O que acontece é que o cérebro gera sua própria realidade, mesmo antes de receber informações dos olhos e dos outros sentidos. Isto é conhecido como modelo interno. (...)

O cérebro entrega uma narrativa e cada um de nós acredita na narrativa que ele conta. Quer você se deixe enganar por uma ilusão de ótica, acredite que esteve preso em um sonho, enxergue letras em cores ou aceite o delírio como realidade durante um episódio de esquizofrenia, cada um de nós aceita a realidade da forma com que o cérebro a escreveu.

Apesar da sensação de que experimentamos diretamente o mundo, nossa realidade, em última análise, é construída no escuro, em uma língua estrangeira de sinais eletroquímicos. A atividade que agita as vastas redes neurais é transformada em sua história sobre alguma coisa, sua experiência particular do mundo (...).

De modo ainda mais estranho, é provável que cada cérebro conte uma narrativa um tanto diferente. Para cada situação com várias testemunhas, cérebros diferentes têm

52 A quem utilize ainda o termo “disracionalia”. Idem, p. 521 e 628.

53 Damásio, Antônio R. **O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Ainda: Eysenck, Michael; Keane, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. 7ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 572/576.

54 Na realidade, a questão de se os seres humanos são racionais depende, evidentemente, do que se entende por “racional”. É conhecida a tese de que o pensamento é racional quando é orientado pela lógica, no que o raciocínio dedutivo e as regras da lógica constituiriam elementos relevantes para avaliar a racionalidade humana. De outro lado, tornou-se conhecido mais recentemente também que aos problemas cotidianos, carregados de incertezas e de baixa, pouco (ou nada) contribuem às soluções dedutivas ou lógicas, no que a avaliação de probabilidades (raciocínio informal) desempenha interessante e relevante papel na solução de problemas, no que se poderia falar ainda em “racionalidade limitada” (cf. Eysenck, Michael; Keane, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. – 7ª ed. – Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 612/629).

55 Eagleman, David. **Cérebro: uma biografia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2017, p. 42/43.



experiências subjetivas e particulares diferentes. Com sete bilhões de cérebros humanos vagando pelo planeta (e trilhões de cérebros animais), não existe uma versão única da realidade. Cada cérebro carrega sua própria verdade.

Então o que é realidade? É como um programa de televisão que só você pode ver e não pode desligar. A boa notícia é que este é o programa mais interessante a que se pode assistir: ele é editado, personalizado e apresentado só para você⁵⁶.

O que se tem por “racionalidade” é, com frequência, apenas uma *racionalização* de uma ideia ou opinião pessoal, pois, tendo-se consciência de que julgamento e justificação constituem processos distintos, “dados os julgamentos (eles mesmos produzidos pelo maquinário cognitivo inconsciente no cérebro, às vezes corretamente, às vezes não), os seres humanos produzem justificativas que acreditam serem responsáveis por seus julgamentos. Mas as justificativas (nesse argumento) são apenas racionalizações *post factum*”⁵⁷.

Para finalizar, vale lembrar que as questões referentes à racionalidade no plano individual refletem-se igualmente no plano coletivo, no sentido de que seria por demais difícil – senão impossível – demonstrar, por meio de uma argumentação racional, os fundamentos e princípios últimos e gerais de uma “comunidade personificada”, sendo preferível, por mais viável, em vez de tentar extrair da sociedade uma “metamoral” talvez encontrar alguns valores partilhados de apoio, ainda que provisórios, e estimular a abertura de pontes de diálogo, utilizando-se de aportes destas ciências cognitivas⁵⁸, com o intuito de construir bases à convivência humana tão melhor quanto possível⁵⁹.

5 CONCLUSÃO

Da breve análise da teoria dworkiana, em paralelo com algumas descobertas da neurociência, pode-se dizer, à guisa de conclusão, que muito embora seja de todo conveniente tratarmos de objetivos e princípios gerais que abarquem toda a coletividade, como bem tencionou Dworkin, o fato é que não devemos depositar confiança em excesso aos tomadores de decisão, sejam os administradores, os parlamentares ou mesmo os juízes, dada a dificuldade que se tem, a despeito de todos os esforços envidados, de traduzir, nas decisões, algum interesse geral que não seja fruto de uma disfarçada visão ou opinião pessoal, racionalizada como de interesse coletivo, sobretudo quando a decisão está mais calcada em elementos discursivos do que em conhecimento que surge de testes empíricos.

56 Idem, p. 82/83. No mesmo sentido é a opinião de Haidt, para quem “Uma das maiores verdades da psicologia é que a mente é dividida em partes que às vezes entram em conflito. Ser humano é sentir-se atraído por caminhos diferentes e se surpreender – às vezes em choque – com sua incapacidade de controlar suas próprias ações” (Haidt, Jonathan. **A Mente Moralista: Por que pessoas boas são segregadas por política e religião**. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2020, p. 29).

57 Haidt, p. 45.

58 Haidt, Jonathan. **A Psicologia Moral e o Direito: Como as intuições direcionam o raciocínio, o julgamento e a busca por evidências**. Em: Nojiri, Sergio. O Direito e suas interfaces com a psicologia e a neurociência. 1ª ed. Curitiba: Apriis, 2019, p. 19/35.

59 Nesse sentido: Greene, Joshua. **Tribos Morais. A tragédia da moralidade do senso comum**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 340/341.



REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio Da Silva. **A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 5, n. 1, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 99/100.

CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e. **Julgamento e tomada de decisões no direito, in: Julgamento e Tomada de Decisão.** São Paulo: Pearson, 2018.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EAGLEMAN, David. **Cérebro: uma biografia.** 1ª ed., - Rio de Janeiro: Rocco, 2017, p. 34.

EAGLEMAN, David. **Incógnito: As vidas secretas do cérebro.** – Rio de Janeiro: Rocco, 2012, p. 9/10.

Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases Amos Tversky; Daniel Kahneman Science, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131.

KAHNEMAN, D., Sibony, O., Sunstein, C. **Noise: A Flaw in Human Judgment.** Little, Brown Spark, 2021.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de Teoria do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 209.

MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda. **As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito.** Revista Direito GV, v. 14, n. 2, p. 618—653, 2018;

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da Imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing.** 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia.** Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Título original: *Law, pragmatism and democracy.*



ROONEY, Anne. **A História da Neurociência.** São Paulo: M. Books, 2018.



ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 5ª ed. Florianópolis: EMais, 2019.

SIBONY, Olivier. **Você está prestes a cometer um erro terrível: Como lutar contra as armadilhas do pensamento e tomar decisões melhores**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Objetiva, 2021.





OS EFEITOS DO DIREITO TRANSNACIONAL PERANTE OS TRIBUNAIS NA ERA PÓS-MODERNA

Rafael Espíndola Berndt



OS EFEITOS DO DIREITO TRANSNACIONAL PERANTE OS TRIBUNAIS NA ERA PÓS-MODERNA

THE EFFECTS OF TRANSNATIONAL LAW BEFORE COURTS IN THE POST MODERN ERA

Rafael Espíndola Berndt¹

Resumo

O objetivo do presente artigo é demonstrar como o surgimento do Direito Transnacional no contexto de uma sociedade globalizada formado de uma era pós-moderna pode vir a influenciar as cortes constitucionais ao redor do globo, com fim de buscar resolver problemas que transcendem as fronteiras e jurisdições dos mais diversos países.

Palavras-chave: Direito transnacional. Pós-modernidade. Tribunais.

Abstract

The purpose of this article is to demonstrate how the emergence of Transnational Law in the context of a globalized society formed from a postmodern era can come to influence constitutional courts around the globe, in order to seek to solve problems that transcend borders and jurisdictions from the most diverse countries.

Keywords: Transnational law. Postmodernity. Judicial courts.

¹ Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). E-mail: respindolaberndt@gmail.com.



1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é demonstrar como o surgimento do Direito Transnacional no contexto de uma sociedade globalizada, que deu azo a uma era pós-moderna, pode vir a influenciar as cortes constitucionais ao redor do globo, cortes estas que buscam resolver conflitos que transcendem as fronteiras e jurisdições dos mais diversos países.

A pesquisa se justifica diante dos desafios que os problemas globais impõem às mais diversas jurisdições através do Poder Judiciário, tais como: regulação e tributação de redes sociais, liberdade de expressão, danos ambientais transfronteiriços, regulação sanitária e implementação de medidas de saúde pública diante de pandemias de doenças.

Nesta esteira, em razão de a Globalização ter trazido junto a ela uma série de novos atores internacionais e transnacionais, os quais passam a influenciar decisivamente a dinâmica das relações, obrigam a deliberação dos Estados nacionais na busca por suprirem as necessidades jurídicas decorrentes destas novas dinâmicas, demonstrando-se a inviabilidade dos entes estatais tradicionais, isoladamente, possuírem condições de superar tais desafios.

Dessa constatação, depreende-se o surgimento do Direito Transnacional que passa a ter assento perante os tradicionais Direito nacional e Direito Internacional, o que demandará uma recomposição e reformulação dos pilares atuais nos quais se sustentam a estrutura do Direito.

Assim é que, primeiramente, buscar-se-á lançar luzes ao desenvolvimento do fenômeno da globalização, e com ele o surgimento de uma era pós-moderna, com vistas a descrever o atual estado da arte que lançam as bases para o surgimento de uma nova concepção do Direito. Na segunda parte do artigo, demonstrar-se-á o que se entende por um Direito Transnacional e qual a sua relação com as tradicionais balizas do Direito, bem como com os Estados soberanos ao redor do mundo.

Por fim, traçar-se-á as influências que o surgimento dessa nova ordem do Direito exerce ou pode vir a exercer, principalmente, perante o Poder Judiciário nos mais diversos países, como uma forma de enfrentar os desafios que os problemas globais demandam de cada um dos países pelo mundo.

Ditas estas breves, mas necessárias considerações iniciais, tem-se por relevante que, quanto à metodologia da pesquisa empregada, destaca-se que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados, o cartesiano, e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica².

2 PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015.



2 GLOBALIZAÇÃO E PÓS-MODERNIDADE

De início, com o fito de se demonstrar os caracteres essenciais desse fenômeno de desenvolvimento mundial que se traduziu na Globalização, vale trazer à baila os ensinamentos de Ulrich Beck, que assim esclarece:

[...] pode-se caracterizar o conceito de globalização como um processo (“dialético”, diríamos na moda passada) que produz as conexões e os espaços transnacionais e sociais, que revalorizam culturas locais e põem em cena terceiras culturas “um pouco disso, um pouco daquilo, assim vão surgindo as novidades no mundo” (Salman Rushdie). Neste quadro relacional complexo são reformuladas, em três parâmetros, as questões do alcance bem como das fronteiras da globalização já existente: Primeiro: sua extensão no espaço. Segundo: estabilidade no tempo. E terceiro: densidade (social) das redes de comunicação, das conexões e das imagens icônicas³.

O atual estágio da globalização é caracterizado por dois fatores determinantes, a saber: o desenvolvimento tecnológico e uma forte pressão sobre os Estados nacionais com vistas à desregulamentação, principalmente econômica, as quais permitem o livre fluxo de capitais, o crescimento de um mercado global de mercadorias e serviços, a abertura econômica dos países e um forte incentivo à atividade de exportação, além de influências de interações sociais.

Desse modo, no tocante ao fluxo de relações sociais Zygmunt Bauman afirma que “com o tempo de comunicação implodindo e encolhendo para a insignificância do instante, o espaço e os delimitadores de espaço deixam de importar, pelo menos para aqueles cujas ações podem se mover na velocidade da mensagem eletrônica”⁴. Percebe-se, em consequência, que eventos ocorridos localmente podem influenciar locais separados por enormes distâncias.

No que toca ao aspecto econômico da globalização, há uma transmutação dos espaços econômicos mundiais, lançando grandes desafios aos Estados soberanos.

Nos dizeres de Giddens:

Note-se que a transformação local pode ser vista como uma parte integrante da Globalização ou como uma extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço. Em outras palavras, pode-se dizer que o que ocorre em um determinado espaço territorial tende a ser influenciado por fatores que ocorram a uma distância indefinida. Além disso, tais concepções permeiam todos os campos sociais e admitem a possibilidade de que a Globalização possa evoluir em ritmos diferentes em cada um deles. A reorganização espacial da vida social deve ser vista de forma muito prudente, pois os espaços tradicionalmente reservados ao Direito e à política não coincidem mais com o espaço territorial, o que leva, por conseguinte à reavaliação da soberania⁵.

3 BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.32.

4 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. Tradução: Marcus Penchel. 1999. Título original: Globalization: The Human Consequences. p. 20

5 GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual de São Paulo, 2001. Tradução de Raul Fiker. p. 60-61



Zygmunt Bauman se refere acerca dos impactos basilares da globalização como sendo um apartamento entre as esferas de poder e a política, dotando o mercado de parcela das funções antes exercidas pelas autoridades políticas⁶. Há assim uma tensão entre o espaço político e os atores do mercado.

Denota-se do exposto que a globalização tem por expressão não só a difusão de fatores econômicos, mas também o espalhamento de informações e padrões econômico-organizacionais, intercâmbio social, jurídico, que são resultado das pressões mercadológicas e da amplitude de informações⁷.

Nesse mesmo sentido, Cruz e Oliviero lecionam:

[...] a globalização indica um fenômeno de progressivo alargamento da esfera das relações sociais até um ponto que potencialmente coincide com o planeta inteiro. Em particular, a globalização significa também interdependência global, por isso modificações substanciais que ocorram em uma parte do planeta têm repercussões também em outro ângulo do próprio planeta, em tempos relativamente breves. Portanto, a globalização produz um conjunto de fenômenos de elevada intensidade e rapidez em escala global, no campo jurídico, econômico, social, cultural e ideológico⁸.

Dentre as múltiplas características antes citadas vêm ganhando grandes proporções, como um “locus” de intersecção entre as mais diversas sociedades, mormente em um contexto globalizado de cariz pós-moderno, as comunicações e a troca de informações.

As pessoas passam a tomar como parte também de suas vidas, fatos, acontecimentos e fenômenos que não encontram distâncias físicas intransponíveis, derrubando fronteiras de ordem tanto geográfica como política. No entendimento dos defensores da globalização, o fato de existir novas organizações sociais globais na área de comunicação vem trazendo forte influência nas interações entre os espaços físicos e as circunstâncias sociais, além de modificar a geografia situacional do viver político e social, havendo uma distensão entre ambientes físicos e a situação social⁹.

O fluxo informacional tem influência independentemente de quem é o portador da informação, as modificações e rearranjos dos corpos nos espaços físicos não mais são demandados com vistas à reordenação dos significados e das relações entre os atores nas sociedades¹⁰.

Nesse contexto exurgem, como protagonistas dessa massificação comunicativa, as empresas privadas, que passaram a galgar posição de um verdadeiro centro de poder paralelamente ao poderio estatal e de instituições teocráticas, podendo-se afirmar que o processo globalizante se desenvolve com mirada na comunicação, transporte e livre trânsito de bens.

6 BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 181.

7 VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 74.

8 CRUZ, Paulo Marcio; OLIVIERO, Maurizio (Orgs.) **As trajetórias multidimensionais da globalização**. [recurso eletrônico]. Itajaí, UNIVALI, 2014. p.12. Disponível em <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 15 fev. 2022.

9 HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 46.

10 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. Tradução: Marcus Penchel. 1999. p. 26.



Diante da multiplicidade de caracteres e espectros que a Globalização pode ser vislumbrada e analisada, cumpre demonstrar o pensamento de Giddens à guisa de arremate sobre o tema, que assim leciona:

A globalização não é, portanto, um processo singular, mas um conjunto complexo de processos. E estes operam de uma maneira contraditória ou antagônica. [...] O sociólogo americano Daniel Bell descreve isso muito bem quando diz que a nação se torna não só pequena demais para resolver os grandes problemas, como também grande demais para resolver os pequenos¹¹.

Depreende-se do aqui exposto, contextualmente, que a tradicional atuação estatal em busca de regulação das novas dinâmicas de interações sociais que surgem nas mais diversas áreas da sociedade, tais como: economia, trânsito de mercadorias, fluxo de informações entre os países, torna-se cada vez mais desafiadora, se se tiver com olhos voltados aos instrumentos tradicionais como o direito interno ou mesmo o direito internacional.

Desse modo, o surgimento do Direito Transnacional se dá em decorrência do fenômeno da Globalização que impõe aos Estados nacionais grandes desafios na era pós-moderna e é justamente esse descortinamento do Direito Transnacional que passar-se-á a abordar.

3 O DIREITO TRANSNACIONAL COMO EFEITO DA GLOBALIZAÇÃO

Parte-se da premissa de que o Direito se vê diante de uma necessidade latente de se adaptar ao fenômeno globalizante, ampliando a sua visão para além de uma regulação dentro de uma nação. O Direito necessita de ser pensado sob a ótica da Globalização, sob uma forma transnacional, partindo-se “para a problemática de como harmonizar sistemas jurídicos tão diferentes em cada país, como elaborar normas que possam conciliar culturas tão distintas como as do ocidente e do oriente”¹². Tudo isso para tentar atender demandas que cada vez mais tornam-se problemas que transcendem as fronteiras físicas das nações.

Cogita-se de humanidade desterritorializada, tendo como uma de suas facetas o arrefecimento das fronteiras como uma das imposições da Globalização, imposição esta que leva a uma segunda constatação, a do surgimento de uma denominada cidadania universal¹³.

Esta constatação, fazendo-se menção, novamente ao pensamento de Milton Santos, faz incidir a necessidade de mudança na concepção do agir dos agentes estatais tradicionais.

Nos dizeres do autor:

11 GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 23.

12 SOUZA, Maria Cláudia S. Antunes de. SOARES, Josemar S. **O Humanismo Como Pressuposto Para O Direito Transnacional**. Conpedi Valencia. 2019. p. 228.

13 SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Editora Record, 2000. p. 42.



De fato, as fronteiras mudaram de significação, mas nunca estiveram tão vivas na medida em que o próprio exercício das atividades globalizadas não prescinde de uma ação governamental capaz de torná-las efetivas dentro de um território. A humanidade desterritorializada é apenas um mito. Por outro lado, o exercício da cidadania, mesmo avançando na noção de moralidade internacional, é, ainda, um fato que depende da presença e da ação dos Estados nacionais¹⁴.

Nesta mesma toada, notam-se algumas das características do fenômeno de mudança de concepção de espaços territoriais e dos desafios que essa nova concepção impõe, a primeira delas seria o conjunto de transformações relativas aos espaços territoriais nacionais que antes eram pensados isoladamente, ou em conjunto com outros somente internacionalmente. As alterações propiciadas pela Globalização deram origem a novas situações, antes não vivenciadas nem pensadas devido à sua abrangência e característica de novo, atualmente circundadas por articulações que diferem do espaço real e não mais atendem a espaços territoriais predefinidos. Por essa razão, os acontecimentos de hoje são transnacionais porque ocorrem de forma recorrente para além das fronteiras nacionais e requerem um compromisso regular e significativo de todos os participantes¹⁵.

Nesse mesmo sentido, o professor Paulo Márcio Cruz expõe as finalidades do Direito Transnacional, em face dos desafios das Nações em um ambiente globalizado, “o Direito Transnacional, produto do processo de Globalização e do Direito Pós-moderno, tem como finalidade trazer soluções jurídicas a conflitos a par do Estado, em que os novos atores internacionais estejam envolvidos¹⁶”.

Acerca do surgimento dos novos atores internacionais, tem-se que:

Este fato introduz a participação cada vez maior dos novos atores e dos atores emergentes no cenário internacional. Até décadas atrás o Estado era visto como o único ou o soberano ator, e as relações internacionais eram, sobretudo, as relações entre potências. Contudo, a emergência de empresas transnacionais, que com suas atividades repercutem efeitos econômicos em várias partes do globo, movimentos de organizações não governamentais, bem como de tantas outras variáveis, nas quais se incluem tanto indivíduos notáveis como a ameaça terrorista, se vê que o cenário internacional está cada vez mais complexo no que se refere ao protagonismo de atores. Esta modificação ampla nas relações internacionais pode ser observada na obra de Giovanni Olsson (2009)¹⁷.

14 SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Editora Record, 2000. p. 42

15 PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e imigração**: a possibilidade de efetivação dos direitos humanos dos transmigrantes diante de decisões de regresso na Itália e na União Europeia. Tese de Doutorado. Itajaí. UNIVALI, 2014. p.122-123. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

16 CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no Século XXI. Itajaí, SC. Univali, 2014. p. 171.

17 SOUZA, Maria Cláudia S. Antunes de. SOARES, Josemar S. **O Humanismo Como Pressuposto Para O Direito Transnacional**. Conpedi Valencia. 2019. p. 224.



Dessa concepção está a se vislumbrar um caminho para ação própria das sociedades globalizadas, concentrando na relação entre os Estados nacionais e os mais diversos atores multinacionais, leia-se, primordialmente, empresas multinacionais, uma vinculação a um Direito Transnacional, com vistas ao combate à criminalidade internacional, efetivação de uma política cultural transnacional, dentre outros¹⁸.

Desse ambiente nasce uma concepção de Direito Transnacional não simplesmente como uma ligação intrínseca com um Estado ou algum agente governamental formal, uma vez que passa a envolver uma série de outras atividades, que possuem uma amplitude maior que o Direito tradicional, principalmente em relação às suas formas, em termos consuetudinário, normativo e de regulação padronizada. Nesse contexto, a aplicabilidade aos Estados deve estar amparada em aspectos fundacionais de uma identidade política e de um sentimento dos envolvidos de pertencimento a estes valores civilizacionais¹⁹.

Ainda sobre a necessidade de se estabelecer regulações para enfrentar os grandes problemas globais, típicos da pós-modernidade:

A grande diferença qualitativa de uma governança internacional para novas estratégias de governança transnacional estará exatamente na forma de articulação entre o poder local e o global, ou seja, não é possível prescindir da indispensável parceria cooperativa das esferas locais de poder e ao mesmo tempo é necessário multiplicar os esforços locais para a produção dos melhores resultados em escala global [...]. Considerando a amplitude e complexidade das novas demandas, as novas estratégias de governança devem ter como pressupostos: a aproximação entre povos e culturas e a participação consciente e reflexiva do cidadão na gestão política, econômica e social²⁰.

A constatação é a de que o Estado na concepção atual, seja através de olhar sob o prisma político, social e, principalmente, para os fins do presente artigo, jurídico, vem encontrando grandes barreiras em responder a contento aos novos tempos, tempos de uma sociedade pós-moderna.

Esta observação é compartilhada pelos professores Maria Cláudia Souza e Josemar Soares que afirmam:

Os argumentos abordados até aqui demonstram como há várias forças e fatores que já adentraram a lógica de um sistema jurídico globalizado, e o direito tem e continuará tendo grandes dificuldades de lidar com estas questões se prosseguir vinculado ao seu paradigma de direito interno. Não está se defendendo aqui a implementação de um direito mundial ou global, mas que algumas questões precisam ser elevadas a uma

18 CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no Século XXI. Itajaí, SC. Univali, 2014. p. 171.

19 WLOCH, Fabrício. **A Metamorfose da União Europeia em Estado Universal de Hans Kelsen**: proposta de soberania compartilhada, federalismo cooperativo e transnacionalidade cultural. Florianópolis: CEJUR, 2020. p. 184.

20 CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] Paulo Marcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Real Ferrer. Dados eletrônicos – Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 145. Disponível em <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLO-BALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf> Acesso em: 16 fev. 2022.



dimensão transnacional, pois não referem-se a interesses particulares de cada Estado, mas da multiplicidade de atores²¹.

Percebe-se que, a partir da Globalização, o mundo abandona seus tradicionais limites, demandando-se a criação de alternativas para, além do Estado, regulamentar a dinâmica de interação entre os novos agentes transnacionais.

“As demandas transnacionais se justificam a partir da necessidade de criação de espaços públicos para tratar de questões referentes a fenômenos novos que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional”. Importante ressaltar que, transcendendo a perspectiva econômica, as imposições transnacionais tocam em questões fundamentais de Direito relacionados com inúmeros aspectos da vida humana na Terra²².

Cumprir trazer a lume os desafios hodiernos, específicos do Direito a fim de demonstrar como esta realidade se espalhará na vida do Poder Judiciário com a realidade do Direito Transnacional, os desafios que se apresentam são da seguinte ordem:

O primeiro, associado à multiplicação das fontes normativas que afeta um dos elementos basilares do direito internacional. O segundo, representado pela emergência de regimes privados que incide diretamente sobre o argumento da hierarquia das normas e seus meios de validação. Por último, a multiplicação de mecanismos de solução de conflitos, que expõe a condição descentralizada do poder²³.

Desse modo, tem-se que o Direito tradicional passa por fenômeno que se denomina de fragmentação jurídica, na esteira da, aqui já demonstrada, globalização e sua conseqüente transnacionalidade extrapolando “a tradicional polaridade nacional-internacional, tudo a demonstrar que setores sociais produzem regras com autonomia diante do Estado-nação, formando um sistema de normas *sui generis*”²⁴.

Dessa não centralidade de emanção da exteriorização das fontes jurídicas desde há muito entendidas, surge uma qualificação do Direito como sendo, em verdade, um não-direito, assim entendido:

O não-Direito, de seu turno, é qualificado como a regulação oriunda – por meios coercitivos ou consensuais – de entes sem centralidade política e detenção exclusiva do poder legiferante, grosso modo privados ou sem ligação pública, que normatiza relações concretas e até pessoais de nítido caráter privado, sem desconsiderar que, por via transversa, projete efeitos em relações de direito público. No ponto, contrariamente àquilo que se poderia supor, o não-Direito não emerge apenas nas situações de lacuna

21 SOUZA, Maria Cláudia S. Antunes de. SOARES, Josemar S. **O Humanismo Como Pressuposto Para O Direito Transnacional**. Conpedi Valencia. 2019. p. 228.

22 GARCIA, Marcos Leite; MARQUES JÚNIOR, William Paiva; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Aportes do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e da Unasul para os Direitos Fundamentais**: os Direitos Ambientais como demandas transnacionais e o tratamento prioritário da sustentabilidade. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 19, n. 3. Set-Dez 2014. p. 970.

23 CALETTI, Leandro. STAFFEN, Márcio Ricardo Veredas do Direito. **A Fragmentação Jurídica e o Direito Ambiental Global**, Belo Horizonte, v.16. n. 34. p.279-310. Janeiro/Abril de 2019. p. 283.

24 CALETTI, Leandro. STAFFEN, Márcio Ricardo Veredas do Direito. **A Fragmentação Jurídica e o Direito Ambiental Global**, Belo Horizonte, v.16. n. 34. p.279-310. Janeiro/Abril de 2019. p. 282.



ou limbo do Direito (regulamentação jurídica oficial, proveniente de um ente político centralizador que detém, de forma exclusiva, o poder legiferante), mas se produz e desenvolve à margem deste último e de forma autônoma²⁵.

Feitas essas considerações, diante do surgimento da Globalização que, por sua vez, deu azo ao aparecimento de novos atores internacionais paralelamente aos Estados nacionais, lançando bases para o surgimento de um Direito Transnacional, importante verificar como este cenário pode influenciar o Poder Judiciário, em especial as Cortes Constitucionais na busca por solucionar os problemas que ultrapassam as fronteiras de suas jurisdições.

4 AS DECORRÊNCIAS DE UM DIREITO TRANSNACIONAL NAS JURISDIÇÕES

O Direito Transnacional, como visto nas seções anteriores, ocupa um espaço “sui generis” entre o Direito interno de determinado país e o Direito internacional, sem contar a excepcionalidade ao olhar de Direito Privado ou Direito Público. Desse modo, há um hibridismo inerente à sua concepção.

Essas considerações levam a se concluir que se pode entender o Direito Transnacional como um Direito híbrido, abrindo caminho para o tema como fundamento a justificar uma ligação entre um sistema jurídico de determinado país com outro diverso ou mesmo no plano internacional, sempre com vistas a resolver a problemática dos dilemas globais.

Nessa senda, Paulo Cruz e Zenildo Bodnar afirmam:

Com base nas características sugeridas, pode-se propor que o prefixo “trans” indique que a estrutura pública transnacional poderia perpassar vários Estados. Desde logo, convém advertir que não se está falando de estado mundial ou de um superestado: o que se está propondo à discussão é a possibilidade de fundação de vários espaços públicos de governança, regulação e intervenção, cujos mecanismos de controle e funcionamento seriam submetidos às sociedades transnacionalizadas.

O prefixo “trans” denotaria ainda a capacidade não apenas da justaposição de instituições ou da superação/transposição de espaços territoriais, mas, sim, a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas mais satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos.

Dessa forma, a expressão latina “trans” significaria algo que vai “além de” ou “para além de”, a fim de evidenciar a superação de um locus determinado que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados²⁶.

A difusão do Direito Transnacional traz a lume, nessa toada, a realidade de um autêntico pluralismo jurídico global, do qual emanam legislações dos Estados, além dos agentes privados.

25 CALETTI, Leandro. STAFFEN, Márcio Ricardo Veredas do Direito. **A Fragmentação Jurídica e o Direito Ambiental Global**, Belo Horizonte, v.16. n. 34. p.279-310. Janeiro/Abril de 2019. p. 286.

26 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais**. In: Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 26, n.º 1, jan/jun. 2010, p. 159-176, p. 162.



A influência dessas novas normas advindas de várias outras fontes é movimento que vem sendo percebido de aproximação entre sistemas jurídicos distintos, como bem demonstra o Ingo Sarlet, na específica experiência de sistema constitucional inglês:

[...] o que se percebe é que (também) se cuida de um modelo em permanente (re) construção, o qual, embora siga substancialmente distinto da tradição de um constitucionalismo escrito – pelo menos no sentido de uma codificação de normas formalmente constitucionais e hierarquicamente superiores à demais –, contempla elementos importantes do moderno Estado constitucional, e está, além do mais, pelo menos quanto a alguns aspectos (como dá conta, entre outros exemplos, o caso da Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Human Rights Act), em processo de gradativa aproximação dos demais modelos, o que em muito se deve à integração europeia, para além de outros fatores que são externos à matriz original inglesa, incluindo a globalização da economia, aspectos que, contudo, aqui não serão desenvolvidos²⁷.

No mesmo sentido, no particular do Direito Administrativo, no decorrer dos tempos vem passando por relevantes transformações, com destaque, a título exemplificativo, para o processo de internacionalização e progressiva desvinculação aos limites dos Estados nacionais, em virtude do fenômeno globalizante tanto na esfera econômica quanto jurídica²⁸.

O que se percebe com a consagração do Direito Transnacional é a culminação de um processo de aproximação entre diversos sistemas jurídicos, de diferentes espectros com vistas a enfrentar os desafios da globalização, nessa construção, pode-se inclusive se valer dos esforços que os Estados nacionais, internamente, vêm elaborando no sentido de solucionar o dilema normativo de se saber qual a “instituição deve ter a última palavra na interpretação constitucional”²⁹, valendo-se da doutrina dos diálogos constitucionais.

Nos dizeres de Rodrigo Brandão:

A premissa fundamental [...] é que a possibilidade de reversão legislativa de decisão constitucional da Suprema Corte permite que se vislumbre o controle de constitucionalidade não como uma barreira intransponível às instituições democráticas, mas como instrumento catalisador de um diálogo entre as instituições políticas sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade³⁰.

Transpondo-se esta noção ao plano internacional, valendo-se dos influxos do Direito Transnacional, tem-se a possibilidade de se estabelecer entre os diferentes sistemas jurídicos, através do Poder Judiciário, a utilização de fontes normativas as mais diversas na busca por soluções aos problemas globais, estabelecendo este diálogo, viabilizado por esta nova forma de pensar o Direito.

27 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 47.

28 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 9ª ed., São Paulo: Método, 2021. p. 6.

29 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 336.

30 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 336



Corroborando esta premissa, o diálogo entre Tribunais de distintas nações, em sua concepção original, se materializaria na implementação de fontes jurisprudenciais, constitucionais e legislativas, estrangeiras e internacionais, no âmbito interno do sistema jurídico, iniciando-se de uma análise da viabilidade de aplicação de fontes internacionais no âmbito interno, com vistas ao estabelecimento de um diálogo entre cortes constitucionais, promovendo um intercâmbio de vivências na busca pela mais adequada decisão³¹.

Fica latente aqui a possibilidade de se estabelecer respostas consistentes para os problemas que transcendem as fronteiras de uma só jurisdição, valendo-se de um maior cabedal normativo, em diálogo, buscando a solução para essas demandas que a era pós-moderna impõe.

No mesmo sentido do acima explanado, no tocante à possibilidade de estabelecimento de verdadeiro processo transnacional, a instrumentalizar as normas transnacionais, tem-se:

A Transnacionalidade é vista como um novo paradigma social, o qual é representativo de um novo contexto socioeconômico em que as fronteiras estatais já não representam limites à comunicação entre as diversas sociedades. Com a intensificação do sistema de comunicação mundial ocorrida na evolução pós-guerras (primeira e segunda) e as transações econômicas entre pessoas alocadas nas mais variadas localidades planetárias, foi gerada a “desterritorialização” social, que culmina com a necessidade de novo regramento para ordenar uma nova conformação social. Critério este que coaduna com a teoria do Processo Jurídico Transnacional, em que este quebra com duas dicotomias tradicionais, pois deixa de haver separação entre público e privado, além de nacional e internacional³².

Diante desta nova concepção de um Direito transnacionalizado, com múltiplos atores elencados de forma diversa entre si, possuindo normas jurídicas transnacionais que vêm a compor um ordenamento jurídico “sui generis”, uma forma de gerir os conflitos através de processo transnacionalizado pode ser uma alternativa para suprir lacunas existentes nas formas tradicionais de se conceber os sistemas jurídicos hoje vigorantes no mundo.

Diante dessas considerações apresentadas, no sentido do advento de um Direito Transnacional em âmbito global, apresenta-se aos profissionais e pensadores do Direito um desafiador cenário, tendo estes que se adaptarem à novel fórmula jurídica, a fim de estarem aptos a operar e instrumentalizar este novo Direito.

31 PROVIN, Alan Felipe; QUEIROZ, Yury Augusto dos Santos. **O Diálogo entre as Cortes**. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, 21, p. 111-125, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.05>, p. 111/112.

32 DIAS, Bruno Smolarek; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **O Processo Legal Transnacional e o papel dos Direitos Humanos na Comunidade Internacional**. In: Novos Estudos Jurídicos, nej.v 21, n.º 1, ISSN eletrônico 2175-0491, 2016, p. 121-149. p. 131



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente artigo foi o de demonstrar como o surgimento do Direito Transnacional no contexto de uma sociedade globalizada, que deu azo a uma era pós-moderna, pode vir a influenciar as cortes constitucionais ao redor do globo, cortes estas que buscam resolver conflitos que transcendem as fronteiras e jurisdições dos mais diversos países.

Primeiramente, apresentou-se o contexto de surgimento da Globalização, nas mais diversas vertentes, sejam econômicas, sejam sociais e até mesmo em âmbito jurídico, que vieram a derrubar as fronteiras tradicionais entre Estados nacionais, com o propósito de demonstrar como esta realidade lançou bases para o surgimento de era pós-moderna, com intenso intercâmbio de produtos e, principalmente, de informação entre os países.

Em seguida, a partir das bases lançadas acerca da Globalização, procurou-se demonstrar como o mundo sem fronteiras veio por viabilizar o surgimento de atores internacionais e transnacionais que passaram, em paralelo aos Estados nacionais, a influenciar e a criar “normas” nas mais diferentes esferas – política, econômica, social e jurídica -; diante dessa imposição que a realidade impôs viu-se surgir, ao lado do Direito interno e do Direito Internacional, um conjunto de práticas que vieram a ser denominadas de Direito Transnacional.

A partir dessas constatações, analisou-se um movimento de aplicabilidade do Direito Transnacional servindo como uma ferramenta posta à disposição do aplicador do Direito, ao lado das normas jurídicas tradicionais, a fim de enfrentar os problemas globalizados que a era pós-moderna está a legar.

Demonstrou-se como se pode, através de um diálogo constitucional entre diferentes atores internacionais, construir soluções aos problemas mencionados, possibilitando um estabelecimento, por meio de processo jurisdicional transnacionalizado, de regras para tal fim.

Além disso, o diálogo entre distintas jurisdições abre caminho para um alargamento de fontes jurídicas postas à disposição das Cortes Constitucionais, a fim de compor um ordenamento jurídico “sui generis” suprimindo as lacunas que o Direito tradicional tem hoje dificuldade de suprir. Tais lacunas que surgem, justamente, no contexto de um mundo globalizado.

Tem-se, de outro modo, que as consequências para aqueles que operam com o Direito serão desafiadoras, tendo em vista o projeto de criação e suprimento de lacunas que o Direito Transnacional pode vir a suprir, a bem de fazer bem decidir os grandes dilemas globais atuais.

Cabe ainda ressaltar que é mister o acompanhamento de como as Cortes Constitucionais, ao redor do globo terrestre, vêm aplicando e virão a aplicar essa nova forma de se conceber as fontes jurídicas e como se desenvolverá o diálogo entre as mais diversas cortes em pesquisas futuras.



REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. Tradução: Marcus Penchel. 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.
- CALETTI, Leandro. STAFFEN, Márcio Ricardo Veredas do Direito. **A Fragmentação Jurídica e o Direito Ambiental Global**, Belo Horizonte, v.16. n.34. p.279-310. Janeiro/Abril de 2019.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais**. In: Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 26, n.º 1, jan/jun. 2010, p. 159-176.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí, SC. Univali, 2014.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] Paulo Marcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Real Ferrer. Dados eletrônicos – Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.
- CRUZ, Paulo Marcio; OLIVIERO, Maurizio (Orgs.) **As trajetórias multidimensionais da globalização**. [Recurso eletrônico]. Itajaí, UNIVALI, 2014. p.12. Disponível em <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 15 fev. 2022.
- DIAS, Bruno Smolarek; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **O Processo Legal Transnacional e o papel dos Direitos Humanos na Comunidade Internacional**. In: Novos Estudos Jurídicos, nej.v 21, n.º 1, ISSN eletrônico 2175-0491, 2016, p. 121-149.
- GARCIA, Marcos Leite; MARQUES JÚNIOR, William Paiva; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Aportes do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e da Unasul para os Direitos Fundamentais: os Direitos Ambientais como demandas transnacionais e o tratamento prioritário da sustentabilidade**. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 19, n. 3. Set-Dez 2014.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual de São Paulo, 2001. Tradução de Raul Fiker.



GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 9ª ed., São Paulo: Método, 2021.

PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015.

PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e imigração**: a possibilidade de efetivação dos direitos humanos dos transmigrantes diante de decisões de regresso na Itália e na União Europeia. Tese de Doutorado. Itajaí. UNIVALI, 2014. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022

PROVIN, Alan Felipe; QUEIROZ, Yury Augusto dos Santos. **O Diálogo entre as Cortes**. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, 21, p. 111-125, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.05>.

SANTOS. Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Editora Record, 2000.



SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA, Maria Cláudia S. Antunes de. SOARES, Josemar S. **O Humanismo Como Pressuposto Para O Direito Transnacional**. Conpedi Valencia. 2019.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

WLOCH, Fabrício. **A Metamorfose da União Europeia em Estado Universal de Hans Kelsen**: proposta de soberania compartilhada, federalismo cooperativo e transnacionalidade cultural. Florianópolis: CEJUR, 2020.





PERFIS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL BRASILEIRA E NORTE-AMERICANA

**Alexandra Lorenzi da Silva
Victor Luiz Ceregato Grachinski**



PERFIS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL BRASILEIRA E NORTE-AMERICANA

PROFILES OF THE BRAZILIAN AND NORTH AMERICAN CONSTITUTIONAL ENVIRONMENTAL JURISDICTION

Alexandra Lorenzi da Silva¹

Victor Luiz Ceregado Grachinski²

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo principal analisar a figura dos diferentes perfis presentes na jurisdição constitucional ambiental brasileira, bem como na jurisdição constitucional norte-americana, sob uma análise direta da trajetória da política ambiental federal no Brasil e da governança transnacional ambiental. O questionamento jurídico baseia-se na problemática envolvendo as influências jurídicas norte-americanas no direito ambiental no Brasil diante das diferentes culturas e dos sistemas jurídicos desenvolvidos nos países – para tanto, serão abordados os sistemas adotados em cada um, bem como os avanços das políticas ambientais. O artigo se baseia em uma revisão bibliográfica, uma vez que se pretende reunir as informações já encontradas sobre o assunto, e será aplicada uma metodologia qualitativa, com foco no caráter subjetivo da bibliografia analisada, por conceitos, definições, posições e opiniões, bem como uma metodologia exploratória e descritiva. Em conclusão, a preocupação em garantir o desenvolvimento com sustentabilidade e resguardar a solidariedade intergeracional entrou definitivamente na agenda dos países e organizações internacionais e contagiou os debates sobre o futuro da humanidade. Assim, faz-se necessária a análise da necessidade de consolidação de um novo modelo de Estado de Direito diante das atuais condições globais de crise ecológica e social.

Palavras-chave: Política ambiental brasileira. Influência jurídica. Direito norte-americano. Governança transnacional.

ABSTRACT

The main objective of this research is to analyze the figure of the different profiles present in the Brazilian environmental constitutional jurisdiction, as well as in the American constitutional jurisdiction under a direct analysis of the trajectory of federal environmental policy in Brazil, and transnational environmental governance. The legal questioning is based on the issue involving the North American legal influences on environmental law in Brazil in view of the different cultures and legal systems developed in the countries - for that, the systems adopted in each one will be addressed, as well as the advances in policies environmental issues. The article is based on a bibliographical review, as it intends to gather the information already found on the

1 Doutoranda em ciência jurídica pela UNIVALI em dupla titulação com a Widener University.

2 Mestrando em ciência jurídica pela UNIVALI em dupla titulação com a Widener University.



subject, and a qualitative methodology will be applied, focusing on the subjective character of the analyzed bibliography, by concepts, definitions, positions and opinions, as well as an exploratory and descriptive methodology. In conclusion, the concern to guarantee sustainable development and safeguard intergenerational solidarity has definitely entered the agenda of countries and international organizations and has infected debates about the future of humanity. Thus, it is necessary to analyze the need to consolidate a new model of the Rule of Law, given the current global conditions of ecological and social crisis.

Keywords: Brazilian environmental policy. Legal influence. North american law. Transnational governance.



1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo principal analisar a figura dos diferentes perfis presentes na jurisdição constitucional ambiental brasileira, bem como na jurisdição constitucional norte-americana, sob uma análise direta da trajetória da política ambiental federal no Brasil, e pontuar sobre a governança transnacional ambiental entre Brasil e Estados Unidos.

De todas as leis que existem em um país, a Constituição Federal é considerada a mais importante delas, sendo a responsável pela base de todo o ordenamento jurídico existente e do derivado desta. Isto é, caracteriza-se por todo conteúdo mínimo que deve ser seguido pelas demais normas futuras, as quais devem estar de acordo com a originária. Outrossim, para todos os ramos do direito, aqui, em especial, o ambiental, a Constituição Federal é a base de todos os direitos, sendo a norma máxima de um Estado, que estabelece sua organização e fundamentos através de regras mínimas essenciais para subsistência e formação social, de modo que é o parâmetro de validade dos demais atos normativos.

A política ambiental federal brasileira começou a ser delineada a partir da década de 1930, tendo evoluído, principalmente, a partir da pressão de organismos internacionais e multilaterais (Banco Mundial, sistema ONU – Organização das Nações Unidas, e movimento ambientalista de ONGs) e em função de grandes acontecimentos internacionais ocorridos a partir da segunda metade do século XX. Tais acontecimentos influenciaram o curso das políticas ambientais em todo o mundo.

Nesse sentido, frisa-se que a Constituição Federal reconhece a preservação do meio ambiente como uma questão pública que não depende apenas da atuação do Estado, mas de toda a coletividade. Isto é, trata-se de uma preocupação que deve ser abordada por todos e pensando nas futuras gerações. Assim, de acordo com o artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, “*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.*”³

Por fim, é importante ressaltar as influências jurídicas norte-americanas no direito ambiental no Brasil, de acordo com a criação de políticas nacionais de preservação ambiental e de acordo com os sistemas jurídicos diversos adotados, ciente de que o ordenamento jurídico brasileiro é diferente do norte-americano, ainda que com algumas semelhanças, e da governança transnacional ambiental entre os países.

3 CRFB, 1998.



1.1 Problema

O questionamento jurídico baseia-se na problemática envolvendo as influências jurídicas norte-americanas no direito ambiental no Brasil diante das diferentes culturas e dos sistemas jurídicos desenvolvidos nos países. Para tanto, serão abordados os sistemas adotados em cada um e os avanços das políticas ambientais.

1.2 Justificativa

A justificativa para a presente pesquisa é fundamentada na necessidade de constante abordagem dos princípios existentes, na medida em que sua aplicação é obrigatória e absoluta, ainda que sua presença não seja explícita no texto da lei. Ademais, as políticas ambientais são de responsabilidade não só do Estado, mas da coletividade, tendo em vista que envolve consequências globais para as presentes e para as futuras gerações. Assim, pesquisas com este foco se fazem necessárias para prever atualizações de políticas governamentais.

1.3 Objetivo geral

O presente trabalho tem como principal objetivo elaborar um contexto histórico envolvendo o tema como um todo, desde a origem e denominação da Constituição da República Federativa do Brasil, de forma breve, até a demonstração de como se deu a evolução da política ambiental brasileira diante das influências mundiais, em especial as influências norte-americanas, bem como a governança transnacional ambiental entre ambos países.

1.4 Objetivos específicos

Ante a introdução apresentada, a justificativa e o objetivo geral elencado, a pesquisa tem como objetivos específicos o que segue:

- Apresentar histórico evolutivo das origens da política ambiental brasileira;
- Apresentar comparativo de sistemas, entre o até então utilizados até a implementação das políticas atuais sob a luz da Constituição Federal; e,
- Analisar a influência jurídica norte-americana no direito ambiental brasileiro e suas consequências.

1.5 Metodologia

Para tanto, o artigo se baseia em uma revisão bibliográfica, uma vez que se pretende reunir as informações já encontradas sobre o assunto, e será aplicada uma metodologia qualitativa, com foco no caráter subjetivo da bibliografia analisada, por conceitos, definições, posições e opiniões, bem como uma metodologia exploratória e descritiva.



Na pesquisa bibliográfica, foram utilizadas as seguintes palavras-chave: origens política ambiental brasileira, influência jurídica direito norte-americano, consequências, comparativo sistemas. As bases de dados consultadas foram Google Scholar, Scielo e Biblioteca Online da USP.

2 TRAJETÓRIA DA POLÍTICA AMBIENTAL FEDERAL NO BRASIL

Segundo a doutrina dominante, o Direito Constitucional refere-se a um direito público fundamental, de modo que a Constituição da República Federativa do Brasil, sob uma análise da visão de Kelsen, é a norma fundamental e suprema do Estado, sendo caracterizada pela norma que tem como fim organizar e estruturar todo o Estado.

Adentrando ao conceito de constituição, tal definição é complexa e bastante discutida pelos doutrinadores, tendo em vista que envolve a perspectiva histórico-universal dos intitulados ciclos constitucionais. Assim, faz-se importante perceber que a ideia de Constituição deve ser compreendida mesmo antes do surgimento do constitucionalismo em sentido estrito. Ou seja, toda e qualquer sociedade, independentemente da época e do lugar, possuiu um conjunto de regras de organização do Estado semelhantes ao que intitulamos de Constituição.

Entretanto, em análise dos modelos utilizados, observa-se que o Direito Constitucional atrelado às políticas federais do ordenamento jurídico pode ser definido como “Direito Público fundamental por referir-se diretamente à organização e fundamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política.”⁴

É o conjunto de normas supremas, encarregadas de organizar a estrutura do Estado e delimitar as relações de poder. Pelo estudo do Direito Constitucional, deparamos com a essência do pacto fundante do ordenamento supremo de um povo: a Constituição. Por isto, Direito Constitucional e Constituição são ideias que se complementam. A sua importância é enorme. Basta ver que todos os ramos do fenômeno jurídico se baseiam no Direito Constitucional.⁵

O conceito de meio ambiente foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 – Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências –, definindo-o como “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”⁶

Já o conceito de Política Nacional do Meio Ambiente é bastante estudado pelos doutrinadores. Para Maria Cecília Junqueira Lustosa, Eugênio Miguel Canepa e Carlos Eduardo Frickmann Young, pode ser definido como:

4 SILVA, 1992, p. 26.

5 BULOS, 2012, p. 79.

6 BRASIL, 1981.



O conjunto de metas e mecanismos que visam reduzir os impactos negativos da ação antrópica – aqueles resultantes da ação humana – sobre o meio ambiente. Como toda política, possui justificativa para sua existência, fundamentação teórica, metas e instrumentos, e prevê penalidades para aqueles que não cumprem as normas estabelecidas. Interfere nas atividades dos agentes econômicos e, portanto, a maneira pela qual é estabelecida influencia as demais políticas públicas, inclusive as políticas industriais e de comércio exterior.⁷

Quanto aos seus objetivos, Luís Paulo Sirvinskas⁸ afirma que a Política Nacional do Meio Ambiente tem como objetivo tornar efetivo o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, princípio matriz contido no *caput* do art. 225 da Constituição Federal. E, por meio ambiente ecologicamente equilibrado, entende-se a qualidade ambiental propícia à vida das presentes e das futuras gerações.

A partir do conceito básico de Constituição Federal, bem como do conceito de meio ambiente e dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, é possível iniciar o estudo da trajetória da política ambiental federal no Brasil, a qual teve suas origens na década de 1930 e evoluiu, principalmente, a partir da pressão de organismos internacionais e multilaterais (Banco Mundial, sistema ONU – Organização das Nações Unidas e movimento ambientalista de ONG's) e em função de grandes acontecimentos internacionais ocorridos a partir da segunda metade do século XX, os quais causaram avanços nas políticas ambientais por todo o mundo.

Nas décadas de 1930 a 1960, as políticas ambientais no Brasil eram praticamente inexistentes, sendo perceptíveis apenas algumas políticas setoriais que consideravam tangencialmente a questão ambiental, tendo como foco a exploração dos recursos naturais. Somente no final da década de 1960, o tema de política ambiental ganhou certa relevância, tendo em vista o crescente aumento da poluição gerada por atividades produtivas, principalmente a poluição industrial.

Assim, surgem as primeiras legislações voltadas para a administração dos recursos naturais e primeiras ideias do que hoje se entende como política ambiental: o Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934); o Código Florestal (Decreto nº 23.793/1934); e a Lei de Proteção à Fauna (Lei nº 5.197/1967).

Na década de 1970, fora publicado o relatório Limites do Crescimento, organizado pelo Clube de Roma e pelo Massachusetts Institute of Technology (MIT), o qual enfatizava a preocupação com o esgotamento dos recursos naturais⁹. Dessa forma, foi convocada a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, Suécia, em junho de 1972, a qual produziu a Declaração sobre Ambiente Humano, ou Declaração de Estocolmo. Ainda, estabeleceu princípios para questões ambientais internacionais, incluindo direitos humanos, gestão de recursos naturais, prevenção da poluição e relação entre ambiente e desenvolvimento, estendendo-se até a necessidade de se abolir as armas de destruição em massa.

7 LUSTOSA, CANÉPA, YOUNG, 2003, p. 135.

8 SIRVINSKAS, 2005

9 MEADOWS, 1972



A conferência levou à elaboração do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, que deu continuidade aos esforços e objetivos propostos. Já no ano de 1985, foi criado o Ministério de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente, com a função de definir políticas e coordenar as atividades governamentais na área ambiental.

Com o crescente avanço de políticas ambientais pelo mundo e a necessidade de interferência diante dos avanços das poluições e do desmatamento em massa, bem como dos objetivos e acordos firmados pelo Brasil, o tema da política ambiental foi recepcionado pela Constituição Federal, de modo que houve uma descentralização de responsabilidade, a qual passou a ser concorrente e coletiva, em busca por um meio ambiente equilibrado.

O movimento ambiental formou a Frente Verde, que trabalhou pela inclusão do Capítulo do Meio Ambiente (Art. 225) à Constituição Federal de 1988 (CF/88). O capítulo trouxe avanços significativos ao declarar o “meio ambiente ecologicamente equilibrado” (Art. 225, caput) como direito do cidadão, especificando-se várias atividades a serem desenvolvidas pelo poder público para garanti-lo. Além disso, a CF/88 apresentou outras referências ao tema nos princípios gerais da atividade econômica (Art. 170, inciso VI) e em diversos dispositivos esparsos, tais como os referentes ao direito de propriedade, à gestão urbana e ao gerenciamento dos recursos hídricos.¹⁰

A recepção de políticas ambientais de acordo com as necessidades sociais globais e a necessidade de preocupação remete ao princípio da precaução, tendo em vista que, quando o assunto é meio ambiente, deixar para tomar medidas após as catástrofes é errôneo. Faz mais sentido tomar medidas pensando na precaução e remediação de riscos, conforme será melhor abordado no próximo capítulo, que tem como tema e objetivo analisar as influências norte-americanas no sistema de políticas ambientais no Brasil.

Nesse sentido, frisa-se que o princípio da precaução não é uma abstração ou um componente acadêmico de *soft law* desejável, mas norma de direito internacional geral. Assim:

A importância deste processo reside no desenvolvimento jurisprudencial de certos conceitos que garantem um lugar de destaque na história do direito ambiental internacional, particularmente em relação aos princípios da prevenção e da precaução, e a obrigação de realizar estudo de impacto ambiental.¹¹

Já na década de 1990, tendo em vista que a biodiversidade brasileira estava em foco devido à criação do Ministério do Meio Ambiente, houve um aprimoramento da legislação na questão de penalidades pela lei de crimes ambientais. Com isso, houve a criação de diversos institutos de proteção: Secretaria do Meio Ambiente vinculada à Presidência da República (Lei nº 8.028/1990); Política agrícola (Lei nº 8.171/1991); Ministério do Meio Ambiente (Lei nº 8.490/1992); Regras para o uso de organismos geneticamente modificados e criação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (Lei nº 8.974/1995); Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/1997); Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998); e Política Nacional de Educação Ambiental (Lei nº 9.795/1999).

10 MOURA, 2016, p. 16.

11 ESCARCENA, 2012, p. 849.



Em 2000, foi criado o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC (Lei nº 9.985/2000), o qual contribui para organizar e uniformizar as categorias de UC's e os instrumentos de proteção, anteriormente dispersos em diversas leis. Além da publicação da Política Nacional do Meio Ambiente, a promulgação da Constituição Federal de 1988 também não representou de imediato uma mudança na regulação da atividade produtiva e nos impactos ambientais a ela associados.

Em 2007, foi criado o Instituto Chico Mendes para Conservação da Biodiversidade (ICMbio), autarquia vinculada ao MMA que surgiu a partir do desmembramento do Ibama e de uma separação de função entre os dois órgãos. Em 2012, o marco principal foi a realização da Conferência Rio+20 (Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – CNUDS), de 13 a 22 de junho de 2012, no Rio de Janeiro. A conferência marcou os 20 anos da realização da histórica Rio-92 e teve como objetivos: i) assegurar a renovação do compromisso político para o desenvolvimento sustentável; ii) avaliar os avanços e os hiatos nos processos de implementação das principais decisões quanto ao desenvolvimento sustentável; e iii) identificar desafios novos e emergentes.

Destarte, na organização adotada pelo Estado brasileiro, as unidades federais e os governos municipais dispõem de autonomia para estabelecer políticas de acordo com suas próprias prioridades, dentro de suas áreas de competência e nos limites fixados por seus territórios, tendo em vista que o tema envolvendo políticas ambientais é de responsabilidade coletiva.

A trajetória percorrida pela política ambiental federal indica que ocorreram evidentes avanços, tanto no que se refere à estruturação institucional, quanto no estabelecimento de importantes marcos legais. Ainda assim, não há dúvidas de que permanecem grandes desafios a serem superados no que se refere ao aperfeiçoamento das funções da governança ambiental e da aplicação de seus princípios – os quais, em seu conjunto, contribuem para o aumento da capacidade de resposta do Estado aos problemas ambientais.¹²

Assim, a criação de novos órgãos, como o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) e um órgão voltado para a fiscalização, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), são considerados avanços nas políticas ambientais. Entretanto, ainda há um caminho longo a se percorrer, tendo em vista que os números e projeções a respeito do meio ambiente não são favoráveis para a população a nível global, sendo necessárias alterações e implementações de medidas e não apenas a criação de novos órgãos e novas legislações.

12 MOURA, 2016, p. 35.



3 A INFLUÊNCIA JURÍDICA NORTE-AMERICANA NO DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL

Conforme mencionado no capítulo anterior, diante das necessidades sociais não só do Brasil, mas de todo o mundo, o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou a temática das políticas ambientais na Constituição Federal vigente, publicada no ano de 1988, a qual trouxe, em seu artigo 225, *caput*, o direito de acesso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para todos.

Esta recepção pode ser vista como uma inovação, tendo em vista a descentralização de responsabilidade do Estado, que não se exime, mas coloca dever de cuidado para a coletividade, destacada a necessidade de preocupação com as gerações futuras. Em suma, esta previsão não representou nenhuma grande mudança, vez que nenhuma outra medida foi tomada de imediato, tal como a publicação de normas com o fim de preservação. Entretanto, a previsão constitucional teve a propriedade de conduzir à adoção de instrumentos de gestão ambiental dotados de maior capacidade para conciliar o desenvolvimento econômico e a disponibilidade dos recursos naturais, pensando no longo prazo.

Sobre a influência jurídica direta norte-americana no direito ambiental brasileiro, faz-se necessário observar que o risco ambiental é global, de modo que os países, desde as reuniões globais sobre o tema até a definição dos caminhos para implementação e cumprimento de objetivos, atuam em uma cooperação global, instituto que, inclusive, trata-se de um princípio.

O princípio [da cooperação internacional] deve ser interpretado sob a luz do princípio da solidariedade internacional ambiental, vez que serve como instrumento à concretização do direito de todos, inclusive das futuras gerações, à qualidade de vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹³

O risco ambiental global busca novos caminhos para inverter as tendências não sustentáveis e encontrar formas de desacelerar as atividades destrutivas em curso. Assim, a crise ecológica apresenta diversas manifestações que englobam problemáticas como, por exemplo, a degradação e poluição dos oceanos, a questão nuclear, a destruição de florestas e o risco que isso desencadeia à fauna, à flora e aos ecossistemas, bem como as consequências do modelo insustentável de consumo adotado pela humanidade.

Entre outros efeitos, a maior intensidade e frequência de episódios climáticos extremos, a alteração nos regimes de chuvas [...], um desregramento climático cada vez maior e imprevisível, caracterizado, entre outros aspectos, pela constante quebra de recordes de temperatura alta em todo o mundo, pelo desaparecimento paulatino das camadas de gelo, acompanhado ainda de um aumento do nível dos oceanos e do nível médio de temperatura do globo terrestre, entre outros eventos.¹⁴

13 CAMPELLO, 2014, p. 273.

14 SARLET, FENTERSEIFER, 2014, p. 64.



Na origem, os pilares e a estrutura do direito internacional tradicional, são baseados no consentimento dos Estados como instrumento de legitimação, de modo que são relativizados por outras influências. Nesse sentido, bem como de acordo com o mencionado princípio da cooperação, observa-se que o direito brasileiro, desde sua origem, sofre influências de alguns ordenamentos, não só o norte-americano, mas de outros como o alemão e italiano. Há uma necessidade de recepção de normas, entretanto, as influências são diretas.

Estes ideais de interferência são vistos como tradicionais, vez que fazem parte das fontes do direito internacional, as quais, no decorrer da história, foram se atualizando através de processos informais de criação de regras, caracterizados pela chamada *soft law* – corresponde a regras cujo valor normativo é limitado e que não são obrigatórias.

Outrossim, os valores ambientais inseridos nas *soft law* configuravam princípios voltados à cooperação internacional, ainda que não fossem vinculantes. Porém, sua aplicação acaba por ser compulsória diante do caráter global das medidas de políticas ambientais, isto é, ações tomadas no Brasil influenciam as condições climáticas, por exemplo, na Antártida e vice-versa. Logo, pode-se afirmar que as declarações conjuntas em conferências, além de influenciarem a formação de normas, têm influência na formação do direito ambiental interno de cada país.

Nesse sentido, observa-se que os Estados Unidos, através de reuniões internacionais, acabam por influenciar não só o Brasil, mas o mundo todo a respeito de políticas ambientais, porquanto se trata de um assunto global, de responsabilidade global, sendo necessária cooperação direta ou indireta.

A inserção das normas narrativas em documentos internacionais foi influenciada pelo conhecimento a respeito dos problemas ambientais e de suas consequências internacionais. Percebeu-se que algumas atitudes geravam efeitos que ultrapassavam as fronteiras de cada Estado, de forma que “os danos à camada de ozônio, a perda da diversidade biológica e o efeito estufa requerem respostas planetárias e pedem, portanto, uma cooperação maior entre Estados e a disponibilização de recursos suficientes.”¹⁵

Destarte, partindo da premissa de uma sociedade conjunta diante das influências, o mundo tem que ser visto como uma unidade globalizada, uma vez que se trata da humanidade e de suas gerações futuras que estão em jogo. Deve, assim, prevalecer o melhor interesse coletivo e, por conseguinte, o objetivo de reestabelecer um meio ambiente equilibrado como previsto no texto constitucional.

A ideia de um patrimônio comum da humanidade também toca de forma direta a questão ambiental, pois busca dar a dimensão de importância dos bens ambientais de forma alijada de uma perspectiva individualista, mas, acima de tudo, solidária e compartilhada entre todos.¹⁶

15 MAZAUDOUX, 2009, p. 268.

16 SARLET, FENTERSEIFER, 2017.



Ainda que o tema seja de interesse global e que as normas em diversos países possuam conteúdo parecido com as políticas pretendidas no ordenamento jurídico brasileiro, evidente que seu cumprimento não é imediato, tendo em vista que normas de outros ordenamentos não possuem pronta eficácia no Brasil.

Como exemplo, o Princípio da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – norma considerada *soft law*, com redação que influenciou o texto da Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (uma norma internacional). Este foi internalizado no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 91, de 15 de dezembro de 1989, e promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 99.280, de 6 de junho de 1990, através de uma norma interna.

A Constituição Federal previu a possibilidade de os tratados internacionais terem seus conteúdos elevados ao patamar de direitos fundamentais. Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos são considerados equivalentes às emendas constitucionais se adotados os procedimentos previstos no § 3º do Art. 5º da Constituição Federal.

4 A EVOLUÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO PARA A SUSTENTABILIDADE GLOBAL

A preocupação em garantir o desenvolvimento com sustentabilidade e resguardar a solidariedade intergeracional entrou definitivamente na agenda dos países e organizações internacionais e contagiou os debates sobre o futuro da humanidade. Inicialmente, observa-se que o Direito tem, como um de seus objetivos, o firmamento de normas de acordo com as ações sociais do cotidiano, isto é, rege as relações de acordo com as necessidades sociais contemporâneas, de modo que sua reanálise é necessária e gradativa.

O que dá início e constitui de fato qualquer sociedade política é tão só o assentimento de certo número de homens livres e capazes de maioria para se unirem e se incorporarem a tal sociedade. E isto, e somente isto pode dar origem a qualquer governo legítimo no mundo. (...) e assim o indivíduo, concordando com os outros em formar um corpo político sob um governo, assume a obrigação para com os demais membros dessa sociedade de submeter-se à resolução que a maioria decidir.¹⁷

Outrossim, como toda a sociedade, o Estado também é uma estrutura dinâmica e que sofre alterações no decorrer da História, de modo que se verifica que as origens do Estado Moderno não são tão modernas assim. O Estado Moderno surgiu no período da história conhecido como Idade Moderna, período entre a queda do Império Romano do Oriente, em 1453, e a Revolução Francesa, ocorrida no ano de 1789.

17 LOCKE, 2004, p,99



Verifica-se que a teoria adequada ao Estado Democrático de Direito resulta da aproximação da prática de interpretação de textos constitucionais, exercida na jurisdição constitucional através da inserção, bem como da aplicação de princípios constitucionais. Inicialmente, mais precisamente até a primeira guerra mundial, os Estados desempenhavam um papel formal, passivo e meramente de abstenção, tendo em vista que as Constituições tinham como finalidade apenas a delimitação de direitos considerados individuais clássicos de primeira dimensão. Estes, por sua vez, eram exercidos, como regra, diretamente pelos cidadãos, de modo que as esferas econômicas e sociais se autorregulavam.

Entretanto, muito embora este modelo possa ter benefícios de aplicabilidade, de modo que demonstrava a existência de um suposto consenso de base ideológica por parte dos grupos que formavam a opinião pública, com a evolução da sociedade e dos costumes, este modelo estatal se revelou incapaz para atender as novas demandas da nova ordem social e as necessidades básicas dos seus cidadãos.

Nesse contexto, as mudanças foram fundamentais ante a necessidade de readequação de direitos e deveres, tendo estes passado a ser um dos objetivos e funções do Estado. Assim, o chamado Estado Social não surgiu de maneira imediata, mas como uma evolução do Estado Liberal diante da percepção da impossibilidade do liberalismo e do legalismo formalista continuarem no ápice. Outrossim, de acordo com Franklin L. Baumer¹⁸ “o método iluminista, reforçado pelo darwinismo e o positivismo, que apesar de ser combatido, ainda era capaz de se renovar, são o símbolo desta continuidade”. Frisa-se que a readequação da forma, bem como da atuação do Estado (tamanho e competência), não substituiu as formas precedentes, vez que estas transformações se entendem como processos graduais, intensificados por fatores e necessidades históricas.

Legitima-se a intervenção do Estado com um papel de destacada relevância na correção de situações de injustiça geradas pelo individualismo e, ainda, através da diversificação de competência e funções. Estas passaram a garantir direitos por intermédio, também, dos Estados, os quais passaram a interferir na sociedade como um todo, vez que o que ocorre em um local interfere, ainda que de forma indireta, no Estado como um todo.

Assim, na organização adotada pelo Estado brasileiro, as UF's e os governos municipais dispõem de autonomia para estabelecer políticas de acordo com suas próprias prioridades, dentro de suas áreas de competência e nos limites fixados por seus territórios, tendo em vista que o tema envolvendo políticas ambientais possui competência e responsabilidade coletivas.

Feitas as considerações em relação à intervenção do Estado, observa-se, a partir dos novos desafios gerados pela crise ecológica, que caracterizam a Sociedade de risco, a necessidade de modificação e consolidação de um Estado de Direito Ambiental ou Estado Ecológico, especialmente considerando as suas novas funções e o conteúdo das novas Constituições democráticas.

18 BAUMER, 1977, p. 130.



Logo, no Brasil, a Constituição da República de 1988, seguindo as tendências das constituições brasileiras que a precederam, acabou por redimensionar e modificar o papel do Estado, de acordo com as novas necessidades globais, conferindo-lhe um profundo conteúdo social e ambiental — conteúdo este que se agrega aos institutos jurídicos, como ocorre com a função social e ambiental da propriedade.

O estudioso Herman Benjamin¹⁹ esclarece que a Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988 foi responsável por instituir uma legítima ordem pública ambiental, fato este que conduz o Estado de Direito Social e o modelo político-econômico a assumirem também a forma de Estado de Direito Ambiental. Destarte, pode-se dizer que,

A edição do Estado de Direito Ambiental converge, necessariamente, para mudanças profundas nas estruturas da sociedade organizada, de modo a apontar caminhos e oferecer alternativas para a superação da atual crise ambiental [...]. Busca-se assim um novo paradigma de desenvolvimento, fundado na solidariedade social, capaz de conduzir à proteção (concreta) do meio ambiente e à promoção (efetiva) da qualidade de vida”.²⁰

Assim, neste contexto, é de se reconhecer a importância desta construção teórica que possui o mérito de destacar que os Estados, incluídos os Poderes Judiciários, Executivo e Legislativo, devem pautar o seu agir nos valores, princípios e deveres estatuídos nas Constituições para assegurar a higidez ambiental.

5 A LEI NORTE-AMERICANA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTRANGEIRO E A TRANSNACIONALIZAÇÃO

Inicialmente, faz-se necessária a observância da diferenciação de conceitos entre globalização, transnacionalidade e soberania, vez que, conquanto semelhantes, possuem diferenças. Neste aspecto, a professora Carla Piffer, em sua tese de doutoramento, assevera ser a segunda uma consequência da primeira. Logo,

Verifica-se que a Transnacionalidade como fenômeno representa um novo contexto mundial verificado a partir da intensificação de determinadas relações ditadas pela Globalização e suas dimensões. Consequentemente, novas relações de poder e de concorrência também foram constatadas e novos fatores de incompatibilidade entre os atores sociais e as unidades estatais passaram a ser colocados à prova cada dia. Mas a Transnacionalidade não pode ser confundida com Globalização, mas também não pode ser dissociada. Trata-se de fenômenos interligados em que a primeira nasce no contexto da segunda.

Acertada é a exposição de Baumann ao entender que ‘Com transnacionalismo entendiamo tutti i vincoli che attraversano i confini dello stato-nazione; con globalizzazione vogliamo significare che il mondo si è trasformato in un [...] ‘villaggio globale’ – o forse una città globale con quartieri molto differenti’. Significa, portanto, que a Transnacionalidade emerge da limitação da internacionalização e é verificada a partir da efetivação da Globalização.²¹

19 BENJAMIN, In: CANOTILHO, 2007.

20 TEIXEIRA; NUNES, 2004, p. 297.

21 PIFFER, 2014, p. 121



O transnacionalismo pode ser definido como um fenômeno que acontece com a globalização, mas que não pode ser pensado como uma de suas consequências diretas, tendo em vista que, em observância às suas características, possui um viés independente e autônomo em relação ao processo globalizante. Entretanto, pode-se dizer que a transnacionalidade está ligada aos avanços globais, sejam os definidos por lei, sejam os definidos de acordo com o contexto social em que está inserida.

Outrossim, entende-se que a transnacionalidade está intimamente relacionada com a globalização, de modo que vem a ser um fenômeno no qual as relações humanas, quer sejam sociais, políticas, culturais, religiosas ou comerciais, estão ligadas a um transpasse estatal, ou seja, que vêm a transpor as barreiras ou limites territoriais geográficos impostos por Estados. Logo,

A transnacionalidade se insere no contexto da globalização, estando intrinsecamente relacionada à concepção que se tem sobre o transpasse estatal. Contudo, estabelece a seguinte diferenciação entre um e outro instituto: enquanto se tem na globalização uma representação de um mundo único, um globo, sem fronteiras limitadoras, a transnacionalidade se prende à referência feita a um Estado de natureza permeável, caracterizado, porém, pelo declínio experimentado pelo ente em relação à centralidade de iniciativas por ele conduzidas.²²

O Direito Transnacional surge para resgatar o exercício da soberania, bem como impor o cumprimento das leis nacionais de forma coercitiva, e sua desterritorialização deve então ser concebida a partir da constatação da existência de estruturas de poder político, econômico, cultural e social, sem o estabelecimento de qualquer localização em um ou outro estado, região ou lugar.

Em atenção não só à lei norte-americana, mas também de acordo com as leis internacionais, bem como tratados internacionais, os quais são recepcionados pelo direito brasileiro com status de emenda constitucional, pode-se afirmar que há responsabilidade coletiva em relação não só ao meio ambiente, mas aos direitos básicos, de modo que aquele que não segue as normas vigentes deve ser responsabilizado pelos danos causados.

Outrossim, um Estado é responsável internacionalmente quando lhe são imputados atos de caráter ilícito que causem danos a outros Estados ou a seus nacionais, sejam pessoas ou bens, por conta de ação ou omissão dos seus órgãos ou de seus funcionários ou, ainda, por atos de seus habitantes reputados como ilícitos internacionais. Nesse sentido, a responsabilidade civil, conforme esclarece Varella²³, “*não exige previsão específica em tratado*”. Além disso, para o autor,

O número de situações que podem ensejar a responsabilidade é bem superior à quantidade de práticas consideradas ilícitas pelo direito internacional. Isso, não há listas de atos proibidos, mas apenas normas genéricas, que se referem aos danos. Caso assim fosse, os Estados cujos nacionais praticam atos potencialmente danosos ou com a intenção de

22 STELZER, In: PIFFER; BALDAN; CRUZ, 2018, p. 77.

23 VARELLA, 2009, p. 366.



lesar outros poderiam simplesmente não se engajar perante os tratados sobre a matéria e escapar de uma eventual indenização, em caso de danos.²⁴

Faz-se necessária uma cooperação internacional, de acordo com os parâmetros e responsabilizações sociais a nível global, ante as necessidades históricas e globalização, isto é, observância do mundo como único espaço de convivência de todos, onde uma ação de um Estado interfere de forma direta em outro Estado e, assim, acarreta consequências para todos.

Destarte, em resumo, a transnacionalidade deve ser contemplada como sendo o fenômeno oriundo da globalização, evidenciado a partir da desterritorialização experimentada dos relacionamentos político-sociais, correspondente aos vínculos que ultrapassam os limites existentes no Estado, trazendo consigo a ausência da dicotomia histórica entre o que é público e o que é privado.

6 A GOVERNANÇA TRANSNACIONAL AMBIENTAL: BRASIL E EUA

O uso do termo “governança” tem origem no mundo empresarial, a partir do artigo *The nature of the firm*, publicado em 1937 por Ronald Coase, mas que não teve grande repercussão até a década de 1970, quando Oliver Williamson contribuiu para sua redescoberta.²⁵ Finkelstein²⁶ afirma que se atribui o nome de governança ao fenômeno que envolve regulação coletiva e que é de difícil definição. Esta vagueza é ainda mais pertinente quando atores ou atividades que se pretende regular extrapolam as fronteiras nacionais. Entretanto, esta conjuntura não implica que a ideia de governança – seja ela adjetivada como global ou transnacional – não esteja relacionada a uma atividade empírica com implicações, inclusive materiais, à sociedade.

Muito embora tenha uma origem corporativa, o termo vem sendo, também, utilizado por referência a questões como democracia, desenvolvimento e globalização, que envolvem uma pluralidade ideológica, de modo que a globalização, além de diminuir as fronteiras econômicas, afeta, paralelamente, as dimensões ideológicas, sociais e políticas da vida em sociedade, com consequentes implicações para a gestão.

Conforme já exposto, de acordo com as necessidades sociais, bem como com a importância da manutenção do meio ambiente para a população atual e a população futura, a cooperação a nível internacional e globalizada é necessária, tendo em vista que as ações ocorridas em locais isolados interferem no todo. De acordo com as necessidades de reformas e mudanças de postura por parte do Estado, garantindo direitos sociais como o meio ambiente, pode-se conceituar governança como sendo,

A totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns. É um processo contínuo pelo qual é possível acomodar interesses conflitantes ou diferentes e realizar ações cooperativas.²⁷

24 VARELLA, 2009, p. 366

25 MILANI, In: SOLINÍS, 2002

26 FINKELSTEIN, 1995.

27 ARTURI, 2003, p.81.



Os processos de globalização alteram profundamente o papel tradicional dos países envolvidos e signatários dos tratados sobre direitos básicos, como o direito ambiental, tendo em vista que os tornam autônomos em relação às ações para retomada da garantia de direitos, mas os vinculam a um norte para cumprir objetivos em comum.

Em relação ao Brasil e aos EUA, observa-se dois países enumerados entre as potências mundiais, o que denota maior responsabilidade social diante das necessidades ambientais urgentes e das consequências diretas trazidas por ações destes países. O Brasil possui a floresta tropical amazônica, que cobre boa parte do noroeste do Brasil e se estende até a Colômbia, o Peru e outros países da América do Sul. É a maior floresta tropical do mundo, famosa por sua biodiversidade. Os Estados Unidos, por sua vez, possuem tecnologias e ecossistema vasto, de modo que uma cooperação traz inúmeras vantagens para o mundo.

O Brasil e os Estados Unidos compartilham desafios ambientais semelhantes e uma história de trabalho conjunto produtivo, de modo que têm objetivos em comum, dentre os quais: combater a mudança climática buscando metas ambiciosas de redução das emissões de gases do efeito estufa, compartilhando as melhores práticas e criando capacidade entre as partes envolvidas brasileiras; prevenir e gerir incêndios, trabalhando com entidades brasileiras especializadas na capacitação e investimento em programas de prevenção, investigação e gestão de incêndios; promover economias florestais sustentáveis, principalmente através da promoção da conservação da floresta amazônica e sua biodiversidade por meio do desenvolvimento sustentável e de investimentos; proteger o ambiente urbano compartilhando conhecimentos/melhores práticas e investindo na capacitação institucional, com ênfase na gestão da água; combater crimes de conservação através de parcerias para identificar, investigar e processar crimes de conservação, desenvolver a capacidade de fiscalização do governo brasileiro e das comunidades locais e melhorar a colaboração em nível nacional e local; prevenir e responder a desastres ambientais por meio do intercâmbio de informações e melhores práticas, da parceria na gestão e investigação de incidentes e da melhoria das estruturas reguladoras relevantes; e promover o planejamento e a gestão de terras públicas para conservação e turismo, trabalhando com as comunidades locais para melhorar o uso e a gestão de terras públicas e áreas protegidas e aumentar seu desempenho econômico.

Outrossim, observa-se que os objetivos estão atrelados a uma prevenção e tendem ao desenvolvimento sustentável - processo de desenvolvimento econômico em que se procura preservar o meio ambiente, levando-se em conta os interesses das futuras gerações, isto é, ações que preservem o meio ambiente de forma preventiva, antes da ocorrência do dano. Destarte, para instaurar a governança mundial democrática, faz-se necessária a precedência do político sobre o econômico na construção do espaço público mundial, de modo que as ações no cenário internacional, não só em relação ao Brasil e aos Estados Unidos da América, devem ocorrer em detrimento dos Estados nacionais e das instituições governamentais, a nível globalizado.



7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Veja-se que a preocupação em garantir o desenvolvimento com sustentabilidade e resguardar a solidariedade intergeracional entrou definitivamente na agenda dos países e organizações internacionais e contagiou os debates sobre o futuro da humanidade. Assim, impositiva a análise da necessidade de consolidação de um novo modelo de Estado de Direito diante das atuais condições globais de crise ecológica e social.

A evolução do Estado Constitucional moderno sofreu uma migração e conseguinte melhoria através da sustentabilidade global. Entretanto, muito embora seja inegável a importância do desenvolvimento e da consolidação de verdadeiros Estados de Direito Ambiental, regidos por princípios e comprometidos com a consecução ampla dos seus deveres ecológicos, esta forma de organização política não será suficiente, enquanto estratégia de governança, para alcançar a proteção efetiva do meio ambiente, posto que as questões ambientais têm vocação essencialmente transnacional.

Ademais, a transnacionalidade, a qual está intimamente relacionada com a globalização, deve ser entendida como fenômeno de necessidades globais, a partir de um contexto de desterritorialização, ou seja, através dos relacionamentos político-sociais correspondentes aos vínculos que ultrapassam os limites existentes dos Estados.

Pode-se concluir que a descentralização e a participação podem, por si só, trazer soluções para os problemas locais. É evidente, contudo, a necessidade de considerar as particularidades de cada caso, pois a democracia, por coerência, não pode ser única nem imposta, principalmente quando se discutem os desafios práticos à instalação de um sistema de governança mundial.

Assim, verifica-se que a responsabilidade internacional dos Estados adquiriu, notadamente nas últimas décadas, uma importância capital e internacional, sobretudo nas áreas de Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Ambiental, tendo em vista que a sociedade internacional toma consciência e reconhece a valorização da vida humana e do meio ambiente sustentável como bens juridicamente protegidos pelos tratados internacionais. Nota-se, como consequência, que os Estados são crescentemente responsabilizados nos vários foros internacionais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, S. M. V. G. **Os fundamentos legais da política nacional do meio ambiente.** In: GANEN, R. S. (Org.). *Legislação brasileira sobre meio ambiente: fundamentos constitucionais e legais.* Brasília: Edições Câmara, 2013. v. 1.

ARTURI, C. S. **Os desafios para a instauração de uma governança mundial democrática na atual conjuntura internacional.** *Revista Indicadores FEE*, v. 31, n. 1, p.75-94, 2003.



BAUMER, Franklin L. **O Pensamento Europeu Moderno: volume II**, séculos XIX e XX. Lisboa: Edições 70, 1977.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira**. In, CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, **COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL**. Nossa Comunidade Global Relatório da Comissão sobre Governança Global Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981** – Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em 07 nov. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. Editora Saraiva, 2012.

BURSZTYN, M. A.; BURSZTYN, M. **Fundamentos de política e gestão ambiental: caminhos para a sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 2013.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. **Princípios do Direito Internacional do Meio Ambiente**. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; DE SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; PADILHA, Norma Sueli. **Direito Ambiental no Século XX: efetividade e desafios**. vol. 3. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

ESCARCENA, Sebastián López. **El asunto de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay**. Revista Chilena de Derecho, vol. 39, n. 3, 2012.

FINKELSTEIN, L. S. (1995). **What is global governance?** Global Governance, 1(3), 367-372. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/27800120>.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Texto integral, coleção Obra Prima de Cada Autor, tradução Alex Marins, São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira, CANÉPA, Eugênio Miguel e YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. **Política ambiental**. MAY, Peter H., LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira e VINHA, Valéria da (orgs). **Economia do meio ambiente: teoria e prática**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2003.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MAZAUDOUX, Olivier. **Política internacional, direito ambiental e questões institucionais: defesa de uma ecologização das relações de força internacionais**. In: D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete (coord.). **Políticas Públicas Ambientais: Estudos em**



homenagem ao Professor Michel Prieur. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MOURA, Adriana Maria Magalhães de. **Trajatória da Política Ambiental Federal no Brasil**. Governança Ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8470>>. Acesso em 03 nov. 2021.

PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2014.

PIFFER, Carla; BALDAN, Guilherme Ribeiro; CRUZ, Paulo Márcio (ongs.). **Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação**. Porto Velho: Emeron, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**. São Paulo: Saraiva (série IDP), 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª Ed. Ver. São Paulo: Malheiros, 1992.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Política nacional do meio ambiente (Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981)**. As leis federais mais importantes de proteção ao meio ambiente comentadas. In: MORAES, Rodrigo Jorge, AZEVÊDO, Mariangela Garcia de Lacerda e DELMANTO, Fabio Machado de Almeida (coords). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOLÍNÍS, G. **Pensar a democracia na governança mundial: algumas pistas para o futuro**. In: MILANI, Carlos; ARTURI, C.; SOLÍNÍS, G. **Democracia e governança mundial: que regulações para o século XXI?** Porto Alegre: Editora da UFRGS, ano 2002.

TEIXEIRA, In: NUNES JR., Amandino Teixeira Nunes Junior. **Estado de Direito ambiental**. Revista de Informação Legislativa, 07/2004. v. 41, n. 163 2004.

VARELLA, M.D. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009.





A TUTELA AMBIENTAL COMO FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO BRASILEIRO

Jefferson Zanini



A TUTELA AMBIENTAL COMO FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO BRASILEIRO

ENVIRONMENTAL PROTECTION AS A SOCIAL FUNCTION OF THE BRAZILIAN STATE

Jefferson Zanini¹

Resumo

O propósito deste artigo é analisar a hipótese de a tutela do meio ambiente configurar uma função social do Estado brasileiro. No seu decorrer, aborda-se a relação entre a Sociedade e o Estado. Prossegue-se examinando as teorias organicista e individualista que justificam o funcionamento do Estado. Discorre-se sobre a formação do Estado Moderno e sua evolução para o Estado Contemporâneo. Avalia-se a finalidade e a função do Estado Contemporâneo. Por fim, examina-se a posição do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Estado. Função social. Meio ambiente.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the hypothesis that the protection of the environment configures a social function of the Brazilian State. In its course, the relationship between Society and the State is approached. It goes on to examine the organicist and individualist theories that justify the functioning of the State. It discusses the formation of the Modern State and its evolution to the Contemporary State. The purpose and function of the Contemporary State are evaluated. Finally, the position of the environment in the Brazilian legal system is examined.

Keywords: State. Social role. Environment.

¹ Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). E-mail: jeffersonzanini@yahoo.com.br.



1 INTRODUÇÃO

O Estado Moderno surgiu com a evolução do pensamento jurídico medieval sobre a concentração do poder. A partir dessa nova compreensão, o Estado passa a reunir as atividades militares, burocráticas e econômicas sob o seu poder de mando, convertendo-se em uma organização política. Com isso, os meios de autoridade e de administração, antes submetidos ao domínio privado do sistema feudal, são transferidos à esfera pública².

Todavia, a manutenção dessa unidade de poder exigia um “[...] *jus certum*, válido para todo o território do Estado, um sistema de regras unitário, fechado e escrito, em que, até onde seja possível, toda regra particular se ordene – segundo critérios políticos e não somente jurídicos – sistematicamente na unidade do todo”³. A Constituição, então, se apresenta como a lei escrita que, além de reconhecer os direitos de liberdade individual, passa a regular e planificar, de modo duradouro e seguro, a estrutura concreta da unidade política, ordenando as atividades do Estado⁴. É por isso que o Estado Moderno também é denominado de Estado Constitucional⁵.

Não obstante a vinculação do Estado aos ditames da Constituição, persiste dúvida se a tutela do meio ambiente constitui função social daquele. Com efeito, “[...] o Estado, como toda instituição humana, tem uma função objetiva cheia de sentido que nem sempre concorda com os fins subjetivos dos homens que o formam”⁶.

Dessas premissas, divisa-se relevante o estudo sobre a tutela do meio ambiente à luz da função social do Estado. Afinal, “o problema da tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano”⁷.

Assim, pretende-se, neste artigo, analisar as categorias Estado, função social e meio ambiente, com a finalidade de investigar se a tutela do meio ambiente constitui função social do Estado brasileiro. O estudo está dividido em quatro tópicos: no primeiro, aborda-se a constituição da Sociedade e do Estado, confrontando as teorias organicista e individualista; no segundo, examina-se a formação do Estado Moderno e a sua transição para o Estado Contemporâneo; no terceiro, verifica-se a função social do Estado Contemporâneo; no quarto, analisa-se a posição do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto à metodologia, foi empregado o método indutivo, com a utilização das técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

2 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 162-163.

3 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 167.

4 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 169.

5 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 168.

6 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 242.

7 SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 30.



2 A SOCIEDADE E O ESTADO

O Estado, compreendido como ordenamento político de uma comunidade⁸, nem sempre existiu na forma como o conhecemos hoje, sendo produto da Idade Moderna⁹. Diante de sua constante evolução, “[...] o Estado representa o ponto de passagem da idade primitiva, gradativamente diferenciada em selvagem e bárbara, à idade civil [...]”¹⁰. Porém, uma coisa é certa: o Estado é instrumento da Sociedade, criado por ela para atender e satisfazer as suas necessidades¹¹, particularidade que desvela a ausência de sinonímia entre os termos¹².

Mas o que é a Sociedade? No seu conceito genérico, corresponde a uma forma de convivência humana¹³. Inicia com família, isto é, a associação entre pessoas com a finalidade de atender suas necessidades cotidianas¹⁴, e evolui para o formato de aldeia, constituída por várias famílias, mas tendo em vista uma utilidade comum¹⁵. No seio da Sociedade, as relações ocorrem entre iguais¹⁶, com a finalidade de serem alcançados interesses coletivos limitados e geralmente não duráveis¹⁷.

A Sociedade é superada por uma organização mais complexa - denominada de Cidade por Aristóteles e de Estado pelos modernos¹⁸ - em que as relações buscam atingir objetivos universais e duráveis¹⁹. Surge como resultado da reunião de aldeias que se unem e se fundem numa só comunidade, capaz de bastar-se em si mesma para atender as necessidades da vida²⁰ e para viverem bem²¹. Na Cidade, as relações ocorrem entre desiguais em razão do vínculo de subordinação que rege a relação entre governante e governados²².

8 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 96.

9 DANTAS, Ivo. **Teoria do estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

10 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 96.

11 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed., rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013, p. 24. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>> Acesso em: 1 ago. 2021.

12 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 66-67.

13 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 139.

14 ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 29.

15 ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 29.

16 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 17.

17 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 3. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

18 BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 57.

19 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 3. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

20 ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 30.

21 BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2017, p. 42.

22 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio



Para Aristóteles, a diferença entre a Sociedade e a Cidade reside na finalidade da associação. Conquanto ambas sejam associações estabelecidas por indivíduos para a conquista de um bem comum, o objetivo da segunda consiste na obtenção da maior vantagem possível, ou seja, o bem mais alto entre todos²³. É por isso que, na Sociedade, o interesse visado é o privado, ao passo que, na Cidade, é o público²⁴.

O pensamento aristotélico representa o organicismo²⁵. Trata-se de uma teoria que utiliza as partes do corpo humano para expressar, por analogia, o funcionamento da Cidade²⁶. De acordo com Aristóteles, a Cidade, composta de membros ou partes²⁷, cada qual com uma função específica²⁸, tem a sua formação calcada na circunstância de que o indivíduo não tem capacidade para bastar-se a si mesmo²⁹. Com isso, a Cidade existe por natureza e de maneira anterior ao indivíduo, como indica a célebre expressão “o todo é necessariamente anterior à parte”³⁰. Além disso, a finalidade da Cidade é a realização das nobres ações e não para a simples convivência³¹. O paradigma organicista predominou na Idade Medieval³².

Na Idade Moderna, o individualismo emerge como teoria de contraposição ao organicismo³³. Apresenta uma concepção individualista da Sociedade, na qual o indivíduo singular, com seus interesses, aspirações e objetivos particulares, precede àquela³⁴. Para o individualismo, a Sociedade constitui um “[...] corpo artificial, criado pelos indivíduos à sua imagem e semelhança e para a satisfação de seus interesses e carecimentos e o mais amplo exercício de seus direitos”³⁵.

lio Nogueira. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 17.

23 ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 27.

24 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 3. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

25 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 2. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

26 “Como, según Aristóteles, la parte más noble y perfecta del animal es el corazón, que mueve a todas las demás, de igual manera dentro del cuerpo de los ciudadanos (comparado al alma) se forma el gobierno (*la pars principans*) que tiene en el cuerpo político la misma función que tiene el corazón en el cuerpo humano”. (BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 2. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021).

27 ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 32.

28 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 2. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

29 ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 31.

30 ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 31.

31 ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 114.

32 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 2. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

33 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 1. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

34 BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017, p. 45.

35 BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017, p. 45.



Paralelamente ao individualismo, nasce o contratualismo³⁶. Trata-se de teoria fundada na doutrina jusnaturalista, segundo a qual existe, na natureza, uma lei que outorga direitos inatos aos indivíduos³⁷. Diante disso, os homens, de forma livre e voluntária, e por meio de um acordo, renunciam a alguns direitos com a finalidade de viverem em sociedade e instituírem um governo³⁸. O Estado, portanto, é uma obra voluntária dos homens que abandonam o estado de natureza para instituírem uma entidade política organizada e dotada de autoridade para garantir os direitos tidos como naturais, como a vida e a liberdade³⁹. Como salienta Norberto Bobbio, o “Estado representa o ponto de passagem da idade primitiva, gradativamente diferenciada em selvagem e bárbara, à idade civil, onde ‘civil’ está ao mesmo tempo para ‘cidadão’ e ‘civilizado’ [...]”⁴⁰.

Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau e John Locke são os expoentes da teoria contratualista clássica. Hobbes, na sua obra *Leviatã*, considera que o contrato social objetiva a paz e a segurança, com a finalidade de fazer cessar o constante estado de natureza ou de guerra do homem⁴¹. Para esse autor, “o Homem perdia a liberdade, mas ganhava, em troca, a certeza da conservação”⁴². Rousseau, no livro *Do contrato social*, defende que o contrato social se presta a outorgar aos indivíduos uma igualdade moral e legítima destinada a corrigir a desigualdade física e a promover o interesse comum⁴³. Locke, no seu *Segundo tratado sobre o governo civil*, apregoa que os homens, embora livres e iguais, não podem “[...] fazer mal ao próximo, atentando contra sua saúde e liberdade e seus bens”⁴⁴, e que devem zelar para garantir “[...] a paz, a segurança e o bem público do povo”⁴⁵.

A antítese entre o organicismo e o individualismo se revela no propósito do Estado⁴⁶. O organicismo justifica a existência do Estado sob o ponto de vista do governante⁴⁷. A partir de uma

36 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 3. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

37 FASSÔ, Guido. Jusnaturalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale et al. 13. ed. 5. reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. v. 1, p. 658.

38 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 83.

39 FASSÔ, Guido. Jusnaturalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale et al. 13. ed. 5. reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. v. 1, p. 658.

40 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 96.

41 HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Eleonora Magalhães de Gusmão. E-book, p. 133. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/read/457212301/Leviata#>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

42 BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 45.

43 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2018, p. 44-45.

44 LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014, p. 30.

45 LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014, p. 104.

46 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 6. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

47 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 6. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.



concepção do Estado como um organismo, isto é, como um conjunto formado por partes com atuação específica, atribui-se ao governante a missão de manter a unidade do todo por meio da concórdia⁴⁸. É por isso que, sob o prisma da tomada da decisão, o organicismo é monocrático⁴⁹.

De maneira contrária ao organicismo, o individualismo parte da perspectiva dos governados para assinalar o propósito do Estado⁵⁰. O fim do Estado não é a unidade do todo, mas o desenvolvimento das condições externas das partes para que seja alcançado o progresso material e moral da Sociedade enquanto conjunto⁵¹. A síntese do individualismo⁵² está assentada no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”⁵³. Disso resulta que o individualismo, no que se refere à formação da decisão, é democrático⁵⁴.

A concepção individualista indica que o Estado deve atuar para o atingimento do bem comum, sob a ótica do indivíduo. Cabe ao Estado considerar o direito de o indivíduo ser tratado equitativamente para a realização de seus propósitos pessoais, dentre os quais a própria felicidade⁵⁵. Em síntese, o Estado, enquanto organismo político – ou unidade que atua na realidade social⁵⁶ –, deve atuar para promover o Bem Comum ou o Interesse Coletivo^{57,58}, pois somente assim pode ser

[tos/organicismo-e-individualismo.pdf](#)>. Acesso em: 27 nov. 2021.

48 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 6. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

49 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 7. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

50 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 6. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

51 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 6. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

52 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 6. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

53 Disponível em: <<https://www.ufsm.br/pro-reitorias/pre/observatorio-de-direitos-humanos/wp-content/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

54 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 7. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

55 BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997, p. 7. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

56 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 273.

57 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed., rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013, p. 23-24. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

58 A categoria Interesse Coletivo não tem, nesse tema, o mesmo conceito operacional que é dado pelo art. 81 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) – “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.



encarado como instrumento de toda a Sociedade⁵⁹. Essa é a razão para se negar que as partes que integram o todo estão dispostas antes mesmo da organização⁶⁰.

3 DO ESTADO MODERNO AO ESTADO CONTEMPORÂNEO

O Estado Contemporâneo representa a evolução do Estado Moderno. Todavia, para a compreensão do tema em debate, não há necessidade de se examinar a formação do Estado desde os tempos remotos (Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano e Estado Medieval⁶¹), porquanto o enfoque individualista hoje predominante subjaz apenas na era moderna, não guardando correlação com a organização política das fases anteriores⁶².

O Estado Moderno deflagra uma nova fase de organização política em que ocorre a concentração do poder nas mãos de uma única autoridade e que entre os modernos é identificado como soberania⁶³. De forma embrionária, o Estado Moderno foi implantado pelo rei Frederico II, da Sicília, na primeira parte do século XIII, quando centralizou a administração do exército, da Justiça, da polícia e das finanças⁶⁴. A partir da Renascença, floresceu na Europa, transformando as poliarquias do Estado Medieval em centros de poder contínuos e organizados, com estrutura hierárquica de funcionários e uma ordem jurídica unitária, inclusive com a imposição do dever de obediência aos súditos⁶⁵. Essa característica do Estado Moderno traduz uma concepção de unidade orgânica em que “[...] todo o poder de comando se concentra num só e mesmo eixo institucional”⁶⁶.

Esse primeiro formato de Estado Moderno, sob o ponto de vista histórico-retórico, isto é, representativo de um discurso constitucional vigente em certo tempo e lugar, identifica o Estado Absoluto e tem Thomas Hobbes como o seu expoente⁶⁷. É que ainda preponderava a concentração do poder nas mãos do soberano, pois “[...] a soberania coroava a cabeça do príncipe e levantava as colunas de sustentação do Estado Moderno, que era o Estado da soberania ou do soberano [...]”⁶⁸.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021). Aqui, o Interesse Coletivo deve ser entendido como o interesse público primário, ou seja, a razão de ser do Estado (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 96).

59 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed., rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013, p. 17. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

60 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 275.

61 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 51-56.

62 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 157.

63 BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 39-41.

64 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 162.

65 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 162.

66 MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 100.

67 MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 99 e 102.

68 BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 42.



Apesar de ser um Estado Absoluto, era um Estado Formal de Direito, porquanto reconhecia o “[...] enorme prestígio da lei como técnica regular de controle social”⁶⁹. O ponto que o distingue de um Estado Material de Direito se assenta na premissa de que, na atividade legislativa, não estava obrigado a observar preceitos de ordem hierárquica – jurídica, moral ou religiosa -, detendo liberdade para criar as leis e o direito exclusivamente sob o fundamento de sua autoridade⁷⁰. Em suma, o Estado Absoluto é um Estado em que não existem normas com conteúdo jusfundamental, entendidas “[...] como limites de conteúdo postos ao legislador constituído, ou seja, precisamente como direitos subjetivos péticos, imunes à possibilidade de negação porque reconhecidos num nível superior”⁷¹. A Constituição tem caráter estritamente procedimental⁷².

A partir da Revolução da Independência Americana (1776) e da Revolução Francesa (1789), ambas ocorridas na segunda metade do século XVIII, o Estado Absoluto se converte em Estado Constitucional⁷³. A ideia de soberania, compreendida como a concentração do poder nas mãos da pessoa do governante, cede passo à imposição de limites a quem exerce o poder, pois “são as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições”⁷⁴.

Além da estrita obediência à lei, o Estado Constitucional também preconiza a separação dos poderes como mecanismo para prevenir o arbítrio do governante e reconhece a existência dos direitos civis - liberdade e igualdade - e dos direitos políticos que conformam os direitos fundamentais de primeira geração⁷⁵. O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁷⁶, quando afirma que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, sintetiza a fórmula que dá alicerce ao Estado Constitucional⁷⁷.

Nessa fase de Estado Constitucional – e que corresponde ao modelo histórico-retórico de Estado Liberal⁷⁸ em que sobressaem as ideias de John Locke⁷⁹ - ocorre a estruturação de um Estado Material de Direito, “[...] tendo em vista o conteúdo ideológico desses limites, ou das *matérias* tornadas indisponíveis ao legislador sob a forma de direitos fundamentais”⁸⁰.

69 MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

70 MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

71 MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

72 MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 104.

73 BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 48-49.

74 BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 49.

75 BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 50-51 e 54.

76 Disponível em: <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>>. Acesso em: 1 dez. 2021.

77 BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 51 e 54.

78 BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 54.

79 MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 99.

80 MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 107. (grifo no original).



A igualdade, consistente no reconhecimento do direito de todos os indivíduos em virtude de sua condição humana, sem qualquer distinção, constitui a pedra angular do Estado Liberal⁸¹. Com isso, a Constituição deixa de ser um mero contrato entre o príncipe e os estamentos, como sucedia na Magna Carta de João Sem-Terra de 1215, assumindo a feição de uma lei concreta de unidade política em que são consagrados os direitos de liberdade individual – civis e políticos – e ordenadas as atividades do Estado de modo duradouro e seguro⁸².

Entretanto, embora a liberdade e a igualdade em direitos sejam a expressão máxima do Estado Liberal, o grau de atuação positiva desta organização política é baixo⁸³. Assim sucede em virtude de que os direitos fundamentais que reconhece são considerados como direitos de abstenção, pois apenas impõem ao poder público os deveres de respeito e de proteção. Não ocorre a estruturação de meios concretos para a efetiva satisfação dos direitos fundamentais, cingindo-se apenas à declaração abstrata de que todos os homens são livres e iguais⁸⁴.

Com a Constituição Mexicana de 1917⁸⁵, e logo em seguida com a Constituição Alemã - ou de Weimar - de 1919, inicia-se o Estado Contemporâneo⁸⁶. Trata-se de uma nova fase do Estado⁸⁷ em que os direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, são integrados às pilstras de sustentação do Estado Constitucional - obediência à lei, separação dos poderes e o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira geração (civis e políticos)⁸⁸. Sob o prisma histórico-retórico, o Estado Contemporâneo corresponde ao modelo de Estado Social⁸⁹.

No Estado Contemporâneo, as preocupações se voltam mais à Justiça – como anseio e valor social - do que à liberdade⁹⁰. A substância do Estado não se prende aos formalismos e às abstrações, mas à consecução dos direitos fundamentais dos indivíduos. A legitimidade, compreendida como

81 MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 107-108.

82 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 169.

83 MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 109.

84 MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 109.

85 “La Constitución de Méjico de 1917 puede considerarse como el primer intento de conciliar los derechos de libertad con los derechos sociales, superando así los polos opuestos del individualismo y del colectivismo”. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Editorial Tecnos: Madrid, 2013, edição Kindle, ISBN ebook: 978-84-309-5843-6).

86 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed., rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013, p. 16 e 30. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

87 Para João dos Passos Martins Neto, a Constituição Mexicana não alterou o paradigma do Estado Moderno. Segundo o autor, a atribuição de uma função social ao Estado não o desvincula do modelo histórico de Estado Social que iniciou no ano de 1891, com a publicação da encíclica *Rerum novarum* pelo Papa Leão XIII. Assim, Estado-Providência, Estado de Bem-Estar e Estado Contemporâneo são apenas variações daquilo que corresponde ao Estado Social. (MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 115).

88 Paulo Bonavides designa esta fase como Estado constitucional dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 49).

89 BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 55.

90 BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 54.



justificação do exercício do poder⁹¹, exige do Estado a observância dos valores e dos princípios, considerados “[...] o corpo e a alma das Constituições”⁹².

Em suma, no Estado Contemporâneo, mantém-se a consagração dos direitos individuais reconhecidos no Estado Moderno, com o acréscimo dos direitos fundamentais de índole social ou coletivos e a instituição da intervenção do Estado nos domínios econômico e social como técnica para assegurar a efetivação desses direitos⁹³. É por isso que o Estado Contemporâneo equivale ao Estado Constitucional Democrático⁹⁴.

4 A FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Não há como identificar a função social do Estado Contemporâneo sem antes examinar a finalidade de sua constituição. Existe uma relação intrínseca entre finalidade e função, a ponto de a falta de consciência completa da primeira ter potencial para desvirtuar a realização da segunda. Assim sucede em virtude de que o Estado é sempre uma unidade de fim, ou seja, uma instituição que se sujeita à vontade humana e que existe para a consecução de um fim.⁹⁵

Partindo do paradigma individualista, pode-se afirmar que o indivíduo configura o propósito do Estado. Como afirma Dalmo de Abreu Dallari, “[...] o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares”.⁹⁶ Por conseguinte, a finalidade do Estado Contemporâneo está fundada na consecução do bem comum, que “consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”, conforme assinalou o Papa João XXIII na Carta Encíclica *Pacem in Terris*⁹⁷, de 1963⁹⁸.

Uma vez definida a finalidade do Estado Contemporâneo, é possível divisar a sua função. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no *interesse de outrem*, o atendimento de certa finalidade”⁹⁹. A função, portanto, traz ínsito um poder-dever direcionado à satisfação do interesse alheio. Disso resulta tanto a

91 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 113.

92 BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 57.

93 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed., rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013, p. 32. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

94 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed., rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013, p. 84. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

95 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 87-89.

96 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 91.

97 JOÃO XXIII. **Carta Encíclica Pacem in Terris**. Vaticano: 1963. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html>. Acesso em: 14 dez. 2021.

98 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 91.

99 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 100. Destaque no original.



instrumentalidade do poder, pois serviente ao dever de realizar a finalidade, como a supremacia deste último enquanto obrigação do Estado¹⁰⁰.

Como se observa, existe uma vinculação irrestrita do Estado Contemporâneo ao dever de trabalhar para a satisfação do interesse público, sem espaço para a consideração da vontade do governante ou margem de discricionariedade para o atingimento de outras pretensões¹⁰¹. O interesse público¹⁰² - e que não se confunde com o interesse da maioria¹⁰³ ou o da entidade governamental¹⁰⁴ - constitui o elemento delimitador da função do Estado Contemporâneo. Para Hermann Heller, “a função do Estado consiste, pois, na organização e ativação autônomas da cooperação social-territorial, fundada na necessidade histórica de um *status vivendi* comum que harmonize todas as oposições de interesses dentro de uma zona geográfica [...]”¹⁰⁵.

Seguindo por esse caminho, afirma Cesar Pasold que a “[...] interferência do Estado na vida social deve guardar estreita relação com a condição instrumental do Estado e com a sua capacidade de atender às legítimas aspirações da Sociedade”¹⁰⁶. Isso significa que o Estado Contemporâneo tem uma função social a realizar, ou seja, tem o compromisso e a obrigação de agir para atender os legítimos interesses da Sociedade¹⁰⁷, porquanto “[...] sociedade e Estado atuam como dois momentos necessários, separados mas contíguos, distintos mas interdependentes, do sistema social em sua complexidade e em sua articulação interna”¹⁰⁸.

100 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 101.

101 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 101.

102 “Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 102). (Destaque no original).

103 O interesse da maioria corresponde à dimensão formal, ao passo que os direitos fundamentais e os outros princípios axiológicos consagrados pela Constituição constituem a dimensão substancial da democracia (FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 15). É por isso que o interesse público, que constitui a finalidade do Estado, não se confunde como o mero interesse da maioria.

104 O interesse da entidade governamental traduz o interesse secundário. Trata-se daquele que “[...] atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 102).

105 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 245

106 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed., rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013, p. 31. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

107 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed., rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013, p. 50. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

108 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 67.



Fica clara, assim, “[...] a função mediadora dos grandes conflitos sociais, própria do Estado contemporâneo [...]”¹⁰⁹. Por conseguinte, é possível distinguir a efetivação dos direitos fundamentais como função social do Estado Contemporâneo.

5 O MEIO AMBIENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conquanto a interação entre o homem e o meio ambiente tenha iniciado no instante em que aquele tocou os pés na terra, a preocupação coletiva com a preservação dos recursos naturais é um traço distintivo de nossa época¹¹⁰. Foi somente a partir da década de 60 do Século XX que a Sociedade e o Estado passaram a dedicar especial atenção à necessidade de proteção do meio ambiente para evitar a concretização daquilo que Garrett Hardin chamou de *A tragédia dos comuns*¹¹¹. Dissemina-se, assim, a concepção de que o meio ambiente constitui um bem comum fundamental¹¹², pois natureza e sociedade formam uma unidade inseparável¹¹³.

A consciência para a problemática ambiental evoluiu na forma de ondas¹¹⁴. Os primeiros informes produzidos pelo Clube de Roma, fundado em 1968, seguido da publicação do relatório intitulado *Os limites do crescimento* – ou *Relatório Meadows* –, contribuíram para a realização da 1ª Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, em Estocolmo. Segue-se, então, a publicação do documento denominado *Nosso futuro comum* – ou *Relatório Brundtland* – pela Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1987, e a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, no Rio de Janeiro. Após, ocorreram a assinatura do Protocolo de Kioto, em 1997, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 2002, em Johannesburgo, e a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, em 2012, no Rio de Janeiro¹¹⁵.

Essa compreensão sobre a necessidade de preservação dos recursos naturais desencadeou o fenômeno da constitucionalização do meio ambiente. A partir da Declaração de Estocolmo de 1972, as Constituições de diversos Países – Grécia (1975), Portugal (1976), Espanha (1978) e França (2005) – incorporam em seu texto as concepções de desenvolvimento sustentável, biodiversidade

109 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 95.

110 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 42.

111 HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Science Magazine**. December 13, 1968. Disponível em: <https://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html>. Acesso em: 29 jan. 2022.

112 FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 58.

113 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 42 e 50.

114 Expressão cunhada por Gabriel Real Ferrer (REAL FERRER, Gabriel. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica. Itajaí, v. 18 n. 3 p. 350, set-dez 2013. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/34360/1/2013_Real_NEJ.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2021.

115 REAL FERRER, Gabriel. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica. Itajaí, v. 18 n. 3 p. 350-355, set-dez 2013. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/34360/1/2013_Real_NEJ.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2021.



e precaução tratadas nos relatórios das conferências¹¹⁶. Embora no primeiro momento as Constituições albergassem uma visão antropocêntrica do meio ambiente, posteriormente passaram agregar componentes biocêntricos¹¹⁷.

Isso representou uma verdadeira revolução, pois, até então, as Constituições tinham por objetivo principal proteger os indivíduos dos abusos de poder perpetrados pelos governantes¹¹⁸. A partir das conferências da Organização das Nações Unidas, “[...] o meio ambiente ingressa no universo constitucional [...]”¹¹⁹, pois os fundamentos dorsais do Direito Ambiental passam a integrar as Constituições modernas¹²⁰. Isso demonstra a conectividade total do meio ambiente com os direitos fundamentais¹²¹, pois o equilíbrio daquele exsurge como condição necessária - e talvez a única - para assegurar a todos os indivíduos uma digna qualidade de vida¹²².

No Brasil, a Lei n. 6.938/1981 instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, dando “[...] o primeiro passo em direção a um paradigma jurídico-econômico que holisticamente trata-se e não maltratasse a terra, seus arvoredos e os processos ecológicos essenciais a ela associados”¹²⁴. A seguir, a Constituição da República de 1988¹²⁵, incorporando a linguagem da Conferência de Estocolmo, introduziu o dever de não degradar o meio ambiente, instituiu a dimensão ambiental da função social da propriedade e elevou a tutela ambiental ao nível de um direito fundamental¹²⁶.

Além de elencar o meio ambiente como parcela da ordem social, a Constituição de 1988, no *caput* do art. 225¹²⁷, promove a sua elevação à categoria de norma-princípio ou norma matriz¹²⁸.

116 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61-62.

117 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 64.

118 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58.

119 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 64.

120 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65.

121 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed., rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013, p. 75. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

122 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 42 e 50.

123 BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

124 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-58.

125 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

126 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62-73.

127 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]”. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022).

128 SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 55.



A seguir, no § 1º¹²⁹, estabelece as normas-instrumentos que “[...] conferem ao Poder Público os princípios e instrumentos fundamentais de sua atuação para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”¹³⁰. Nos §§ 2º a 6º¹³¹, define a sujeição dos particulares ao princípio contido no *caput* para se alcançar o desenvolvimento sustentável¹³².

Os valores ambientais também transparecem de forma explícita em outros dispositivos da Constituição de 1988, *verbi gratia*, no art. 5º, LXXIII¹³³, que confere legitimidade ao cidadão para ajuizar ação popular destinada a anular ato lesivo ao meio ambiente, e, ainda, de modo implícito, como, por exemplo, no art. 20¹³⁴, que define que os lagos, rios e quaisquer correntes de água compõem o catálogo de bens da União. Não por outra razão que José Afonso da Silva afirma que “a Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista”¹³⁵. Evidente, portanto, que a Constituição de 1988 substituiu o paradigma da legalidade pelo da constitucionalidade ambiental¹³⁶.

Ainda, o art. 225, *caput*, da Constituição de 1988¹³⁷, também contempla a ideia de que “[...] o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence a todos, incluindo aí as gerações presentes e as futuras, sejam brasileiros ou estrangeiros”¹³⁸. Com esse mandamento, desenvolve-se a noção de responsabilidade intergeracional, isto é, a de que as pessoas de diferentes gerações têm o dever de usufruir dos recursos naturais sem causar o seu esgotamento ou comprometer a fruição pelas futuras¹³⁹.

Esse status outorgado pela Constituição de 1988 à questão ambiental revela que o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi alçado à condição de um direito fundamental de terceira geração, alicerçado na solidariedade ou fraternidade¹⁴⁰. O art. 225, *caput*, da Constituição da República, quando qualifica o meio ambiente como bem de uso comum do povo e reconhece a sua estabilidade como essencial à sadia qualidade de vida, evidencia a sua conectividade total com os direitos fundamentais¹⁴¹.

129 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

130 SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 55.

131 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

132 SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 55.

133 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

134 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

135 SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 49.

136 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79.

137 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

138 SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 56. Destaque no original.

139 CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003, p. 96.

140 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 103.

141 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed., rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013, p. 73-



A consideração do meio ambiente como um direito fundamental produz diversos efeitos jurídicos. Na órbita normativa, o meio ambiente conforma o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴², espreado o seu conteúdo axiológico para todo ordenamento jurídico¹⁴³. Além disso, por serem considerados direitos péticos (art. 60, § 4º, IV, CRFB)¹⁴⁴, funcionam como restrição substantiva ao exercício do poder, estando imunes à esfera de decisão do legislador ordinário¹⁴⁵.

No campo da função administrativa, o comando constitucional deposita sobre os ombros do Estado o dever indeclinável de proteção do meio ambiente, pois as normas constitucionais “[...] impõem ao administrador o permanente dever de levar em conta o meio ambiente e de, direta e positivamente, protegê-lo, bem como exigir respeito pelos demais membros da comunidade”¹⁴⁶. Assim, cabe ao Estado, além de exigir dos particulares uma abstenção de agressão – *non facere* –, implementar prestações positivas para a proteção do meio ambiente, inclusive buscar a reparação do dano ambiental¹⁴⁷. Não existe opção, mas uma obrigação de o Estado tutelar o meio ambiente.

Nesse quadro, é possível visualizar que a proteção ambiental configura uma função social do Estado brasileiro. Com efeito, a realização do bem comum conforma a finalidade da República Federativa do Brasil, como, aliás, prescreve o art. 3º, IV, da Constituição de 1988¹⁴⁸. A seu turno, a consecução dos direitos fundamentais caracteriza uma das funções do Estado Contemporâneo. Por sua vez, os direitos fundamentais congregam o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴⁹, o qual se apresenta como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil¹⁵⁰.

75. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

142 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 13.

143 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Morais, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 21.

144 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

145 FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

146 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 75.

147 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 103.

148 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022).

149 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 12.

150 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022).



Doutro lado, o art. 225 da Constituição de 1988 “[...] atribui à proteção ambiental [...] o status de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, além de consagrar a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental - de Direito brasileiro [...]”¹⁵¹. Isso significa que a ordem constitucional prestigia a dupla funcionalidade da proteção ambiental, prescrevendo a defesa do meio ambiente como objetivo e também como tarefa estatal¹⁵².

Ainda, a função social tem como características um dever de prestação e uma vinculação das atividades estatais à satisfação do interesse público, sem margem de discricionariedade. Em adição, o art. 225 da Constituição de 1988 reconhece a indissolubilidade entre Estado e Sociedade na questão ambiental¹⁵³.

De tal sorte, sendo o meio ambiente um bem comum, e reconhecida a manutenção de seu equilíbrio como um direito fundamental integrante do princípio da dignidade da pessoa humana, não pairam dúvidas de que “[...] as ações de Estado e de Governo em favor do Meio Ambiente integram o conceito de Função Social, elemento essencial do Estado Constitucional Democrático de Direito [...]”¹⁵⁴. Por conseguinte, somente a partir da efetiva tutela do meio ambiente é que o Estado brasileiro cumprirá o seu dever para com a Sociedade de assegurar a concretização das necessidades vitais das gerações humanas presentes e futuras.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação com as consequências da degradação ambiental ao bem-estar da população e à qualidade de vida, e que impactam na sobrevivência do ser humano, é recente na história milenar da humanidade. Foi somente a partir das conferências realizadas pela Organização das Nações Unidas que ocorreu o fenômeno da constitucionalização do meio ambiente.

Doutro lado, a identificação da função social do Estado, embora revele o fundamento de sua existência enquanto organização política, não justifica por que deva existir concretamente¹⁵⁵. É por isso que “a consagração do Estado unicamente se torna possível relacionando a função estatal com a função jurídica¹⁵⁶. Dito de maneira mais clara, a existência concreta do Estado

151 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Estado socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 13.

152 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Estado socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 14.

153 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113.

154 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed., rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013, p. 69. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

155 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 261.

156 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 261.



somente estará justificada se a sua atuação for direcionada para garantir os direitos consagrados em determinada etapa da sua evolução¹⁵⁷ e que, na quadra atual, são identificados como direitos fundamentais.

Nessa ótica, o estudo encetado permitiu elucidar o problema de pesquisa, consistente na verificação da tutela ambiental como função social do Estado brasileiro. Com efeito, a função social tem como características um dever de prestação e uma vinculação das atividades estatais à satisfação do interesse público. Por sua vez, o art. 225 da Constituição de 1988 classifica o meio ambiente equilibrado como bem de uso comum e um direito fundamental de terceira geração. Diante disso, transparece manifesto que a tutela do meio ambiente constitui função social do Estado brasileiro, pois somente a partir da efetiva proteção ambiental é que será cumprido o dever para com a Sociedade de assegurar a concretização das necessidades vitais das gerações humanas presentes e futuras.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017.

BOBBIO, Norberto. Organicismo e individualismo. Tradução de José Fernández Santillán. **Revista Este País**, Ciudad de México, v. 74, maio 1997. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/organicismo-e-individualismo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

157 HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 266.



CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visual-books, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

DANTAS, Ivo. **Teoria do estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

FASSÒ, Guido. Jusnaturalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale et al. 13. ed. 5. reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. v. 1.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**. Itajaí, v. 18, n. 3, p. 350-355, set-dez 2013. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/34360/1/2013_Real_NEJ.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2021.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Science Magazine**. December 13, 1968. Disponível em: <https://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html>. Acesso em: 29 jan. 2022.

HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Eleonora Magalhães de Gusmão. E-book. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/read/457212301/Leviata#>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

JOÃO XXIII. **Carta Encíclica Pacem in Terris**. Vaticano: 1963. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html>. Acesso em: 14 dez. 2021.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.



PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed., rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>> Acesso em: 1 ago. 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2018.



LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. Editorial Tecnos: Madrid, 2013, edição Kindle, ISBN ebook: 978-84-309-5843-6.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012.

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



SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019.





A DEFESA DO MEIO AMBIENTE E A JURISPRUDÊNCIA SOBRE A COISA JULGADA COLETIVA

João Bastos Nazareno dos Anjos



A DEFESA DO MEIO AMBIENTE E A JURISPRUDÊNCIA SOBRE A COISA JULGADA COLETIVA

THE ENVIRONMENTAL PROTECTION AND THE JURISPRUDENCE ON THE COLLECTIVE RES JUDICATA

João Bastos Nazareno dos Anjos¹

Resumo

A coisa julgada na seara do processo coletivo é um dos institutos mais importantes do sistema de defesa dos direitos transindividuais, que abarcam o direito ao meio ambiente equilibrado. O objetivo deste artigo é compreender a interpretação que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm conferido à coisa julgada coletiva, e quais os seus impactos na defesa ambiental. Quanto à metodologia, foram utilizados os métodos indutivo e cartesiano, além da técnica da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Meio ambiente sadio. Direitos transindividuais. Coisa julgada coletiva.

Abstract

In the field of collective process, the res judicata is one of the most important institutes of the defense system of the transindividuals rights, which include the right to a balanced environment. The objective of this article is to understand the interpretation that Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice give to the collective res judicata and how it affects on the environmental protection. Regarding the methodology, was used the inductive and the Cartesian methods, besides the bibliography reserach.

Keywords: Healthy environment. Transindividual rights. Collective res judicata.

¹ Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e pela Università Degli Studi di Perugia (UNIPG). E-mail: bastosnazareno@gmail.com



1 INTRODUÇÃO

O presente estudo almeja examinar a evolução da jurisprudência do STF e do STJ quanto à compreensão do instituto da coisa julgada nos processos coletivos, após o advento da Lei n. 9.494/1997, a qual provocou mudanças acentuadas na Lei de Ação Civil Pública.

Trata-se de tema de alta relevância para o sistema de proteção do meio ambiente, porquanto a interpretação jurisprudencial a respeito da coisa julgada coletiva impacta diretamente na efetividade das decisões de inúmeras ações civis públicas ambientais propostas atualmente no Brasil.

É um tema que sempre suscitou muita discussão no meio doutrinário e jurisprudencial, mas que, em 2021, recebeu do Supremo Tribunal Federal (STF) uma decisão que sobreleva não apenas o sistema de proteção aos direitos transindividuais, como também prestigia o princípio da efetividade.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal – assim como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) – contribuiu intensamente na defesa dos direitos transindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visto que priorizando a efetividade da tutela jurisdicional coletiva salvaguarda-se, evidentemente, também o direito material.

Inicialmente, classificou-se o direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental de caráter difuso, para, na sequência, a partir de seus atributos como espécie de direito transindividual, justificar a necessidade de um ferramental jurídico processual ajustado às suas peculiaridades.

Dentre o aparato processual disponível, examinou-se de maneira vertical o instituto da coisa julgada coletiva e a maior tentativa de subtrair-lhe a importância conferida por leis e pela Constituição Federal, qual seja, a Lei n. 9.494/1997, que alterou o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública.

A fim de promover tal empreitada científica, com base nas lições de Cesar Luiz Pasold², no que tange à metodologia, empregou-se o método indutivo, na fase de investigação, e o cartesiano, na etapa de tratamento de dados, além de lançar mão da lógica indutiva na confecção do presente texto.

2 DA RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO E SEU CARÁTER DIFUSO

Por reconhecer a importância central da questão ambiental, a Constituição Federal de 1988, no artigo 225, qualificou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida das pessoas, incumbindo não apenas o Poder Público, como toda a coletividade, do dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

² PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. Florianópolis: Conceito Editorial. 2015.



Com efeito, a Carta Magna confere ao direito ao meio ambiente equilibrado o *status* de direito fundamental (de terceira geração ou dimensão), ao tratá-lo como verdadeiro pressuposto para que o ser humano desfrute do mínimo existencial para uma vida digna³, sendo manifesta sua conexão estreita com os direitos à vida e à saúde.

Além da natureza fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, haja vista o conceito legal esculpido no artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, é de se salientar, outrossim, a sua natureza difusa, porquanto seus titulares são indeterminados e ligados por circunstâncias de fato, além de seu objeto ser indivisível.

É ainda imperioso assinalar que os titulares do direito ao meio ambiente sadio são também indetermináveis pela perspectiva cronológica, não se restringindo apenas aos seres humanos integrantes da atual geração, mas, como o texto da Constituição Federal descreve, na parte final do *caput* do artigo 225, também estão abrangidas aquelas pessoas que pertencerão às futuras gerações.

Daí por que é acertado concluir que o texto constitucional citado é nutrido pelo princípio da equidade geracional⁴, e vislumbra o direito ao meio ambiente sadio para muito além da esfera jurídica meramente individual rumo à sustentabilidade⁵.

A respeito da sustentabilidade, Juarez Freitas a entende como valor constitucional supremo, que serviria como critério axiológico de avaliação de políticas públicas, determinando a responsabilidade do Estado e da sociedade pela “concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar”⁶.

Sob esse viés da sustentabilidade e da transcendência temporal e territorial do direito ao meio ambiente sadio, é que parte da doutrina conclui que a expressão “todos” empregada logo no início do *caput* do artigo 225 da CF refere-se a todos os seres humanos, inclusive “os estrangeiros não residentes no País e outros que, por motivos diversos, tenham tido suspensos os seus direitos de cidadania, ainda que parcialmente”⁷, e não apenas aos brasileiros e estrangeiros residentes no País⁸.

3 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 12ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. RB-5.7. Ingo Wolfgang Sarlet também elenca o direito à proteção do meio ambiente como direito fundamental fora do catálogo, disperso no texto constitucional (**A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 118).

4 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 12ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. RB-8.7.

5 Sobre o tema, destacando a centralidade da formação de uma consciência ecológica por meio do plano de ação representado pela Agenda 2030, na perspectiva de alcançar a sustentabilidade: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; SILVA, Ildete Regina Vale **Da Fraternidade e Sustentabilidade**: Diálogo necessário para Formação de uma Consciência Ecológica e Construção de uma Sociedade Fraterna In: DIREITO E SUSTENTABILIDADE: Temas Contemporâneos. 01 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, v.01, p. 313-356.

6 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. 2ª edição. Ed. Fórum: Belo Horizonte. 2012, p. 133.

7 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 22ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021, p. 58.

8 FIORILLO, Celso Antônio. Curso de direito ambiental brasileiro. 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 27.



Nessa senda, à vista do caráter transnacional do direito ao meio ambiente sadio, impende mencionar a doutrina que reconhece a necessidade de vencerem-se os entraves representados pelos limites territoriais entre os países, a fim de viabilizar o estabelecimento de um direito ambiental global⁹.

Em verdade, essa titularidade difusa do direito ao meio ambiente sadio impossibilita que se vincule tal direito a um indivíduo ou grupo determinado¹⁰, o que é estranho à perspectiva jurídica clássica, segundo a qual cada direito estaria vinculado necessariamente a titulares específicos, que seriam legitimados para defendê-lo em juízo.¹¹

Pertinente à indivisibilidade dos direitos difusos, ao vislumbrar o direito ao meio ambiente equilibrado, nota-se ser impossível fracioná-lo e atribuir porções do bem jurídico ambiental a cada um dos seus titulares, de modo a haver uma comunhão tão intensa entre os titulares que a satisfação de um deles implica a satisfação de todos, assim como a lesão de um deles também resulta prejuízo a toda a comunidade de titulares¹².

Como, por exemplo, quantificar as pessoas que seriam beneficiadas com uma decisão judicial que proíbe a supressão de vegetação de restinga de uma cidade do litoral brasileiro para a edificação de empreendimento imobiliário? E quantas não seriam as pessoas prejudicadas com a aventada supressão, considerando a presente e as futuras gerações?

3 DA NECESSIDADE DE INSTRUMENTOS ADEQUADOS PARA A DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Dado ter sido o direito processual civil tradicional construído sobre bases essencialmente individualistas, seus institutos jurídicos estão permeados pela tônica liberal, sendo adequados para a composição de litígios intersubjetivos e, portanto, insuficientes para tratar de lides que envolvam direitos difusos.

Diante desse cenário, conforme Teori Zavascki refere, o legislador brasileiro protagonizou uma revolução no domínio do processo coletivo, partindo de uma mudança na definição de patrimônio público prevista na Lei de Ação Popular, no artigo 1º, § 1º, e passou a disciplinar, em 1985, um sistema de proteção a direitos transindividuais com o advento da Lei de Ação Civil Pública. Em 1988, Constituição Federal atribuiu status constitucional à tutela material de diversos direitos transindividuais (ex. meio ambiente sadio, proibidade administrativa, proteção do consumidor) e, em 1990, sobreveio o Código de Defesa do Consumidor, que, dentre outras novidades, acrescentou a disciplina da defesa dos direitos individuais homogêneos¹³.

9 SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza **Direito Ambiental Global: Limites e Possibilidades de Implementação**. Pensamento Americano, 12(24) 117-127.

10 SARLET, Ingo Wolfgang e FERNSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 365.

11 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 113.

12 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Proteção jurídica dos interesses coletivos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 139, p. 2, jan./mar. 1990.

13 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 30.



A insuficiência do processo civil ortodoxo diante dos conflitos de interesses que envolvem direitos difusos é facilmente demonstrada, por exemplo, pela impossibilidade de se acomodar o conceito de legitimidade para a causa às peculiaridades de uma demanda coletiva de cariz ambiental, haja vista que o artigo 18 do CPC estabelece a vinculação entre legitimidade *ad causam* e a titularidade do direito material discutido em juízo.

Se o direito é difuso, revela-se descabido falar em legitimação ordinária, visto não haver coincidência entre a legitimação de direito material e a legitimidade para estar em juízo, daí por que o legislador optou por conferir legitimidade concorrente e disjuntiva a determinados entes, arrolados no artigo 5º da Lei n. 7.347/1985¹⁴ e no artigo 82 da Lei n. 8.078/1990¹⁵.

Demais disso, insta citar a coisa julgada como um dos outros institutos que mereceram do legislador uma disciplina que se coadunasse com as especificidades do bem jurídico a que se visa preservar.

Isso ocorre porque o CPC, no artigo 506¹⁶, repetindo a dicção do artigo 472 do CPC de 1973, estatuiu que a sentença faz coisa julgada apenas às partes entre as quais é dada, sem prejudicar terceiros, isto é, a coisa julgada tem eficácia somente *inter partes* e somente beneficia ou prejudica as partes do processo.

Por óbvio, a incidência do artigo 506 do CPC ao processo coletivo seria de pouca serventia para estabilização das relações jurídicas se apenas vinculasse as partes ao comando da sentença, visto se tratar de bem jurídico cujos titulares são indeterminados.

Daí que o legislador, mediante os dispositivos previstos no artigo 18 da Lei n. 4.717/1965¹⁷, artigo 16 da Lei n. 7.347/1985¹⁸ e artigo 103 da Lei n. 8.078/1990¹⁹, buscou compatibilizar a tutela jurisdicional às especificidades do bem jurídico a ser protegido, de sorte que tais artigos preceituaram a coisa julgada *erga omnes* para as ações coletivas, ressalvado quando o pedido for 14 “Art. 5o Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (...)”.

15“Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear (...)”

16 Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

17 Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível “*erga omnes*”, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

18 Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

19 Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;



rejeitado por insuficiência probatória, hipótese em que qualquer dos legitimados pode repropor a ação, baseando-se em novas provas.

Em suma, se a garantia constitucional da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI) objetiva preservar o valor da segurança jurídica, que constitui elemento fundamental do Estado Democrático de Direito²⁰, é incontornável inferir pela inutilidade de um dispositivo legal que determinasse que a imutabilidade da sentença só se estenderia, por exemplo, ao Ministério Público Federal e à empresa ré de uma ação civil pública ajuizada pelo *Parquet*, porquanto, a qualquer tempo, a questão objeto da decisão judicial poderia ser reavivada por qualquer outro legitimado.

4 DA COISA JULGADA COLETIVA E OS DIREITOS DIFUSOS

Inicialmente, cabe esclarecer que se tomará a expressão “coisa julgada coletiva” como a imutabilidade que adere às decisões de mérito proferidas em sede de ação judicial voltada à proteção de direitos transindividuais.

Como dito acima, a coisa julgada tal como delineada no processo civil individual, pelo Código de Processo Civil, não se revelava adequada para atender às necessidades apresentadas pelos direitos coletivos *lato sensu*, dando ensejo ao advento de uma regulamentação repetida na Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular e no Código de Defesa do Consumidor.

Até a promulgação da Lei n. 9.494/1997, o regime jurídico da coisa julgada atinente às ações coletivas que versavam sobre os direitos difusos era do tipo *secundum eventum probationis*, de modo que a coisa julgada seria *erga omnes* – isto é, atingindo a esfera jurídica de todos aqueles que estivessem de alguma forma envolvidos com a matéria objeto da ação²¹ - a não ser nos casos de improcedência fundada em insuficiência probatória.

Isso quer dizer que a coisa julgada apenas toma lugar quando esgotadas as provas²², não havendo distinção de regime da coisa julgada se o resultado do processo for de procedência ou de improcedência do pedido, ou seja, a coisa julgada é *pro et contra*.

Importa ter claro que esse regime se coaduna com a busca da tutela jurisdicional efetiva, uma vez que arreda o risco de que a população amargue os efeitos deletérios de eventual colusão entre colegitimados para o ajuizamento da ação coletiva e a parte ré, com um possível processo propositalmente mal instruído e uma consequente sentença de improcedência.

Assim, em caso de insuficiência de provas, o tratamento jurídico é semelhante àquele conferido às sentenças sem resolução de mérito, franqueando-se aos legitimados a propositura de outra ação idêntica, desde que municiados de nova prova.

20 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1993, p. 260.

21 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Processuais Cíveis Comentadas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, R1.17.

22 DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 12ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 443.



Como lecionam Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr, essa sistemática será útil nas ações em que se verificar necessidade de produção de meios de prova relacionados à tecnologia, como é comum nas causas ambientais²³.

Com efeito, anos após a prolação de uma sentença de improcedência por ausência de provas, em matéria ambiental, podem ser desenvolvidos novos recursos tecnológicos aptos a esclarecer melhor os fatos e revelar, com maior acurácia, se, por exemplo, um determinado produto químico é pernicioso ou não para o equilíbrio ambiental de uma certa localidade.

Além disso, tenha-se presente que, conforme enuncia o artigo 103, §3º do CDC²⁴, mesmo que improcedente o pedido formulado na ação coletiva, o indivíduo não será prejudicado, sendo-lhe facultada a propositura de ação individual a fim de obter tutela jurisdicional do direito que alega ter sido lesado ou ameaçado.

Por outro lado, se a sentença acolher o pedido da ação coletiva, o indivíduo beneficia-se, diante do transporte *in utilibus* da coisa julgada, vale dizer, pode valer-se da sentença prolatada em processo que verse sobre direito difuso em outro processo, de cunho individual, concernente a danos individuais decorrentes do mesmo evento lesivo²⁵.

5 A MUDANÇA PROVOCADA PELA LEI N. 9.494/1997 E A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ E DO STF

Conquanto a coisa julgada coletiva tenha sido tratada nas Leis ns. 4.717/1965, 7.437/1985 e 8.078/1990, em 1997, foi editada a Lei n. 9.494, que alterou o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública²⁶, com o propósito de demarcar limites aos efeitos subjetivos da coisa julgada coletiva conforme a competência territorial do órgão prolator da sentença.

Cabe frisar, entretanto, que os demais dispositivos que versam sobre a coisa julgada coletiva não foram objeto de alteração, o que ensejou uma diversidade de disciplinas para o mesmo instituto. Em outras palavras, enquanto a Lei de Ação Civil Pública passou a prever restrições de cunho territorial aos limites subjetivos da coisa julgada coletiva, a Lei de Ação Popular e o Código de Defesa do Consumidor mantiveram-se incólumes, com seus textos originais que contrastavam com a nova disciplina da Lei n. 7.347/1985.

23 DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 12ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 446.

24 “Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99”.

25 PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela Coletiva**: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, R.B. 4.8.

26 “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.



Tal discrepância de regimes jurídicos foi apontada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁷, que identificaram que, como o artigo 103 do CDC teria regulado completamente a matéria prevista pelo artigo 16 da Lei n. 7.347/1985, este último dispositivo teria sido revogado, esvaziando por completo a modificação empreendida pela Lei n. 9.494/1997.

Munida da evidente intenção do legislador de restringir o alcance das decisões proferidas por juízes em sede de ações civis públicas, a nova redação atribuída ao artigo 16 da Lei n. 7.347/1985, todavia, não logrou êxito em seu objetivo, porquanto eivada de graves equívocos técnico-jurídicos.

Inicialmente, é de se salientar a confusão feita entre o instituto da competência e os limites subjetivos da coisa julgada, além de misturar o conceito de autoridade da coisa julgada com o de efeitos da decisão judicial.

Sobre o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery, ao reconhecer a inconstitucionalidade e ineficácia da redação dada pela Lei n. 9.494/1997, também mencionam a confusão realizada entre limites subjetivos da coisa julgada com jurisdição e competência e lecionam que é “como se, v.g., a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado”, e arrematam defendendo que “qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território. Até a sentença estrangeira pode produzir efeitos no Brasil, bastando para tanto que seja homologada pelo STJ”²⁸.

Nessa mesma senda trilhou o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.243.887/PR, de cujo voto do relator Ministro Luis Felipe Salomão é possível extrair trecho bastante esclarecedor acerca dos absurdos gerados pela literalidade do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública após a alteração²⁹:

A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.

A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação à parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas.

27 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Processuais Cíveis Comentadas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, R1.17.

28 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Processuais Cíveis Comentadas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, R1.17.

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1243887** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 19 de outubro de 2011. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1243887&b=A-COR&p=false&l=10&i=139&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 21 fev. 2022.



Ademais, conjecturando dentro da temática da sustentabilidade, a mixórdia técnico-jurídica levada a efeito por meio da nova redação do artigo 16 da Lei n. 7.347/1985 poderia dar ensejo a situações extremamente nocivas ao meio ambiente, como a de uma decisão que proibisse o despejo de resíduos industriais em determinado rio apenas tivesse validade dentro da comarca em que atua o juiz prolator, sem alcançar as empresas poluidoras de outras localidades, que poderiam prosseguir lesando o meio ambiente, a despeito de provimento jurisdicional em sentido oposto.

Com efeito, a limitação dos efeitos da sentença conforme a competência territorial do órgão prolator despreza o caráter indivisível inerente aos direitos difusos, e redundando em decisões conflitantes, aviltando o princípio da isonomia, haja vista que se admitiria a propositura de múltiplas ações civis públicas em diversas comarcas, o que, possivelmente, geraria tratamentos diferentes a pessoas submetidas ao mesmo problema.

Nesse sentido, Teori Zavascki ensina que a extensão subjetiva *erga omnes* é consequência natural da transindividualidade e da indivisibilidade do direito tutelado na demanda. “Se o que se tutela são direitos indivisíveis e pertencentes à coletividade, a sujeitos indeterminados, não há como estabelecer limites subjetivos à imutabilidade da sentença. Ou ela é imutável, e, portanto, o será para todos, ou ela não é imutável, e, portanto, não faz coisa julgada”³⁰.

A mudança encerrada no dispositivo ora comentado não levou em consideração a necessidade de a tutela jurisdicional ser efetiva e adequada ao direito material que visa proteger, isto é, que é a tutela jurisdicional que deve se adaptar à natureza do direito a ser preservado, e não o oposto.

Em síntese, os efeitos da decisão judicial prolatada em ação civil pública se espraiam conforme a natureza do conflito de interesse, e não de acordo com os limites da competência territorial do órgão que a proferiu.

De mais a mais, o legislador ainda confundiu eficácia da sentença com autoridade da coisa julgada, porquanto este instituto consiste na qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade que se adere à decisão de mérito não mais sujeita a recurso (artigo 502 do CPC), sem provocar qualquer alteração no conteúdo ou na eficácia da sentença.

Uma vez mais, oportuno evocar a lição de Teori Albino Zavascki, segundo a qual eventual limitador territorial da coisa julgada “importaria, na prática, a produção de uma estranha sentença, com duas qualidades: seria válida, eficaz e imutável em um determinado território, mas seria válida, eficaz e mutável fora desse território”³¹.

30 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.65.

31 ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.66.



O Superior Tribunal de Justiça ultimou o dissenso na Corte a respeito do tema com o julgamento do REsp n. 1.134.957-SP, ocasião em que confirmou o teor do precedente firmado no julgamento do REsp n. 1.243.887/PR, no sentido de ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas ao território da competência do órgão julgante.

Além disso, a Corte Especial do STJ estendeu tal entendimento para “todos os gêneros de ações coletivas”, sejam elas destinadas à tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Da decisão proferida no REsp n. 1.134.957-SP, é possível extrair importante excerto que repele e desfaz a miscelânea presente no texto da nova redação do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, ao deixar claro que “se o dano é de escala local, regional ou nacional, o juízo competente para proferir sentença, certamente, sob pena de ser inócuo o provimento, lançará mão de comando capaz de recompor ou indenizar os danos local, regional ou nacionalmente, levados em consideração, para tanto, os beneficiários do comando, independentemente de limitação territorial”³².

Posteriormente, sobreveio decisão do Supremo Tribunal Federal exarada no RE 1.101.937-SP (Tema 1075 da Repercussão Geral), em abril de 2021, a qual reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 16 da LACP, com a redação da Lei n. 9.494/1997, por aviltar os princípios constitucionais da isonomia, da eficiência, da segurança jurídica e da efetiva tutela jurisdicional, na medida em que, ao limitar a eficácia da decisão conforme critério territorial de competência, propicia o tratamento diverso de situações idênticas.

Referindo-se à mistura indevida dos conceitos de eficácia da decisão e coisa julgada, o voto do Ministro Alexandre de Moraes explica que a sentença produz efeitos segundo os limites objetivos e subjetivos da lide, “não importando onde se localizem as partes beneficiadas, não se relacionando com a competência territorial do órgão jurisdicional, que somente limita o exercício da jurisdição, e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais têm correlação com os limites da lide e das questões decididas”.

Resultou do julgamento do RE 1.101.937-SP a fixação da seguinte tese de repercussão geral:

I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial 1134957/SP** Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, 30 de novembro de 2016. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?li-vre=1134957&b=ACOR&p=false&l=10&i=21&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 21 fev. 2022.



6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os textos de lei que preveem direitos consentâneos com o direito ao meio ambiente sadio, por si sós, não têm aptidão para provocar o impacto na realidade fática que se almeja, se não for reforçada por instrumentos processuais adequados. Daí por que, sobretudo diante de um cenário em que levar a sustentabilidade a sério faz-se premente, deve o jurista ocupar-se com o efetivo cumprimento das promessas inscritas em lei.

Sob a égide da Constituição Federal, os direitos transindividuais foram alçados a patamar de destaque, em especial, o direito ao meio ambiente sadio, em decorrência de seu acentuado vínculo com os direitos à vida e à saúde.

Como direito difuso que é, o direito ao meio ambiente sadio não se vincula a esferas jurídicas individuais determinadas, tampouco é passível de ser cindido em porções, tal qual um direito de cariz individualista, mas, sim, transcende o indivíduo e alastra-se por toda a comunidade.

O sistema de processo coletivo, à guisa de salvaguardar os direitos transindividuais, adaptou uma série de institutos jurídicos tradicionais, como a coisa julgada, às peculiaridades do direito material que se busca concretizar.

Mesmo depois de assentada uma disciplina coerente a respeito da coisa julgada coletiva em três diplomas legislativos diferentes, sobreveio a Lei n. 9.494/1997, que alterou o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública de modo substancial, com o objetivo de subtrair a extensão que a coisa julgada deve ter para o processo coletivo ser efetivo.

A doutrina, desde o advento da referida alteração legislativa, posicionou-se majoritariamente de forma crítica, apontando diversos equívocos de técnica jurídica que redundariam em um esvaziamento da tutela jurisdicional coletiva, dado que se limitaria à coisa julgada (*rectius*: eficácia das decisões) de acordo com critérios territoriais de competência.

Porém, se o Superior Tribunal de Justiça, em 2011 (REsp 1.243.887/PR), começou a pacificar o entendimento pela inaplicabilidade do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública com a alteração promovida pela Lei n. 9.494/1997, vindo a assentar sua jurisprudência quanto ao tema em 2016 (EREsp n. 1.134.957-SP), o Supremo Tribunal Federal, apenas em 2021 (RE 1.101.937-SP), declarou a inconstitucionalidade dessa mudança legislativa, com fundamento nos princípios constitucionais da isonomia, da eficiência, da segurança jurídica e da efetiva tutela jurisdicional.

Essa evolução do entendimento jurisprudencial do STJ e do STF quanto à interpretação a ser conferida ao artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública representa uma vitória muito expressiva na defesa dos direitos difusos e coletivos, e retrata a preocupação das Cortes Superiores com a tutela jurisdicional efetiva e adequada na seara do processo coletivo.

Ao fim e ao cabo, a preservação do meio ambiente sadio é robustecida com essa interpretação pretoriana, que, embora tenha levado vários anos para ser cimentada, serve, hoje, para prestigiar o sistema jurídico processual coletivo brasileiro, sem o qual os dispositivos constitucionais e defesa da sustentabilidade convertem-se em meras promessas vazias.



REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 22ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985**. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de Processo Civil. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1243887** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 19 de outubro de 2011. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1243887&b=ACOR&p=false&l=10&i=139&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial 1134957/SP** Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, 30 de novembro de 2016. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1134957&b=ACOR&p=false&l=10&i=21&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1101937/SP**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 08 de abril de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur448446/false>. Acesso em: 21 fev. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1993.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 12ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

FIORILLO, Celso Antônio. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. 2ª edição. Ed. Fórum: Belo Horizonte. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.



MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 12ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Proteção jurídica dos interesses coletivos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 139, p. 2, jan./mar. 1990.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Processuais Cíveis Comentadas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela Coletiva**: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.



SARLET, Ingo Wolfgang e FERNSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; SILVA, Ildete Regina Vale. **Da Fraternidade e Sustentabilidade**: Diálogo necessário para Formação de uma Consciência Ecológica e Construção de uma Sociedade Fraterna In: DIREITO E SUSTENTABILIDADE: Temas Contemporâneos.01 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, v.01, p. 313-356.



SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza **Direito Ambiental Global**: Limites e Possibilidades de Implementação. Pensamento Americano, 12(24) 117-127.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.





**FORMAS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS
EM CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS ENTRE
SOBERANIAS: UMA ABORDAGEM CALCADA
NO IMPERATIVO DA PAZ**



Rodrigo Vieira de Aquino

FORMAS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS EM CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS ENTRE SOBERANIAS: UMA ABORDAGEM CALCADA NO IMPERATIVO DA PAZ

APPROPRIATE WAYS OF DISPUTE RESOLUTION SOCIO-ENVIRONMENTAL CONFLICT BETWEEN SOVEREIGNTY: AN APPROACH BASED ON THE IMPERATIVE ROLE OF PEACE

Rodrigo Vieira de Aquino¹

Resumo

Trata-se de artigo científico que tem por objetivo demonstrar a insuficiência do conceito tradicional de soberania para a solução de questões que ultrapassam a esfera geográfica dos países, como é o caso do conflito socioambiental. É fato que a Organização das Nações Unidas está engajada no seu papel de mantenedora do imperativo da paz, oferecendo aos Estados beligerantes diversos meios adequados para resolução de disputas. Porém, a justiciabilidade de tais meios fica enfraquecida diante de seu caráter não cogente. Com isso, uma outra postura deve ser adotada como forma de se alcançar uma mudança de paradigma no cenário da resolução de conflitos transnacionais.

Palavras-chave: Soberania. Transnacionalidade. Organização das nações unidas. Meios adequados de resolução de disputas. Ecocentrismo.

Abstract

This article aims to demonstrate that the traditional concept of sovereignty is not enough for the solution of issues that go beyond the geographic sphere of the countries, like in the case of the socio-environmental conflict. The United Nations is in fact engaged as the holder of the imperative of peace role, offering belligerent States several adequate ways for resolving disputes. However, the justiciability of such ways gets weak in the face of their non-cogent character. Meaning that another approach must be adopted as a way to shift the paradigm on the scenario of transnational conflict resolution.

Keywords: Sovereignty. Transnationality. United nations organization. Appropriate ways of dispute resolution. Ecocentrism.

1 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), em regime de dupla titulação com a Universidade de Alicante (UA), Espanha. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Juiz de Direito de Santa Catarina e professor no Curso de Pós-Graduação – *Lato Sensu* - em Direito Processual Civil pela Universidade do Alto Vale do Itajaí (Unidavi).



1 INTRODUÇÃO

Em um cenário de arrefecimento de uma pandemia, que colocou às escancaras os mandos e desmandos que um país pode sofrer em razão de uma ideologia adotada por seu governante, mostra-se coerente revisitar alguns conceitos operacionais encravados na dogmática jurídica como é o tradicional conceito de soberania estatal.

Além disso, parece-nos necessário expor, e este é o objetivo deste artigo científico, as vísceras do conceito tradicional de soberania, especialmente quando o que se coloca em xeque são acordos multilaterais entre nações, que são criados para dirimir conflitos transfronteiriços, decorrentes da globalização econômica, política e social, admitindo a ingerência de um órgão transnacional cujo objetivo inexorável é a perpetuação do estado de paz entre os envolvidos.

Para que isso pudesse ocorrer, resolvemos, no primeiro capítulo deste estudo, mudar o locus de concentração de poder: do Estado-nação para o Estado-transnacional.

Em um segundo momento, tendo sido estabelecido que o direito transnacional é uma realidade que não se pode subtrair do mundo jurídico, discorreremos sobre a dinamicidade dos conflitos socioambientais entre soberanias e quais os métodos apropriados de resolução de disputas colocados à disposição dos Estados soberanos, que prezam pelo não uso da força e pela manutenção da paz.

Na terceira etapa do tratamento de dados a finalidade foi demonstrar a necessidade imperiosa de esforço mútuo entre Estados-nações para o alcance de uma justiça intergeracional e sustentável, de modo que o referencial unificador do direito sofra uma mudança de paradigma.

As técnicas de investigação utilizadas foram as do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica e legislativa, conforme a obra de Cesar Luiz Pasold².

O método aplicado na fase de investigação foi o indutivo, seguido do tratamento cartesiano no que se refere ao tratamento de dados para, ao fim, valer-se de uma base lógica indutiva no relatório da pesquisa.

2 A SOBERANIA ESTATAL E A TRANSNACIONALIDADE COMO LOCUS DE PODER

Intuitivamente, somente com a pronúncia da palavra soberania do Estado somos induzidos à associação de predicados como força, imposição, extroversão e supremacia. Todavia, esta imbricação açodada não deveria vir à tona de imediato. Diz-se isso porque “não há erro maior do que identificar a doutrina do Estado da doutrina jurídica do Estado³”.

2 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2018.

3 REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado** – 5ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2000, p. 125.



Com efeito, o Estado pode ser explicado pelo seu viés sociológico, histórico, político, mas o que nos interessa neste artigo, de fato, é o estudo do poder soberano na sociedade legalmente ordenada, ou seja, pelo viés jurídico.

Esclarecido isso, pode-se dizer, dentro de um contexto histórico, que a noção de soberania remonta à sociedade feudal⁴, o que pode ser comprovado, por exemplo, pelos excertos escritos por Philippe de Beaumanoir⁵, no sentido de que “cada barão é soberano em sua baronia. Mas o rei é soberano acima de todos, e exerce, juridicamente, a guarda geral de todo o seu reino”.

No entanto, o conceito operacional de soberania estatal foi desenvolvido e aperfeiçoado a partir dos escritos de Jean Bodin, com a publicação da obra “Lex Six Livres de la République”. A propósito do que pretendemos desmistificar, vale transcrever o breve resumo de autoria de Hans Kelsen:

El principio de la soberanía del Estado y su doctrina, tenida al menos hasta hoy como doctrina científica, fue fundada en la segunda mitad del siglo XVI por el francés Jean Bodin. Surge en un momento en el que gran parte de los Estados europeos, desde un punto de vista secular, formalmente todavía está asociada al Sacro Imperio Romano, y desde un punto de vista espiritual integradas en la Iglesia, de manera que el Káiser sería señor feudal y el Papa la cabeza religiosa del principado; es este un tiempo en el que se eleva sobre los Estados, al menos la idea, de la doble autoridad de un orden jurídico secular y otro espiritual. En la lucha del Rey francés por su independencia frente al Káiser y el Papa, la doctrina de que el Estado presenta su esencia a partir de la más alta comunidad jurídica, es el principal instrumento intelectual, que el astuto jurista francés pone a disposición del rey en sus “Six libres de la république”. Que este escrito se convirtiera em uno de los más afamados en la bibliografía de la teoría del estado y del derecho, hasta el punto de convertir velozmente el dogma de la soberanía del Estado en opinión dominante, es solo un síntoma de la quiebra de cualquier comunidad supraestatal, que en la forma de Imperium Romanum y Ecclesia Universalis había sostenido el mundo jurídico del medievo⁶.

Estes contornos teóricos, revelados por Jean Bodin, foram decantados posteriormente por Rousseau com a publicação da obra “O Contrato Social”, “quase dois séculos mais tarde, no ano de 1762 (...), dando grande ênfase ao conceito de soberania e já transferindo sua titularidade da pessoa do governante para o povo⁷”.

É relativamente recente, portanto, a noção de soberania estatal, a qual recebeu seu delineamento atual, como em todo e qualquer processo evolutivo, após diversas marchas e

4 Nesse sentido, verificar: COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno* – São Paulo: Companhia das letras, 2006, p.189; e DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado** – 32^a. Ed – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83.

5 Philippe de Beaumanoir (c. 1247–1296) foi um jurista francês cuja principal obra, os *Costumes de Beauvoisis* de 1283, foi considerado como uma das melhores obras sobre o antigo direito consuetudinário francês, sendo frequentemente referido com grande admiração por Montesquieu, que o chamou de *la lumière de son temps*.

6 KELSEN, Hans. *La transformación del concepto de soberanía*, DPU, Nº 58, Jul-Ago/2014, p. 33-34. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2303/1193>. Acesso em: 02 fev. 2022.

7 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado** – 32^a. Ed – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84-85.



contramarchas, estas que podiam ganhar contornos de indecorosos atos de governo, como rupturas institucionais, conflitos armados fundamentalistas e/ou entre estamentos e, mais modernamente, acordos espúrios e antidemocráticos entre nações.

Ao fim, no entanto, para definição do conceito de soberania, prevaleceu a visão antropocêntrica do poder e da própria existência do Estado, cuja missão inexorável, na contemporaneidade, é a busca pelo bem comum e a salvaguarda da dignidade humana. Perceba-se que “o Poder do Estado Contemporâneo é soberano especialmente porque tem a capacidade de atribuir ao seu ordenamento jurídico uma validade *“peculiar frente a todas as outras ordenações sociais*”⁸

Em outras palavras, a Sociedade contemporânea, notabilizada por sua complexidade institucional, a exemplo das instituições religiosas, esportivas e comunitárias, delega apenas ao Estado o uso e o monopólio da “força legítima” no exercício do bem comum.

Daí advém a definição de Miguel Reale para quem *“Soberania é o poder que tem uma Nação de organizar-se livremente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões para a realização do bem comum”*.⁹ E toda disposição de força que, de alguma maneira, desvirtue esse ideal conterà, inexoravelmente, vício de legitimação e, portanto, estará em descompasso com os mais mezinhos princípios de Justiça Social.

Contudo, a noção de soberania interna deixou de ser suficientemente explicada após o término da segunda grande guerra, especialmente com a criação da carta das Organizações das Nações Unidas (ONU), no ano de 1945, e, ato contínuo, pelo lançamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Esses dois documentos transformam, ao menos no plano normativo, a ordem jurídica do mundo, levando-o do estado de natureza ao estado civil. A soberania, inclusive externa, do Estado – ao menos em princípio – deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos¹⁰.

Deveras, a carta da ONU representou uma superação do modelo de vestfálio e trouxe, ao estamento jurídico, uma roupagem inédita ao direito internacional, posto que apresentou ao mundo contemporâneo aquilo que se convencionou chamar de transnacionalidade, categoria jurídica que, a partir de então, deve ser estudada como *locus* de poder. Trata-se, portanto, “de um poder arbitral internacional compartilhado, em diferentes níveis, por inúmeros organismos e entidades dotados de competências móveis e fluídas, com o marcante comprometimento das soberanias nacionais”¹¹.

8 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4ª ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. (itálico e aspas no original - p. 44).⁸

9 REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado** – 5ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2000, p. 140.

10 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional; tradução Carlo Coccio-li, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-40.

11 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 17ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 54.



A propósito, “a transnacionalização não é fenômeno distinto da globalização (ou mundialização), pois nasce no seu contexto, com características que podem viabilizar o surgimento da categoria Direito transnacional¹²”. E a palavra globalização está umbilicalmente ligada ao crescimento da população mundial e à exploração desenfreada de recursos naturais para o seu desenvolvimento, fenômenos sociais que, grosso modo, traduzem estado de coisas insustentáveis.

Natureza e sociedade vão formar, por isso, uma unidade inseparável cujas manifestações externas flutuam de acordo com o desenvolvimento dos sistemas econômicos de produção, as formas de organização social e a evolução dos conhecimentos científicos e técnicos¹³.

Por esta razão, atuando como *locus* de poder, a ONU, no ano de 1972, na cidade de Estocolmo, promoveu o primeiro programa das Nações Unidas tendo como foco o meio ambiente. O resultado da criação desta comissão de notáveis culminou nas diversas recomendações e propostas para os problemas mundiais relacionados ao meio ambiente.

Foi nesse cenário que sobreveio um dos documentos de maior envergadura no que tange ao tema meio ambiente. Trata-se do informativo Brundtland, elaborado em 1987, que dispunha sobre o “Nosso futuro comum”, o qual impulsionou os paradigmas da sustentabilidade e justiça intergeracional para o mundo. É, pois, um marco histórico na agenda global para a mudança de paradigma em relação ao meio ambiente e desenvolvimento mundial, visto que trouxe, em seu bojo, uma tábua preocupações, desafios e esforços comuns entre nações tendo como parâmetro a sustentabilidade. Preocupações com a pobreza, o crescimento econômico desenfreado e danos ao meio ambiente não foram deixados de lado, assim como o desafio de equacionar a escassez de recursos naturais e o aumento da população mundial, além da necessidade de uma cooperação internacional, especialmente nas assim chamadas áreas comuns, que contemplam os oceanos, espaço cósmico e a Antártida, visto que não submetidos a jurisdições nacionais. Aponta, em seu desfecho, para questões como a paz, a segurança, o desenvolvimento e o meio ambiente, além de trazer uma súmula de princípios propostos para a proteção ambiental, desenvolvimento sustentável e justiça intergeracional¹⁴.

Extraí-se do texto que o relatório Brundtland determinou que os Estados devem resolver as disputas sobre o meio ambiente de maneira pacífica, buscando o acordo entre as partes envolvidas e, além disso, encampou a faceta pluridimensional da sustentabilidade, pois indicou diversas ações na seara social, ética, ambiental, econômica e jurídico-política¹⁵.

12 STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: STELZER, Joana; CRUZ, Paulo Márcio (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 16.

13 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p 42-43.

14 Nesse sentido, vide: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável**: desdobramentos e desafios pós-relatório Brundtland. Livro eletrônico. 1. ed. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 17. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 21 jan. 2022.

15 Nesse sentido, vide: FREITAS, Juez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011; e SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes. 20 anos de sustentabilidade: reflexões sobre avanços e desafios. Revista da Unifebe (Online), v. 11, p. 239-252, 2012.



Com isso, inspirou outros eventos mundiais destinados à discussão acerca da sustentabilidade, como, por exemplo, a Cúpula da Terra, realizada no Rio de Janeiro em 1992, cujas discussões deram ensejo ao documento denominado Agenda 21 e na criação inédita, pela ONU, de uma comissão para o desenvolvimento sustentável.

Em 2002, em Johannesburgo, realizou-se a cúpula mundial sobre o desenvolvimento sustentável, com vistas ao balanço das conquistas, desafios e novas questões surgidas desde 1992.

Já em 2012, a conferência Rio+20 elencou a erradicação da pobreza como o grande desafio global que o mundo enfrentava, configurando verdadeiro obstáculo ao desenvolvimento sustentável, situação reafirmada em 2015, por meio da Agenda 2030, intitulada “Transformando Nosso Mundo”.

Tudo isso a redundar que a transnacionalidade, como *locus* de poder, é uma realidade que não se pode furta e que deve ser levada a efeito como veículo normativo capaz de regular as relações mundiais relacionadas ao meio ambiente e a outros temas que escapam ao núcleo deste artigo.

No próximo capítulo, tendo por base as ideias por ora fixadas, pretendemos demonstrar quais os meios adequados e os entraves fáticos e jurídicos de eventuais conflitos socioambientais entre nações, permitindo-se guardar respeito, quando necessário, à soberania de cada ente no seu conceito tradicional e valendo-se da transnacionalidade para os casos em que este paradigma não se mostre suficiente em uma abordagem calcada no imperativo da paz.

3 MÉTODOS COLOCADOS À DISPOSIÇÃO DOS ESTADOS PARA A RESOLUÇÃO DE DISPUTAS EM CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS ENTRE SOBERANIAS

Deveras, os conflitos socioambientais entre soberanias só adquirem esta roupagem após precederem a desacordos econômicos, políticos ou rivalidades históricas, como os desentendimentos étnicos ou religiosos. É raro que o meio ambiente seja a única causa do dissenso. Nesse sentido, encontramos em Ulrich Beck o seguinte esclarecimento:

A globalização dos problemas ambientais [*Umweltprobleme*] enquanto problemas internos ao mundo [*Innenweltprobleme*] obedece a uma dupla lógica: os perigos ambientais e técnicos resultam, tal como referido, antes de mais, das vitórias inexoráveis de uma industrialização linear, cega às consequências, que consome as suas próprias bases naturais e culturais. Portanto, os perigos ambientais são construções dos *efeitos secundários latentes* de decisões industriais (das empresas, assim com o dos Estados e, obviamente, dos consumidores e dos indivíduos)¹⁶.

16 BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Brasil: Edições 70, 2015, versão Kindle, p.269-270



O conflito, espécie do gênero relação social, pode ser definido como uma sequência de condutas recíprocas cujos atores, que a realizam, apresentam objetivos incompatíveis entre si.¹⁷

Da palavra conflito emergem conectivos como discórdia, dissenso ou desentendimento entre as partes envolvidas, que é justificada pela contraposição de interesses verificada, de tal sorte que as condutas recíprocas não são estáticas. Com efeito, referidas condutas podem variar no tempo pelos movimentos, iniciais ou ulteriores, de ascensão ou arrefecimento dos comportamentos – viés objetivo –; sofrer mutações de acordo com a percepção ou absorção que decorre deste comportamento – viés subjetivo –; e ainda deixar-se influir por externalidades negativas, como a de hostilidade entre as partes – um inimigo figadal não vai comportar-se de maneira cooperativa com a parte contrária, a princípio¹⁸.

Trata-se, portanto, de um processo eminentemente dinâmico, sujeito a permanente alteração, até porque:

O poder destrutivo das armas nucleares, as agressões sempre mais catastróficas ao meio ambiente, o aumento das desigualdades e da miséria, a explosão de conflitos étnicos e intranacionais dentro dos próprios Estados tornam o equilíbrio internacional e a manutenção da paz cada vez mais precários¹⁹.

Aliás, a dinâmica conflituosa instalada, de acordo com as variáveis descritas no parágrafo anterior, condiciona, em certa medida, os métodos de administração e resolução de conflitos.

Veja-se que, no caso de conflitos entre nações igualmente soberanas, uma ruptura diplomática, com a retirada do embaixador do país em que se rompeu relações, seria menos intensa em relação à determinação de Estado de Guerra contra o país beligerante, que reclama recursos de alta escala e maior tempo de conflito. Tal postura, por consequência, resultaria menor conflituosidade entre os países envolvidos e poderia até viabilizar uma retomada de diálogo posteriormente.

O mesmo raciocínio é válido para os conflitos socioambientais. Aqui, o que se pretende evitar é o escalonamento do conflito para o uso da força, ou seja, quer-se que o imperativo da paz e a manutenção de um estado de sustentabilidade sejam mantidos.

Ocorre que, dentre os conflitos socioambientais verificados na contemporaneidade, a maioria se relaciona ao aproveitamento dos recursos naturais, tais como água, florestas, solo fértil, pedras preciosas e fontes de energia, como o petróleo e a eletricidade, e a pergunta que não quer calar é: como equacionar essa necessidade antropocêntrica mundial de forma pacífica?

17 ENTELMAN, Remo F. **Teoría de conflictos**: hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2002. p. 75 (tradução nossa).

18 AQUINO, Rodrigo Vieira de. **Jurisdição Civil**: o requerimento administrativo prévio à luz da dinâmica dos conflitos. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 31-32.

19 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional; tradução Carlo Coccio-li, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 47.



Pois bem, a tábua de instrumentos jurídicos colocados à disposição dos Estados é ampla. Por exemplo, a carta das Organizações das Nações Unidas (ONU), em seu art. 33, indica que as controvérsias devem ser solucionadas de modo pacífico e que:

As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. 2. O Conselho de Segurança convidará, quando julgar necessário, as referidas partes a resolver, por tais meios, suas controvérsias. As Diretrizes identificam alguns fundamentos-chave para uma mediação eficaz e oferecem algumas sugestões sobre como esses aspectos podem ser aplicados na prática.

Outro importante documento emanado da Assembleia Geral da ONU foi a Resolução n. 65/283, que traz em seu bojo diretrizes para uma mediação eficaz e, ao final, conclui:

O documento mostra a importância de os mediadores terem expertise e apoio profissional, e reconhece a necessidade de uma avaliação cuidadosa e regular, de um planejamento apropriado e de um monitoramento periódico, de modo a aumentar as chances de sucesso e minimizar os erros do mediador. A importância de um ambiente externo de apoio para o processo de mediação é destacada, com ênfase na necessidade de cooperação entre as entidades envolvidas na mediação. Embora todos esses fatores sejam importantes, o sucesso ou fracasso do processo de mediação, em última instância, depende da aceitação das partes do conflito em relação à mediação, bem como de seu comprometimento com a obtenção de um acordo. Se as partes estiverem genuinamente dispostas a investir em uma solução negociada, os mediadores podem desempenhar um papel inestimável.

Como deveria ser e, de fato, é, as Nações Unidas só poderão valer-se da força como *ultima ratio*, conforme determina o capítulo VI do texto específico, que prevê medidas sub-rogatórias no capítulo VII.

Aliás, foi com fulcro no imperativo da paz que surge, em 2006, uma unidade destinada a prestar consultoria, apoio financeiro e logístico a esforços pacifistas conduzidos ou apoiados pelas Nações Unidas.

Trata-se da Unidade de Apoio à Mediação, ou *Mediation Support Unit*, sigla MSU, que passa a receber subsídios e capacitação da ONU para o exercício de seu mister e cria uma plataforma on-line de suma importância para aqueles que necessitam ter o conhecimento sobre o gigantesco mar da conflituosidade, inclusive no campo socioambiental.

A propósito, explicam Gilberto Passos de Freitas e Simone Alves Cardoso:

A Unidade, concebida como um prestador de serviços para o sistema das Nações Unidas, é o ponto focal para as lições aprendidas em desenvolvimento, orientação e melhores práticas, e base de dados com relatos de experiência da ONU com mediação. A Unidade



também apoia as atividades de mediação feita por sócios das organizações das Nações Unidas, tais como organizações regionais e sub-regionais e Estados. Entre as suas funções, a MSU fornece suporte consultivo, financeiro e logístico para processos de paz; trabalha para fortalecer a capacidade de mediação das organizações regionais e sub-regionais; serve como repositório de conhecimento de mediação, lições apreendidas e melhores práticas. Dentro da unidade, foi criada uma Equipe de Espera de Especialistas em Mediação, que são responsáveis pelos projetos de mediação com foco em questões específicas como cessar-fogo, violência sexual e recursos naturais, e tem o objetivo de apoiar os atores relevantes para alcançar uma paz justa, inclusiva e sustentável, através da solução pacífica das controvérsias. O Departamento de Política da ONU desenvolveu e mantém uma ferramenta de suporte on-line de mediação, denominada peacemaker, destinada aos profissionais de pacificação, que inclui um extenso banco de dados com acordos de paz, material de orientação e informações sobre os serviços de apoio a mediação da ONU²⁰.

Há que se fazer menção ainda dos instrumentos de investigação ou inquérito, que são preparatórios ou preliminares que tramitam na instância diplomática, e a conciliação, que pressupõe vínculo de confiança entre os Estados conflitantes no terceiro que emite parecer e conclusão, cuja natureza é meramente opinativa. A negociação, ao fim, promove, de forma bilateral ou multilateral, de forma ampla e a qualquer tempo, a solução para os conflitos de maneira diplomática.

Ao que se verifica, portanto, a diplomacia ocupa especial relevância no que se refere ao tema conflituosidade socioambiental entre soberanias. Todavia, é certo que ela, por si só, não consegue dar o devido tratamento aos problemas socioambientais de ordem internacional, seja pela complexidade da gestão de processos desta estirpe ou pela multiplicidade ideológica em relação à questão ambiental dos atores envolvidos.

Por tal razão, entidades não oficiais, como organizações não governamentais e entidades privadas de defesa do meio ambiente, tem-se engajado no estudo da temática, valendo-se, especialmente, da ferramenta de suporte on-line de mediação, denominada “Peacemaker”, que é destinada aos profissionais de pacificação, na qual há extenso banco de dados com acordos de paz, material de orientação e informações sobre os serviços de apoio à mediação da ONU.

É de se concluir, dessa maneira, que as diretrizes internacionais sobre métodos adequados de resolução de disputas socioambientais da ONU, contribuem, sobremaneira, para prevenir, remediar e solucionar os conflitos entre nações soberanas, com vistas à perpetuação do imperativo da paz.

Porém, é curial que este estado de paz se mantenha perene e, para alcançar tal objetivo, faz-se necessário transformar a cultura de forma estrutural, de modo a derruir as causas e motivações do conflito e fortalecer elementos de união entre os envolvidos.

20 FREITAS, Gilberto Passos de; CARDOSO, Simone Alves. **Esforços institucionais da ONU no apoio à mediação de conflitos e paz inclusiva**. In: I Encontro de Internacionalização do CONPEDI / organizadores: Samantha Ribeiro Meyer Pflug, Luiz Henrique Urquhart Cademartori. – Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. Vol 3, p. 365-384. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/01/NOVO-Miolo-CONPEDI-vol.-3-em-moldes-gr%C3%A1ficos-1.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.



4 GOVERNANÇA E COOPERAÇÃO: O NECESSÁRIO ESFORÇO MÚTUO ENTRE NAÇÕES PARA O ALCANCE DE UMA JUSTIÇA INTERGERACIONAL E SUSTENTÁVEL

Neste capítulo, procuraremos desmistificar a forma pela qual o Estado moderno pode responder ao desafio ambiental global, especialmente no terreno fértil da conflituosidade, e como este desafio afeta um paradigma arraigado, desde então, pelo tratado de Vestefália: que nada mais é do que a autoridade deferida ao Estado para se reger por normas jurídicas cogentes, que possuem por finalidade o bem comum de um povo que se estabelece dentro de um determinado território.

De fato, é com base no conceito tradicional de soberania que os Estados poderiam inovar no estado da técnica, criando, modificando ou extinguindo o direito interno sem atentar para a integridade do meio ambiente, postura cujos impactos serão protraídos no tempo, representando verdadeiro menoscabo à justiça intergeracional.

As consequências do atual sistema antropocêntrico, centrado no estado, para a qualidade da proteção do ambiente são graves e de longo alcance. O foco na soberania territorial leva a uma dominação dos países pobres pelos ricos, dos interesses de hoje sobre os de amanhã e das necessidades humanas sobre as necessidades ambientais²¹.

Denota-se, dessarte, a importância do reconhecimento da existência de interesses comuns de todos os Estados, interesses que, em alguma medida, são capazes de mitigar ou restringir a tradicional visão da soberania, de forma a atrair e estimular uma necessária governança global em matéria de meio ambiente.

Se não há fronteiras para os danos ambientais e não há muros nem barreiras capazes de impedir os prejuízos ecológicos, com efeito, mostra-se imperiosa a necessidade de se introjetar no cenário contemporâneo um constitucionalismo de caráter internacional para reger as relações e os eventuais conflitos que não podem ser decantados pela via estreita da soberania interna. “Repensar o Estado em suas relações externas à luz do atual direito internacional não é diferente de pensar o Estado em sua dimensão interna à luz do direito constitucional²²”. Para isso, é necessário lançar mão de dois conceitos operacionais fundamentais para a compreensão do tema: a cooperação e a governança.

A cooperação está elencada como um dos propósitos da ONU, especificamente em seu art. 1º, §3º, de sua carta de regência. Senão vejamos:

21 BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 202.

22 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional; tradução Carlo Coccio-li, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46.



Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião [...]

Nesse sentido, aliás, um documento internacional de grande magnitude vem ao encontro do que estamos a defender. Trata-se da Declaração de Estocolmo, que expressamente adota a cooperação como forma de se alcançar um meio ambiente hígido, sadio e equilibrado, inclusive no plano internacional.

Vale citar o que o Princípio 24 da Declaração de Estocolmo dispõe:

Todos os países, grandes ou pequenos, devem empenhar-se com espírito de cooperação e em pé de igualdade na solução das questões internacionais relativas à proteção e melhoria do meio. É indispensável cooperar mediante acordos multilaterais e bilaterais e por outros meios apropriados, a fim de evitar, eliminar ou reduzir, e controlar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera possam acarretar para o meio, levando na devida conta a soberania e os interesses de todos os Estados.

Um outro documento internacional de igual envergadura, que impõe a cooperação entre Estados soberanos, é a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, pelo seu Princípio 7: “os Estados irão cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre”.

No Brasil, por exemplo, a própria legislação interna determina a cooperação internacional para a preservação do meio ambiente, sem qualquer ônus, desde que resguardados a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes²³.

A cooperação internacional ambiental, segundo a doutrina, tem por finalidade:

(...) prevenir os atos (dos Estados ou de particulares) que de qualquer maneira possam degradar o meio ambiente, uma vez que este (meio ambiente) não conhece qualquer tipo de fronteira ou limitação geográfica (Milaré, 2009, p. 1229). Daí a necessidade de normativas ambientais (internacionais e nacionais) que prevejam a atuação conjunta das nações como necessária à efetiva proteção do meio ambiente. Tudo isso, seguramente, é reflexo da “dimensão transfronteiriça e global das atividades degradadoras exercidas no âmbito das jurisdições nacionais” (Mirra, 1996, p. 65).²⁴

Porém, de nada adianta a predisposição na costura de um acordo de interesses comuns se não há um órgão que consiga operar, de forma ordeira e impositiva - caso haja necessidade, o fruto resultante desta cooperação. Em outras palavras, a cooperação deve caminhar de mãos dadas com a governança.

23 Nesse sentido, vide: art. 77 da Lei Nº 9.605 de 1998.

24 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; AYALA, Patryck de Araujo. **Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente**: o direito brasileiro e a Convenção de Aarhus, Revista de direito ambiental, vol. 62, São Paulo: RT, abr./2011, p. 223-266.



Não é por outro motivo que Klaus Bosselmann prevê que a forma de superar o problema - soberania territorial vs. meio ambiente global - seria um tratado global de governança ambiental, considerando o meio ambiente um patrimônio comum da humanidade²⁵.

Na prática, é bem provável que a validade de todo o sistema jurídico transnacional dependerá de sua vinculação – formal e material – à existência de organização de governança transnacional, que definiria tanto os valores e as decisões básicas do ordenamento como o sistema de criação e aplicação das normas que o integrariam, a partir principalmente do consenso²⁶.

E, para se implementar uma governança global, entendida aqui – apesar seu caráter polissêmico – como a articulação jurídica para fazer cumprir as agendas, os tratados e as disposições comuns decorrentes da assunção cooperativa da efetiva limitação da soberania interna, concordamos com a solução vislumbrada por Luigi Ferrajoli, para quem:

Isso, na prática, quer dizer uma reforma da atual jurisdição da Corte internacional de justiça de Haia, hoje de ínfima relevância. Bastariam quatro inovações decisivas em seu estatuto atual:

- 1) A extensão de sua competência, atualmente limitada apenas às controvérsias entre Estados, de forma que abranja também os julgamentos de responsabilidade em matéria de guerras, ameaças à paz e violações dos direitos fundamentais;
- 2) A afirmação do caráter obrigatório de sua jurisdição, hoje subordinada, conforme o esquema de julgamentos arbitrais, à aceitação preventiva dos Estados;
- 3) O reconhecimento da legitimação de agir ante a Corte, hoje limitada apenas aos Estados, também aos indivíduos (que, afinal, são os titulares dos direitos fundamentais violados), ou pela menos às centenas de organizações não-governamentais instituídas em tutela dos direitos humanos;
- 4) Finalmente, a introdução, a exemplo do tribunal sobre a ex-Iugoslávia, instituído (infelizmente em via excepcional) pela Resolução n. 808 do Conselho de segurança, de 22 de fevereiro de 1993, da responsabilidade pessoal dos governantes no que diz respeito aos crimes de direito internacional – guerras, lesões irreversíveis ao meio ambiente e, em geral, todas aquelas ofensas aos direitos humanos que não podem ser punidas dentro dos Estados por serem cometidas normalmente pelos próprios Estados -, crime, enfim, que deveriam ser sistematizados num código penal internacional²⁷.

Sendo assim, após o necessário esforço mútuo entre Estados-nações para o alcance de uma justiça intergeracional e sustentável, o referencial unificador do direito sofreria uma mudança de paradigma, a saber: o antropocentrismo cedendo espaço para o ecocentrismo, de modo que as normas jurídicas, internas e externas, tratassem o tema meio ambiente – abrangendo todas suas formas de vida - como objeto de proteção integral.

25 BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 205.

26 CRUZ, Paulo Márcio e OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 17, n.1, p. 18-28, 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635>>. Acesso em: 21 jan. 2022.

27 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional; tradução Carlo Coccio-li, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 54-55.



E, para que tais normas sejam reconhecidas como dotadas de justiciabilidade, e não como meras falácias de pertencimento ao direito, como parecem ser na atualidade, as sugestões encampadas por Ferrajoli acima descritas deveriam ser implementadas. Com efeito, seria necessário que, antes, essa falta de poder de império fosse reconhecida pela cultura jurídica e política dos Estados soberanos e eles se mostrassem dispostos a cooperar para “uma limitação efetiva da soberania dos Estados por meio da introdução de garantias jurisdicionais contra violações da paz, externamente, e dos direitos humanos, internamente²⁸”, de modo a derruir as causas e motivações de conflitos que ultrapassem os limites geográficos e fortalecer elementos de união entre os envolvidos, com vistas à perpetuação do imperativo da paz.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É infosismável a crescente tendência de conflitos transfronteiriços entre soberanias, decorrentes da globalização econômica, política e social. Por tal razão, sua materialização necessita de estudos aprofundados, seja no seu estágio embrionário, na sua dinamicidade quando o conflito já estiver instalado e, em último caso, nas formas de apropriada resolução com vistas à perpetuação do estado de paz no mundo contemporâneo.

A Transnacionalização, como categoria jurídica, é capaz de absorver esta árdua missão relevada pelo cenário contemporâneo se, evidentemente, o campo gravitacional de concentração de poder sofra a seguinte mutação: do Estado-nação para o Estado-transnacional.

Faz-se necessário, outrossim, que um órgão transnacional assuma a tábua de negociações em matéria de conflitos transfronteiriços, atuando de modo imparcial e tendo como objetivo a manutenção do imperativo da paz entre as nações.

A Organização das Nações Unidas desenvolve um papel deveras importante nesse cenário: o de disponibilizar diversos mecanismos de facilitação de solução amigável nas hipóteses de eventuais conflitos.

Por isso, para entender como se chega no acordo estimulado pela paz, o conhecimento da teoria sociológica do conflito e a investigação ontológica do fenômeno é uma estrada adrede capaz de evitar o uso indiscriminado da força.

No entanto, visto que aludidos mecanismos não são dotados de justiciabilidade, e diante da existência de interesses comuns de todos os Estados, surge a relevância de um esforço mútuo para o alcance de uma justiça intergeracional e sustentável, de forma a atrair e estimular uma necessária e alvissareira governança global.

Esta governança global, todavia, encontra impedimento na relutância dos Estados - estes que, não raro, sequer cogitam ceder minimamente parcela de sua soberania para questões singelas - nesta salutar ampliação do “Contrato Social”.

28 Idem, p. 54.



Talvez pelo fato de que essa cessão implique na criação de um Código Penal Internacional e resulte na responsabilidade pessoal dos próprios governantes, muitos dos quais, de maneira incessante, ofendem os mais mezinhos direitos humanos com a certeza de que tal violação não será objeto de qualquer juízo de repreensão pela comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Rodrigo Vieira de. **Jurisdição Civil**: o requerimento administrativo prévio à luz da dinâmica dos conflitos. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Brasil: Edições 70, 2015, versão Kindle.

BOSELNANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno** – São Paulo: Companhia das letras, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio e OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 17, n.1, p. 18-28, 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635>>. Acesso em: 21 jan. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado** – 32ª. Ed – São Paulo: Saraiva, 2013.

ENELNANN, Remo F. **Teoría de conflictos**: hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional; tradução Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Gilberto Passos de; CARDOSO, Simone Alves. **Esforços institucionais da ONU no apoio à mediação de conflitos e paz inclusiva**. In: I Encontro de Internacionalização do CONPEDI / organizadores: Samantha Ribeiro Meyer Pflug, Luiz Henrique Urquhart Cademartori. – Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. Vol 3, p. 365-384. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/01/NOVO-Miolo-CONPEDI-vol.-3-em-moldes-gr%C3%A1ficos-1.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

KELSEN, Hans. **La transformación del concepto de soberania**, DPU, Nº 58, Jul-Ago/2014, p. 33-34. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2303/1193>. Acesso em: 02 fev. 2022.



MAZZUOLI, Valério de Oliveira; AYALA, Patryck de Araujo. **Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente**: o direito brasileiro e a Convenção de Aarhus, Revista de direito ambiental, vol. 62, São Paulo: RT, abr./2011, p. 223-266.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4ª ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.



REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado** – 5ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2000, p. 125.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: STELZER, Joana; CRUZ, Paulo Márcio (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes. **20 anos de sustentabilidade**: reflexões sobre avanços e desafios. **Revista da Unifebe (Online)**, v. 11, p. 239-252, 2012.



SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável**: desdobramentos e desafios pós-relatório Brundtland. Livro eletrônico. 1. ed. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 17. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 21 jan. 2022.





**A UTILIZAÇÃO DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS E DO PRECEDENTE
JUDICIAL ESTRANGEIRO: UM NOVO
PARADIGMA PARA A RESOLUÇÃO DOS
CONFLITOS AMBIENTAIS NO BRASIL**

**Jefferson Zanini
Luciana Pelisser Gottardi Trentini**



A UTILIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E DO PRECEDENTE JUDICIAL ESTRANGEIRO: UM NOVO PARADIGMA PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS AMBIENTAIS NO BRASIL

THE USE OF INTERNATIONAL TREATIES AND FOREIGN JUDICIAL PRECEDENT: A NEW PARADIGM FOR THE RESOLUTION OF ENVIRONMENTAL CONFLICTS IN BRAZIL

Jefferson Zanini¹

Luciana Pelisser Gottardi Trentini²

Resumo

O propósito deste artigo é analisar a hipótese de a Constituição de 1988 autorizar a utilização dos tratados internacionais e do precedente judicial estrangeiro para a resolução dos conflitos ambientais. No seu decorrer, investiga-se a aderência do direito ambiental às Constituições dos países da América Latina e da União Europeia. Prossegue-se examinando o influxo dos tratados internacionais e do precedente judicial estrangeiro no ordenamento jurídico transnacional. Por fim, examina-se a existência de permissão na Constituição de 1988 para a utilização dos tratados internacionais e do precedente judicial estrangeiro na resolução dos conflitos ambientais.

Palavras-chave: Meio ambiente. Constituição. Direito fundamental.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the hypothesis that the 1988 Constitution authorizes the use of international treaties and foreign judicial precedent for the resolution of environmental conflicts. In its course, it investigates the adherence of environment to the Constitutions of Latin American and European Union countries. It goes on to examine the influence of international treaties and foreign legal proceeds on the transnational legal system. Finally, it examines the existence of permission in the 1988 Constitution for the use of international treaties and foreign judicial precedent in the resolution of environmental conflicts.

Keywords: Environment. Constitution. Fundamental right.

1 Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajai (Univali). E-mail: jeffersonzanini@yahoo.com.br

2 Mestra e Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajai (Univali). E-mail: lugott@hotmail.com.



1 INTRODUÇÃO

Somente a partir da Declaração de Estocolmo de 1972 é que os países começaram a se preocupar seriamente com a questão ambiental, inserindo o meio ambiente nos textos constitucionais³. Até então, as “[...] Constituições tinham por objetivo principal estabelecer, no plano institucional, a mecânica governamental básica e, na perspectiva substantiva, resguardar o cidadão contra governantes arbitrários [...]”⁴. Com esse movimento, efetiva-se a substituição do paradigma da legalidade ambiental pelo paradigma da constitucionalidade ambiental⁵.

Paralelamente, os países se convenceram de que os problemas ambientais são transnacionais. Afinal, “sempre que ocorre um dano ambiental, o gozo dos direitos humanos está potencialmente em perigo”⁶. Com isso, ocorre uma aproximação dos conceitos de direitos humanos e meio ambiente, pois ambos são necessários para propiciar melhores condições de vida para os seres humanos⁷.

Essa tomada de consciência sobre a indispensabilidade do meio ambiente⁸ também propiciou o florescimento de normas internacionais de proteção ambiental. Isso porque “nenhum Estado pode se eximir da obrigação fundamental de proteger a vida e dignidade de um indivíduo”⁹. Essas normas geralmente envolvem aquilo que Klaus Bosselmann denomina de direitos ambientais procedimentais, isto é, abrangem a “[...] transparência, prestação de contas e participação na tomada de decisões”¹⁰.

De outro lado, os Tribunais nacionais e supranacionais também passaram a atuar diretamente na proteção do meio ambiente, proferindo decisões nos casos de conflitos ambientais. Essa forma de proteção ambiental se desenvolve nos casos de ameaça de dano ao meio ambiente e, também, nas hipóteses de efetiva lesão.

Ocorre que os sistemas jurídicos, via de regra, limitam a resolução do conflito à legislação produzida pelo legislador nacional ou à jurisprudência dos tribunais do país. Não obstante, o acesso à justiça, tanto no viés de acesso à decisão judicial como no enfoque da efetividade da tutela jurisdicional, configura uma forma efetiva e eficaz de proteção de direitos fundamentais, sobretudo aquele que envolve o meio ambiente equilibrado. Assim, a decisão judicial não pode

3 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.

4 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58.

5 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79.

6 BOSSELMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 77.

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

8 BOSSELMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 77.

9 BOSSELMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 76.

10 BOSSELMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 80.



dispensar a consideração das normas e decisões internacionais que maximizam a proteção dos direitos humanos.

Nesse andar, pretende-se, neste artigo, analisar as categorias meio ambiente, Constituição e direitos fundamentais, com a finalidade de investigar se a Constituição de 1988 autoriza a utilização dos tratados internacionais e do precedente judicial estrangeiro para a resolução dos conflitos ambientais. O estudo está dividido em três tópicos: no primeiro, verifica-se a aderência do direito ambiental às Constituições dos países da América Latina e da União Europeia; no segundo, examina-se o influxo dos tratados internacionais e do precedente judicial estrangeiro no ordenamento jurídico transnacional; no terceiro, avalia-se a existência de permissão da Constituição de 1988 para a utilização dos tratados internacionais e do precedente judicial estrangeiro na resolução dos conflitos ambientais.

Quanto à metodologia, foi empregado o método indutivo, com a utilização das técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

2 A ADERÊNCIA DO DIREITO AMBIENTAL ÀS CONSTITUIÇÕES DOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA E DA UNIÃO EUROPEIA

A Declaração de Estocolmo de 1972¹¹, que reconheceu o direito de o homem viver em ambiente de qualidade, constitui o marco inicial do constitucionalismo ambiental. Foi um momento histórico, pois, com a publicação da declaração, houve a abertura de caminho para que os legisladores de várias partes do mundo editassem leis mais específicas e também implementassem instrumentos mais eficazes em defesa ao meio ambiente.

Além disso, as Constituições supervenientes à declaração de Estocolmo começaram a incorporar o meio ambiente como um direito fundamental, com sua característica de direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados¹². Esse fenômeno de incorporação do direito ao meio ambiente nas Constituições é conhecido como esverdeamento¹³, ecologização¹⁴ ou constitucionalismo ambiental¹⁵. Na visão de Anizio Pires Gavião Filho,

11 “Princípio 1 O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”.

“Princípio 2 Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano**. 5-16 de junho de 1972. Disponível em: <<https://cetesb.sp.gov.br/posgraduacao/wp-content/uploads/sites/33/2016/09/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Estocolmo-5-16-de-junho-de-1972-Declar%C3%A7%C3%A3o-da-Confer%C3%A2ncia-da-ONU-no-Ambiente-Humano.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2022).

12 SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 72.

13 LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221.

14 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p.85.

15 WEIS, Lael K. Environmental constitutionalism: Aspiration or transformation? **International journal of constitutional law**, v. 16, n. 3, p. 836-870, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/moy063>>. Acesso em: 21 set. 2021.



É a partir desse ingresso na pauta dos documentos internacionais que as questões relativas ao ambiente começam a receber normalização constitucional. Segundo Miranda, se entre os anos 40 e 50 e a primeira metade da década de 70, as referências constitucionais ao ambiente eram escassas e esparsas, a partir da Constituição de Portugal de 1976, abriu-se uma segunda fase, com a consagração de um “direito ao ambiente” vinculado a um significado conjunto de incumbências do Estado e da sociedade [...] A Constituição da Grécia de 1975 já trazia uma regulamentação detalhada de várias questões ambientais [...] A Constituição da Espanha de 1978, ao tratar dos “direitos e deveres fundamentais” e dos “princípios orientadores da política social e econômica”, em seu art. 45, estabeleceu a norma segundo a qual todos têm o direito a desfrutar de um ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa e, ao mesmo tempo, todos têm o dever de conservá-lo [...].¹⁶

Atualmente, dos 193 Países Membros das Nações Unidas¹⁷, 177 contemplam o meio ambiente, de alguma forma, nas suas Cartas Magnas¹⁸. E, na América Latina, não foi diferente, como se pode observar nas Constituições do Panamá (1972), Cuba (1976), Peru (1979), Equador (1979), Chile (1980), Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Haiti (1987), Nicarágua (1987) e Colômbia (1991)¹⁹. No Brasil²⁰, os reflexos desta mudança de pensamento introduzida pela Declaração de Estocolmo reverberaram nas Leis ns. 6.766/1979²¹, 6.803/1980²², 6.938/1981²³ e 7.347/1985, e, também, na própria Constituição de 1988²⁴.

A tendência de incorporação do meio ambiente nas Constituições da América Latina ocorreu ora mediante a inclusão da proteção no texto constitucional, ora com a alteração das

16 GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Direito Fundamental ao Ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 22-23.

17 Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/member-states>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

18 BOTHE, Anja. Força normativa do constitucionalismo ambiental. **Direito constitucional luso e brasileiro na contemporaneidade**, v. 2, p. 215-227, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ual.pt/handle/11144/4561>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

19 SHOHANI, Ahmad; ATAEL, Elham; NOROUZI, Nina. Constitucionalismo Ambiental na América Latina. **Jornal Universal de Ciências Sociais e Humanas**, 1, 2021, p. 54-66. Disponível em: <<https://www.scipublications.com/journal/index.php/ujssh/article/view/96>>. Acesso em: 30 set. 2021.

20 “Assim a normatização infra-constitucional autônoma de Direito Ambiental no Brasil só se verificou depois, a partir da década de 80, com o advento da Lei 6938, de 31 de agosto de 1981, que resultou também da atuação de entidades representativas da sociedade civil, Associações Comunitárias, Ambientalistas e Religiosas, tais como da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (a Campanha da Fraternidade da Igreja Católica Brasileira no ano de 1979, que ocupou grandes espaços nos meios de comunicação de massa, tinha por objeto o meio ambiente, sob o título “Preservar o que é de todos”), da Ordem dos Advogados do Brasil, de organizações ecológicas não-governamentais, instituiu então a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e o Sistema Nacional do Meio Ambiente, adotando, em geral, os princípios e fins normativos da Conferência das Nações Unidas de Estocolmo, de 1972, antes referida. [...] Logo após, foi instituída a Ação Civil Pública e o Inquérito Civil, através da Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985, que estabeleceu um inovador mecanismo de defesa judicial do meio ambiente, cuja legitimação ativa de tal pertence não só ao Ministério Público, mas também às associações civis [...]”. (GOMES, Sebastião Valdir. *Direito ambiental brasileiro*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 27).

21 “Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências”. (BRASIL. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm>. Acesso em: 18 fev. 2022).

22 “Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências”. (BRASIL. Lei n. 6.803, de 2 de julho de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6803.htm>. Acesso em: 18 fev. 2022).

23 “Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências”. (BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 18 fev. 2022).

24 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.



normas existentes²⁵. Esse movimento constitucional dos países latino-americanos de agregação do meio ambiente à Constituição se desenvolveu das seguintes formas: (1) vinculação do meio ambiente à saúde pública; (2) consideração de direitos ambientais coletivos; (3) consagração de direitos ambientais; (4) qualificação do meio ambiente como o direito à vida e à sua qualidade; (5) incorporação do desenvolvimento sustentável; (6) transformação da sustentabilidade em direito e dever, como se observa nas Constituições do Equador (1998), Venezuela (1999), El Salvador (2000) e Uruguai (2004)²⁶.

Nos dias atuais, ocorre uma nova mudança de paradigma, desta vez sob a perspectiva biocêntrica, claramente identificada nas Constituições de Equador (2008) e da Bolívia (2009). Nessas Cartas, estabelece-se uma nova relação entre o homem e a natureza - ou Pachamama -, na qual esta última passa a ser sujeito de direitos, gozando da condição de exigir respeito à sua existência para a manutenção de seus ciclos de vida, entre outros²⁷. Esse movimento, denominado de novo constitucionalismo latino-americano, tem por objetivo promover “uma ressignificação de conceitos como legitimidade e participação popular – direitos fundamentais da população”²⁸.

Nos países integrantes da União Europeia, a Declaração de Estocolmo também representou o marco inicial do constitucionalismo ambiental. Segundo Alexandra Aragão,

A Comunidade Económica Europeia esteve presente na Conferência de Estocolmo, e três meses depois, em Outubro de 1972, realizou-se em Paris uma reunião de Chefes de Estado e de Governo dos Estados Membros das Comunidades Europeias. Ai, os Chefes de Estado e de Governo proferiram uma declaração pública demonstrando a sua preocupação pelo meio ambiente e encarregaram a Comissão Europeia da elaboração de um programa de acção em matéria de ambiente. A Declaração de Paris consagrava a ideia de que “a expansão económica”, que não é um fim em si mesma, deve, prioritariamente, permitir atenuar as disparidades das condições de vida; deve prosseguir-se com a participação de todas as forças sociais e deve traduzir-se numa melhoria da qualidade e do nível de vida. [...] Conceder-se-á particular atenção à proteção do meio ambiente com o fim de pôr o progresso ao serviço do Homem. É nesta cimeira que habitualmente se erradica o começo da Política do Ambiente.²⁹

Se o constitucionalismo ambiental latino-americano se desenvolveu no seio das Constituições, “na União Europeia o esverdear foi um processo gradual que acompanhou as várias

25 SHOHANI, Ahmad; ATAEL, Elham; NOROUZI, Nina. Constitucionalismo Ambiental na América Latina. **Jornal Universal de Ciências Sociais e Humanas**, 1, 2021, p. 54-66. Disponível em: <<https://www.scipublications.com/journal/index.php/ujssh/article/view/96>>. Acesso em: 30 set. 2021.

26 SHOHANI, Ahmad; ATAEL, Elham; NOROUZI, Nina. Constitucionalismo Ambiental na América Latina. **Jornal Universal de Ciências Sociais e Humanas**, 1, 2021, p. 54-66. Disponível em: <<https://www.scipublications.com/journal/index.php/ujssh/article/view/96>>. Acesso em: 30 set. 2021.

27 SHOHANI, Ahmad; ATAEL, Elham; NOROUZI, Nina. Constitucionalismo Ambiental na América Latina. **Jornal Universal de Ciências Sociais e Humanas**, 1, 2021, p. 54-66. Disponível em: <<https://www.scipublications.com/journal/index.php/ujssh/article/view/96>>. Acesso em: 30 set. 2021.

28 ALVES, Marina Vitória. **Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-americano**: Características e Distinções. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/neoconstitucionalismo-e-novo-constitucionalismo-latino-americano-caracteristicas>>. Acesso em: 30 set. 2021.

29 ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.



revisões gerais que os Tratados³⁰ foram sofrendo³¹. A propósito, “foi o Acto Único Europeu, que em 1987, atribuiu pela primeira vez competências ambientais à Comunidade Econômica Europeia³². Antes da edição desse tratado, muitos países europeus, preocupados com os problemas ambientais, incluíram nas Constituições o direito ao ambiente, como Portugal (1972), Grécia (1975) e Espanha (1978).

Com a entrada em vigor do Acto Único Europeu, os Estados-membros da União Europeia abdicaram de grande parte de sua soberania na área ambiental em favor da União Europeia. Essa entidade supranacional passou a deter competência para as questões ambientais, reservando-se a atuação dos Estados-membros apenas para as situações de omissão daquela³³. A situação não se alterou com a subscrição dos Tratados de Maastricht (1992), Amesterdão (1997), Nice (2001) e Lisboa (2009), permanecendo a proteção do meio ambiente como competência partilhada e ficando os Estados-membros cada vez mais afastados da atuação ambiental³⁴.

Atualmente, a política ambiental da União Europeia está definida no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia³⁵, mais especificamente nos artigos 191³⁶, 192³⁷ e 193³⁸.

30 “A União Europeia assenta no Estado de Direito. Isso significa que todas as suas iniciativas têm por base Tratados que foram aprovados voluntária e democraticamente por todos os países da UE. Por exemplo, se um domínio de intervenção não for mencionado num Tratado, a Comissão não pode propor legislação nesse domínio. Os Tratados são acordos vinculativos entre os países da UE, que definem os objetivos prosseguidos pela UE, as regras de funcionamento das instituições europeias, o processo de tomada de decisão e as relações entre a UE e os países que a constituem. Por vezes, os Tratados são alterados para melhorar a eficácia e a transparência do funcionamento da UE, preparar a adesão de novos países ou alargar a cooperação entre os países da UE a novos domínios, como no caso da moeda única. Ao abrigo dos tratados, as instituições europeias podem adotar legislação que, em seguida, é aplicada pelos países da UE. Os textos integrais dos Tratados, da legislação, da jurisprudência e das propostas legislativas podem ser consultados na [base de dados EUR-Lex](https://eur-lex.europa.eu/)”. (UNIÃO EUROPEIA. **Acordos constitutivos**. Disponível em: <https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/principles-and-values/founding-agreements_pt>. Acesso em: 3 fev.2022).

31 ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

32 ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

33 BOTHE, Anja. Força normativa do constitucionalismo ambiental. **Direito constitucional luso e brasileiro na contemporaneidade**, v. 2, p. 215-227, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ual.pt/handle/11144/4561>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

34 ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45.

35 ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

36 “O art. 191º, que contém essencialmente disposições de natureza substantiva: os objetivos da política de ambiente no n.1, os princípios gerais no n.2, e os pressupostos no n.3. No n. 4 prevê-se a cooperação ambiental internacional”. (ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47).

37 “O art. 192º, que contém essencialmente disposições de natureza processual: nos seus três primeiros números descrevem-se os processos deliberativos possíveis, a utilizar, consoante a natureza das medidas de protecção do ambiente a adotar; no n. 4 estabelece-se a regra do financiamento nacional desta política e no n. 5 voltam a estabelecer-se regras relativas ao conteúdo das medidas de protecção do ambiente – neste caso, a possibilidade de serem estabelecidas derrogações ao regime adaptado ou apoios financeiros aos Estados.” (ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47).

38 “[...] no artigo 193, estabelece uma clausula de “opting out”, permitindo a um Estado Membro criar ou manter, no seu território, medidas nacionais de protecção ambiental mais reforçadas do que as da própria Comunidade”. (ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO,



Não obstante, assevera Anja Bothe que nem na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia nem nos tratados da União Europeia se encontra explicitamente o direito ao meio ambiente. A proteção ambiental se limita a um princípio da integração da procura do desenvolvimento sustentável em todas as políticas da União e aos direitos à dignidade, à vida, à integridade, às liberdades em forma de segurança, vida privada e familiar, de expressão, de informação e de associação³⁹.

É fato, portanto, que o fenômeno de esverdeamento das Constituições constitui uma tendência mundial, embora não ocorra de forma padronizada. Como afirmam José Rubens Morato Leite e Heline Sivin Ferreira,

Analisando-se a inserção do direito fundamental ao meio ambiente sadio nos mais diversos contextos constitucionais, pode-se vislumbrar a existência de, precipuamente, três conformações jurídicas: na primeira delas, reconhece-se unicamente a dimensão subjetiva do direito em questão, ou seja, o meio ambiente é considerado em uma perspectiva ainda antropocêntrica, e nesse sentido, limita-se a atribuir a todos o direito de viver em um ambiente de qualidade; a segunda conformação ressalta tão somente a dimensão objetiva do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, estabelecendo o dever de proteção ambiental e, portanto, afastando-se da vinculação exclusiva com os interesses essencialmente humanos; por fim, tem-se um direito fundamental de natureza dúplice, projetando em uma dimensão objetiva-subjetiva e, nesse sentido, reunindo direitos e deveres em uma única formulação⁴⁰.

Essa falta de sintonia entre as Constituições faz com que a proteção ao meio ambiente não seja efetiva ou suficiente, até porque “constitucionalizar é uma coisa; constitucionalizar bem, outra totalmente diversa. Ninguém deseja uma Constituição reconhecida pelo que diz e desprezada pela que faz ou deixa de fazer”⁴¹. Mesmo assim, não se pode deixar de reconhecer que a “[...] constitucionalização do meio ambiente traz benefícios variados e de diversas ordens, tanto de caráter substantivo e outros de caráter formal, bem palpáveis, pelo impacto real que podem ter na (re)organização do relacionamento do ser humano e com a natureza”⁴².

Mas não basta a constitucionalização do meio ambiente para se assegurar a sua efetiva proteção. Como obtempera Luís Roberto Barroso, “as diferentes situações jurídicas (individuais, coletivas ou difusas) criadas pela Constituição seriam de ínfima valia se não houver meio adequados para garantir a concretização dos seus efeitos”⁴³.

José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47). 39 BOTHE, Anja. Força normativa do constitucionalismo ambiental. **Direito constitucional luso e brasileiro na contemporaneidade**, v. 2, p. 215-227, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ual.pt/handle/11144/4561>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

40 LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivin. Tendências e perspectivas do Estado ambiental no Brasil. In: FERRERIA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Orgs.). *Estado Direito Ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 19.

41 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87.

42 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95.

43 BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. In: MILARÉ, Edis; MACHADO,



Isso demonstra que “o acesso à justiça é, pois, requisito indispensável à proteção do meio ambiente”⁴⁴. Não por outro motivo que Paulo Marcio Cruz e Zenildo Bodnar escrevem que

O acesso efetivo à Justiça Ambiental é um assunto que deve estar no centro das reflexões pela sua importância direta no que tange à consolidação de novos comportamentos e atitudes no que concerne ao ambiente. A plena garantia do acesso à Justiça Ambiental não diz respeito apenas ao aspecto procedimental, como conjunto de garantias e medidas para a facilitação do ingresso em juízo, mas também ao conteúdo dos provimentos jurisdicionais para a efetiva consecução da justiça na perspectiva social e ecológica, ou seja, ao acesso a uma ordem pública ambiental justa nas perspectivas difusa, transgeracional e global⁴⁵.

A importância do acesso à justiça para a proteção ambiental vem expressa no artigo 9º da Convenção sobre Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Questões Ambientais – ou Convenção de Aarhus, de 2001 -, da Comunidade Europeia⁴⁶, o qual dispõe que os países signatários devem garantir “[...] acesso a um procedimento revisional diante de um tribunal, para ‘contestar a legalidade substantiva e procedimental’ (§ 2º) de decisões ambientais”⁴⁷, e, também, no artigo 8 do Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe - ou Acordo de Escazú, de 2018 – da Organização das Nações Unidas, o qual preceitua que “cada Parte garantirá o direito de acesso à justiça em questões ambientais de acordo com as garantias do devido processo”⁴⁸.

Nesse viés, a efetiva defesa do meio ambiente depende do acesso à Justiça, tanto sob a perspectiva da tutela jurisdicional quanto da sua efetividade. Isso demonstra a necessidade de protagonismo dos juízes na resolução dos conflitos ambientais, “projetando um ‘agir’ simultaneamente proativo e protetivo para o ambiente e os direitos socioambientais⁴⁹, pois somente com uma postura de inserção do meio ambiente com fim e medida é que a força normativa da Constituição será concretizada⁵⁰.

Paulo Affonso Leme (Orgs.). **Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1031.

44 FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

45 CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. As dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, p. 155-166, jul./set. 2014. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5007509>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

46 COMUNIDADE EUROPEIA. **Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente**. 24 de outubro de 2003. Disponível em: <<https://unece.org/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

47 BOSSELMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 81.

48 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe**. 4 de março de 2018. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2022.

49 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 391.

50 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27.



3 O INFLUXO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL E DO PRECEDENTE ESTRANGEIRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO TRANSNACIONAL

A globalização, compreendida como a “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam comunidades distantes, de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas [...]”⁵¹, descortinou a existência de problemas jurídicos, sobretudo na seara dos direitos humanos, que são insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal⁵². Como consequência de um “[...] imperativo da cooperação, os próprios Estados promoveram uma transformação fundamental na estrutura da sociedade”⁵³. A partir de então, houve um aumento do número de tratados entre os Estados com as finalidades de dar segurança jurídica às relações comerciais e de fixar compromissos para a consecução de objetivos comuns em matéria de direitos humanos e proteção ambiental⁵⁴.

Os tratados são normas de direito internacional que produzem efeitos jurídicos, normas vinculantes, direitos e obrigações. Como decorrem das relações existentes entre Estados, têm a vontade como seu elemento constitutivo.⁵⁵ Uma vez aprovados, os tratados internacionais introduzem no sistema jurídico nacional uma norma de estrutura constitucional. Além disso, traduzem um valor ético e denotam a existência de interesses que são comuns aos Estados e estão interligados⁵⁶.

Ocorre que a globalização, além de ampliar a utilização dos institutos típicos de direito internacional, também gerou a aproximação de sistemas jurídicos nacionais, permitindo “[...] a criação de pontes, de mecanismos de tradução de instituições jurídicas que podem viabilizar um diálogo entre juízes”⁵⁷, de maneira que o direito estrangeiro e o direito internacional passam a influenciar o direito nacional⁵⁸. Isso possibilitou o surgimento de outra técnica de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Trata-se do fenômeno chamado *diálogo entre juízes*⁵⁹, o qual

51 GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, p. 69.

52 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. XXI.

53 NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional**: um estudo sobre a *soft law*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 79.

54 MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogo entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 29.

55 NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional**: um estudo sobre a *soft law*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 119.

56 NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional**: um estudo sobre a *soft law*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 80.

57 MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogo entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 30.

58 ROTHENBURG, Walter Claudius. Diálogo internacional entre juízes: a influência do direito estrangeiro e do direito internacional na solução de casos de direitos fundamentais. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 40-41.

59 Esse processo de integração normativa também é denominado de transconstitucionalismo por Marcelo Neves (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009) e de transjudicialismo



“[...] pode ser compreendido como uso de referências cruzadas de decisões proferidas por Cortes que não guardam entre si relação de hierarquia”⁶⁰.

O objetivo dessa técnica é solucionar a aplicação, em casos concretos, de disposições normativas aparentemente contraditórias ou sanar lacuna legislativa, com a finalidade de proteger a pessoa humana⁶¹. Não se trata de utilização do precedente estrangeiro em qualquer questão, mas apenas naqueles casos em que o acervo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal esteja desatualizado ou defasado, ou, ainda, revele-se em confronto com a promoção e fortalecimento do sistema de direitos humanos”⁶². Nas palavras de André Ramos Tavares,

Nesta proposta dialógica, a Justiça Constitucional nacional deve estar aberta a outras experiências e realidades, permitindo-se receber argumentações e soluções a partir de enfrentamentos distintos de seus próprios, compreendendo que suas possíveis alternativas devam passar pela consideração desses elementos estrangeiros⁶³.

Portanto, não se cuida de uma permissão para o juiz invocar os precedentes estrangeiros que confirmam a tese defendida e nem para transpor o direito alienígena para o sistema nacional⁶⁴. A sua finalidade é a aplicação do direito mais favorável na resolução de problema que envolve direitos fundamentais, maximizando a sua eficácia⁶⁵. Como adverte André Ramos Tavares, o propósito é “[...] identificar experiências estrangeiras vencedoras ou desenvolvidas no sentido da proteção máxima dos direitos humanos fundamentais [...]”⁶⁶.

Ademais, “[...] não basta demonstrar tratar-se de prática compatível com o constitucionalismo. Mais do que isso, parece-me impositivo demonstrar o motivo pelo qual sua utilização deve ser realizada”⁶⁷, e, também, justificar a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional⁶⁸. Somente assim se estará cumprindo o dever de obrigatoriedade de as decisões

ou cross-constitucionalismo por André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 3, n.12, p.17-55, out./dez. 2009).

60 MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogo entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 27.

61 SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira Gomes. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, n. 143, p. 209-210, Dezembro, 2017.

62 SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Diálogo entre juízes em matéria constitucional. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 66.

63 TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 3, n.12, out./dez. 2009, p. 33.

64 SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira Gomes. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, n. 143, p. 213, Dezembro, 2017.

65 ROTHENBURG, Walter Claudius. Diálogo internacional entre juízes: a influência do direito estrangeiro e do direito internacional na solução de casos de direitos fundamentais. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 46.

66 TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 3, n.12, out./dez. 2009, p. 34.

67 TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 3, n.12, out./dez. 2009, p. 44.

68 TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 3, n.12, out./dez. 2009, p. 44.



judiciais serem fundamentadas e se assegurando a transparência quanto ao uso de fontes estrangeiras e das razões adotadas no julgamento⁶⁹.

Assim, incumbe ao juiz cotejar o precedente estrangeiro com o direito pátrio, sobretudo no que diz respeito aos valores universais⁷⁰, e demonstrar a semelhança entre os fatos e as situações jurídicas existentes em cada um dos casos⁷¹. Isso significa que a interpretação deve ser sistemática, visualizando-se o ordenamento jurídico como um todo⁷², sem perder de vista que a finalidade dessa técnica é a adoção racional de precedente estrangeiro mediante a exposição dos elementos que levam o julgador à adoção da mesma *ratio decidendi*⁷³.

O modo em que ocorre o contraste do precedente estrangeiro com o direito nacional configura o arquétipo que André Ramos Tavares designou como “modelo de interlocução”. Segundo o doutrinador,

Uma das principais formas de utilização da jurisprudência constitucional estrangeira [...] pelas Justiças Constitucionais parece ser a da abertura para a compreensão, discussão, reflexão e eventual aproveitamento dessas decisões e de suas razões de decidir, mas considerando a perspectiva, particularidades e nacionalidade (dentro da dogmática vigente) do caso [...] apresentado para julgamento. Isso significa, portanto, que não há uma mera deferência à jurisprudência estrangeira, mas sim a tomada de conhecimento de sua existência para eventual utilização determinante no contexto da solução nacional⁷⁴.

Esse “modelo de interlocução” do precedente estrangeiro, além de cumprir o requisito da justificação, permite a manutenção da coerência do sistema constitucional de valorização da pessoa humana⁷⁵. Afinal, “[...] o sistema constitucional de direitos fundamentais, quando supõe a suprema expressão de ordem axiológica da comunidade, projeta sua unidade de sentido ao restante do sistema normativo, sendo o postulado guia hermenêutico de todo o ordenamento jurídico e político [...]”⁷⁶.

69 TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 3, n.12, out./dez. 2009, p. 47.

70 MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogo entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 35.

71 SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira Gomes. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, n. 143, p. 214, Dezembro, 2017.

72 SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira Gomes. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, n. 143, p. 211, Dezembro, 2017.

73 SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira Gomes. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, n. 143, p. 224, Dezembro, 2017.

74 TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 3, n.12, out./dez. 2009, p. 32.

75 SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira Gomes. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, n. 143, p. 211, Dezembro, 2017.

76 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 21



Por outro lado, a falta de aferição crítica do precedente estrangeiro faz com que a sua citação tenha função meramente decorativa na decisão judicial. Segundo André Ramos Tavares, nesse “modelo decorativo” são feitas “[...] citações estrangeiras, de maneira textual, sem qualquer demonstração de pertinência, de pesquisa estrangeira ampla, de diálogo com o material colhido”⁷⁷.

De qualquer modo, o fenômeno da troca de precedentes judiciais não exige um diálogo efetivo entre os Tribunais⁷⁸, podendo ocorrer de três formas: a) comunicação horizontal, mediante a adoção de precedente entre Tribunais com o mesmo status, mas sem vínculo hierárquico⁷⁹; b) comunicação vertical, quando a troca de precedentes ocorre entre Tribunais de diferentes status⁸⁰; c) comunicação horizontal-vertical, quando o precedente gerado pela interação entre os Tribunais de diferentes status passa a circular horizontalmente⁸¹.

Ainda, sob o aspecto do grau de reciprocidade, o diálogo entre juízes pode ser direto, monólogo ou indireto. No diálogo direto, ocorre apenas uma citação cruzada entre os Tribunais sobre um mesmo tema, “[...] como se uma corte respondesse a outra quanto à aplicabilidade e alcance de determinado argumento jurídico”⁸². No monólogo, sucede apenas a citação de um precedente de outro Tribunal, a título de argumento de autoridade, para justificar uma decisão sobre caso concreto ainda sem solução em sua jurisdição⁸³. No diálogo indireto, o argumento empregado por um Tribunal é esquadrinhado “[...] entre outras duas ou mais cortes sem necessariamente haver a participação da Corte que desenvolveu o fundamento”⁸⁴.

O uso da técnica da troca de precedente demanda a demonstração prévia da existência de uma cláusula de abertura ou de aceitação no sistema constitucional nacional⁸⁵. Consoante magistério de Guilherme Amorim Campos da Silva,

77 TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 3, n.12, out./dez. 2009, p. 31.

78 MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogo entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 32.

79 Por exemplo, quando o precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos é adotado pelo Supremo Tribunal Federal

80 A título exemplificativo, quando um Tribunal de um dos Estados-membros incorpora um precedente do Tribunal de Justiça da União Europeia.

81 MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogo entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 34.

82 MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogo entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 33.

83 MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogo entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 33.

84 MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogo entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 33-34.

85 TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 3, n.12, out./dez. 2009, p. 44.



As denominadas cláusulas de abertura do nosso sistema constitucional constituem-se na autorização do legislador constituinte para que o juiz constitucional, no exercício de sua função de qualificar a interpretação constitucional, possa, em face de determinados critérios [porque seu poder não é absoluto, incondicionado ou ilimitado], valer-se de precedentes estrangeiros na busca da solução mais adequada juridicamente a uma determinada questão posta para exame do Supremo Tribunal Federal⁸⁶.

Essa verificação da existência de cláusula de abertura se deve ao fato de que nem todas as questões jurídicas estão sujeitas à resolução por meio da integração do precedente jurídico. Assim, como existem casos em que a Constituição bloqueia o uso da jurisprudência constitucional estrangeira, faz-se necessário um enfrentamento preliminar acerca da viabilidade de uso da jurisprudência constitucional estrangeira⁸⁷.

Doutro lado, a invocação de precedentes de outros ordenamentos jurídicos não está imune às críticas. Para alguns, a introdução de normas de direito alienígena pode afetar a democracia, na medida que a legislação deixa de ser produzida com base no processo político representativo⁸⁸. Contudo, como a utilização de precedente estrangeiro tem por escopo aumentar o grau de proteção dos direitos fundamentais, tem-se a sua conformação à face substancial da democracia. Nas palavras de Luigi Ferrajoli, “[...] os direitos fundamentais exprimem a dimensão que eu chamo de ‘substancial’ da democracia, em oposição àquela ‘política’ ou ‘formal’ [...]”⁸⁹. Logo, como a decisão política não pode dispor sobre a liberdade e os direitos fundamentais, possível concluir que a adoção de precedente estrangeiro que assegura a concretização de um direito fundamental não viola a democracia⁹⁰.

Para além, a aplicação de precedente estrangeiro também tem o papel decisivo de impor alterações estruturais nos ordenamentos jurídicos que contam com práticas preconceituosas⁹¹. Com efeito, os direitos fundamentais são universais, indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos⁹². Nessa condição, representam uma limitação à autonomia

86 SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Diálogo entre juízes em matéria constitucional. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 62.

87 TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 3, n.12, out./dez. 2009, p. 45.

88 MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogo entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 33-34.

89 FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 25.

90 FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 26.

91 MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogo entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 35.

92 FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 20-24.



privada, pois estão subtraídos do poder de disposição de seus titulares⁹³. Por conseguinte, as decisões proferidas por Tribunais estrangeiros têm o condão de fazer cessar as práticas odiosas, aumentando a eficácia dos direitos fundamentais.

Nessa tessitura, é forçoso reconhecer que “a opção pela abertura à jurisdição constitucional não nacional deve ser amplamente praticada, por todas nações, e não apenas por algum grupo específico de países, quando se tratar de direitos humanos fundamentais”⁹⁴. O nível de proteção dos direitos humanos somente será incrementado se as experiências jurídicas externas forem aproveitadas⁹⁵, quer pela aceitação dos tratados internacionais, quer pela utilização do precedente estrangeiro.

4 A ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 PARA A UTILIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E PRECEDENTES ESTRANGEIROS NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS AMBIENTAIS

A Constituição de 1988 conta com um extenso rol de direitos fundamentais, previstos no Título II⁹⁶. Além disso, contém cláusula que permite a abertura do ordenamento jurídico nacional para o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. De acordo com o art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988⁹⁷, também são considerados direitos fundamentais aqueles previstos em tratados internacionais e, também, em “outros decorrentes do mesmo regime e dos princípios por ela adotados”⁹⁸. Ainda, o art. 5º, § 3º, da Constituição de 1988⁹⁹, “[...] confere pontualmente ao Direito Internacional a categoria de norma constitucional e tende a uma unificação normativa que realça os direitos fundamentais [...]”¹⁰⁰.

Como se observa, a Constituição de 1988, de forma inovadora, também incluiu como direitos constitucionalmente protegidos todos os direitos humanos enunciados nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil¹⁰¹. Assim, por opção do legislador constituinte originário, 93 FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 64.

94 TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 3, n.12, out./dez. 2009, p. 50.

95 ROTHENBURG, Walter Claudius. Diálogo internacional entre juízes: a influência do direito estrangeiro e do direito internacional na solução de casos de direitos fundamentais. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 39.

96 MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 213.

97 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

98 SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira Gomes. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, n. 143, p. 213, Dezembro, 2017.

99 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

100 ROTHENBURG, Walter Claudius. Diálogo internacional entre juízes: a influência do direito estrangeiro e do direito internacional na solução de casos de direitos fundamentais. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 49.

101 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 69.



são considerados fundamentais os direitos expressos na Constituição de 1988 e também aqueles previstos em tratados internacionais¹⁰². Essa abertura do sistema constitucional brasileiro revela o “[...] seu alinhamento com as ordens jurídicas supranacionais protetoras de direitos humanos fundamentais, bem como o sistema em que fica inserida sua aplicação, interpretação e ampliação da força normativa, dada a determinação da prevalência dos direitos humanos”¹⁰³.

Por conseguinte, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos têm status constitucional, porquanto visam a salvaguarda dos direitos do ser humano¹⁰⁴. Quanto aos demais tratados internacionais, têm força normativa infraconstitucional, pois calcados no equilíbrio e na reciprocidade que permeiam a relação entre Estados-partes, não passando de mero compromisso¹⁰⁵. Desse modo, a incorporação dos tratados que dispõem sobre direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro é automática, não necessitando da edição de ato normativo¹⁰⁶.

No tocante ao precedente judicial estrangeiro, a sua incorporação pelo sistema jurídico nacional tem arrimo no art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988¹⁰⁷. Com efeito, dispõe a norma constitucional em questão que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]”. Esse comando denota que o sistema constitucional também é moldado por direitos fundamentais implícitos, que são aqueles que, conquanto não estejam claramente identificados no texto, podem ser hauridos a partir da interpretação dos princípios adotados pela Constituição. Assim, suficiente à configuração de um direito como fundamental a sua compatibilização com os valores e princípios consagrados na Constituição de 1988¹⁰⁸. Como ensina Flávia Piovesan,

O valor da dignidade humana [...] impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional¹⁰⁹.

Disso resulta que, se a *ratio decidendi* do precedente estrangeiro contiver os mesmos valores e princípios congregados pela Constituição de 1988 – por exemplo, a dignidade da pessoa humana (CFRB, art. 1º, III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CFRB, art. 1º, IV) -,

102 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 214.

103 SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Diálogo entre juízes em matéria constitucional. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 62.

104 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 71.

105 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 71.

106 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 72.

107 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

108 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 214.

109 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 69.



está autorizada a sua utilização para resolver problema jurídico que envolve direitos fundamentais. Como afirma Guilherme Amorim Campos da Silva,

As fontes dos precedentes estrangeiros devem refletir uma identificação com os valores consagrados na Constituição da República em torno de princípios fundamentais: a democracia, a prevalência dos direitos humanos, o Estado de Direito, em que a separação dos poderes seja uma realidade e o comprometimento com a construção de uma ordem jurídica internacional, baseada na cultura da realização dos direitos humanos fundamentais, seja prática efetiva¹¹⁰.

Na seara ambiental, o art. 225 da Constituição de 1988¹¹¹ erigiu o meio ambiente equilibrado como um direito fundamental¹¹². Com isso, “[...] o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que outros valores sociais relevantes só depois de décadas, ou mesmo séculos, lograram conquistar”¹¹³. Isso decorre da relação de interdependência que existe entre direitos humanos e proteção ambiental¹¹⁴. Nas palavras de José Afonso da Silva,

O ambientalismo passou a ser tema de elevada importância nas Constituições mais recentes. Entra nelas deliberadamente como direito fundamental da pessoa humana, não como simples aspecto da atribuição de órgãos ou de entidades públicas, como ocorria em Constituições mais antigas¹¹⁵.

Não fosse o suficiente, “[...] é comumente aceito hoje em dia que um dano ambiental pode causar uma violação dos direitos humanos [...]”¹¹⁶. Veja-se que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou que os danos causados ao meio ambiente por empresas de mineração também importavam em violação dos direitos à vida, liberdade e segurança pessoal dos índios Yanomamis¹¹⁷. Da mesma forma, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos admitiu que os danos ambientais afetam os direitos protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos¹¹⁸.

Mais além, o Princípio 1 da Declaração de Estocolmo pronuncia que “o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade [...]”¹¹⁹. Diante disso, não pairam dúvidas de que o direito ao

110 SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Diálogo entre juízes em matéria constitucional. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 73.

111 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

112 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 216.

113 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 73.

114 BOSSELMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 73.

115 SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 46

116 BOSSELMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 82.

117 BOSSELMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 82.

118 BOSSELMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 84.

119 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano**. 5-16 de junho de 1972. Disponível em: <<https://cetesb.sp.gov.br/posgraduacao/wp-content/uploads/sites/33/2016/09/Decla->



meio ambiente equilibrado também configura um direito humano. No ponto, esclarece Klaus Bosselmann:

Podemos concluir que os direitos humanos e o meio ambiente estão inseparavelmente interligados. Sem os direitos humanos, a proteção ambiental não poderia ter um cumprimento eficaz. Da mesma forma, sem a inclusão do meio ambiente, os direitos humanos correriam o perigo de perder a sua função central, qual seja, a proteção da vida humana, de seu bem-estar e de sua integridade¹²⁰.

Dentro desse quadro jurídico, pode-se concluir que o sistema jurídico brasileiro admite a utilização dos tratados internacionais e dos precedentes judiciais estrangeiros para a resolução dos conflitos ambientais. Com efeito, a Constituição de 1988 determina que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil gozam de eficácia de norma constitucional. Da mesma forma, a Constituição de 1988, quando consagra o princípio da máxima efetividade de suas normas para a proteção de direitos e a efetivação de garantias fundamentais¹²¹, admite implicitamente a possibilidade de adoção do precedente judicial estrangeiro que estiver alinhado aos seus valores éticos.

Ainda, é inegável que a proteção ambiental serve à preservação de todos os elementos essenciais à vida humana. Por conseguinte, a manutenção do equilíbrio ecológico assegura a concretização de um direito fundamental da pessoa humana¹²². Em sendo assim, afigura-se possível que, no Brasil, os conflitos ambientais sejam resolvidos à luz dos tratados internacionais e dos precedentes judiciais estrangeiros, desde que estes tenham potencial para maximizar a eficácia das normas de proteção ambiental, até porque a Constituição de 1988 contempla “[...] um inequívoco dever de não degradar [...]”¹²³ o meio ambiente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É incontestável que “os tratados internacionais de direitos humanos inauguraram um novo paradigma para a pós-modernidade: o da supranacionalidade, o que tem afetado fortemente as ordens constitucionais nacionais”¹²⁴. Com isso, as normas de direito internacional, assim como o precedente estrangeiro, assumem relevante papel na formação do convencimento, permitindo a incorporação de argumentos axiológicos voltadas à resolução de problemas que envolvem direitos humanos¹²⁵.

[ra%C3%A7%C3%A3o-de-Estocolmo-5-16-de-junho-de-1972-Declara%C3%A7%C3%A3o-da-Confer%C3%Aancia-da-ONU-no-Ambiente-Humano.pdf](#)>. Acesso em: 18 fev. 2022.

120 BOSSELMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 91.

121 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 70.

122 SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 61. Grifo no original.

123 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 73.

124 PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Tratado de Lisboa: a significação de um novo Direito Constitucional? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009, p. 131. Grifo no original.

125 ROTHENBURG, Walter Claudius. Diálogo internacional entre juízes: a influência do direito estrangeiro e do direito



Todavia, a utilização das normas de direito internacional e dos precedentes judiciais estrangeiros demanda a existência de abertura constitucional. Além disso, somente pode ser implementada se for para a maximização dos direitos fundamentais.

Nessa dimensão, o estudo encetado permitiu elucidar o problema de pesquisa, consistente na verificação da existência de autorização na Constituição de 1988 para a utilização dos tratados internacionais e do precedente judicial estrangeiro para a resolução dos conflitos ambientais. Com efeito, o direito ao meio ambiente equilibrado é considerado pelo art. 225 da Constituição de 1988 como um direito fundamental.

Ainda, a Constituição de 1988, além de atribuir aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos a eficácia de norma constitucional, também consagra o princípio da máxima efetividade para a proteção de direitos humanos. Diante disso, como a proteção ambiental serve à preservação de todos os elementos essenciais à vida humana, transparece manifesto que os tratados internacionais e os precedentes judiciais estrangeiros podem ser adotados para a resolução dos conflitos ambientais brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marina Vitória. **Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-americano: Características e Distinções**. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/neo-constitucionalismo-e-novo-constitucionalismo-latino-americano-caracteristicas>>. Acesso em: 30 set. 2021.

ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Européia. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. In: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). **Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

BOTHE, Anja. Força normativa do constitucionalismo ambiental. **Direito constitucional luso e brasileiro na contemporaneidade**, v. 2, p. 215-227, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ual.pt/handle/11144/4561>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

internacional na solução de casos de direitos fundamentais. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 44.



BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm>. Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL. Lei n. 6.803, de 2 de julho de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6803.htm>. Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 18 fev. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMUNIDADE EUROPEIA. **Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente**. 24 de outubro de 2003. Disponível em: <<https://unece.org/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. As dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, p. 155-166, jul./set. 2014. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5007509>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Direito Fundamental ao Ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GOMES, Sebastião Valdir. **Direito ambiental brasileiro**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivin. Tendências e perspectivas do Estado ambiental no Brasil. In: FERRERIA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Orgs.). **Estado Direito Ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.



LEITE, Jose Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogo entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional**: um estudo sobre a *soft law*. São Paulo: Atlas, 2005.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. XXI.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano**. 5-16 de junho de 1972. Disponível em: <<https://cetesb.sp.gov.br/posgraduacao/wp-content/uploads/sites/33/2016/09/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Estocolmo-5-16-de-junho-de-1972-Declara%C3%A7%C3%A3o-da-Confer%C3%Aancia-da-ONU-no-Ambiente-Humano.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe**. 4 de março de 2018. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2022.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Tratado de Lisboa: a significação de um novo Direito Constitucional? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Diálogo internacional entre juízes: a influência do direito estrangeiro e do direito internacional na solução de casos de direitos fundamentais. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira Gomes. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, n. 143, p. 209-210, Dezembro, 2017.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Diálogo entre juízes em matéria constitucional. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). **Diálogo entre juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

SHOHANI, Ahmad; ATAEI, Elham; NOROUZI, Nina. Constitucionalismo Ambiental na América Latina. **Jornal Universal de Ciências Sociais e Humanas**, 1, 2021, p. 54-66. Disponível em: <<https://www.scipublications.com/journal/index.php/ujssh/article/view/96>>. Acesso em: 30 set. 2021.

TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 3, n.12, p.17-55, out./dez. 2009).

UNIÃO EUROPEIA. **Acordos constitutivos**. Disponível em: <https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/principles-and-values/founding-agreements_pt>. Acesso em: 3 fev.2022

WEIS, Lael K. Environmental constitutionalism: Aspiration or transformation? **International journal of constitutional law**, v. 16, n. 3, p. 836-870, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/moy063>>. Acesso em: 21 set. 2021.





**A TOMADA DE DECISÃO RELATIVA AO MEIO
AMBIENTE: CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DA
ANÁLISE DO COMPORTAMENTO DE SKINNER
PARA A FORMULAÇÃO DE ESTRATÉGIAS EM
DIREITO AMBIENTAL**

Ana Luisa Schmidt Ramos



A TOMADA DE DECISÃO RELATIVA AO MEIO AMBIENTE: CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DA ANÁLISE DO COMPORTAMENTO DE SKINNER PARA A FORMULAÇÃO DE ESTRATÉGIAS EM DIREITO AMBIENTAL

DECISION-MAKING RELATED TO THE ENVIRONMENT: CONTRIBUTIONS OF SKINNER'S BEHAVIOR ANALYSIS THEORY TO THE FORMULATION OF STRATEGIES IN ENVIRONMENTAL LAW

Ana Luisa Schmidt Ramos¹

Resumo

Pretende-se, com o artigo, abordar as contribuições que a teoria da Análise do Comportamento de Skinner pode fornecer à implementação de estratégias que conduzam a comportamentos sustentáveis. Parte-se da ideia de que uma das ferramentas que o Estado pode utilizar para preservar o meio ambiente às presentes e futuras gerações é a intervenção no domínio econômico e que para implementá-la – o que implica em modificar o comportamento humano – é necessário conhecer os indivíduos aos quais as normas se destinam e o contexto em que se inserem.

Palavras-chave: Direito ambiental. Intervenção no domínio econômico. Análise do comportamento. Skinner.

Abstract

The aim of this article is to address the contributions that Skinner's Behavior Analysis theory can provide to the implementation of strategies that lead to sustainable behaviors. It starts from the idea that State can intervene in the economic domain to preserve the environment for present and future generations. To do this, it's necessary to know the individuals to whom the norm must reach and the context in which they are inserted.

Keywords: Environmental law. Intervention in the economic domain. Behavior analysis. Skinner.

¹ Acadêmica do curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão da Disciplina Teoria do Estado e da Constituição. 2021. Professor: Cesar Luiz Pasold, Dr.



1 INTRODUÇÃO²

Por que a Análise do Comportamento de Skinner pode auxiliar na compreensão da tomada de decisão relativa ao meio ambiente e, por via de consequência, na formulação de estratégias que conduzam a comportamentos mais sustentáveis? Desde que assinalada a relação entre o risco da extinção humana no planeta e a degradação ambiental bem como o desprezo dessa última a fronteiras, têm os Estados buscado meios de retardar esse processo. O Brasil não ficou de fora e, além de estabelecer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental de terceira geração, impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de protegê-lo não apenas para as presentes, mas também às futuras gerações. Uma das formas de fazê-lo é pela intervenção econômica. Daí a relevância em se apontar o papel da Análise do Comportamento na consecução desse objetivo.

Para tanto, a abordagem se divide da seguinte forma: o item 2 trata de Skinner, a Modificação do Comportamento e o Direito Ambiental; o item 3 do Papel do Estado na Preservação do Meio Ambiente; o item 4 da Proteção ao Meio Ambiente e o Contexto Econômico; o item 5 da Intervenção no Domínio Econômico como instrumento de preservação ambiental; e por fim, o item 6 das Considerações Finais.

Utilizou-se o método indutivo com pesquisa bibliográfica para o desenvolvimento do trabalho. Foram realizados fichamentos a partir dos conceitos operacionais e da categorização³. O Referente para este artigo é conhecimentos e reflexões úteis para a minha futura Tese de Doutorado, cujo Tema é “de que forma(s) a Economia de Fichas na tarifação da água, associada à tecnologia, pode ser utilizada como instrumento de incentivo ao uso racional da água pelo consumidor doméstico”.

2 SKINNER, A MODIFICAÇÃO DO COMPORTAMENTO E O DIREITO AMBIENTAL⁴

Inicialmente, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da relação existente entre a Psicologia e o Direito. A Psicologia, sob a ótica da Análise do Comportamento, ciência fundamentada na filosofia denominada por Burrhus Frederick Skinner Behaviorismo Radical, tem por objeto o estudo do comportamento humano, ou seja, o estudo das relações existentes entre o indivíduo e o seu ambiente. Já o Direito, embora não haja consenso sobre seu significado, pode ser

2 Parte das ideias desenvolvidas neste artigo constaram de RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A eficácia da lei ambiental, no Brasil e Espanha, em fomentar o comportamento sustentável em disciplina urbanística**. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019.

3 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14 ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018.

4 Os conceitos aqui apresentados foram desenvolvidos em RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A eficácia da lei ambiental, no Brasil e Espanha, em fomentar o comportamento sustentável em disciplina urbanística**. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019



definido, segundo Bobbio, como um conjunto de normas ou regras de conduta⁵. Em outras palavras: enquanto a Psicologia se ocupa das relações entre o indivíduo e seu ambiente, o Direito trata das normas que regulam essas relações. Real Ferrer⁶ sintetiza bem a ideia de relação do Direito com o comportamento ao lecionar que o Direito Ambiental serve a modificar o comportamento humano com o objetivo de proteger o meio ambiente e ao menos retardar, assim, a extinção humana do planeta.

Dito dessa maneira, já se pode antever que, de fato, a Psicologia de Skinner tem contribuições importantes a fornecer ao Direito Ambiental. O ponto de encontro dos dois campos de conhecimento é o comportamento humano.

Pois bem. Skinner destacou a existência de uma certa ordem, ou regularidade, na maneira como as pessoas se comportam, o que possibilita a sua previsibilidade⁷. Estudar o comportamento, portanto, implica em buscar identificar fatores que o influenciam – ou que alteram a probabilidade de sua ocorrência – para que, então, se possa prevê-lo e, se for o caso, modificá-lo⁸.

A grande maioria dos comportamentos dos indivíduos é influenciada por suas consequências passadas⁹. Isto é, alguns eventos ambientais consequentes (ou estímulos) – aqueles que ocorrem após determinada ação (ou resposta) do indivíduo – fazem com que ações semelhantes a essa tenham maior ou menor probabilidade de ocorrerem no futuro. Se aumentarem-lhe a frequência, diz-se que a consequência foi reforçadora. Se diminuirmos-lhe, a consequência terá sido aversiva¹⁰.

Um reforço é dito *positivo* quando a consequência controladora do comportamento o torna mais provável de ocorrer pela “apresentação de estímulos, no acréscimo de alguma coisa” à situação¹¹. Uma forma de fazer isso é com dinheiro, reforçador que, por poder ser trocado por outras coisas, é generalizado por excelência¹². Diz-se que o reforço é *negativo* quando consistir na remoção de alguma coisa. Em ambos os casos – positivo e negativo –, repita-se, o efeito é o mesmo: a probabilidade da repetição daquela ação que o antecedeu será aumentada¹³.

5 BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6 ed. São Paulo: Edipro, 2016.

6 REAL FERRER Gabriel. **La Construcción del Derecho Ambiental**. Revista Novos Estudos Jurídicos, 18(3), 2013. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/5128/0>>. Acesso em: 3 jun. 2022.

7 SKINNER, B.F. **Ciência e comportamento humano**. Tradução João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

8 HÜBNER, Maria Martha Costa; MOREIRA, Márcio Borges. **Temas clássicos da psicologia sob a ótica da análise do comportamento**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

9 SKINNER, B.F. **Ciência e comportamento humano**. Tradução João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20.

10 HÜBNER, Maria Martha Costa; MOREIRA, Márcio Borges. **Temas clássicos da psicologia sob a ótica da análise do comportamento**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015, p. 23.

11 SKINNER, B.F. **Ciência e comportamento humano**. Tradução João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

12 SKINNER, B.F. **Ciência e comportamento humano**. Tradução João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 81.

13 SKINNER, B.F. **Ciência e comportamento humano**. Tradução João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 81.



A forma de controle de comportamento mais comum na vida moderna, no entanto, não é o reforço, mas a *punição*. De acordo com Skinner, até mesmo os sistemas legais costumam se basear em punições, como são as multas e as prisões. A ideia da punição – ou da ameaça de punição – é reduzir tendências de determinados comportamentos indesejados¹⁴ e, assim como o reforço, pode ser positiva ou negativa. Quando se adiciona um estímulo aversivo ao ambiente, diz-se que a punição é positiva. Se um estímulo reforçador lhe for retirado, a punição será, então, negativa¹⁵.

A Análise do Comportamento prevê, ainda, a extinção operante. Tida por Skinner como um modo efetivo de remover um comportamento do repertório de alguém, ela ocorre nas situações em que um reforçador deixar de ser apresentado¹⁶.

Importante ressaltar que o conceito de estímulo aversivo é relacional e funcional: não há estímulos eminentemente aversivos ou reforçadores para todas as pessoas em todas as situações¹⁷. Em outras palavras: um estímulo será aversivo/reforçador a depender do indivíduo e do contexto em que ele estiver inserido.

Essas breves noções sobre comportamento – e de seu controle – são importantes porque é pelo exercício do poder de reforçar e punir que certas agências controlam o comportamento dos indivíduos. Uma dessas agências controladoras é justamente a lei, conceituada por Skinner como sendo “uma regra de conduta no sentido de que especifica as consequências de certas ações que por seu turno ‘regem’ o comportamento”¹⁸. Outra forma de controle reconhecida pela Análise do Comportamento é o controle econômico, por meio de subsídios e bônus que, ao contrário da lei – que busca desencorajar o indivíduo a agir ilegalmente –, o induz a agir legalmente¹⁹.

No contexto ambiental, a lei e o controle econômico se constituem em importantes instrumentos de controle e de modificação do comportamento humano. O Direito Ambiental, lembre-se, tem por objetivo preservar o meio ambiente e tais agências poderão conduzir o indivíduo a ações mais sustentáveis. Vejamos como.

3 O PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

A existência humana está, de fato, em risco. Sabemos que todas as espécies alteram o ambiente em que vivem para atender às suas necessidades, mas o ser humano, ensina Real Ferrer, “por suas imensas capacidades físicas e intelectuais, tem a capacidade exclusiva de criar novas

14 SKINNER, B.F. **Ciência e comportamento humano**. Tradução João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 199.

15 SKINNER, B.F. **Ciência e comportamento humano**. Tradução João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

16 SKINNER, B. F. **Science and human behavior**. Free Press. Kindle Edition, 1965.

17 SKINNER, B. F. **Science and human behavior**. Free Press. Kindle Edition, 1965, p. 188.

18 SKINNER, B.F. **Ciência e comportamento humano**. Tradução João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 370.

19 SKINNER, B.F. **Ciência e comportamento humano**. Tradução João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 377.



necessidades, que vão muito além da mera subsistência²⁰ e, para atendê-las, agride a natureza e esgota os recursos naturais²¹.

Isso se fez sentir com maior intensidade a partir da modernidade, especificamente após a Revolução Industrial. Foi a partir da tomada de consciência de que tantas alterações no ecossistema global poderiam influenciar as expectativas de sobrevivência humana no planeta, que o Direito Ambiental se desenvolveu²². Desde o início da década de 1970, os problemas de poluição, advindos da industrialização, começaram a preocupar os países da Europa²³. Percebeu-se a urgência em se estabelecer políticas ambientais que buscassem evitar os danos ambientais de forma eficaz, mais justa e menos dispendiosa possível^{24, 25}

Pode-se dizer que a degradação ambiental, na medida em que acarreta “efeitos diretos e indiretos sobre as condições de vida, saúde, trabalho e propriedade dos indivíduos”, é nociva aos Direitos Humanos²⁶. A proteção do ambiente, garantia dos direitos das gerações futuras, impôs-se como um direito fundamental²⁷ de terceira geração – de solidariedade –, que pressupõe, como ensina Canotilho, o dever de colaboração de todos os Estados²⁸.

Essa compreensão existe também no Brasil. A Constituição da República de 1988, em seu artigo 225²⁹, além de consagrar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado³⁰, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações³¹.

20 FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 3, 2013. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>>. Acesso em: 18 ago. 2017

21 RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A eficácia da lei ambiental, no Brasil e Espanha, em fomentar o comportamento sustentável em disciplina urbanística**. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019.

22 FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 3, 2013. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>>. Acesso em: 18 ago. 2017

23 ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do ambiente na União Europeia. In CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

24 ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do ambiente na União Europeia. In CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

25 RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A eficácia da lei ambiental, no Brasil e Espanha, em fomentar o comportamento sustentável em disciplina urbanística**. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019.

26 CURNIL, Christel; COLARD-FABREGOULE, Catherine. **Alterações ambientais globais e Direitos Humanos**. Tradução Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 2012, p. 39-40.

27 CURNIL, Christel; COLARD-FABREGOULE, Catherine. **Alterações ambientais globais e Direitos Humanos**. Tradução Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 2012, p. 39-40.

28 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 2003, p. 386.

29 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

30 PASOLD, Cesar Luis. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev e amp. Itajaí: Univali. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUNÇÃO%20SOCIAL%20DO%20ESTADO%20CONTEMPORÂNEO.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

31 O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi reconhecido como direito fundamental de terceira geração pelo Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança n. MS 22.164-0/SP. Naqueles autos, o relator, Ministro Celso de Mello, ressaltou que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos e se constitui em “um típico direito de terceira geração que assiste, de modo objetivamente indeterminado, a todo o



4 A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E O CONTEXTO ECONÔMICO³²

O comportamento humano, como se viu, não ocorre isoladamente, mas inserido em contexto. Em se tratando de questões relativas ao meio ambiente, o contexto econômico é importante meio de interação entre os indivíduos. O comportamento de uma economia reflete no comportamento de quem a constitui³³. A economia, em si, não se comporta, mas sim as pessoas que praticam as ações econômicas: são elas que consomem ou compram bens e serviços e também as que vendem bens e serviços. A forma como tomam as decisões relativas a essa compra ou venda definem o comportamento da economia.

Ao decidir, diz Skinner, “o indivíduo manipula variáveis relevantes [...], porque se assim o fizer tem certas consequências reforçadoras”. Quatro são os princípios que, em Análise Econômica, fundamentam a tomada de decisões. O primeiro diz respeito às *disjuntivas* enfrentadas pelos indivíduos, isto é, tomar decisões implica eleger entre os benefícios de um objetivo e os de outro. O segundo se relaciona ao *custo de oportunidade*, àquilo a que se deve renunciar para obter alguma coisa. O terceiro diz que as pessoas racionais pensam em *termos marginais*, vale dizer, uma pessoa racional atua se e somente se o benefício marginal dessa ação for maior que o custo. E, por último, o quarto princípio informa que os indivíduos são *otimizadores* e tomam decisões comparando custos e benefícios, respondendo, portanto, a incentivos³⁴.

Essas decisões de consumo, conforme observado pela *Teoria Clássica da Economia*, costumam ser tomadas racionalmente³⁵. Vale dizer, o *homo economicus*, quer se trate de um consumidor, quer se trate de produtor, busca, ao máximo, um resultado considerado útil: o consumidor, o máximo de utilidade – comprar o maior número possível de bens nos limites do seu rendimento –, e o produtor, o máximo de lucro – vender o maior número possível de bens nos limites dos seus custos de produção³⁶. Para tomar uma decisão racional que maximize a utilidade, de acordo com essa teoria, os consumidores podem saber tudo a respeito da decisão tomada e também processar muito depressa toda essa informação³⁷.

gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e das futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social (CELSO LAFER, ‘A reconstrução dos Direitos Humanos’, p. 131/132, 1988, Companhia das Letras)”. Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.164**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de outubro de 1995. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 27 set. 2021.

32 As ideias aqui apresentadas foram desenvolvidas em RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A eficácia da lei ambiental, no Brasil e Espanha, em fomentar o comportamento sustentável em disciplina urbanística**. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019.

33 MANKIWI, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. 3 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016, p. 5.

34 MANKIWI, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. 3 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

35 MANKIWI, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. 3 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

36 PILLET, Gonzague. **Economia ecológica: introdução à economia do ambiente e recursos naturais**. Tradução de Lucinda Martinho. Lisboa: Piaget, 1993, p. 13-14.

37 MANKIWI, N. Gregory; TAYLOR, Mark P. **Economía**. Tradução Esther Rabasco. Espanha: Paraninfo, 2017, p. 153.



Todavia, já alertava Skinner, o comportamento de tomar decisões é frequentemente deficiente³⁸. De fato, a Teoria Clássica da Economia tem sido superada pela ideia de *racionalidade limitada* de Herbert Simon, segundo a qual os seres humanos cometem erros na tomada de decisões, isto é, tomam decisões sujeitas às restrições da informação limitada e pouco confiável, com a limitação da quantidade de informações que podem processar e com restrições temporais³⁹. Significa que o indivíduo escolhe a melhor opção dentre aquelas que conhece. No futuro, se tiver mais informação, essa escolha lhe poderá parecer não ótima⁴⁰.

Dos muitos erros que podem ser cometidos na emissão de juízos e tomada de decisões, destacam-se: i) a excessiva autoconfiança; ii) a atribuição de peso a um pequeno número de observações vividas – além do acionamento de um processo chamado de Sistema de Ativação Reticular (SAR), que chama a atenção sobre aquilo a que se procura; iii) a resistência à mudança de opinião; iv) a tendência natural de buscar exemplos que confirmem as opiniões ou hipóteses que já se tem – o empirismo ingênuo de Nassim Nicholas Taleb; e v) a utilização de regras práticas, ou heurísticas⁴¹.

Também os dirigentes das empresas, ao tomarem decisões relacionadas à produção, enfrentam a questão de maximizar a produção ou minimizar os custos⁴².

Trata-se das isoquantas de produção, ou seja, a função que representa todas as combinações possíveis de fatores - trabalho, capital, terra - disponíveis para se obter um determinado nível de produção, e as linhas de isocostes, que mostram as diferentes combinações de fatores de produção possíveis de se comprar com um determinado orçamento⁴³.

Mas o que isso tem a ver com o meio ambiente? Ora, o contexto econômico é relevante porque, quando toma decisões relativas ao meio ambiente, o indivíduo segue a mesma lógica econômica. Seja consumidor ou produtor, ele buscará a máxima utilidade – comparando custos e benefícios – e ficará igualmente sujeito à informação restrita e pouco confiável.

Tal circunstância deve ser considerada quando se estudam as sanções e recompensas no âmbito ambiental, já que o contexto em que as ações se inserem determinarão se determinado estímulo – seja ele antecedente ou conseqüente – é aversivo ou não⁴⁴. Lembre-se que nenhum

38 SKINNER, B.F. **Ciência e comportamento humano**. Tradução João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 267.

39 MANKIWI, N. Gregory; TAYLOR, Mark P. **Economía**. Tradução Esther Rabasco. Espanha: Paraninfo, 2017, p. 153.

40 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

41 MANKIWI, N. Gregory; TAYLOR, Mark P. **Economía**. Tradução Esther Rabasco. Espanha: Paraninfo, 2017, p. 153.

42 MANKIWI, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. 3 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016, p. 341.

43 MANKIWI, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. 3 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

44 RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A eficácia da lei ambiental, no Brasil e Espanha, em fomentar o comportamento sustentável em disciplina urbanística**. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019.



estímulo é aversivo por si só, mas sempre relacionado ao contexto e ao indivíduo que o experimenta⁴⁵ e, portanto, as “punições” e “recompensas” também⁴⁶. Assim, por exemplo, uma multa por infração administrativa ambiental será considerada um estímulo aversivo tanto mais seu valor for igual ou superior aos benefícios obtidos com a respectiva infração⁴⁷. Até mesmo uma condenação à pena privativa de liberdade dependerá do contexto, pois será considerada um estímulo aversivo quanto maior for a probabilidade de sua efetiva aplicação no caso concreto. Se o indivíduo acreditar que ficará impune – seja por ausência de fiscalização ou até mesmo pela demora do Judiciário na prestação jurisdicional – é possível que não veja a previsão penal como algo a inibir suas ações⁴⁸. No mesmo sentido as recompensas. Se o incentivo fiscal, vale dizer, o benefício obtido com uma ação tida como sustentável, for superior aos custos para implementá-la, poderá ser considerado um estímulo recompensador pelo indivíduo e é provável que ele decida aplicá-la⁴⁹. Essa relação entre custo e benefício costuma fazer parte do contexto em que o indivíduo se insere e, portanto, deverá ser considerada⁵⁰.

5 A INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

Como visto, uma das agências controladoras do comportamento humano é o controle econômico. Assim o Direito, ensina Eros Grau, “deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas”⁵¹. A ação estatal sobre os contratos, prossegue o autor, os transforma em “condutos da ordenação dos mercados [...] na busca por soluções de desenvolvimento e justiça social”⁵².

Ferrajoli bem assinalou a transformação de muitos bens ecológicos – a exemplo da água e da atmosfera –, tidos há até recentemente, como meras coisas, em bens comuns, dada a sua

45 SKINNER, B.F. **Ciência e comportamento humano**. Tradução João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

46 RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A eficácia da lei ambiental, no Brasil e Espanha, em fomentar o comportamento sustentável em disciplina urbanística**. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019.

47 RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A eficácia da lei ambiental, no Brasil e Espanha, em fomentar o comportamento sustentável em disciplina urbanística**. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019.

48 RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A eficácia da lei ambiental, no Brasil e Espanha, em fomentar o comportamento sustentável em disciplina urbanística**. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019.

49 RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A eficácia da lei ambiental, no Brasil e Espanha, em fomentar o comportamento sustentável em disciplina urbanística**. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019.

50 RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A eficácia da lei ambiental, no Brasil e Espanha, em fomentar o comportamento sustentável em disciplina urbanística**. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019.

51 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 15.

52 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 93.



crescente escassez e vulnerabilidade⁵³. Tal mudança de status, pontua o autor, requer pronta intervenção, com a submissão das relações do mercado ao Direito.

Assim o Estado, ao regular a atividade econômica, intervém tanto por direção como por indução. Serão por direção aquelas intervenções em que se estabelecerem mecanismos e normas de comportamento compulsório para os indivíduos da atividade econômica em sentido estrito. Diferem das intervenções por indução, em que a imposição de comportamento e respectiva sanção são substituídas por convites e incentivos aos indivíduos para participarem de determinadas atividades de interesse coletivo⁵⁴. Em uma leitura de Skinner, seriam por direção as previsões punitivas e as por indução, as recompensas.

Quando se trata de proteção ambiental, pode-se igualmente falar em imposição de taxas, que retratariam uma contingência aversiva, e em estabelecimento de incentivos, que seriam uma forma de contingência recompensadora. Isso costuma se dar tanto pela aplicação da teoria da *correção do mercado*, de Arthur Pigou, como pela da *extensão do mercado*, de Ronald Coase^{55 56}.

Pela via da correção do mercado de Pigou, havendo falha do mercado quanto à percepção de externalidades, o Estado deve introduzir um sistema de imposto - quanto aos efeitos sociais negativos - e de subvenção ou incentivo - quando os efeitos sociais são positivos⁵⁷. Já pela teoria da extensão do mercado de Coase, o Estado não cuida da internalização dos efeitos externos por meio de imposto e incentivo, mas evita, “dentro da ordem contratual privada dos *property rights*, o surgimento de externalidades que não interessem a ninguém, garantindo a eficiência da completa internalização dos efeitos externos pelos sujeitos do mercado”^{58, 59}.

O mercado, definido por Mankiw e Taylor⁶⁰, como o conjunto de compradores e vendedores de um bem ou de um serviço, é “uma ordem, no sentido de regularidade e previsibilidade de comportamentos, cujo funcionamento pressupõe a obediência, pelos agentes que nele atuam, de determinadas condutas”⁶¹. Daí a importância, para o funcionamento e desenvolvimento dos mercados, de um “sistema de normas jurídicas uniformes e de um sistema de decisões políticas integrado em relação a determinado território”⁶².

53 FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 59.

54 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 143-145.

55 DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 107.

56 A falha de mercado ocorre sempre que “o benefício privado proveniente de uma atividade econômica acarreta um custo para um terceiro. Se o custo marginal for inferior ao rendimento marginal esperado porque um terceiro suporta parte do custo, verifica-se uma falha de mercado. Vide BÜRGENMEIER, Beat. **Economia do Desenvolvimento Sustentável**. Tradução de Ana André. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 78.

57 DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 107.

58 DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 109.

59 RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A eficácia da lei ambiental, no Brasil e Espanha, em fomentar o comportamento sustentável em disciplina urbanística**. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019.

60 MANKIWI, N. Gregory; TAYLOR, Mark P. **Economía**. Tradução Esther Rabasco. Espanha: Paraninfo, 2017, p. 977.

61 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 30.

62 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 30-31.



E para estabelecer normas jurídicas que sejam, de fato, seguidas pelos indivíduos a quem se destinam, é necessário considerar o comportamento efetivo das pessoas que “vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade⁶³”. Faz-se importante conhecer os indivíduos a quem a norma se dirige e quais os fatores influenciam suas escolhas e ações, o que lhes é reforçador e o que lhes é aversivo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a Constituição da República de 1988, além de consagrar o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental de terceira geração, impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de preservar o meio ambiente às presentes e futuras gerações⁶⁴. Uma das formas de fazê-lo é pela intervenção no domínio econômico, que costuma se dar tanto por imposição de taxas quanto pela oferta de incentivos. O que se busca é inibir ações contrárias à preservação ambiental e ao mesmo tempo incentivar a sustentabilidade.

A Análise do Comportamento de Skinner tem como objeto de estudo o comportamento humano, definido como a relação entre o indivíduo e o ambiente. Parte da ideia de que a grande maioria dos comportamentos é controlada pelas consequências de ações passadas, que irão aumentar ou diminuir a probabilidade de determinadas classes de respostas se repetirem ou não no futuro. Daí que pode fornecer importantes contribuições à compreensão do que pode ser reforçador e aversivo em contexto ambiental.

Quanto mais se souber dos indivíduos aos quais a norma ambiental se dirige, maiores serão as chances de se utilizar a intervenção no domínio econômico de forma a conduzir, de fato, comportamentos mais sustentáveis. Conhecendo-se aquilo que é reforçador e aquilo que é aversivo a determinados indivíduos em determinado contexto poderá auxiliar no estabelecimento de taxas que realmente inibam ações contrárias à preservação ambiental e de incentivos que lhes sejam atraentes.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandra. **Direito Constitucional do ambiente na União Europeia**. In CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6 ed. São Paulo: Edipro, 2016.

63 BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6 ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 47-48.

64 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2021



BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 2003.

COURNIL, Christel; COLARD-FABREGOULE, Catherine. **Alterações ambientais globais e Direitos Humanos**. Tradução Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 2012, p. 39-40.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

HÜBNER, Maria Martha Costa; MOREIRA, Márcio Borges. **Temas clássicos da psicologia sob a ótica da análise do comportamento**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. 3 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

MANKIW, N. Gregory; TAYLOR, Mark P. **Economía**. Tradução Esther Rabasco. Espanha: Paraninfo, 2017.

PASOLD, Cesar Luis. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev e amp. Itajaí: Univali. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUNÇÃO%20SOCIAL%20DO%20ESTADO%20CONTEMPORÂNEO.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14 ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018.

PILLET, Gonzague. **Economia ecológica: introdução à economia do ambiente e recursos naturais**. Tradução de Lucinda Martinho. Lisboa: Piaget, 1993.

RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A eficácia da lei ambiental, no Brasil e Espanha, em fomentar o comportamento sustentável em disciplina urbanística**. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019.



REAL FERRER. Gabriel La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 3, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/5128/0>>. Acesso em: 3 jun. 2022.



SKINNER, B. F. **Science and human behavior**. New York: Free Press, 1965.



SKINNER, B.F. **Ciência e comportamento humano**. Tradução João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.





**FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA,
SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL
E SUSTENTABILIDADE: A SOLIDARIEDADE
INTERGERACIONAL COMO SUPORTE
ESSENCIAL NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA**

Júlio César Bernardes



FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA, SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL E SUSTENTABILIDADE: A SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL COMO SUPORTE ESSENCIAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

FAMILY'S SOCIAL FUNCTION, INTERGENERATIONAL SOLIDARITY AND SUSTAINABILITY: INTERGENERATIONAL SOLIDARITY AS AN ESSENTIAL SUPPORT IN THE CONTEMPOANEOUS SOCIETY

Júlio César Bernardes¹

Resumo

O presente artigo tem como objetivo apresentar a Solidariedade Intergeracional como dever anexo à Função Social da Família, justificando sua importância para a convergência de um planeta sustentável. Identifica, ainda, que a Solidariedade Intergeracional, a Função Social da Família e a Sustentabilidade são categorias que estão interligadas, porque toda prestação que caracterize a Solidariedade Intergeracional, que está compreendida nas atribuições da Função Social da Família, importará no cumprimento da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Conclui-se, ao final, deve ser a Função Social da Família, na qual seu inclui a Solidariedade Intergeracional, fomentada pelo Estado e pela Sociedade por meio de projetos, ações e investimentos. A Sociedade tem o dever de cooperar para que esta função social seja realizada em sua plenitude, porque os benefícios gerados a ela são profícuos, como a adoção do comportamento sustentável e ético. Quanto à Metodologia, utilizou-se o método indutivo e a pesquisa qualitativa. Foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, dos Conceitos Operacionais e da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras-chave: Solidariedade intergeracional. Função social da família. Sustentabilidade. Políticas públicas. Família.²

Abstract

This article aims to present Intergenerational Solidarity as a duty attached to the Social Function of the Family, justifying its importance for the convergence of a sustainable planet. This article identifies that Intergenerational Solidarity, the Social Function of the Family and Sustainability are categories that are interconnected, because any service that characterizes Intergenerational

¹ Doutor em Direito pela Universidad de Alicante - UA, Espanha (2020); Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali (2020); Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali (Capes 6); Mestre pelo Master en Derecho Ambiental y de La Sostenibilidad en la Universidad de Alicante - UA, Espanha (2015). Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2010). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP (2008), possui graduação em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (2002). Atualmente é Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

² As Categorias Função Social da Família, Família, Sustentabilidade, Sociedade e Solidariedade Intergeracional serão empregadas, aqui, com as iniciais maiúsculas, por constituírem categorias centrais deste artigo e por entendermos que elas representam Categorias indispensáveis para o desenvolvimento sustentável do planeta, preenchendo as dimensões ambiental, social e econômica da Sustentabilidade.



Solidarity, which is included in the attributions of the Social Function of the Family, will matter in the fulfillment of the 2030 Agenda for Sustainable Development. Finally, it must be the Social Function of the Family, in which yours includes Intergenerational Solidarity, fostered by the State and by Society through projects, actions and investments. The Society has a duty to cooperate so that this social function is fully realized, because the benefits generated by it are useful, such as the adoption of sustainable and ethical behavior. As for the Methodology, the inductive method and the qualitative research were used. Referring Techniques, Category, Operational Concepts and Bibliographic Research were used.

Keywords: Intergenerational solidarity. Family social function. Sustainability. Public policy. Family.



1 INTRODUÇÃO

Este artigo científico tem por objetivo apresentar a Solidariedade Intergeracional como dever anexo à Função Social da Família, justificando sua importância para a convergência de um planeta sustentável.

O marco teórico a ser desenvolvido pretende expor a imprescindibilidade de três temas para a subsistência e progresso da humanidade: a) A Solidariedade Intergeracional; b) A Sustentabilidade; e c) A Função Social da Família. Esses temas estão interligados, uma vez que toda prestação em benefício da Solidariedade Intergeracional ou da Função Social da Família importará contribuição em favor da Sustentabilidade.

Seguindo esse raciocínio, é inevitável inserir a noção de Solidariedade Intergeracional no conceito operacional de Função Social da Família, cujas definições são estreitamente vinculadas. A Solidariedade Intergeracional consiste no comportamento de amparo entre integrantes de uma mesma Família, mas de gerações diversas, que, embora não estejam obrigados a prestar serviços ou fornecer ajuda material, o fazem motivados por razões éticas, afetivas, de virtude ou de compaixão.

Seguindo esse silogismo, o cumprimento coercitivo de uma prestação em uma relação intergeracional não pode ser denominado de Solidariedade Intergeracional, porque a execução não é espontânea, não se processou por livre arbítrio daquele que cedeu ou prestou o serviço. O ato solidário é espontâneo, não imposto por terceiros, pela lei ou por ordem judicial. Nesse ponto recai a crítica sobre a definição apresentada por parte da doutrina sobre o princípio da solidariedade, que compreendemos equivocada por justificar a coerção judicial para efetivação da prestação desejada.

Diversamente, a Função Social da Família pode ser exercida de forma impositiva, pelo Estado-juiz, quando não implementada a contento pelos integrantes de núcleo familiar. A controvérsia, porém, é semântica, não afastando os legítimos fundamentos para o compartilhamento de deveres em favor daqueles que se encontram em situação desvantajada, como a prestação de alimentos dos filhos aos pais idosos e hipossuficientes.

Assim, a Solidariedade Intergeracional se manifesta pelo intercâmbio de atos [prestação de serviços, ajuda financeira, material, moral e espiritual] desprovidos de coerção, ainda que sejam motivados pelo interesse de reciprocidade.

A importância do tema está em apontar a Solidariedade Intergeracional como dever anexo da Função Social da Família, ressaltando sua elementar contribuição para a concretização da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

Os resultados da pesquisa estão expostos no presente trabalho, de forma sintetizada, como segue.



Para alcançar o objetivo elencado acima, discorreremos inicialmente sobre os precedentes históricos da Solidariedade Intergeracional no âmbito da Família, evidenciando os comportamentos que originaram a solidariedade e a fraternidade na Sociedade.

No segundo tópico, explanaremos sobre a Solidariedade Intergeracional como alternativa à omissão do Estado na execução de políticas públicas sociais, discorrendo sobre as variáveis que influenciam no processo de Solidariedade Intergeracional. Neste tópico também abordaremos as deficiências do Estado de Bem-Estar e o caráter supletivo do Estado na execução das prestações sociais, sublinhando o papel essencial exercido pelos avós na efetivação da Solidariedade Intergeracional.

No terceiro e último tópico, desenvolveremos a temática central do artigo com escopo de demonstrar que a Solidariedade Intergeracional, como dever anexo da Função Social da Família, exerce importante contribuição para a concretização da Sustentabilidade, em consonância com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

Quanto à Metodologia, na Fase de Investigação e no Relatório da Pesquisa, utilizou-se o método indutivo e a pesquisa qualitativa. Foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, dos Conceitos Operacionais e da Pesquisa Bibliográfica.

2 OS PRECEDENTES HISTÓRICOS DA SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL NO ÂMBITO DA FAMÍLIA: DA SOLIDARIEDADE À FRATERNIDADE

2.1 A solidariedade intergeracional na pré-história: a gênese da solidariedade e da fraternidade

A atenção e o respeito aos ascendentes e idosos no âmbito da entidade familiar e do grupo social remonta à Pré-História. No Período Neolítico, escavações arqueológicas, no Oriente Próximo, sugerem ter sido a organização de uma comunidade aldeã neolítica estruturada por algumas Famílias extensas. As circunstâncias peculiares à época (sedentarismo, alto índice de mortalidade infantil, morte prematura dos adultos, inexistência de fármacos e práticas medicinais) conduziam à construção de uma comunidade formada por um parentesco generalizado. É muito provável que, nesse período histórico, regras proibitivas de procriação entre familiares não fossem questionadas³. Sobretudo, o papel exercido pelos anciões, Chefes de Família, alcançava uma conotação de notoriedade, em virtude do conhecimento e da experiência acumulada, competindo-lhes as decisões do grupo, sem distinções relevantes de caráter sociopolítico entre esses chefes.⁴

3 De acordo com Masset, o intercâmbio de jovens de um ou de outro sexo foi recorrente, ponderados os preceitos de cada civilização, associado com a proibição ao incesto primário, presente em quaisquer sociedades humanas. Essa sistemática para preservar a espécie humana, representa método antigo dos sistemas familiares. MASSET, Claude. Prehistoria de la familia. In: BURGUIERE, André et al. **Historia de la familia**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 1, p. 83-102. Traducción de Néstor Míguez, p. 86.

4 BOUZON, Emanuel. Ensaio babilônicos: sociedade, economia e cultura na Babilônia pré-cristã. Porto Alegre: EDI-



A deferência aos avós vivos também decorria por serem poucos, já que menos de um adulto de cada dois (com mais de vinte anos) atingia a idade de sessenta anos.⁵

A Solidariedade Intergeracional, na Pré-História, é observada com mais acuidade a partir do momento em que o homem neolítico abandonou seu modo de vida nômade e estabeleceu sua morada em um ambiente geográfico específico. Esse processo resultou no surgimento das primeiras aglomerações, constituídas por Famílias extensas. Estas Famílias extensas da Pré-História trabalhavam em grupo, compartilhando as tarefas, para perpetuar sua subsistência. Lograr sucesso na caça, naquela época, dependia da atuação em grupo. De acordo com Childe, “Uma criatura tão fraca e tão pobremente dotada quanto o homem não podia caçar com êxito, isoladamente, os enormes e ferozes animais que, desde cedo, constituíram um item importante sem sua dieta”.⁶

Esse compartilhamento de tarefas pelo grupo entre nossos antecedentes, essencial para a sobrevivência da espécie, pode ter sido a origem da Solidariedade e da Fraternidade, pois, ainda que incipiente, instigou a reflexão sobre a importância do papel de cada indivíduo na coletividade. Ausentando-se algum membro de seu trabalho ou falhando na consecução dele, o êxito do grupo na caça seria reduzido.

Aproximando-se da ideia de apreço aos integrantes mais experientes do grupo familiar, o respeito aos ancestrais é constatado, ainda, nos rituais fúnebres celebrados desde a Pré-História, como comprovaram as escavações arqueológicas. Os homens neandertalenses, *verbi gratia*, costumavam sepultar os membros do grupo em cavidades, nas quais eram enterrados alimentos, em locais próximos, quiçá para guarnecer o corpo do de cujus e auxiliar seu caminho à vida eterna⁷. Semelhante padrão de comportamento, adotado pelos musterienses, foi observado por arqueólogos na França, que encontraram mais de doze esqueletos de Neandertal, sepultados em cavernas, destacando-se o esforço do grupo em proteger o corpo. Em La Chapelle-aux-Saints, esqueletos foram encontrados postos, em covas rasas, com a cabeça, em alguns deles, descansando sobre uma espécie de traveseiro de rocha, contendo ainda ao redor da cabeça, pedras, para, acredita-se, aliviar a pressão da terra. As sepulturas eram feitas nas proximidades dos fogos, possivelmente para aquecer seus ocupantes e ferramentas e carnes eram ofertadas ao defunto⁸.

PUCRS, 1988, p. 15.

5 MASSET, Claude. Prehistoria de la familia. In: BURGUIERE, André et al. **Historia de la familia**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 1, p. 83-102. Traducción de Néstor Míguez, p. 92.

6 CHILDE, Vere Gordon. **A evolução cultural do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 64.

7 SONNEVILLE-BORDES, Denise de. **A Pré-história**. Tradução de Maria Lúcia Aquino. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1967, p. 112.

8 CHILDE, Vere Gordon. **A evolução cultural do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p.66-67.



2.2 A solidariedade intergeracional na Idade Antiga: Mesopotâmia, Egito, Roma e Grécia

Na Antiga Mesopotâmia, a Solidariedade Intergeracional emerge com a tradição de respeitar e cultuar os ascendentes. Era obrigação dos herdeiros cultuarem seus antepassados, depositando água e comida, e este era um dos motivos do homem babilônio tanto desejar ter um filho sanguíneo ou adotivo, para que seu espírito fosse pelo descendente alimentado⁹. Também a rigidez da legislação vigente, à época, estabelecia o dever de não desamparar descendentes, ascendentes e a esposa. As leis sumérias sujeitavam o filho que desprezasse seu genitor à sanção de ser vendido como escravo. Semelhante rigor fundamentava o Código de Hamurabi, que previa a pena de amputação da mão para o filho que agredisse seu genitor (art. 195)¹⁰.

Ainda podem ser apontados como decorrência do dever de Solidariedade Intergeracional na Antiga Mesopotâmia o pagamento do *tirkbatum* ou *terkbatum* antes da celebração do matrimônio, pelo noivo ao seu futuro sogro e do dote (*sheriktum*), entregue pelo pai da noiva ao noivo. De fato, entre os historiadores há quem argumente que a natureza do *terkbatum* era a de constituir um patrimônio a ser utilizado pela mulher em caso de divórcio ou morte de seu cônjuge. Assim, o *tirkbatum*, aos moldes de uma garantia, abrandaria a ausência de recurso da mulher, resultante da dependência econômica existente durante o matrimônio, na hipótese de divórcio ou morte do esposo¹¹. De outro lado, o dote, frequentemente superior ao *tirkbatum*, constituía a segunda formalidade do matrimônio, cujo valor era pago à filha em substituição à herança, já que ela não tinha o direito de receber. Os frutos do dote auxiliavam a manutenção do casal na nova residência, passando, com o óbito da mulher, a compor a herança dos filhos, o que manifesta seu caráter essencialmente solidário.¹²

No Antigo Egito, ambiente que possivelmente tenha sido adepto à construção da Família Eudemonista¹³, a Solidariedade Intergeracional é identificada em várias passagens, como o costume de acolher o progenitor solitário fornecendo-lhe alimentos e moradia, que ocorria independente de previsão legal¹⁴. No aspecto econômico, a Solidariedade Intergeracional é comprovada na orientação dos egípcios em manter o patrimônio coletivo no interior da Família ao longo das gerações. Para Jacq, a estrutura familiar egípcia era a de “Uma família notável que favorecia o bem-estar de todos e a coerência do núcleo familiar”¹⁵.

9 GLASSNER, Jean-Jacques. De Sumer a Babilonia: familias para administrar, familias para reinar. In: BURGUIERE, André et al. **Historia de la familia**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 2, p. 103-138. Traducción de Néstor Míguez, p. 115-116.

10 KLÍMA, Josef. **Sociedad y Cultura en la antigua Mesopotamia**. Traducción de Madilde Moreno. Madrid: Ediciones Akal, 2007, p. 196-197

11 KLÍMA, Josef. **Sociedad y Cultura en la antigua Mesopotamia**. Traducción de Madilde Moreno. Madrid: Ediciones Akal, 2007, p. 192.

12 KLÍMA, Josef. **Sociedad y Cultura en la antigua Mesopotamia**. Traducción de Madilde Moreno. Madrid: Ediciones Akal, 2007, p. 192-193.

13 Para ABBAGNANO, Eudemonismo corresponde a “Qualquer doutrina que assuma a felicidade como princípio e fundamento da vida moral.” ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de Filosofia**. 1ª Tradução de Alfredo Bosi, Revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti, Edição revista e ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 455.

14 FORGEAU, Annie. La memoria del nombre y el orden faraônico. In: BURGUIERE, André et al. **Historia de la familia**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 3, p. 139-168. Traducción de Néstor Míguez, p. 164.

15 JACQ, Christian. **As egípcias**: Retratos das mulheres do Egito faraônico. 5. ed. Tradução de Maria D. Alexandre. São Paulo: Bertrand Brasil. 2000, p. 208-209.



Na Antiga Grécia, a estrutura da polis (cidade) era composta por tribos, que eram divididas em fratrias e estas em clãs, constituídas por diversas famílias. Seus integrantes reputavam descender de um ancestral comum, interligados por uma sólida relação de Solidariedade. A inclusão e permanência nesses grupos eram vitais para a manutenção dos direitos e proteção fornecida pela fratria¹⁶. A Solidariedade Intergeracional na Antiga Grécia estava associada ao respeito, deferência à linha antepassada. Os integrantes do grupo familiar tinham a obrigação de perpetuidade à religião doméstica, consistente em cultuar os antepassados prestando-lhes os “cuidados” necessários para um descanso digno pós-morte¹⁷. A conservação desses atos representava condição *sine qua non* para sucessão hereditária. Assim como na civilização egípcia, os gregos tinham o dever de perenizar a linhagem e conservar o patrimônio no âmbito da Família, não o transmitindo a estranhos¹⁸.

Na Antiga Roma, a Família poderia estar estruturada por múltiplas gerações cuja coexistência fosse possível sob uma única autoridade [pátrio poder]. Morrendo o último ascendente masculino, os da geração posterior convertiam-se chefes de Família e passavam a ter descendência¹⁹. A definição de Família agnática remonta aos vínculos potestativos entre os integrantes de uma entidade familiar, referente à condição de domínio do genitor no âmbito da estrutura familiar romana. A categoria Família passa a incluir todos aqueles que residem na mesma habitação e estão subordinadas à autoridade de um único homem, o *pater familias*. Atribui-se a esta convivência na mesma habitação a origem do sentimento de familiaridade ou companheirismo que está associado à categoria Família²⁰. Também na Antiga Roma a Solidariedade Intergeracional Familiar está interligada à perpetuação do culto religioso e apreço aos antepassados, pela manutenção dos cultos fúnebres e pós-morte.

2.3 A solidariedade intergeracional na Idade Média: a estrutura da família ampliada como modelo para a solidariedade intergeracional

Na Idade Média, a Solidariedade Intergeracional no contexto familiar ocorre pela adoção do modelo de Família ampliada, na qual a contribuição do esforço comum representava elemento fundamental para a subsistência do grupo familiar. Mormente nos séculos XIII-XV, a eleição pela Família ampliada garantia a economia familiar, mantendo-se os filhos na casa dos genitores ao atingirem a maioridade ou contraírem núpcias. Esse sistema permitia a preservação da mão de obra no núcleo familiar sem interrupção das tarefas geradoras da subsistência e do capital.

16 FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma**. São Paulo: Contexto, 2001, p. 25.

17 SISSA, Giulia. La familia en la ciudad griega (siglos V-IV a.C.). In: BURGUIERE, André et al. **Historia de la familia**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 4, p. 169-202 Traducción de Néstor Míguez, p. 181-182.

18 SISSA, Giulia. La familia en la ciudad griega (siglos V-IV a.C.). In: BURGUIERE, André et al. **Historia de la familia**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 4, p. 169-202 Traducción de Néstor Míguez, p. 182.

19 THOMAS, Yan. Roma, padres ciudadanos y ciudad de los padres (siglo II a.C siglo II d.C). In: BURGUIERE, André et al. **Historia de la familia**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 5, p. 203-240. Traducción de Néstor Míguez, p. 210.

20 PERELLÓ, Carlos Felipe. El concepto de familia en Roma arcaica. **Amunátegui**: Ars Boni et Aequi, Santiago, n. 1, p. 117-126, 2005. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/revista/13793/A/2005>.



As cartas de Geniza registram esse cuidado em manter os filhos residindo próximo aos pais, em casas vizinhas ou no próprio lar paterno.²¹

A casa (*a Maison, o ostal, o domus, o Haus*) retratava, de acordo com Fossier, o alicerce da produção e do consumo na época feudal: por esse motivo, a contribuição de todos os membros era essencial para assegurar a formação do patrimônio, a subsistência da Família e a quitação da quantia imposta pelo senhor feudal para salvaguardar a integridade e os direitos daqueles que habitavam seu imóvel. A Solidariedade no ambiente familiar era reforçada em razão da necessidade de auxílio mútuo para a subsistência do grupo, o desempenho de tarefas por todos (polivalência) e a ausência de salário²². Sobretudo, o indivíduo estava certo de pertencer a um grupo coeso e prestativo em sua Família. O espírito de associação é, segundo Fossier, uma das características sociais mais sólidas e constantes da Idade Média central, cujos reflexos encontram repouso na Família: “[...] esa preocupación por dar tanta importancia a los lazos horizontales como a los de la dependencia vertical ha desempeñado, naturalmente, su papel en la duración de las obligaciones familiares.”²³

Herlihy aponta que, na Itália, a Solidariedade familiar intensificou-se nos séculos XI e XII, mormente na aristocracia, porém sujeitou-se a movimentos que tinham por objetivo desfragmentá-la, mostrando-se mais evidentes nas cidades em que as grandes famílias exerceram domínio até o ano de 1.150, aproximadamente. Os laços morais e culturais que uniam a entidade familiar aumentaram no final da Idade Média. “There is a deepening sense of solidarity, which is measured simply but effectively in the spread of family names to ever lower levels in the city’s social pyramid. There is a new consciousness of the importance of the family to the individual, and the need to work actively for its survival.”²⁴

O esboço histórico da Solidariedade Intergeracional, como é possível assimilar dos relatos acima, tem importante simbiose com o sentimento de respeito, afeto e cuidado com os membros da Família, mormente para aqueles que, por razões temporárias ou definitivas, estavam em posição de hipossuficiência. Não obstante os deveres impostos pela lei à época, a manutenção do intercâmbio de prestações em benefício da estrutura familiar favoreceria, no futuro, aquele que cedeu seu patrimônio ou realizou um serviço. Essa contribuição mútua em benefício da coletividade é a gênese da Solidariedade e da Fraternidade presente desde a Pré-História. Na Pós-Modernidade,

21 BRESC, Henri. La Europa de las ciudades y de los campos (siglos XIII-XV). In: BURGUIERE, André et al. *Historia de la familia*. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 10, p. 401-438. Traducción de Rafael Tusón, p. 413-414.

22 FOSSIER, Robert. La era feudal (siglos XI-XIII). In: BURGUIERE, André et al. **Historia de la familia**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 9, p. 345-374. Traducción de Rafael Tusón.

23 “[...] essa preocupação de dar tanta importância aos vínculos horizontais quanto aos da dependência vertical naturalmente desempenhou seu papel na duração das obrigações familiares.” Tradução livre. FOSSIER, Robert. La era feudal (siglos XI-XIII). In: BURGUIERE, André et al. **Historia de la familia**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 9, p. 345-374. Traducción de Rafael Tusón.

24 Há um profundo senso de solidariedade, que é medido de maneira simples, mas eficaz, na difusão de nomes de família para níveis cada vez mais baixos na pirâmide social da cidade. Há uma nova consciência da importância da família para o indivíduo e da necessidade de trabalhar ativamente para sua sobrevivência. Tradução livre. HERLIHY, David. Family Solidarity in Medieval Italian History. **Explorations in Economic History**, Elsevier, v. 7, p. 173-184, 1969. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/0014498369900539>. Acesso em: 27 jan. 2020.



com a consolidação do Estado, do modo de produção e do sistema econômico, diversos fatores modificaram a razão para o exercício da Solidariedade Intergeracional, dentre eles as mudanças culturais, sociais e econômicas, como se apresentará a seguir.

3 A SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL COMO ALTERNATIVA À OMISSÃO DO ESTADO NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS

3.1 As variáveis econômicas, sociais, culturais e ambientais e os reflexos para com a solidariedade intergeracional

O aumento da expectativa de vida associado com a carência de recursos de grande parte da população²⁵ modificou, em acentuado grau, o modelo de convivência familiar intergeracional e das obrigações familiares desempenhadas por cada membro da estrutura familiar. Nesse contexto, a Solidariedade Intergeracional apresenta-se como adjetivo singular da Família Contemporânea, comprometida com os laços de afeto, a ética e a justiça social. Na infância, adolescência e juventude, a Solidariedade Intergeracional exerce papel fundamental em favor dos filhos, fornecendo-lhes todos os cuidados [material e moral] necessários ao desenvolvimento sadio do ser humano. Na velhice, a mesma atenção, antes direcionada à prole, é retribuída pelos filhos aos pais, caracterizando a Solidariedade Intergeracional.

Conforme Rousset²⁶, os deveres dos filhos para com a Família Contemporânea divergem em forma e origem dos deveres impostos pela Sociedade nos períodos históricos passados. No período feudal, como exposto no tópico anterior, os filhos representavam a força de trabalho da Família ampliada, obrigação que não raramente iniciava ainda na infância²⁷ e se mantinha após o casamento²⁸. Em contrapartida, os pais, além de fornecer-lhes proteção, abrigo e amparo material, transmitiam-lhes a herança. Mas esta Solidariedade era uma obrigação que decorria do poder parental exercido sobre os filhos [da lei] e não do afeto.

[...] las cosas eran así no porque los hijos fuesen amables o porque los padres fueran generosos, sino porque unos eran los padres y los otros eran los hijos. Cada uno sabía lo que debía hacer, lo cual no significaba que cada cual cumpliera con su obligación. Todo el sistema estaba organizado en torno a la supervivencia como finalidad, aunque las personas mayores apenas contribuían a este objetivo. [...] Actualmente, en nuestras familias las obligaciones estatutarias han dado paso, en gran medida, a los requerimientos

25 COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Panorama Social da América Latina e Caribe 2018**. Disponível em: www.cepal.org. Acesso em: 4 fev. 2020.

26 ROUSSEL, Louis. La solidaridad intergeneracional: Ensayo de perspectivas. REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas, Madrid, n. 70, p.11-24, 1995. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=250136>.

27 GOFF, Jacques Le. **A civilização do ocidente medieval**. 2. ed. v. 2. Tradução de Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Estampa. 1995, p. 45.

28 BRESC, Henri. La Europa de las ciudades y de los campos (siglos XIII-XV). In: BURGUIERE, André et al. **Historia de la familia**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 10, p. 401-438. Traducción de Rafael Tusón, p. 413-414.



afectivos. La solidaridad tiene un fundamento más sentimental; se cuida a los hijos no por deber, sino por amor; [...]”²⁹

No âmbito da estrutura familiar, as gerações fortalecem vínculos afetivos que propiciam o intercâmbio de bens e serviços, marcados pelo signo da Solidariedade, da responsabilidade e da negociação, que desenvolvem os deveres familiares. A definição de Solidariedade familiar está associada ao conjunto de condutas, que possibilita o intercâmbio de bens e serviços com o fim de preservar os integrantes de uma Família, prestando-lhes benefícios de caráter essencial [alimentos, vestuários, moradia] e para melhorar a qualidade de vida³⁰.

Além disso, a modificação da estrutura familiar na Sociedade Contemporânea, com a proliferação da Família Monoparental e da Família Recompota, e a progressiva incorporação da mulher no mercado de trabalho repercutiu significativamente nas relações familiares.

O sociólogo alemão Ulrich Beck³¹ faz esta leitura ao expor que as rupturas importantes ocorridas nas últimas décadas libertaram as mulheres dos encargos tradicionais de feminilidade. No processo de modernização, as mulheres romperam seu papel tradicional de maternidade incondicional e, diversamente do destino de suas mães, podem escolher se, quando e quantas crianças terão. “Filhos e, conseqüentemente, maternidade (com todas as suas conseqüências) já não são um ‘destino natural’, mas – em princípio – filhos *desejados*, maternidade *desejada*.”³²

De acordo com Abreu³³, a estrutura familiar contemporânea é fruto da significativa influência exercida pela Revolução Industrial, caracterizada pela migração da população rural para os centros urbanos, reorganização da vida social e necessidade de mão de obra, que favoreceu o ingresso da mulher no mercado de trabalho. Esses fatores promoveram profundas modificações na organização familiar, consolidando-se no modelo de Família nuclear. Segundo o autor, a Segunda Guerra Mundial também foi decisiva para a transformação da estrutura familiar, com a inclusão da mulher no mercado de trabalho, sobretudo na indústria bélica.

29 “[...] as coisas eram assim não porque os filhos eram gentis ou porque os pais eram generosos, mas porque alguns eram os pais e os outros eram os filhos. Cada um sabia o que deveria fazer, o que não significava que cada um cumprisse sua obrigação. Todo o sistema foi organizado em torno da sobrevivência como finalidade, embora as pessoas mais velhas dificilmente tenham contribuído para esse objetivo. [...] Atualmente, em nossas famílias, as obrigações legais cederam, em grande parte, aos requisitos afetivos. A solidariedade tem um fundamento mais sentimental; os filhos são cuidados não pelo dever, mas pelo amor; [...]” Tradução livre. ROUSSEL, Louis. La solidaridad intergeneracional: Ensayo de perspectivas. **REIS**: Revista Española de Investigaciones Sociológicas, Madrid, n. 70, p.11-24, 1995. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=250136>.

30 LOPÉZ, Elsa et tal. Los cuidados en las familias: senderos de la solidaridad intergeneracional. **Argumentos**: revista de crítica social, Buenos Aires, n. 17, p. 238-256, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6154352>. Acesso em: 28 jan. 2020.

31 BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 168-169.

32 Itálico no original. BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 168-169.

33 ABREU, Pedro Manoel. Direito da Família e Leis da Família no contexto brasileiro. In: OLIVEIRA NETO, F. J. R. (org.); ZANON JUNIOR, O. L. (org.); LOCCHI, M. C. (org.); OLIVIERO, M. (org.); SANTOS, R. P. (org.); ABREU, P. M. (org.). **Co-leção de principiologia constitucional e política do direito de tema**: Direito, democracia e constitucionalismo. 1. ed. Itajaí - SC: Univali, 2017. v. Tomo 3. p. 216-234.



Martine Segalen e Agnès Martial relatam esse fenômeno revelado também na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, consistente em uma nova ordem social, caracterizado por: a) classes nitidamente distintas; b) trabalho industrial abundante; c) presença de um Estado de bem-estar que satisfaz as necessidades do trabalhador; d) respeito aos valores religiosos judaico-cristãos; e) integração gradual dos imigrantes à sociedade anfitriã por meio do trabalho. Nesse contexto, a Família surge como valor estável, fundado no casamento, no qual impera a autoridade indiscutível patriarcal, que era o único funcionário regular do lar. Porém, nas décadas seguintes, novos modelos de família foram construídos, caracterizados pela diminuição da nupcialidade, aumento de divórcios e de famílias monoparentais e mistas. Os debates da comunidade científica se voltaram sobre os diversos modelos de “modernização” da família³⁴.

Não se pode olvidar como variável significativa, com repercussão na Solidariedade Intergeracional, os eventos ambientais, em especial aqueles decorrentes das mudanças climáticas pelo aquecimento global. As catástrofes ambientais, como o rápido processo de desertificação de vastas áreas do planeta [como Espanha, Mediterrâneo e Austrália], a regularidade de enchentes em determinadas regiões do país [como São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte], furacões, tsunamis e outros eventos similares motivam a migração de pessoas para outros locais menos suscetíveis a estes eventos, em boa parte residindo com pais, filhos ou familiares até reconstruírem seus lares.

Essas variáveis devem ser sopesadas pelo poder público no momento de elaborar suas diretrizes e seus planos para concretização de políticas públicas sociais, porque essenciais para estabelecer um adequado planejamento de governo. Contudo, como se apontará a seguir, o Estado, singularmente na América Latina, com frequência omite-se em cumprir os deveres de prestação social em favor da população carente.

3.2 As deficiências do estado de bem-estar e o caráter supletivo do Estado na execução das prestações sociais: a solidariedade intergeracional exercida pelos avós

A Solidariedade Intergeracional atende em boa parte as deficiências de um precário Estado de Bem-Estar³⁵. Para Soler, o debilitado e, em regra, tardio auxílio do Estado [por meio de políticas públicas direcionadas a prestações sociais] compele à Família a substituí-lo em suas obrigações sociais, caracterizando a Solidariedade Intergeracional pelas redes familiares, singularmente pelo papel desempenhado pelos avós nos cuidados com os netos. A intervenção estatal, nesse caso, é substituída pela ação da rede familiar, que assume as tarefas e ações que deveriam ser exercidas pelo Estado. “[...] se trata de un nuevo papel de la familia en el que el protagonismo va más allá del

34 SEGALLEN, Martine; MARTIAL, Agnès. **Sociologie de la famille. 9ª édition**, Paris: Armand Colin, 2019, p. 7-9.

35 ROUSSEL, Louis. La solidaridad intergeneracional: Ensayo de perspectivas. **REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas**, Madrid, n. 70, p.11-24, 1995. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=250136>.



âmbito nuclear y más allá de las mujeres. [...] es la propia familia la que sustituye a la acción del Estado inexistente o insuficiente.”³⁶

De outro norte, há quem defenda ter o Estado de Bem-Estar fragilizado a Solidariedade Intergeracional, em virtude de uma menor dependência das pessoas à Família, já que o Estado forneceria os serviços essenciais à Sociedade. O silogismo é que as políticas públicas fragilizam o vínculo familiar, enquanto a ausência das prestações sociais fortalece esse mesmo vínculo em razão da dificuldade de o indivíduo desenvolver-se sem o amparo da estrutura familiar³⁷.

Em pesquisa realizada na cidade de Madri [Espanha], Landwerlin³⁸ aponta que a atuação mais evidente dos avós no processo de auxílio intergeracional ocorre na prestação de serviços de cuidado pessoal dos netos enquanto pequenos, em especial, quando os genitores, por diversos motivos, não podem desempenhar este encargo. A investigação constatou que 56% dos entrevistados que são avós cuidam ou já cuidaram de seus netos na idade pré-escolar. Já os cuidados dos netos pelos avós na idade escolar, embora menos frequente, foi identificado em 46% dos entrevistados. Para Landwerlin, a incumbência dos avós na atualidade não é tanto de substituir os filhos nos cuidados de seus netos, mas sim de ajudá-los em caso de necessidade. “Aunque los abuelos juegan un papel muy importante en la conciliación de la vida familiar y la vida laboral de las nuevas generaciones, ellos no han pasado a asumir de forma generalizada el rol parental en el proceso de incorporación de las mujeres al mercado de trabajo.”³⁹

Na Sociedade Contemporânea, de acordo com Soler⁴⁰, além dos diversos modelos de Família, emergem também as redes intergeracionais ou redes familiares, que se articulam em várias residências com relações intensas e com intercâmbio de ajuda de toda a espécie. Para o autor, na Espanha, a nova família extensa está substituindo o Estado na tarefa de cuidar das pessoas dependentes [idosos, crianças, portadores de necessidades especiais, etc.] quando as mulheres ingressam no mercado de trabalho e não dispõem do tempo que antes tinham para cuidar dessas pessoas. “El recurso principal para sostener la actividad laboral de las madres de hijos pequeños, hoy mayoritariamente ocupadas, es la ayuda de la generación anterior, de los

36 “[...] trata-se de um novo papel da família no qual o protagonismo vai além do âmbito nuclear e além das mulheres. [...] é a própria família que substitui a ação do Estado inexistente ou insuficiente.” Tradução livre. SOLER, Constanza Tobío. Estado y familia en el cuidado de las personas: Sustitución o complemento. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, Madrid, v. 31, n. 1, p. 17-38, 2013. Disponível em: <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/41623>. Acesso em: 11 fev. 2020.

37 SOLER, Constanza Tobío. Estado y familia en el cuidado de las personas: Sustitución o complemento. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, Madrid, v. 31, n. 1, p. 17-38, 2013. Disponível em: <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/41623>. Acesso em: 11 fev. 2020.

38 LANDWERLIN, Gerardo Meil. La figura del abuelo en las familias españolas de la actualidad. **Portularia**, Huelva, n. 3, 2003, p. 33-47, 2003.

39 “Embora os avós tenham um papel muito importante na reconciliação da vida familiar e da vida profissional das novas gerações, eles não assumiram de maneira generalizada o papel dos pais no processo de incorporação das mulheres no mercado de trabalho.” Tradução livre. LANDWERLIN, Gerardo Meil. La figura del abuelo en las familias españolas de la actualidad. **Portularia**, Huelva, n. 3, 2003, p. 33-47, 2003.

40 SOLER, Constanza Tobío. Estado y familia en el cuidado de las personas: Sustitución o complemento. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, Madrid, v. 31, n. 1, p. 17-38, 2013. Disponível em: <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/41623>. Acesso em: 11 fev. 2020.



abuelos, es decir de la familia extensa [...]”⁴¹. Não se trata de um fenômeno específico na Espanha, porque ocorre em outros muitos países. Porém, relata Soler, a particularidade na Espanha é que a dedicação dos avós para com os cuidados dos netos costuma ser em período integral, similar a uma jornada de trabalho completa.⁴²

No Brasil, o mesmo contexto pode ser observado na dinâmica das relações familiares, fenômeno que tem possível origem na modificação do sistema de produção e econômico, que absorveu as mulheres ao mercado de trabalho. As peculiaridades existentes no panorama brasileiro favorecem a instituição desse modelo assistencial propiciado pela rede familiar. A carência de recursos e a fragilidade do sistema de prestação social em favor da Família é um vetor importante para o emprego da Solidariedade Intergeracional. O apoio da Família nas diversas ações é essencial para possibilitar o trabalho feminino no mercado formal.

Outro fator relevante para esse retrato social é a majoração da expectativa de vida com a transformação demográfica das sociedades modernas.⁴³ Os efeitos desse processo demográfico para a estrutura geracional das redes familiares, de acordo com Landwerlin⁴⁴, foram bastante intensos. Não raro, diferentemente de épocas passadas, encontram-se redes familiares compostas por quatro gerações, presenciando-se comum àquelas formadas por três gerações, nas quais seus membros mudam de posição conforme avançam o ciclo familiar.

En este sentido la experiencia de ser nieto, padre y abuelo va generalizándose entre toda la población y no sólo eso, sino que la permanencia en esa posición social en el sistema de relaciones familiares dura cada vez más en el tiempo, de forma que además la figura del bisabuelo también va convirtiéndose en un fenómeno más frecuente.⁴⁵

Sem embargo do debate sobre ser a natureza da prestação social fornecida pelo Estado à população complementar ou substitutiva do dever da Família, é necessária a atuação em conjunto para a efetivação da Função Social da Família. A Família deve contribuir para a solidariedade interna de seus membros, fornecendo-lhes os meios necessários para o bom desenvolvimento e melhora da qualidade de vida. Porém, o Estado não pode omitir-se de suas obrigações para com a

41 “O principal recurso de apoio à atividade laboral de mães de crianças pequenas, hoje majoritariamente empregadas, é a ajuda da geração anterior, de avós, ou seja, da família extensa [...]”. Tradução livre. SOLER, Constanza Tobío. Estado y familia en el cuidado de las personas: Sustitución o complemento. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, Madrid, v. 31, n. 1, p. 17-38, 2013. Disponível em: <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/41623>. Acesso em: 11 fev. 2020.

42 SOLER, Constanza Tobío. Estado y familia en el cuidado de las personas: Sustitución o complemento. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, Madrid, v. 31, n. 1, p. 17-38, 2013. Disponível em: <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/41623>. Acesso em: 11 fev. 2020.

43 Nas sociedades pré-modernas eram caracterizadas por uma elevada taxa de mortalidade compensada por uma elevada taxa de natalidade enquanto nas sociedades modernas são caracterizadas por uma reduzida taxa de mortalidade que é compensada com uma reduzida taxa de natalidade.

44 LANDWERLIN, Gerardo Meil. La figura del abuelo en las familias españolas de la actualidad. **Portularia**, Huelva, n. 3, 2003, p. 33-47, 2003.

45 “Nesse sentido, a experiência de ser neto, pai e avô está se tornando generalizada em toda a população e não apenas isso, mas a permanência nessa posição social no sistema de relações familiares dura cada vez mais, de modo que figura bisavô também está se tornando um fenômeno mais frequente.” Tradução livre. LANDWERLIN, Gerardo Meil. La figura del abuelo en las familias españolas de la actualidad. **Portularia**, Huelva, n. 3, 2003, p. 33-47, 2003.



população menos favorecida, o que infelizmente se testemunha hodiernamente: ele deve exercer seu papel de agente de promoção da cidadania e efetivação dos direitos fundamentais da pessoa, em consonância à Dignidade Humana. Nesses termos, a delimitação da categoria Família, que se apresentará a seguir, é essencial para indicar os responsáveis para o cumprimento da Solidariedade Intergeracional no âmbito da entidade familiar e seus respectivos deveres.

4 A SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL COMO DEVER ANEXO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA NECESSÁRIA À SUSTENTABILIDADE DO PLANETA

Como previamente exposto, Solidariedade Intergeracional, Função Social da Família e Sustentabilidade são categorias que estão interligadas, porque toda prestação que caracterize a Solidariedade Intergeracional, dever anexo à Função Social da Família, importará no cumprimento da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

De fato, impossível apresentar um conceito operacional de Função Social da Família sem incluir, em seu enunciado, a Sustentabilidade, categoria analítica transversal, porque essencial para preservação da espécie humana, como esclarecem os diversos documentos internacionais elaborados pela ONU, a exemplo da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável⁴⁶. A inserção da Sustentabilidade nas ações e projetos não compete apenas ao Estado, mas também à Sociedade, que deve interagir em suas relações atenta à preservação do ecossistema que a cerca. A Sustentabilidade envolve múltiplas dimensões [ambiental, social, econômica e tecnológica], que se completam, tornando-se necessário efetivá-las a fim de assegurar o progresso consciente do planeta. A Sustentabilidade não será concretizada em sua amplitude caso não seja promovida a inclusão social, com a erradicação da pobreza e da fome, a promoção da justiça social e o acesso de todos aos bens e serviços públicos.

Nesse sentir, o Objetivo 3 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, que é assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades, corrobora esse argumento. A Família, por meio da Solidariedade Intergeracional possui condições de contribuir significativamente para a promoção socioeconômica de seus integrantes, em favor da melhoria da qualidade de vida. Esse comportamento consubstanciado no intercâmbio de auxílio [prestação de serviços, ajuda financeira, material, moral e espiritual] desprovidos de coerção, ainda que sejam motivados pelo interesse de reciprocidade são essenciais para facilitar a existência humana, colaborando para a harmonia da rede familiar. Eis a Função Social da Família.

Dessa forma, abordando a Função Social da Família, Maluf⁴⁷ entende ser ela “locus privilegiado de inserção do indivíduo, tem por função precípua a proteção da vida privada, familiar,

46 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável: Transformando o nosso mundo. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/sobre/>. Acesso em: 13 fev. 2020.

47 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010. E-book.



bem como da socialização de seus membros, provendo-os de afeto, de segurança, possibilitando, assim, o desenvolvimento de sua personalidade [...]”. A autora enfatiza que o princípio da Solidariedade contida no Código Civil tem sua origem na Função Social da Família, presente na CRFB. Esse princípio é latente no direito a alimentos recíprocos entre pais, filhos e companheiros; e no dever de mútua assistência, no transcurso da relação conjugal ou após seu rompimento.

Sobre o tema, Madaleno justifica que o fato de a Constituição ter atribuído à Família a qualificação de base da Sociedade foi por ela exercer uma importante função de intervenção social. Apoiada no afeto, a Família ergue uma rede de lealdade, apoio, segurança e de estabilidade econômica, emocional e psicológica. “A família se apresenta como elemento-chave para o sistema do bem-estar e de solidariedade social, pois na família são supridas as carências básicas e essenciais de moradia, educação, saúde, amparo à velhice e amparo ao desemprego.”⁴⁸

Nesse contexto, a Função Social da Família, entendemos, é o conjunto de incumbências atribuídas à Família, consistentes em práticas positivas de convivência familiar sustentável, que propiciem a valorização do ser, pelos laços de afeto e carinho, da Dignidade da Pessoa Humana e da Solidariedade Intergeracional, para construção de uma Sociedade justa e solidária. Esta Função Social da Família deve escorar-se na Sustentabilidade e na ética, promovendo a Justiça Social e colaborando para a promoção da cidadania em benefício de uma Sociedade livre de desigualdades sociais⁴⁹.

Por outro lado, repisamos, é conveniente esclarecer que a categoria Família⁵⁰ não pode ser resumida às definições apresentadas em contextos pretéritos, pois é necessário atentar-se às diversas variáveis que a influenciam [como fatores socioambientais, econômicos, culturais, políticos e religiosos]⁵¹, já que seu conceito é relativamente vago⁵².

A pesquisa sobre a estrutura familiar existente em períodos históricos pretéritos à Sociedade Contemporânea nos aponta que a Família sofreu fortes transformações, decorrentes da assimilação cultural e econômica em cada civilização e momento histórico. A Família Contemporânea absorveu os signos do afeto, da solidariedade e da participação democrática dos seus componentes, produto da evolução cultural.

Para Martine Segalen e Agnès Martial⁵³, os calorosos debates que envolveram a sociedade francesa no final de 2012 e no início de 2013, em relação ao projeto de lei denominado “casamento

48 MADALENO, Rolf. Direito de Família. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

49 Este é o conceito operacional proposto pelo autor, que, embora sucinto diante da abrangência do tema, foi aperfeiçoado a partir de levantamento bibliográfico realizado no decorrer do curso de Doutorado em Direito pela UNIVALI, algumas obras apontadas nas referências bibliográficas deste trabalho e ainda obtidas por meio do conhecimento empírico da atuação profissional do autor como magistrado da Vara da Família, Infância e Juventude e Sucessões da Comarca de Curitiba-SC, a contar do ano de 2014.

50 A categoria Família, por ser objeto central desta investigação, e devido ao conteúdo subjetivo que lhe é inerente, será empregada com a inicial maiúscula neste trabalho, para diferenciá-la das demais categorias, mormente quando empregada de forma individualizada.

51 OSÓRIO, Luiz Carlos. **Família hoje**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1996, p. 14.

52 MELLO, Luiz Gonzaga de. **Antropologia Cultural**: Iniciação, Teorias e Temas. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 326-327.

53 SEGALEN, Martine; MARTIAL, Agnès. **Sociologie de la famille. 9^a édition**, Paris: Armand Colin, 2019. SISSA, Giulia. La familia en la ciudad griega (siglos V-IV a.C.). In: BURGUIERE, André et al. **Historia de la familia**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 4, p. 169-202 Traducción de Néstor Míguez, p. 7-9.



para todos”, demonstram a importância reservada à Família no mundo contemporâneo, mormente a partir das preocupações levantadas pelo surgimento de novos modelos familiares, que reexaminam um elemento central da Família: o da filiação. Segundo as etnólogas francesas, as profundas mudanças sociais referentes à economia, trabalho, espaços urbanos, cultura e estilos de vida repercutem diretamente no cotidiano das pessoas e, por conseguinte, no comportamento familiar. “[...] la famille qui n’est pas une simple caisse de résonance de ces changements, participe activement à ces transformations.”⁵⁴

No Brasil, a partir do cotejo entre o art. 167 da Constituição da República de 1967 e o art. 226, §§3º e 4º, da Constituição da República de 1988 é possível constatar a evolução da categoria Família. A Constituição da República de 1967 estabelecia ser a Família formada apenas pelo casamento⁵⁵, enquanto a atual reconhece sua constituição a partir da união estável entre um homem e uma mulher e também pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos.

Nessa toada, a categoria Família, na Pós-Modernidade, reflete uma nova concepção, inspirada pelos princípios da igualdade material, Dignidade da Pessoa Humana e participação democrática. Nessa perspectiva, o reconhecimento da existência de relações multifacetadas no contexto espaço-gênero ampliou o conceito de Família apresentado no Estado de Direito. A diversidade de gênero existente nas relações homoafetivas e o vínculo afetivo nas relações socioafetivas é fato reconhecido hoje pelo direito.

Exemplo dessa afirmação é o Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Justiça, que no art. 10 autoriza o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. Reforça, ainda, na justificação do Provimento, que “[...] a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios (Supremo Tribunal Federal – RE n. 898.060/SC).”⁵⁶

Embora a Função Social da Família não seja um princípio jurídico, mas sim encargo precípua do núcleo familiar, o Estado e a Sociedade devem fomentá-la por meio de projetos e ações. Em termos econômicos, para o Estado, a aplicação de investimentos à Família representa economia de recursos públicos, já que a falta de estrutura familiar consolidada gera diversos problemas sociais, dentre eles apontamos a delinquência juvenil e a criminalidade, cujos custos para repressão são proporcionalmente maiores. As despesas com o sistema prisional alcançam cifras milionárias todos os anos e podem ser amplamente reduzidas por meio de investimentos em política pública orientada à concretização da Função Social da Família.

54 “[...] a Família, que não é uma caixa de ressonância simples para essas mudanças, participa ativamente dessas transformações.” tradução livre. SEGALLEN, Martine; MARTIAL, Agnès. Sociologie de la famille. 9ª édition, Paris: Armand Colin, 2019.

55 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 14 fev. 2020.

56 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n. 63 de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em: 18 fev. 2020.



Proteger a Família é dever contido em documentos internacionais e constituições,⁵⁷ por ser ela núcleo fundante de todas as Sociedades em todos os tempos históricos. “Todas las Constituciones de los países civilizados, incluso las de los del Este europeo y asiáticos, se preocupan y regulan la institución de la familia, estableciendo unos principios básicos para su protección.”⁵⁸. Por esse motivo, os Estados, a miúdo, obrigam-se a respeitá-la, protegê-la e favorecer sua identidade, tratando-a como núcleo privado e íntimo, essencial para o progresso da humanidade.⁵⁹

Essa assertiva encontra-se no art. 16, 3, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que enfatiza a natureza de núcleo essencial da Família e o correspondente dever de proteção que compete ao Estado e a Sociedade⁶⁰.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Solidariedade Intergeracional apresenta-se como suporte necessário da Sociedade Contemporânea, por ser dever anexo à Função Social da Família, necessária para auxiliar no objetivo 3 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável: “assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades.” (ONU, 2015).

Conforme exposto no presente artigo, a contribuição da Solidariedade Intergeracional para a Sustentabilidade do planeta identificada nas civilizações pretéritas caracterizou-se pelo respeito e deferência aos antepassados, às pessoas mais experientes da entidade familiar, apreço pelos próximos e para garantir a sobrevivência da própria espécie. O compartilhamento de tarefas pelo grupo proporcionou a reflexão sobre a essencialidade do trabalho de cada indivíduo para o proveito da coletividade, o que provavelmente originou o conceito de fraternidade e solidariedade.

Nessa senda, a Solidariedade Intergeracional preenche sensivelmente as incumbências do Estado, que, agindo com precariedade, não consegue atender às demandas sociais da Sociedade Contemporânea. Assim, as redes familiares ou redes intergeracionais se articulam para promover o intercâmbio de ajuda no ambiente familiar.

A fim de obter uma melhor compreensão do tema, foi oportuno visitar os conceitos operacionais das categorias Família, Função Social da Família e Solidariedade Intergeracional, harmonizando-as às transformações da Sociedade Contemporânea. A categoria Família eclode com imagem diferenciada, decorrente da recepção dos princípios da igualdade material, dignidade humana e participação democrática, que têm reflexos imediatos na Função Social da Família e na Solidariedade Intergeracional.

57 Assim dispõe o art. 39 da Constituição Espanhola: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. ESPAÑA. Constitución Española de 1978. **Congreso de los Diputados**. Madrid, Es. Disponível em: <http://www.congreso.es>. Acesso em: 20 fev. 2020.

58 CACHARRÓN, Jesús Seone. Educación familiar y delincuencia juvenil. In: **Familia y Educación**. GONZÁLES, Eusebio. (coord.). Madrid: Ediciones Rialp, S.A. 1988, p.186.

59 NEIRA, Teófilo. Pedagogía y educación familiar. In: **Educación Familiar**. Nuevas relaciones humanas y humanizadas. R. GERVILLA, Enrique. (coord.). Madrid: Narcea, S.A. de Ediciones, 2003. p.14-15.

60 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.unicef.org>. Acesso em: 20 fev. 2020.



A Função Social da Família, na qual seu inclui a Solidariedade Intergeracional, deve ser fomentada pelo Estado e pela Sociedade por meio de projetos, ações e investimentos. A Sociedade tem o dever de cooperar para que esta função social seja realizada em sua plenitude, porque os benefícios gerados a ela são proveitosos, como a adoção do comportamento sustentável e ético. O Estado, por sua vez, tem a obrigação de fortalecer a Função Social da Família, refletindo que sua carência provocará o aumento de recursos públicos para resolução dos problemas socioambientais que, a cada dia, se multiplicam.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 1ª Tradução de Alfredo Bosi, Revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti, Edição revista e ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABREU, Pedro Manoel. Direito da Família e Leis da Família no contexto brasileiro. In: OLIVEIRA NETO, F. J. R. (org.); ZANON JUNIOR, O. L. (org.); LOCCHI, M. C. (org.); OLIVIERO, M. (org.); SANTOS, R. P. (org.); ABREU, P. M. (org.). **Coleção de principiologia constitucional e política do direito de tema: Direito, democracia e constitucionalismo**. 1. ed. Itajaí - SC: Univali, 2017. v. Tomo 3. p. 216-234.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BOUZON, Emanuel. **Ensaio babilônicos: sociedade, economia e cultura na Babilônia pré-cristã**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 63 de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 14 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan. 2020.

BRESC, Henri. La Europa de las ciudades y de los campos (siglos XIII-XV). In: BURGUIERE, André et al. *Historia de la familia*. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 10, p. 401-438. Traducción de Rafael Tusón.

CACHARRÓN, Jesús Seone. Educación familiar y delincuencia juvenil. In: **Familia y Educación**. GONZÁLES, Eusebio. (coord.). Madrid: Ediciones Rialp, S.A. 1988.

CHILDE, Vere Gordon. **A evolução cultural do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.



COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Panorama Social da América Latina e Caribe 2018**. Disponível em: www.cepal.org. Acesso em: 4 fev. 2020.

FORGEAU, Annie. La memoria del nombre y el orden faraónico. In: BURGUIERE, André et al. Historia de la familia. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 3, p. 139-168. Traducción de Néstor Míguez.

FOSSIER, Robert. La era feudal (siglos XI-XIII). In: BURGUIERE, André et al. Historia de la familia. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 9, p. 345-374. Traducción de Rafael Tusón.

FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma**. São Paulo: Contexto, 2001.

GOFF, Jacques Le. **A civilização do ocidente medieval**. 2. ed. v. 2. Tradução de Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Estampa. 1995.

HERLIHY, David. Family Solidarity in Medieval Italian History. **Explorations in Economic History**, Elsevier, v. 7, p. 173-184, 1969. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/0014498369900539>. Acesso em: 27 jan. 2020.

JACQ, Christian. **As egípcias**: Retratos das mulheres do Egito faraônico. 5. ed. Tradução de Maria D. Alexandre. São Paulo: Bertrand Brasil. 2000.

KLÍMA, Josef. **Sociedad y Cultura en la antigua Mesopotamia**. Traducción de Madilde Moreno. Madrid: Ediciones Akal, 2007.

LANDWERLIN, Gerardo Meil. La figura del abuelo en las familias españolas de la actualidad. **Portularia**, Huelva, n. 3, 2003, p. 33-47, 2003.

LOPÉZ, Elsa et al. Los cuidados en las familias: senderos de la solidaridad intergeneracional. **Argumentos**: revista de crítica social, Buenos Aires, n. 17, p. 238-256, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6154352>. Acesso em: 28 jan. 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010. E-book.

MASSET, Claude. Prehistoria de la familia. In: BURGUIERE, André et al. Historia de la familia. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 1, p. 83-102. Traducción de Néstor Míguez.

MELLO, Luiz Gonzaga de. **Antropologia Cultural**: Iniciação, Teorias e Temas. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

NEIRA, Teófilo. Pedagogía y educación familiar. In: **Educación Familiar**. Nuevas relaciones humanas y humanizadoras. R. GERVILLA, Enrique. (coord.). Madrid: Narcea, S.A. de Ediciones, 2003.



ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável: Transformando o nosso mundo**. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/sobre/>. Acesso em: 13 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.unicef.org>. Acesso em: 20 fev. 2020.

OSORIO, Luiz Carlos. **Família hoje**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1996.

PERELLÓ, Carlos Felipe. El concepto de familia en Roma arcaica. **Amunátegui: Ars Boni et Aequi**, Santiago, n. 1, p. 117-126, 2005. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/revista/13793/A/2005>.

ROUSSEL, Louis. La solidaridad intergeneracional: Ensayo de perspectivas. **REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas**, Madrid, n. 70, p.11-24, 1995. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=250136>.

SEGALEN, Martine; MARTIAL, Agnès. **Sociologie de la famille**. 9ª édition, Paris: Armand Colin, 2019.

SISSA, Giulia. La familia en la ciudad griega (siglos V-IV a.C.). In: BURGUIERE, André *et al.* **Historia de la familia**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 4, p. 169-202 Traducción de Néstor Míguez.

SOLER, Constanza Tobío. Estado y familia en el cuidado de las personas: Sustitución o complemento. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, Madrid, v. 31, n. 1, p. 17-38, 2013. Disponível em: <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/41623>. Acesso em: 11 fev. 2020.

SONNEVILLE-BORDES, Denise de. **A Pré-história**. Tradução de Maria Lúcia Aquino. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1967.



THOMAS, Yan. Roma, padres ciudadanos y ciudad de los padres (siglo II a.C siglo II d.C). In: BURGUIERE, André *et al.* **Historia de la familia**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1988. v. 1, cap. 5, p. 203-240. Traducción de Néstor Míguez.





UMA PROPOSTA DE SUSTENTABILIDADE NO DIREITO E FAMÍLIA

Klauss Corrêa de Souza



UMA PROPOSTA DE SUSTENTABILIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

A PROPOSAL FOR SUSTAINABILITY IN FAMILY LAW

Klauss Corrêa de Souza¹

Resumo

O presente estudo tem como objetivo analisar a sustentabilidade sob a óptica da instituição familiar. Assim, pretende-se, inicialmente, analisar a evolução do conceito de família ao longo do tempo e do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro, bem como trazer os aspectos inerentes à sustentabilidade, principalmente seu conceito e suas extensões. Ao final, buscar-se-á contemplar a relação entre sustentabilidade e família, e analisar sua importância para aplicação daquela. Para a pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, a natureza exploratória, a abordagem qualitativa e, para a coleta de dados, o procedimento bibliográfico.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Família. Desenvolvimento sustentável.

Abstract

This study aims to analyze sustainability from the perspective of the family institution. Thus, it is intended, initially, to analyze the evolution of the concept of family over time and of family law in the Brazilian legal system, as well as to bring the aspects inherent to sustainability and sustainable development, mainly its concept, its extensions and its elevation a fundamental principle. At the end, it will seek to contemplate the relationship between sustainability and family, and analyze its importance for the application of that. For the research, we used the deductive method, the qualitative approach and, for data collection, the bibliographic procedure.

Keywords: Sustainability. Family. Sustainable development.

¹ Juiz de Direito em Braço do Norte/SC. Doutorando do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em regime de dupla titulação com a Universidade de Alicante UA/Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em regime de dupla titulação com a Universidade de Alicante - UA. Especialista em Direito e Gestão Judiciária para Magistrados pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Graduado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL.



1 INTRODUÇÃO

A família é a base da sociedade, desempenhando, desde os primórdios, papel de suma importância na vida daqueles que a compõem, transmitindo não somente padrões de comportamento, mas também, por intermédio de afeto e cuidado, ideais éticos, morais e de lealdade, respeito e solidariedade.

Dito isso, o presente artigo tem como objetivo analisar a instituição familiar sob o prisma da sustentabilidade. Em outras palavras, aprofundar o estudo acerca da importância da família para a promoção do desenvolvimento sustentável, sua influência em relação aos indivíduos que a compõem e o papel desses atores familiares no contexto da sustentabilidade.

Para tanto, far-se-á o estudo inicial acerca da família, seu conceito e evolução, bem como do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, far-se-á uma análise acerca dos principais aspectos da sustentabilidade, como seu conceito e extensões. Ao final, buscar-se-á demonstrar a relação entre sustentabilidade e família, e analisar sua importância para aplicação daquela, sob a óptica da dimensão afetiva da sustentabilidade e da educação social, formadora de princípios e valores.

Para a pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, com o fim de, uma vez analisadas as informações, obter uma conclusão. Ainda, o método de natureza exploratória e a abordagem qualitativa, prezando pela descrição de todos os elementos essenciais relativos ao tema. E, para a coleta de dados, tem-se a utilização da pesquisa bibliográfica, mediante estudo de teorias já publicadas em doutrinas e outros artigos.

Assim, com a presente pesquisa, intenta-se lançar luz sobre a discussão acerca do papel da instituição familiar na criação de indivíduos de princípios e valores voltados também a um mundo sustentável.

2 PONTOS HITÓRICOS E CONCEITUAIS ACERCA DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

A família é um dos institutos mais antigos da humanidade. É o grupo social no qual se constrói um laço coesivo e uma consciência de unidade entre seus membros.

Venosa² ensina que, entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso do tempo. Sem dúvida, o crescimento no último século de uma sociedade com a mente urbanizada e cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade de família bastante distante das civilizações do passado.

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: família e sucessões – volume 5. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 26.



O direito de família esteve presente ao longo da história das sociedades humanas, disciplinando as relações decorrentes da convivência familiar e sofrendo mudanças, conforme as nuances de cada momento histórico.³

Na Antiguidade, os institutos do direito de família eram disciplinados pela autoridade conferida ao chefe do grupo, geralmente o pai, que detinha um poder absoluto em relação à prole, à administração do patrimônio e sobre a mulher, admitindo-se, inclusive, o livre desfazimento do vínculo matrimonial de acordo com a vontade do homem.⁴

No começo da Idade Média, os valores disseminados pela Igreja Católica, mais precisamente pelo Cristianismo, influenciaram o direito de família, na medida em que resultou na redução da autoridade do chefe de família e uma maior submissão do homem à autoridade divina. Com efeito, verificou-se mudanças como a sacralização do casamento e a sua conseqüente indissolubilidade, além da distinção entre filhos legítimos e ilegítimos e, ainda, uma maior solidariedade entre os membros do núcleo familiar, com a redução do poder do patriarca sobre o destino de sua prole.⁵

Doravante, com o advento das revoluções industriais e francesa, o núcleo familiar sofreu mais mudanças. Enquanto a primeira promoveu a modificação da estrutura econômica, resultando na necessidade de mulheres e crianças integrarem o mercado de trabalho e participarem da renda familiar, a segunda promoveu uma transformação social, na qual os ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade refletiram no núcleo familiar, de modo a se questionar as estruturas ideológicas e o papel da mulher e da criança na família.⁶

Após a Segunda Guerra Mundial, a ciência jurídica percebeu a necessidade de uma mudança profunda na estrutura do direito, mormente no direito de família, que foi o processo de constitucionalização do direito civil, objetivando a inclusão de alguns valores ao conteúdo normativo, entre os quais a dignidade humana, a despatrimonialização e a repersonalização do direito civil.⁷

Portanto, a constitucionalização do direito civil não influenciou apenas a norma jurídica em si, mas o próprio modo de interpretar a norma que passou a se pautar numa proposta de construção de uma sociedade voltada à defesa do ser humano e menos focada na defesa do patrimônio.⁸

3 BEZERRA, Matheus Ferreira. Direito de família em uma perspectiva humanitária. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 13, n. 1, p. 101-116, jan.-jun. 2012. p. 103. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1430/918>. Acesso em: 28 nov. 2021.

4 ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de direito romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 155.

5 BEZERRA, Matheus Ferreira. Direito de família em uma perspectiva humanitária. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 13, n. 1, p. 101-116, jan.-jun. 2012. p. 104. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1430/918>. Acesso em: 28 nov. 2021.

6 BEZERRA, Matheus Ferreira. Direito de família em uma perspectiva humanitária. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 13, n. 1, p. 101-116, jan.-jun. 2012. p. 104. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1430/918>. Acesso em: 28 nov. 2021.

7 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 37-38.

8 BEZERRA, Matheus Ferreira. Direito de família em uma perspectiva humanitária. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 13, n. 1, p. 101-116, jan.-jun. 2012. p. 104. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1430/918>. Acesso em: 28 nov. 2021.



Na medida em que a sociedade avançava, o Estado procurou oferecer, com maior efetividade, a proteção da família e de seus membros, assegurando-lhes assistência e amparo. Os avanços industriais influenciaram drasticamente na mudança da composição familiar, que evoluiu e continua evoluindo à medida que a sociedade muda e cria novas estruturas adaptadas às necessidades, em virtude de novas realidades sociais, políticas e econômicas.⁹

À família, sempre foi atribuída alguma função de acordo com sua evolução no tempo e no espaço, seja de ordem religiosa, política, econômica ou procracional. Na atual conjuntura, as funções religiosa e política não se sustentam mais e, de igual forma, a função econômica perdeu sentido, pois a família (para o que era necessário o maior número de sujeitos) não é mais uma unidade produtiva. Nesse sentido, contribuiu para a perda dessa função a progressiva emancipação econômica, social e jurídica feminina e a drástica redução do número médio de filhos.¹⁰

A família atual é regida pela solidariedade e pelo respeito à dignidade humana de cada um de seus membros, tratando-se de uma estruturação psíquica, em que cada integrante possui um lugar definido, independentemente de qualquer vínculo biológico.¹¹

Conforme escólio de Lôbo:

Somente com a Constituição de 1988, cujo capítulo dedicado às relações familiares pode ser considerado um dos mais avançados dentre as constituições de todos os países, consumou-se o término da longa história da desigualdade jurídica na família brasileira. Em normas concisas e verdadeiramente revolucionárias, proclamou-se em definitivo o fim da discriminação das entidades familiares não matrimoniais, que passaram a receber tutela idêntica às constituídas pelo casamento (caput do art. 226), a igualdade dos direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal (§5º do art. 226) e na união estável (§3º do art. 226), a igualdade entre filhos de qualquer origem, seja biológica ou não biológica, matrimonial ou não (§6º do art. 227).¹²

A Constituição Federal de 1988 assentou em seu artigo 226 que a família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado, sendo, portanto, digna de toda tutela jurídica

9 RODRIGUES, Silvío. **Direito civil: direito de família** – de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. n.p. apud SANTOS, Marina Alice de Souza. **Famílias simultâneas no direito brasileiro: a boa-fé no reconhecimento e na partilha de bens**. Orientadora: Taisa Maria Macena de Lima. 2017. 176 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 37. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SantosMAS_2.pdf. Acesso em: 5 dez. 2021.

10 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 14. E-Book. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/65655/5072-Direito-Civil-5-Familias-Paulo-Lobo-2018.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.

11 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 25 apud SANTOS, Marina Alice de Souza. **Famílias simultâneas no direito brasileiro: a boa-fé no reconhecimento e na partilha de bens**. Orientadora: Taisa Maria Macena de Lima. 2017. 176 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 39. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SantosMAS_2.pdf. Acesso em: 5 dez. 2021.

12 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 33. E-Book. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/65655/5072-Direito-Civil-5-Familias-Paulo-Lobo-2018.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.



a que faz jus.¹³ Tem-se também que “a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”.¹⁴

O conceito atual de família não é fechado. Nem mesmo a Carta Magna definiu família, uma vez que não é possível apresentar um conceito único e absoluto, apto a abranger a gama de relações socioafetivas que vinculam os sujeitos, tipificando modelos e estabelecendo categorias.¹⁵

A família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la, senão à luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e globalizadas. É que o fenômeno familiar não é uma totalidade homogênea, mas um universo de relações diversas, que atingem cada uma das partes nela inseridas de modo diferenciado, necessitando, via de consequência, de um enfoque multidisciplinar para a sua compreensão global.¹⁶

O direito de família evoluiu para um patamar em que as relações familiares são permeadas de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade e o ordenamento jurídico deve acompanhar as modificações culturais e científicas inerentes ao instituto familiar. Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda coletividade, o que possibilita a correção das injustiças sociais por via de consequência.¹⁷

Desta feita, nas últimas décadas, com uma profunda mudança de valores, a instituição familiar passou a se basear no afeto e na solidariedade, ocasião em que a Lei Maior se rendeu ao pluralismo em matéria de relações familiares. Diante de tal realidade, deve o Estado proteger de forma efetiva essas novas famílias, promovendo mecanismos para seu livre desenvolvimento.¹⁸

Assim, o texto constitucional impõe um dever geral de proteção, devendo a legislação infraconstitucional prever os mecanismos de promoção desses deveres, porém, na ausência deles, aplicam-se diretamente os preceitos constitucionais, principalmente em relação às crianças, aos adolescentes, aos jovens e aos idosos, bem como os deveres entre os cônjuges.¹⁹

13 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2021.

14 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família** – volume 6. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021. p. 17.

15 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito e família** – volume 6. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 15.

16 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 2-3.

17 PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do direito de família. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). **Doutrinas essenciais: família e sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 169.

18 BASTOS, Ísis Boll de Araujo. **O dever fundamental de proteção da família: dimensões da responsabilidade**. Orientador: Eugênio Facchini Neto. 2012. 31 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 134. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4188>. Acesso em: 8 nov. 2021.

19 BASTOS, Ísis Boll de Araujo. **O dever fundamental de proteção da família: dimensões da responsabilidade**. Orientador: Eugênio Facchini Neto. 2012. 31 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,



3 SUSTENTABILIDADE

A noção de sustentabilidade tem duas origens. A primeira, na biologia, por meio da ecologia, consistente na capacidade de recuperação e reprodução dos ecossistemas em face de agressões antrópicas (uso abusivo dos recursos naturais, desflorestamento, fogo etc.) ou naturais (terremoto, tsunami, fogo etc.). A segunda, na economia, como adjetivo do desenvolvimento, diante da percepção ao longo do século XX de que o padrão de produção e consumo em expansão no mundo, sobretudo no último quarto deste século, não pode se manter. Ergue-se, assim, a noção de sustentabilidade sobre a percepção da finitude dos recursos naturais e sua gradativa e perigosa depleção.²⁰

Nos embates ocorridos nas reuniões de Estocolmo (1972) e do Rio (1992), surge a noção de que o desenvolvimento tem, também, uma dimensão social. Nesta, está contida a ideia de que a pobreza é provocadora de agressões ambientais e, por isso, a sustentabilidade deve contemplar a equidade social e a qualidade de vida dessa geração e das próximas. A solidariedade com as próximas gerações introduz, de forma transversal, a dimensão ética.²¹

Assim, a partir dos ensinamentos de Leonardo Boff, pode-se dizer que sustentabilidade significa:

[...] o conjunto dos processos e ações que se destinam a manter a vitalidade e a integralidade da Mãe Terra, a preservação de seus ecossistemas com todos os elementos físicos, químicos e ecológicos que possibilitam a existência e a reprodução da vida, o atendimento das necessidades da presente e das futuras gerações, e a continuidade, a expansão e a realização das potencialidades da civilização humana em suas várias expressões.²²

Atualmente, há um enorme arcabouço que aborda o tema das maneiras mais diversas.²³ Freitas desenvolve o conceito de sustentabilidade:

Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.²⁴

Porto Alegre, 2012. p. 134. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4188>. Acesso em: 8 nov. 2021.

20 NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiente ao social, do social ao econômico. **Estudos Avançados**, [S.l.], v. 26, n. 74, p. 51-64, 2012. p. 51. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/yJnRYLWX-SwyxqggqDWy8gct/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 nov. 2021.

21 NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiente ao social, do social ao econômico. **Estudos Avançados**, [S.l.], v. 26, n. 74, p. 51-64, 2012. p. 51. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/yJnRYLWX-SwyxqggqDWy8gct/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 nov. 2021.

22 BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é - o que não é**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 14.

23 WACKERMANN, Gabriel. **Le développement durable**. Paris: Ellipses, 2008. n.p. apud NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiente ao social, do social ao econômico. **Estudos Avançados**, [S.l.], v. 26, n. 74, p. 51-64, 2012. p. 51. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/yJnRYLWX-SwyxqggqDWy8gct/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 nov. 2021.

24 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 43.



Sustentabilidade é, portanto, um processo mediante o qual se busca construir uma sociedade global capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo em condições que garantam a dignidade humana. Alcançado o objetivo de construir essa nova sociedade, será sustentável tudo aquilo que contribua com esse processo e, por consequência, insustentável será aquilo que se afaste dele.²⁵

Nesse sentido, para que uma sociedade seja considerada sustentável, mostra-se relevante o preenchimento de características básicas: a) a sociedade deve ser planetária e admitir que o destino seja comum, não cabendo a sustentabilidade parcial em algumas comunidades nacionais ou regionais à margem do que acontece no restante do planeta. Dessa forma, construir uma comunidade global de cidadãos ativos é indispensável para a consolidação da sustentabilidade, demandando, entre outras coisas, a superação da parcial visão ocidental que se tem do mundo; b) possa ser selado um pacto com a Terra de modo a não comprometer a possibilidade da manutenção dos ecossistemas essenciais que viabiliza a subsistência como espécie em condições ambientais aceitáveis, sendo imprescindível reduzir drasticamente a demanda e consumo de capital natural até se atingir níveis razoáveis de reposição; c) ser capazes de alimentar e oferecer uma vida digna para o conjunto dos habitantes do planeta, acabando com injustificáveis desigualdades, reformulando os modos de produção e distribuição da riqueza; d) seja recomposta a arquitetura social de modo a superar o modelo opressor que baseia o conforto e o progresso de umas camadas sociais na exclusão sistemática de legiões de desfavorecidos, órfãos de qualquer oportunidade, para assim atingir um patamar mínimo de justiça social em direção à sustentabilidade.²⁶

Em continuação: e) a construção de novos modos de governança para garantir a prevalência do interesse geral sobre os individualismos não solidários sejam estes de indivíduos, corporações ou estados, politizando a globalização, colocando-a a serviço das pessoas e estendendo mecanismos de governo baseados em novas formas de democracia, de arquitetura assimétrica e baseadas na responsabilidade dos cidadãos e;²⁷ f) a ciência e a técnica devem ser colocadas a serviço do objetivo comum, logo, não só os novos conhecimentos devem ajudar a corrigir erros passados e encontrar soluções eficazes para problemas como os apresentados pela atual civilização do petróleo. Portanto, inevitavelmente, a tecnologia disponível deverá determinar os modelos sociais dentro dos quais a sociedade se desenvolve, tal como insistentemente a história demonstra.²⁸

25 CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como aplicação de seus fundamentos. **Sequência**, Florianópolis, n. 71, p. 239-278, jul.-dez. 2015. p. 240. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/wnzy99ztqqFfrpTJWgSHDMH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 nov. 2021.

26 CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como aplicação de seus fundamentos. **Sequência**, Florianópolis, n. 71, p. 239-278, jul.-dez. 2015. p. 240-241. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/wnzy99ztqqFfrpTJWgSHDMH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 nov. 2021.

27 CRUZ, Paulo Márcio. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 87-96, janeiro-junho, 2009. p. 87 apud CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como aplicação de seus fundamentos. **Sequência**, Florianópolis, n. 71, p. 239-278, jul.-dez. 2015. p. 241. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/wnzy99ztqqFfrpTJWgSHDMH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 nov. 2021.

28 FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho. **Revista de Derecho Ambiental**, Buenos Aires, n. 34, out./dez. 2012. p. 65 e ss. apud CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como aplicação de seus fundamentos. **Sequência**, Florianópolis, n. 71, p.



A sustentabilidade, nesta perspectiva, é um termo que está relacionado ao equilíbrio necessário para a satisfação e viabilidade das necessidades atuais e das gerações posteriores, devendo ser implementada sob o prisma social, econômico, ecológico, cultural, espacial, político e ambiental.²⁹

Iniciando-se pela Carta Magna de 1988, em diversos dispositivos percebe-se a ideia de sustentabilidade, a qual funciona como um ideal implícito, servindo de base e estando estreitamente vinculada àquela. Já no preâmbulo da Constituição, está instituído um Estado Democrático que deve assegurar, entre outros, o desenvolvimento, o bem-estar e a justiça.³⁰

Doravante, no artigo 3º, tem-se como objetivos da República Federativa do Brasil o de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos.³¹ Sem dúvida, justiça, solidariedade, redução de desigualdades e bem-estar de todos são valores formadores do princípio da sustentabilidade.³²

Nessa toada, o desenvolvimento sustentável está aliado à economia, num sentido amplo da sustentabilidade, nas dimensões social, econômica, política, jurídica e tecnológica,³³ em consonância com o artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal, que prescreve a defesa do meio ambiente como princípio regente da atividade econômica.³⁴

No âmago do tema, o artigo 225, da Carta Federal, traz o princípio da sustentabilidade, se entrelaçando com os artigos 3º e 170, inciso VI, pois vincula o desenvolvimento sustentável como forma de proporcionar a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, imprescindível à sadia qualidade de vida, mas com o dever de todos na defesa e preservação para as presentes e futuras gerações.³⁵

239-278, jul.-dez. 2015. p. 241. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/wnzy99ztqqFfrpTJWgSHDMH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 nov. 2021.

29 LUCA, Guilherme Domingos de; POZZOLI, Lafayette. Ética na sociedade numa relação do direito e da fraternidade sobre o conceito de sustentabilidade: bem comum e dignidade da pessoa humana. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 87-101, jan.-jun. 2015. p. 98. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9163/3966>. Acesso em: 20 nov. 2021.

30 MORAIS, Fausto Santos de; IVANOFF, Felipe de. A sustentabilidade como princípio jurídico no direito brasileiro. **Revista Jurídica Direito & Paz**, São Paulo, ano XVIII, n. 35, p. 50-66, 2016. p. 60. Disponível em: <https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/download/264/266/0>. Acesso em: 20 out. 2021.

31 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2021.

32 MORAIS, Fausto Santos de; IVANOFF, Felipe de. A sustentabilidade como princípio jurídico no direito brasileiro. **Revista Jurídica Direito & Paz**, São Paulo, ano XVIII, n. 35, p. 50-66, 2016. p. 61. Disponível em: <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/264/266>. Acesso em: 20 out. 2021.

33 FONTES FILHO, Cláudio Barbosa; ANJOS, Ester Dorcas Ferreira dos. O princípio da sustentabilidade como princípio constitucional. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador, v. 7, n. 1, p. 73-91, jan.-jun., 2018. p. 84. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/1336/769>. Acesso em: 2 out. 2021.

34 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2021.

35 FONTES FILHO, Cláudio Barbosa; ANJOS, Ester Dorcas Ferreira dos. O princípio da sustentabilidade como princípio constitucional. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador, v. 7, n. 1, p. 73-91, jan.-jun., 2018. p. 84. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/1336/769>. Acesso em: 2 out. 2021.



Mais adiante, analisando em conjunto, no artigo 170, inciso VI, há a menção de que a ordem econômica deverá observar a defesa do meio ambiente e, no artigo 174, § 1º, que caberá ao legislador ordinário a estipulação de diretrizes para um desenvolvimento nacional equilibrado. Ainda, o artigo 225 dispõe especificamente sobre o meio ambiente, definindo que todos têm direito a um meio ambiente equilibrado, que é de uso comum e essencial à qualidade de vida, cabendo ao Estado e à coletividade o dever de protegê-lo para as presentes e futuras gerações.³⁶

Ao conceituar sustentabilidade, é possível visualizar que esta não se limita às ações humanas voltadas à proteção do meio ambiente natural, do ponto de vista da ecologia, dirigindo-se sua definição também para aspectos sociais e econômicos. O mesmo se pode dizer dos objetivos trazidos pela Agenda 2030, que, como expressão e forma de concretização daquela, apresentam resumidamente ações necessárias para a promoção de um desenvolvimento que considere os três âmbitos da existência humana.³⁷

Percebe-se, portanto, que a promoção a um meio ambiente protegido é indissociável da ideia de dignidade humana, bem como dos demais direitos fundamentais consagrados, como a vida, a liberdade e a saúde. Sob outro aspeto, a proteção ao meio ambiente, consagrando a dignidade humana em conjunto com a solidariedade, expressa a proteção à existência humana não apenas de uma geração contemporânea, mas de gerações futuras, garantindo-lhes, a seu tempo, o desfrute de qualidade de vida e de recursos naturais necessários.

O constitucionalismo nacional evidencia cada vez mais este núcleo, protetivo à dignidade humana, do direito à proteção ambiental, confirmando-os como direitos humanos, no foro internacional, o que reforça ainda mais seu reconhecimento como direito fundamental.³⁸ Portanto, após o atrelamento da tutela ambiental ao princípio da sustentabilidade, exsurge o fundamento para se constatar que a sustentabilidade é um direito fundamental.³⁹

Nesse viés, torna-se fácil visualizar o direito à sustentabilidade, principalmente na sua dimensão ambiental, como um direito difuso, entendido como direito de terceira geração, ou metaindividual, cujo campo de proteção exorbita a esfera individual, atingindo grupos e coletividades como meio de efetivar a tutela da própria existência e dignidade destes.⁴⁰

36 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2021.

37 SANTOS, Lueverton Gonçalves dos; NERIS, Lucas Gabriel Duarte. A sustentabilidade como direito fundamental: instrumentos constitucionais para o cumprimento da agenda 2030. **Revista Manus Iuris**, Mossoró, p. 27-43, maio 2021. p. 37. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rmi/article/view/10376/10647>. Acesso em: 22 nov. 2021.

38 SANTOS, Lueverton Gonçalves dos; NERIS, Lucas Gabriel Duarte. A sustentabilidade como direito fundamental: instrumentos constitucionais para o cumprimento da agenda 2030. **Revista Manus Iuris**, Mossoró, p. 27-43, maio 2021. p. 38. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rmi/article/view/10376/10647>. Acesso em: 22 nov. 2021.

39 MELO, Flávio Henrique de. A sustentabilidade como direito fundamental e os sistemas judiciais civil law e common law. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador, v. 8, n. 1, p. 121-149, jan.-jul. 2019. p. 137. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/1967>. Acesso em: 25 nov. 2021.

40 SANTOS, Lueverton Gonçalves dos; NERIS, Lucas Gabriel Duarte. A sustentabilidade como direito fundamental: instrumentos constitucionais para o cumprimento da agenda 2030. **Revista Manus Iuris**, Mossoró, p. 27-43, maio



Importante destacar que a terceira dimensão dos direitos fundamentais compreende direitos de titularidades individual ou coletivas, relativos à solidariedade, fraternidade, qualidade de vida, autodeterminação dos povos, meio ambiente sadio e equilibrado.⁴¹

O enquadramento do direito ao meio ambiente sustentável como de terceira geração leva a duas consequências iniciais. Primeiramente, cita-se a sua agregação hermenêutica, ou de novas diretrizes interpretativas aos direitos clássicos de cunho liberal individualista, como a propriedade e liberdade, trazendo-lhes, assim, reformulações em suas compreensões e aplicações, que devem ser enquadradas nessa nova geração de direitos. A segunda consequência é a determinação de uma gama enorme de sujeitos em face de quem se exerce os direitos ecológicos, ou, melhor, a determinação de quem são os responsáveis por assegurar um meio ambiente equilibrado.⁴²

Sustentabilidade é princípio fundamental, com regras expressas ou inferidas que o intensificam. Também se considera diretriz interpretativa vinculante que prescreve a intergeracional promoção do bem-estar.⁴³

Diante disso, decorre que somente as políticas consonantes com a sustentabilidade multifacetada (social, econômica, ambiental, ética e jurídico-política) são constitucionalmente legítimas.⁴⁴

A aplicação do princípio da sustentabilidade enquanto direito fundamental e princípio jurídico basilar da ordem jurídica local e internacional, deve contribuir com a ecologização dos demais princípios, devidamente impulsionada pela força real da sociedade civil, e que também servirá como caminho para uma governança com sustentabilidade ecológica e social.⁴⁵

A nova postura hermenêutica pretende que os princípios e os direitos fundamentais – comuns às gerações atuais e vindouras – sejam o fundamento e o ápice da ordem jurídica, tendo o condão até de, excepcionalmente, sustar a eficácia de determinadas regras, se necessárias ao cumprimento das metas. É por isso que se abstém do mínimo com o fim de preservar o máximo de direitos fundamentais, evitando, desta forma, ações e omissões causadoras de danos entre as gerações.⁴⁶

2021. p. 38-39. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rmi/article/view/10376/10647>. Acesso em: 22 nov. 2021.

41 MELO, Flávio Henrique de. A sustentabilidade como direito fundamental e os sistemas judiciais civil law e common law. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador, v. 8, n. 1, p. 121-149, jan.-jul. 2019. p. 136. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/1967>. Acesso em: 25 nov. 2021.

42 SANTOS, Lueverton Gonçalves dos; NERIS, Lucas Gabriel Duarte. A sustentabilidade como direito fundamental: instrumentos constitucionais para o cumprimento da agenda 2030. **Revista Manus Iuris**, Mossoró, p. 27-43, maio 2021. p. 39. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rmi/article/view/10376/10647>. Acesso em: 22 nov. 2021.

43 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 24, n. 3, p. 940-963, set.-dez. 2018. p. 941. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13749/pdf>. Acesso em: 25 nov. 2021.

44 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 24, n. 3, p. 940-963, set.-dez. 2018. p. 941. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13749/pdf>. Acesso em: 25 nov. 2021.

45 BOSSELMANN, Klaus. **The principle of sustainability**: transforming law and governance. New Zealand: Ashgate, 2008. p. 79 e ss.

46 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 24, n.



A hermenêutica jurídica, orientada pelo critério da sustentabilidade, conecta-se à realidade social, atenta ao espírito da lei, mas, ao mesmo tempo, se preocupa com o mundo real e com os valores que orientam e dão suporte à ordem jurídica, reconhecendo a existência humana e os direitos fundamentais comuns a gerações presentes e futuras como paradigmas a serem alcançados.⁴⁷

Para Sachs, o:

[...] desenvolvimento pretende habilitar cada ser humano a manifestar potencialidades, talentos e imaginação, na procura da autorrealização e da felicidade, mediante empreendimentos individuais e coletivos, numa combinação de trabalho autônomo e heterônomo e de tempo dedicado a atividades não produtivas.⁴⁸

O que se infere é o dever, introduzido por norma geral inclusiva (artigo 5º, § 2º, da Carta Magna), de assumir a diretriz da sustentabilidade e, mais do que isso, o princípio constitucional que determina, intra e intergeracionalmente, o respeito ao bem-estar, tanto individual como transindividual, tendo por ânimo promover a preservação ou a restauração do ambiente limpo e resguardando o direito ao futuro.⁴⁹

Diante desse quadro, torna-se imprescindível repensar os métodos de interpretação jurídica rumo a um novo caminho, a uma nova hermenêutica, conectada com os constantes progressos da sociedade moderna. Caminho este que, conforme ressaltam Langner e Isaia, deve partir de uma revolução paradigmática, levada a efeito pela Constituição, com a revisão de teorias ultrapassadas e a imprescindibilidade de um novo olhar crítico do intérprete, principalmente sob a ótica dos direitos fundamentais, os quais devem ter o seu sentido e sua titularidade alargados para que tenham eficácia intertemporal.⁵⁰

Verifica-se, portanto, que a interpretação constitucional é decisiva para o fortalecimento e concretude do princípio da sustentabilidade e para o atingimento, de forma solidária, do desenvolvimento material e imaterial. Ao refletir os ensinamentos de Konrad Hesse acerca da

3, p. 940-963, set.-dez. 2018. p. 949-950. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13749/pdf>. Acesso em: 25 nov. 2021.

47 MOURÃO, Rodrigo Fagundes. **Crêterios hermenêuticos para uma efetiva proteção jurídica ao meio ambiente sob o paradigma da sustentabilidade**. Orientador: Gabriel Real Ferrer. 2019. 198 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, 2019. p. 168-169. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2601/RODRIGO%20FAGUNDES%20MOUR%20C3%83O.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

48 SACHS, Ignacy. **A terceira margem**: em busca do ecodesenvolvimento. Paris: Bourin Éditeur, 2007. p. 35 apud FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 24, n. 3, p. 940-963, set.-dez. 2018. p. 953. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13749/pdf>. Acesso em: 25 nov. 2021.

49 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 24, n. 3, p. 940-963, set.-dez. 2018. p. 954. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13749/pdf>. Acesso em: 25 nov. 2021.

50 LANGNER, Ariane; ISAIA, Cristiano Becker. O princípio constitucional da sustentabilidade e o direito enquanto transformador da realidade: uma discussão acerca da interpretação jurídica. **2º Seminário Internacional de Direito, Democracia & Sustentabilidade**, [S.l.], ago. 2015. p. 8. Disponível em: <https://www.imes.edu.br/Uploads/GT-5-p371-381.pdf>. Acesso: 28 nov. 2021.



consolidação e preservação da força normativa da Constituição, Nalini adverte que a interpretação constitucional se encontra submetida ao princípio da ótima concretização da norma. O referido princípio libera a aplicação da Constituição dos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual, uma vez que, de acordo com o autor, o direito e a Constituição têm as suas eficácias condicionadas pelos fatos concretos da vida, não se afigurando possível que a interpretação faça deles tábula rasa. A interpretação, adverte o autor, há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição.⁵¹

Sob esse prisma, Langner e Isaia destacam ser imprescindível que os juízes compreendam a complexidade das questões que têm de decidir e tenham o senso prospectivo de longo prazo das providências determinadas. O princípio da sustentabilidade, ressaltam os autores, enquanto autêntico e pragmático, vincula a atividade concreta do juiz, na medida em que este deverá decidir de modo a não comprometer toda a unidade dos princípios constitucionais e a refletir sobre a repercussão de seus atos.⁵²

Portanto, na esfera decisória jurisdicional, os magistrados devem, necessariamente, ter a consciência de que se desenvolver sustentavelmente é a meta que irá direcionar as decisões judiciais. Essa nova postura interpretativa demanda um constante comprometimento dos operadores do direito com a efetivação de valores sustentáveis, construindo, para isso, uma nova forma de interpretar o direito, baseada no princípio da sustentabilidade como conceito multidimensional. Assim, a atividade jurisdicional não poderá se limitar à mera atividade de subsunção dos fatos às normas, sendo necessário ir muito além, na incessante busca da construção do sentido que apresente a melhor solução para o caso concreto e que sirva como mola propulsora a fomentar o desenvolvimento sustentável da sociedade.⁵³

4 A SUSTENTABILIDADE APLICADA AO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 estabelece como direito de todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A partir dessa concepção, a sustentabilidade passou a ser elevada ao papel de direito fundamental, revelando a proteção dos indivíduos e a preocupação constante com as gerações presentes e futuras.⁵⁴ Pressupõe-se que os seres humanos são parte da natureza

51 NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. 2. ed. São Paulo: Millenium, 2003. p. 17-18.

52 LANGNER, Ariane; ISAIA, Cristiano Becker. O princípio constitucional da sustentabilidade e o direito enquanto transformador da realidade: uma discussão acerca da interpretação jurídica. **2º Seminário Internacional de Direito, Democracia & Sustentabilidade**, [S.l.], ago. 2015. p. 8. Disponível em: <https://www.imes.edu.br/Uploads/GT-5-p371-381.pdf>. Acesso: 28 nov. 2021.

53 MOURÃO, Rodrigo Fagundes. **Crêterios hermenêuticos para uma efetiva proteção jurídica ao meio ambiente sob o paradigma da sustentabilidade**. Orientador: Gabriel Real Ferrer. 2019. 198 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, 2019. p. 171. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2601/RODRIGO%20FAGUNDES%20MOUR%C3%83O.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

54 PEREIRA, Tânia da Silva; LEAL, Livia Teixeira. A sustentabilidade sob a óptica do cuidado: os desafios para a sustentabilidade da pessoa idosa. **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, Famílias: Pluralidade e Felicidade**, [S.l.], p. 77-92, dez. 2013. p. 78. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/293.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.



e membros da comunidade biótica e cósmica com a responsabilidade de cuidá-la, protegê-la e regenerá-la.⁵⁵ Nesse aspecto, a análise da sustentabilidade do desenvolvimento humano vai muito além do mero viés ecológico ou econômico, permeando os diversos aspectos da vida humana.⁵⁶

Dito isso, como já visto, há uma divisão padrão acerca das dimensões da sustentabilidade: social, ambiental, econômica, ética e jurídico-política. No entanto, inexistente nessa divisão, “de forma expressa, a referência à família ou ao ente familiar, como aspecto no tocante ao qual também se impõe a consideração da sustentabilidade”.⁵⁷

Não obstante, para Adélia Brasil, cabe admitir a existência, dentro do instituto familiar, da chamada dimensão afetiva da sustentabilidade, derivada das dimensões política e social, capaz de “unir organização e indivíduo, devido à realização das necessidades pessoais e expectativas gerais do ser humano enquanto um ser que vivencia a emoção, o sentimento e a prática do cuidado”.⁵⁸

Em que pese não seja expressamente listada pela doutrina entre as dimensões “clássicas”, uma vez admitida a existência da dimensão afetiva da sustentabilidade, se abre espaço para perceber que os afetos alteram o espaço comum em que vivem os indivíduos e possibilitar a investigação do quanto afetam.⁵⁹

Quando se pensa em afeto, dentro da dimensão afetiva da sustentabilidade, deve-se esclarecer, contudo, que não se limita a mera ideia de afeto como emoção. O objetivo é pensar como os indivíduos são afetados atualmente e como podem ser afetados de modo diferente com o fim de produzir novas formas de viver, pensar e agir. Não se deve pensar no afeto somente sob o seu viés positivo, mas principalmente os afetos presentes no conflito, que destacam as características e personalidades dos indivíduos.⁶⁰

Tendo por base o afeto, a família desempenha papel relevante na construção de lealdade, apoio, segurança, estabilidade econômica, emocional e psicológica naqueles que a compõem, se apresentando, assim, como elemento-chave.⁶¹ Portanto, cabe registrar, “a sustentabilidade da vida

55 BOFF, Leonardo. **O cuidado necessário**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 20-21.

56 PEREIRA, Tânia da Silva; LEAL, Livia Teixeira. A sustentabilidade sob a óptica do cuidado: os desafios para a sustentabilidade da pessoa idosa. **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, Famílias: Pluralidade e Felicidade**, [S.l.], p. 77-92, dez. 2013. p. 78. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/293.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

57 COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Família: cuidado, vulnerabilidade e sustentabilidade. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, [S.l.], p. 42-69, [201?]. p. 65, grifo do autor. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/265.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2021.

58 BRASIL, Adélia Alencar. **Sustentabilidade e protagonismo feminino no semiárido**: um estudo de caso da comunidade rural Baixio Grande, Assaré-Ceará. Orientadora: Suely Salgueiro Chacon. 2015. 163 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional Sustentável) – Universidade Federal do Cariri (UFCA), Juazeiro do Norte, 2015. p. 142. Disponível em: <https://proder.ufca.edu.br/wp-content/uploads/2018/08/adelia.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

59 FIALHO, Risomar Gomes Monteiro; CUNHA, Eduardo Vivian da. Sustentabilidade e afeto: a dimensão afetiva da sustentabilidade na família. **Revbea**, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 313-333, 2018. p. 318. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/revbea/article/view/2555/1589>. Acesso em: 5 dez. 2021.

60 FIALHO, Risomar Gomes Monteiro; CUNHA, Eduardo Vivian da. Sustentabilidade e afeto: a dimensão afetiva da sustentabilidade na família. **Revbea**, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 313-333, 2018. p. 325. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/revbea/article/view/2555/1589>. Acesso em: 5 dez. 2021.

61 MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1137.



é viabilizada pelo cuidado, pelo olhar diferenciado ao outro e a si mesmo, buscando a conciliação de interesses em prol da coexistência harmônica dos indivíduos”.⁶²

Sob este aspecto, o que se tem é que, mesmo fazendo parte do social, a família é composta de sujeitos individuais, que trazem consigo múltiplos afetos, sendo de extrema importância entender o quanto estes sujeitos se constituem e se influenciam internamente, dentro da instituição familiar, e como são capazes de influenciar o meio externo a partir das unidades familiares.⁶³ Cabe registrar:

[...] a sustentabilidade familiar, como tal considerada, dá a continuidade dos laços entre os integrantes do grupo familiar e, neste espaço, o que de bom nele possa ser produzido, em termos de educação e orientação, principalmente no que diz respeito aos filhos e seu amadurecimento, depende da firme consciência e boa intenção dos pais, quanto à missão que têm e os objetivos a ela correspondentes.⁶⁴

Assim, a sustentabilidade no seio familiar depende do cuidado dos pais em relação à educação e formação dos filhos, bem como da maneira como os próprios genitores agem em sua relação afetiva,⁶⁵ até porque o ente familiar é o meio inicial de mediação da relação do indivíduo com a sociedade, bem como de fixação de padrão de comportamento, servindo, dessa forma, como um modelo.⁶⁶

Aliás, acerca da relação entre sustentabilidade e a ideia de cuidado, cabe registrar:

Se a sustentabilidade representa o lado objetivo, ambiental, econômico e social da gestão dos bens naturais e de sua distribuição, o cuidado denota seu lado subjetivo, as atitudes, os valores éticos e espirituais que acompanham todo esse processo, sem os quais a própria sustentabilidade não se realiza adequadamente. Sustentabilidade e cuidado devem ser assumidos conjuntamente para impedir que a crise se transforme em tragédia e para conferir eficácia às práticas que visam fundar um novo paradigma de convivência ser-humano-vida-Terra.⁶⁷

Assim, a família, por intermédio do cuidado, se apresenta como “importante instrumento de alcance da sustentabilidade, mediante a inclusão e prática de valores em seus membros, que podem vir a ser sentidos num universo social mais amplo e promissor”.⁶⁸

62 PEREIRA, Tânia da Silva; LEAL, Livia Teixeira. A sustentabilidade sob a óptica do cuidado: os desafios para a sustentabilidade da pessoa idosa. **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, Famílias: Pluralidade e Felicidade**, [S.l.], p. 77-92, dez. 2013. p. 79. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/293.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

63 FIALHO, Risomar Gomes Monteiro; CUNHA, Eduardo Vivian da. Sustentabilidade e afeto: a dimensão afetiva da sustentabilidade na família. **Revbea**, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 313-333, 2018. p. 327. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/revbea/article/view/2555/1589>. Acesso em: 5 dez. 2021.

64 COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Família: cuidado, vulnerabilidade e sustentabilidade. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, [S.l.], p. 42-69, [201?]. p. 66, grifo do autor. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/265.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2021.

65 COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Família: cuidado, vulnerabilidade e sustentabilidade. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, [S.l.], p. 42-69, [201?]. p. 67. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/265.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2021.

66 FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. A cidadania ambiental na perspectiva da família. **Revista Eletrônica Thesis**, São Paulo, ano XI, n. 21, p. 91-109, 2014. p. 103. Disponível em: http://www.cantareira.br/thesis2/ed_21/art_06_ana.pdf. Acesso em: 5 dez. 2021.

67 BOFF, Leonardo. **O cuidado necessário**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 21.

68 CECYN JÚNIOR, Jorge Antonio. **Empoderamento Familiar: Noções para uma vida mais justa e sustentável**. 1. ed. Florianópolis, SC: Editora Autores do Brasil, 2020. p. 216 e 217.



Desde a infância, os indivíduos adquirem características próprias de sua natureza, as quais são aprimoradas na medida em que crescem e se desenvolvem, mostrando-se de suma importância aprender desde logo que se encontram inseridos em um contexto político-social, no qual os interesses comuns se sobressaem aos interesses individuais.⁶⁹

Nesse ínterim, pode-se dizer que um ensino que contempla a formação e o comprometimento ético com um sistema de valores pessoais e coletivos, “[...] pontifica os compromissos com a humanidade, a solidariedade, a sustentabilidade, e, pois, o bem comum em sua acepção completa e contemporânea”.⁷⁰ De fato, a ausência de educação adequada, além de afetar a formação do caráter, acaba por refletir, inclusive, no desenvolvimento de uma educação voltada para a sustentabilidade.⁷¹

A família, inserida no processo de educação do indivíduo, tem papel fundamental no estabelecimento de uma relação ética de causa e consequência dos problemas ambientais, sociais e econômicos, proporcionando, com isso, o diálogo e a interação entre essas dimensões em conjunto com o exercício de ações voltadas a novos valores e prioridades.⁷²

É evidente, assim, que a família possui como função social o exercício de práticas positivas de convivência familiar sustentável, de modo a proporcionar a valorização do ser, com base em laços de afeto, carinho e cuidado, bem como da dignidade pessoa humana e da fraternidade, com o fim de construir uma sociedade justa e solidária.⁷³

Contudo, é de se reconhecer que a desigualdade social se mostra como obstáculo importante em relação ao alcance da sustentabilidade em sua dimensão afetiva, pois, conforme explica Cecyn Júnior, “impede o pleno desenvolvimento do indivíduo no seio familiar e, em efeito cadeia, deste em relação ao organismo estatal em que se insere”.⁷⁴

69 CECYN JÚNIOR, Jorge Antonio. **Empoderamento Familiar**: Noções para uma vida mais justa e sustentável. 1. ed. Florianópolis, SC: Editora Autores do Brasil, 2020. p. 218.

70 SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; PASOLD, César Luiz. Reflexões sobre os modelos tradicionais e o reflexivo de educação: contribuições para a efetividade da sustentabilidade. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v. 4, n. 49, p. 462-479, 2017. p. 465. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2910>. Acesso em: 20 dez. 2021.

71 CECYN JÚNIOR, Jorge Antonio. **Empoderamento Familiar**: Noções para uma vida mais justa e sustentável. 1. ed. Florianópolis, SC: Editora Autores do Brasil, 2020. p. 221.

72 CASTRO, Mary Lobas; CANHEDO JÚNIOR, Sidnei Garcia. **Educação ambiental como instrumento de participação**. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo (Org.). Educação ambiental e sustentabilidade. 2. ed. Barueri: Manole, 2014. p. 473.

73 BERNARDES, Júlio César. O desenvolvimento econômico na modernidade tardia: a sustentabilidade como alternativa viável para efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 307-323, dez. 2016. p. 308. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/149>. Acesso em: 15 dez. 2021.

74 CECYN JÚNIOR, Jorge Antonio. **O papel do Estado na proteção da instituição familiar contemporânea e sua contribuição para o alcance da sustentabilidade como novo paradigma do direito**. Orientador: Ricardo Stanziola Vieira. 2018. 184 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, 2018. p. 118. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2405/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Jorge%20Antonio%20Cecyn%20Junior.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.



Porém, quando se busca a sustentabilidade, é necessário o diálogo entre o direito fundamental ao ambiente e os direitos fundamentais sociais.⁷⁵ Assim, como bem lembram Richter e Veronese, “o processo de mudança é um caminho longo e requer interdisciplinaridade, pois no mundo sustentável nada pode ser praticado em apartado, é preciso um diálogo permanente entre as pessoas de uma sociedade”.⁷⁶

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da presente investigação, pode-se perceber a importante relação entre família e sustentabilidade. Dentro desse contexto, viu-se inicialmente a evolução do conceito de família, bem como do direito de família perante o ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, os aspectos relativos à sustentabilidade, como seu conceito e extensões. Ao final, estudou-se acerca da relação entre família e sustentabilidade, com o objetivo de avaliar o papel do ente familiar e, conseqüentemente, de seus atores, na promoção de um mundo sustentável, visto em seu sentido amplo.

Com o estudo ficou claro que apesar de a família não ser expressamente referida na ideia de sustentabilidade, por força de suas dimensões sociais e políticas, é possível se concluir pela existência de uma dimensão afetiva da sustentabilidade, voltada à instituição familiar, mais precisamente na sua importância para a formação de indivíduos voltados a valores e prioridades relacionadas a um espaço sustentável, regida por afeto, cuidado e carinho.

A educação mostra-se como fator de grande preponderância para o desenvolvimento do ser humano dentro desse contexto sustentável, principalmente na esfera familiar que, sendo, desde a infância, o principal fator de interação, acabam por moldar, desde muito cedo, os indivíduos que a compõem, afetando seu comportamento no seio familiar e, conseqüentemente, em sociedade, na relação com o outro e com o ambiente em que vivem.

O meio ambiente é um espaço que é diariamente e constantemente modificado pelo homem e, nesse contexto e desta forma, é de suma importância voltar os olhares não somente às questões ecológicas em si, mas, de igual forma, aos sujeitos que fazem parte desse espaço, sua consciência em relação ao meio em que vivem e como transmitem isso externamente, no meio social, pois é com uma política voltada ao ser humano que se alcançará o verdadeiro ideal de sustentabilidade.

75 CECYN JÚNIOR, Jorge Antonio. **O papel do Estado na proteção da instituição familiar contemporânea e sua contribuição para o alcance da sustentabilidade como novo paradigma do direito**. Orientador: Ricardo Stanziola Vieira. 2018. 184 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, 2018. p. 120. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2405/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Jorge%20Antonio%20Cecyn%20Junior.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.

76 RICHTER, Daniela; VERONESE, Josiane Rose Petry. O direito da criança e o direito ambiental: o compromisso com a sustentabilidade das presentes e futuras gerações por meio da construção de uma cultura fraterna. **XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, [S.l.], 2014. p. 11. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11683/1557>. Acesso em: 10 dez. 2021.



REFERÊNCIAS

BASTOS, Ísis Boll de Araujo. **O dever fundamental de proteção da família: dimensões da responsabilidade**. Orientador: Eugênio Facchini Neto. 2012. 31 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4188>. Acesso em: 8 nov. 2021.

BERNARDES, Júlio César. O desenvolvimento econômico na modernidade tardia: a sustentabilidade como alternativa viável para efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 307-323, dez. 2016. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/149>. Acesso em: 15 dez. 2021.

BEZERRA, Matheus Ferreira. Direito de família em uma perspectiva humanitária. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 13, n. 1, p. 101-116, jan.-jun. 2012. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1430/918>. Acesso em: 28 nov. 2021.

BOFF, Leonardo. **O cuidado necessário**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é - o que não é**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

BOSELTMANN, Klaus. **The principle of sustainability: transforming law and governance**. New Zealand: Ashgate, 2008.

BRASIL, Adélia Alencar. **Sustentabilidade e protagonismo feminino no semiárido: um estudo de caso da comunidade rural Baixio Grande, Assaré-Ceará**. Orientadora: Suely Salgueiro Chacon. 2015. 163 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional Sustentável) – Universidade Federal do Cariri (UFCA), Juazeiro do Norte, 2015. Disponível em: <https://proder.ufca.edu.br/wp-content/uploads/2018/08/adelia.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2021.

CASTRO, Mary Lobas; CANHEDO JÚNIOR, Sidnei Garcia. Educação ambiental como instrumento de participação. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo (Org.). **Educação ambiental e sustentabilidade**. 2. ed. Barueri: Manole, 2014.

CECYN JÚNIOR, Jorge Antonio. **O papel do Estado na proteção da instituição familiar contemporânea e sua contribuição para o alcance da sustentabilidade como novo paradigma do direito**. Orientador: Ricardo Stanziola Vieira. 2018. 184 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, 2018. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2405/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Jorge%20Antonio%20Cecyn%20Junior.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.



CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como aplicação de seus fundamentos. **Sequência**, Florianópolis, n. 71, p. 239-278, jul.-dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/wnzy99ztqgFfrpTJWgSHDMH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 nov. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. A cidadania ambiental na perspectiva da família. **Revista Eletrônica Thesis**, São Paulo, ano XI, n. 21, p. 91-109, 2014. Disponível em: http://www.cantareira.br/thesis2/ed_21/art_06_ana.pdf. Acesso em: 5 dez. 2021.

FIALHO, Risomar Gomes Monteiro; CUNHA, Eduardo Vivian da. Sustentabilidade e afeto: a dimensão afetiva da sustentabilidade na família. **Revbea**, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 313-333, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/revbea/article/view/2555/1589>. Acesso em: 5 dez. 2021.

FONTES FILHO, Cláudio Barbosa; ANJOS, Ester Dorcas Ferreira dos. O princípio da sustentabilidade como princípio constitucional. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador, v. 7, n. 1, p. 73-91, jan.-jun., 2018. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/1336/769>. Acesso em: 2 out. 2021.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 24, n. 3, p. 940-963, set.-dez. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13749/pdf>. Acesso em: 25 nov. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito e família – volume 6. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família – volume 6. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021.

LANGNER, Ariane; ISAIA, Cristiano Becker. O princípio constitucional da sustentabilidade e o direito enquanto transformador da realidade: uma discussão acerca da interpretação jurídica. **2º Seminário Internacional de Direito, Democracia & Sustentabilidade**, [S.l.], ago. 2015. Disponível em: <https://www.imed.edu.br/Uploads/GT5-p371-381.pdf>. Acesso: 28 nov. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-Book. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/65655/5072-Direito-Civil-5-Familias-Paulo-Lobo-2018.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.

LUCA, Guilherme Domingos de; POZZOLI, Lafayette. Ética na sociedade numa relação do direito e da fraternidade sobre o conceito de sustentabilidade: bem comum e dignidade da pessoa humana. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 87-101, jan.-jun. 2015. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9163/3966>. Acesso em: 20 nov. 2021.



MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELO, Flávio Henrique de. A sustentabilidade como direito fundamental e os sistemas judiciais civil law e common law. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador, v. 8, n. 1, p. 121-149, jan.-jul. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/1967>. Acesso em: 25 nov. 2021.

MORAIS, Fausto Santos de; IVANOFF, Felipe de. A sustentabilidade como princípio jurídico no direito brasileiro. **Revista Jurídica Direito & Paz**, São Paulo, ano XVIII, n. 35, p. 50-66, 2016. Disponível em: <https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/download/264/266/0>. Acesso em: 20 out. 2021.

MOURÃO, Rodrigo Fagundes. **Critérios hermenêuticos para uma efetiva proteção jurídica ao meio ambiente sob o paradigma da sustentabilidade**. Orientador: Gabriel Real Ferrer. 2019. 198 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALE), Itajaí, 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2601/RODRIGO%20FAGUNDES%20MOUR%C3%83O.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. 2. ed. São Paulo: Millenium, 2003.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiente ao social, do social ao econômico. **Estudos Avançados**, [S.l.], v. 26, n. 74, p. 51-64, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/yJnRYLWXSwyxqggqDWy8gct/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 nov. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do direito de família. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). **Doutrinas essenciais: família e sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Tânia da Silva; LEAL, Livia Teixeira. A sustentabilidade sob a óptica do cuidado: os desafios para a sustentabilidade da pessoa idosa. **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Famílias: Pluralidade e Felicidade, [S.l.], p. 77-92, dez. 2013. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/293.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RICHTER, Daniela; VERONESE, Josiane Rose Petry. O direito da criança e o direito ambiental: o compromisso com a sustentabilidade das presentes e futuras gerações por meio da construção de uma cultura fraterna. **XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, [S.l.], 2014. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11683/1557>. Acesso em: 10 dez. 2021.

ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.





SANTOS, Lueverton Gonçalves dos; NERIS, Lucas Gabriel Duarte. A sustentabilidade como direito fundamental: instrumentos constitucionais para o cumprimento da agenda 2030. **Revista Manus Iuris**, Mossoró, p. 27-43, maio 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rmi/article/view/10376/10647>. Acesso em: 22 nov. 2021.

SANTOS, Marina Alice de Souza. **Famílias simultâneas no direito brasileiro**: a boa-fé no reconhecimento e na partilha de bens. Orientadora: Taisa Maria Macena de Lima. 2017. 176 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SantosMAS_2.pdf. Acesso em: 5 dez. 2021.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; PASOLD, César Luiz. Reflexões sobre os modelos tradicionais e o reflexivo de educação: contribuições para a efetividade da sustentabilidade. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v. 4, n. 49, p. 462-479, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2910>. Acesso em: 20 dez. 2021.



VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: família e sucessões – volume 5. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021.





PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS E ECONOMIA CIRCULAR: INICIATIVAS ECONÔMICAS PARA A PROMOÇÃO DA SUSTENTABILIDADE

**André Luiz Anrain Trentini
Leandro Katscharowski Aguiar**



PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS E ECONOMIA CIRCULAR: INICIATIVAS ECONÔMICAS PARA A PROMOÇÃO DA SUSTENTABILIDADE

PAYMENT FOR ENVIRONMENTAL SERVICES AND CIRCULAR ECONOMY: ECONOMIC INITIATIVES FOR PROMOTION OF SUSTAINABILITY

André Luiz Anrain Trentini¹

Leandro Katscharowski Aguiar²

RESUMO

A crise socioambiental global já é uma realidade. A transição para o paradigma da sustentabilidade ainda uma esperança. Na raiz do problema está a conflituosa relação do homem com a natureza, fruto de uma racionalidade econômica pautada na percepção do meio ambiente como fonte inesgotável de recursos naturais. O presente artigo, longe de vilanizar a economia, pretende demonstrar como o pagamento por serviços ambientais e a economia circular podem se transformar em duas iniciativas econômicas compatíveis com uma política pública ambiental voltada à promoção da sustentabilidade.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Economia. Ecologia. Política ambiental. Pagamento por serviços ambientais. Economia circular.

ABSTRACT

The global socio-environmental crisis is already a reality. The transition to the sustainability paradigm is still hopeful. At the root of the problem is the conflicting relationship between man and nature, the result of an economic rationality based on the perception of the environment as an inexhaustible source of natural resources. This article, far from villainizing the economy, intends to demonstrate how payment for environmental services and the circular economy can become two economic initiatives compatible with an environmental public policy aimed at promoting sustainability.

Keywords: Sustainability. Economy. Ecology. Environmental policy. Payment for environmental services. Circular economy.

1 Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI (Brasil), em regime de dupla titulação com IUACA/UA (Espanha). Artigo apresentado para conclusão da disciplina *Engenharia Social Transnacional e Sustentabilidade*, ministrada pelo Professor Doutor Ricardo Stanziola Vieira, no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, semestre 2021-2.

2 Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI (Brasil), em regime de dupla titulação com IUACA/UA (Espanha). Artigo apresentado para conclusão da disciplina *Engenharia Social Transnacional e Sustentabilidade*, ministrada pelo Professor Doutor Ricardo Stanziola Vieira, no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, semestre 2021-2.



1 INTRODUÇÃO

O século passado foi marcado por um acelerado processo de crescimento econômico que culminou na excessiva exploração do meio ambiente. A utilização desmedida de recursos naturais e o passivo ambiental proveniente das atividades humanas geraram um cenário de crise ambiental global extremamente preocupante.

Estudos e conferências ligados ao meio ambiente passaram a ocupar a pauta do mundo moderno, fazendo despertar tanto na sociedade como nos Estados uma consciência ecológica, visando à construção de um futuro mais sustentável. Esse contexto favoreceu a reflexão acerca da necessidade de se compatibilizar a prosperidade e os ganhos econômicos e sociais com a manutenção e preservação da integridade e do equilíbrio dos ecossistemas.

Políticas ambientais foram instituídas pelo Poder Público, estabelecendo-se mecanismos para o gerenciamento e a preservação do meio ambiente. No início, destacaram-se os tradicionais instrumentos de comando e controle, amparados na função repressiva do Direito. Mais recentemente, surgiram os instrumentos econômicos tendentes a estimular comportamentos direcionados à proteção ambiental por meio de benefícios diretos ou indiretos aos agentes.

Eis o problema central do presente estudo: como o pagamento por serviços ambientais e a economia circular, na condição de mecanismos econômicos de política pública ambiental, podem contribuir para a promoção da sustentabilidade?

Para atingir o objetivo proposto, o texto foi dividido em três momentos: na primeira parte, busca-se compreender a intrincada relação entre economia e ecologia; na segunda parte, examinam-se os principais fundamentos da política ambiental e os seus instrumentos de tutela do meio ambiente; finalmente, na terceira parte, abordam-se as noções gerais tanto do pagamento por serviços ambientais quanto da economia circular e a contribuição destes dois mecanismos econômicos para a consecução de uma política pública ambiental de desenvolvimento sustentável.

O método utilizado foi o dedutivo e sua operacionalização contou com as técnicas do referente, das categorias, dos conceitos operacionais, do fichamento e da pesquisa bibliográfica³.

2 A INTRINCADA RELAÇÃO ENTRE ECONOMIA E ECOLOGIA: RELAÇÃO HOMEM-NATUREZA

O movimento Iluminista (França) e a Revolução Industrial (Inglaterra) deram início às transformações que resultaram na formação da sociedade moderna. A globalização, por seu lado, não só acelerou esse processo, como pôs à prova o projeto da modernidade e sua racionalidade predominantemente econômica e liberta da preocupação ambiental, ao confrontar a sociedade e

3 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.



suas instituições políticas e jurídicas, incluídos os Estados nacionais, com uma nova realidade, a da transnacionalidade, cujos efeitos são capazes de interferir direta e indiretamente na vida das pessoas de todas as partes do globo, a exemplo das questões ambientais.

A inaptidão da sociedade para responder eficazmente às demandas transnacionais surgidas a partir do fenômeno da globalização, mormente aos seus danos colaterais, tornou real a crise da modernidade, uma crise de alcance global e efeitos multidimensionais, com potencialidade lesiva para ameaçar a continuidade da vida (humana e não humana) no planeta.

Este artigo parte da premissa de que a insaciabilidade e a insustentabilidade do estilo de vida da sociedade mundial de consumo estão na raiz do problema e que toda e qualquer solução passa pela transformação da relação do homem com a natureza. Nesse cenário, a transição para a sustentabilidade, como novo paradigma de conhecimento e desenvolvimento da sociedade, pautado no compromisso de respeito e cuidado com o outro e com a Terra, desponta como objetivo da humanidade na tentativa de construir uma sociedade global capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo em condições que garantam a dignidade humana⁴.

Pois bem. Não há como superar a crise socioambiental global sem a participação da economia, porquanto uma coisa é certa: a sociedade depende do sistema econômico e o sistema econômico depende da sociedade. Um não pode existir sem o outro. Ambos, no entanto, dependem da ecologia, isto é, dependem de um meio ambiente ecologicamente equilibrado que continue servindo de suporte ou sustentação à comunidade da vida. Como apropriadamente observa Clóvis Cavalcanti, “não existe sociedade (nem economia) sem sistema ecológico, mas pode haver meio ambiente sem sociedade (e economia)”⁵.

Ocorre que, principalmente ao longo dos últimos dois séculos, desde a Primeira Revolução Industrial, a relação da economia com a ecologia está longe de ser considerada uma relação saudável e sustentável.

A verdade é que o homem, há muito tempo, busca dominar a natureza. Com a industrialização, entretanto, deu-se início a uma era que os ecologistas chamam de “a Grande Aceleração”⁶, marcada por um salto colossal e sem precedentes da capacidade humana de intervir e pressionar a natureza, por meio do uso intensivo de recursos naturais renováveis e não renováveis, como grandes reservas de combustíveis fósseis (petróleo, carvão mineral e gás natural).

4 FERRER, Gabriel Real. La sostenibilidad tecnológica y sus desafíos frente ao derecho. In: VALDÍVIA, Diego Zegarra (Coord.). **El derecho del medio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa**: libro homenaje al maestro Ramón Martín Mateo. Madrid (Espanha): Thompson Reuters, 2015. p. 302.

5 CAVALCANTI, Clóvis. Concepções da economia ecológica: suas relações com a economia dominante e a economia ambiental. In: **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 24, n. 68, p. 60, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/vTMxPYD5vKCJ4fj7c5Q9RbN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 24 set. 2021.

6 WWF. **Planeta Vivo – Relatório 2018**: uma ambição maior. Gland (Suíça): WWF Internacional. 2018.



2.1 Economia clássica

Para a *economia clássica* de Adam Smith, um dos principais teóricos do liberalismo econômico, o meio ambiente não possui valor em si, mas apenas quando trabalhado pelo homem. O valor é associado à noção de utilidade que o bem produzido exerce para as pessoas. É nessa época que surge a visão de que o mercado, enquanto “instituição encarregada de alocar os recursos disponíveis”⁷, é capaz de se autorregular, sem a necessidade de intervenção estatal, por meio da livre concorrência (“mão invisível do mercado”)⁸.

2.2 Economia neoclássica

Partindo do pensamento de que “a economia tem por finalidade o gerenciamento de recursos escassos, sendo o sistema de preços o meio para tanto numa economia de mercado”⁹, Alfred Marshall, por volta de 1870, lança as bases da *economia neoclássica*, propondo que o preço de equilíbrio seja determinado pela equivalência entre utilidade do bem e seu custo ao consumidor. O valor passa a ser concebido no mercado em função da oferta e da demanda (procura).

De modo geral, a teoria neoclássica da economia é caracterizada por critérios metodológicos embasados na visão utilitarista-individualista e antropocêntrica, o que explica, em boa parte, o comportamento do homem no mercado e sua relação com a natureza. Embora dela façam parte diferentes doutrinas econômicas, que vão desde o Keynesianismo (de John Maynard Keynes) ao neoliberalismo (da Escola Austríaca), o sistema econômico é sempre representado como um sistema fechado em que produção e consumo se retroalimentam, “aquela como motivadora e regulamentadora deste, e este como fomentador daquela”¹⁰. Nesse diagrama, o meio ambiente não é considerado, pois “a economia neoclássica coloca o início da produção econômica não a partir da apropriação da natureza, mas com a criação do crédito — quantidade de dinheiro necessária para iniciar a produção”¹¹. Segundo Ademar Ribeiro Romeiro, “a crescente degradação do meio ambiente é aceita como um efeito colateral ruim, mas inevitável”¹².

Em suma, a economia neoclássica está assentada na concepção do progresso material ilimitado, compreendido como sinônimo da acumulação de bens e capital, por meio do *crecimento econômico*. A natureza, por essa teoria, é tomada exclusivamente como recurso ou elemento de produção, sendo sua degradação aceita como externalidade, à medida que sequer é considerada na valoração dos bens e serviços oferecidos no mercado¹³. Nesse enfoque, pondera Cavalcanti:

7 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Direito Ambiental & Economia**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 17.

8 FLORES, Guilherme Nazareno; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. Desgovernança global, entropia e consumismo: a teorização de um direito transnacional para uma transição à sustentabilidade. In: ROSA, Alexandre Morais da; CRUZ, Alice Francisco da; QUINTERO, Jaqueline Moretti; BONISSONI, Natammy (Org.). **Para além do Estado Nacional**: dialogando com o pensamento de Paulo Márcio Cruz. Florianópolis: EMais, 2018. p. 127-128.

9 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Direito Ambiental & Economia**. p. 16.

10 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 78.

11 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. p. 82.

12 ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia ou economia política da sustentabilidade. In: MAY, Peter H.; LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira; VINHA, Valéria Gonçalves da (Org.). **A economia do meio ambiente**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2003. p. 10.

13 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. p. 83.



[...] o sistema econômico não encontra limites onde esbarrar. Ele pode tudo. É autossuficiente. Sua expansão não envolve custos de oportunidade. Ou seja, não há trocas ou desgastes decorrentes de mais economia que precise destruir recursos, seja para extração, seja para despejo do lixo em que irremediavelmente termina o processo econômico. A economia ortodoxa trata dos impactos ambientais, se porventura deles se ocupa, como fenômenos externos ao sistema econômico, vistos como falhas de mercado.¹⁴

Todavia, com o acúmulo histórico da degradação ambiental, que deixou de ser um problema oculto e restrito às regiões pobres, tornando-se cada vez mais visível, a ponto de comprometer a qualidade de vida também dos habitantes das regiões mais ricas do planeta, somado ao risco de escassez de recursos naturais que servem como base energética da atividade produtiva moderna, a preocupação ambiental entrou na mira dos economistas, senão pelos valores intrínsecos da natureza como fator de bem-estar e condição de vida, mas para que tais problemas não se transformassem em obstáculo ao próprio crescimento econômico.

2.3 Economia ambiental

Surge, então, a chamada *economia do meio ambiente* ou *economia ambiental*, representada por nomes como Nicholas Stern, David Pearce e R. Kerry Turner, na qual o paradigma do crescimento econômico, caracterizado pelo aumento geral da atividade produtiva (maior produção física de bens), é substituído pelo paradigma do *desenvolvimento econômico*, que incorpora também elementos sociais e ambientais. O conceito de eficiência, tão caro para os economistas, passa a ser medido pela capacidade de o sistema econômico satisfazer as necessidades humanas, proporcionando bem-estar social.

A crítica que se faz à economia ambiental é que, valendo-se, basicamente, do mesmo ferramental metodológico da economia neoclássica, busca precificar (Cavalcanti)¹⁵ ou monetarizar (Derani)¹⁶ a natureza, internalizando os custos da degradação ao meio ambiente provocados pelo modelo econômico de produção e consumo, ainda que visando o uso racional dos recursos naturais.

A fim de se equacionar o problema de escassez dos recursos naturais e da melhoria da qualidade de vida, mantendo o processo produtivo, “procura a economia ambiental incorporar ao mercado o meio ambiente”¹⁷. Duas técnicas para correção das falhas de mercado merecem destaque: a *teoria da correção de mercado*, de Arthur C. Pigou (1920), em que o Estado intervém, por meio de taxas, para neutralizar os efeitos sociais e ambientais negativos (taxas pigouvianas); e o *teorema de Coase*, de Ronald Coase (1960), para quem as externalidades não devem ser internalizadas pelo Estado, e sim por meio de transações (acordos) entre o causador e o suportador dos efeitos externos. Em ambas, objetiva-se estabelecer um nível ótimo de poluição, nas palavras de Derani, “uma espécie de tradução ecológica do ótimo de Pareto”¹⁸.

14 CAVALCANTI, Clóvis. Concepções da economia ecológica: suas relações com a economia dominante e a economia ambiental. In: **Estudos Avançados**. p. 54.

15 CAVALCANTI, Clóvis. Concepções da economia ecológica: suas relações com a economia dominante e a economia ambiental. In: **Estudos Avançados**. p. 56.

16 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. p. 90.

17 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. p. 90.

18 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. p. 113.



Ademais, outro postulado da economia ambiental consiste na ideia de que a escassez dos recursos naturais poderia ser neutralizada pela tecnologia. Em outros termos, “esses recursos poderiam ser ilimitadamente substituídos a partir de combinações ótimas entre recursos naturais, trabalho e capital produzido”. Para Nusdeo:

Trata-se de uma visão baseada na crença de que o desenvolvimento tecnológico possa solucionar os problemas ambientais e a redução dos estoques naturais promovidos pelo homem na busca de progresso e incremento de suas condições materiais.¹⁹

Ou seja, o capital natural poderia ser substituído pelo capital artificial (capital construído) de modo que, nessa equação, o capital total permaneça constante.

Dessa visão deriva a noção de *sustentabilidade fraca*, segundo a qual uma economia é considerada “não sustentável” se a poupança total fica abaixo da depreciação combinada dos ativos produzidos (capital artificial) e não produzidos (capital natural) pelo homem²⁰. A questão da sustentabilidade, portanto, estaria relacionada, “com o mínimo montante de estoques de recursos naturais necessários para manter um determinado padrão de vida para as gerações futuras e em que medida esse capital natural poderia ser substituído por capital produzido”²¹.

Essa corrente fundada na crença de que a inovação científico-tecnológica possa solucionar os problemas ambientais também não escapou às críticas, pois desconsidera que certos recursos naturais possuem características únicas que os levam a desempenhar funções ecossistêmicas de suporte ou sustentação da vida as quais jamais poderão ser substituídas pelo capital produzido pelo homem, tais como a regulação do clima, proteção das águas, manutenção da biodiversidade etc. As florestas tropicais, por exemplo, “desempenham funções ecossistêmicas referentes ao ciclo da água e ao armazenamento do carbono que tornam sua destruição uma ameaça tanto aos povos que delas dependem diretamente como ao conjunto da espécie humana”²², argumenta Ricardo Abramovay, nesse contexto.

Na avaliação de Derani, “a economia ambiental mostra como tratar a natureza, a fim de que se retire dela um máximo de utilidade econômica privada, buscando integrar o meio ambiente na economia de mercado”. Essa procura, entretanto, “nafraga, porque a complexidade dos aspectos ecológicos neste processo não chega a ser considerada”²³.

Enfim, a economia ambiental reflete o que Fritjof Capra denomina de “ambientalismo superficial”, calcado na percepção da natureza em sentido *fraco*, isto é, apenas como fonte (insumo) de produção e reprodução da atividade econômica, voltada a satisfazer as necessidades humanas. É preciso evoluir, segundo o autor, para a “ecologia profunda”, que se preocupa com a natureza em seu sentido forte, por seu valor intrínseco como base de sustentação à vida²⁴.

19 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Direito Ambiental & Economia**. p. 26.

20 ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia ou economia política da sustentabilidade. In: MAY, Peter H.; LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira; VINHA, Valéria Gonçalves da (Org.). **A economia do meio ambiente**. p. 8.

21 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Direito Ambiental & Economia**. p. 25.

22 ABRAMOVAY, Ricardo. **Amazônia: por uma economia do conhecimento da natureza**. São Paulo: Edições Terceira Via, 2019. p. 40.

23 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. p. 93.

24 CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente**. 11 ed. Tradução de Álvaro Cabral.



2.4 Economia ecológica

É nessa linha que se desenvolve a *economia ecológica*, que tende a ser mais holística e transdisciplinar, totalmente diferente da economia ambiental.

O matemático e economista romeno Georgescu-Roegen foi quem, em 1970, introduziu esse pensamento. Em apertada síntese, com base nas duas primeiras leis da termodinâmica, Georgescu explica que o sistema econômico não pode ser visto como um sistema fechado, mas sim como um subsistema da ecologia (compreensão biofísica da economia). A produção de um bem de consumo a partir de um recurso bruto e sua reversão em lixo, por meio da atividade econômica, implica na transformação de energia de baixa entropia (recurso) em calor — energia dissipada de alta entropia que a humanidade não consegue utilizar (lixo)²⁵. A economia, dessa forma, deve considerar que na natureza há fenômenos irreversíveis e que a manutenção constante dos estoques naturais é incompatível com a ideia de aumento (crescimento) da atividade industrial.

Uma consequência que se extrai dessa nova perspectiva “é o reconhecimento da ideia de irreversibilidade e de limites ecológicos permeando toda a economia”²⁶. Para a economia ecológica não é viável a tese da simples substituição do capital natural pelo capital produzido, por meio do avanço científico-tecnológico, pois tal solução apenas agravaria o problema a longo prazo, na medida em que o nível de poluição decorrente do aumento da geração de resíduos exigiria ainda mais da capacidade de assimilação do planeta.

Assim, ao contrário da sustentabilidade fraca da economia ambiental, a economia ecológica adota a noção de *sustentabilidade forte*, a qual trata de assegurar um nível não decrescente ou constante do capital natural, sempre que seja possível fazê-lo²⁷.

A economia ecológica não está preocupada em precificar a natureza e estabelecer um nível ótimo de poluição, como a economia ambiental. Não há como compensar, por exemplo, a perda da biodiversidade gerada, ao longo dos anos, pela chamada “poluição ótima”, por mais que reverta em ganhos sociais, os quais beneficiarão, quando muito, parte da geração presente, mas não as gerações futuras. A propósito, escreve Cavalcanti:

O perigo de atribuir valor monetário a bens e serviços ecológicos, por sua vez, é tanto levar a que se acredite que eles valem aquilo que os cálculos mostram, quanto de fazer pensar que ativos naturais possam ser somados a ativos construídos pelos humanos (ambos referidos à mesma base em dinheiro), tornando-os substituíveis. Na essência do conceito, porém, a sustentabilidade ecológica deve ser vista como manutenção de estoques físicos de capital natural, não a de seus correspondentes valores monetários — uma questão que conduz àquilo que se chama de “sustentabilidade forte”. É aqui que entra a necessidade de uma visão ecológica da economia, a qual não pode confundir com a economia ambiental.²⁸

São Paulo: Cultrix, 1990. p. 402-403.

25 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Direito Ambiental & Economia**. p. 29-32.

26 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. p. 128.

27 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. p. 112.

28 CAVALCANTI, Clóvis. *Concepções da economia ecológica: suas relações com a economia dominante e a economia*



Por isso é que a economia ecológica trabalha com a ideia de uma base forte que sirva de referencial ou alicerce para todo o sistema do qual a própria economia faz parte. E essa base forte, conforme Klaus Bosselmann, deve ser a dimensão ecológica²⁹.

Com efeito, a economia ecológica é a corrente da economia que mais se aproxima da noção de desenvolvimento sustentável, refutando a ideia de progresso à custa da degradação do meio ambiente. “Na verdade, se o desenvolvimento não for sustentável [...] não será desenvolvimento. Constituirá um processo destinado ao fracasso, uma mentira (geralmente encampada pelo credo do crescimento)”³⁰, apregoa Cavalcanti.

Para tanto, Herman Daly, influenciado por Georgescu, defende algumas ações voltadas ao desenvolvimento sustentável:

[...] a extração de recursos renováveis se daria a taxas inferiores à da regeneração do recurso; a taxa dos recursos exauríveis dar-se-ia na medida em que renováveis possam substituí-los; e a produção de resíduos manter-se-ia no limite de assimilação do ambiente.³¹

Em resumo, a economia ecológica se preocupa em fornecer subsídios para a consolidação da sustentabilidade, ressignificando a relação do homem com a natureza. Claro que tudo isso demanda muito esforço e recomenda a adoção, por parte do sistema econômico, de uma postura de precaução, haja vista a incerteza científica quanto aos limites ecológicos do planeta — sua capacidade de carga ou suporte —, além da irreversibilidade das perdas de bens e serviços providos pelo meio ambiente.

Certo é que se o sistema econômico não rever seu processo de crescimento, o planeta não suportará a presença humana e entrará em colapso. A economia ecológica, ao trazer o sistema econômico para dentro do sistema ecológico, propõe uma mudança de paradigma, tanto das atividades de produção quanto dos hábitos de consumo, de maneira que a economia possa cumprir seu papel de satisfação social (fator de bem-estar) indefinidamente (para as presentes e futuras gerações), sem comprometer a manutenção e o equilíbrio dinâmico dos ecossistemas.

3 FUNDAMENTOS DA POLÍTICA PÚBLICA AMBIENTAL E SEUS INSTRUMENTOS DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE

Examinada a relação homem-natureza, cumpre discorrer sobre os fundamentos da política ambiental.

ambiental. In: **Estudos Avançados**. p. 63.

29 BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 47.

30 CAVALCANTI, Clóvis. Concepções da economia ecológica: suas relações com a economia dominante e a economia ambiental. In: **Estudos Avançados**. p. 65.

31 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Direito Ambiental & Economia**. p. 27.



Maria Augusta Bursztyn e Marcel Bursztyn ressaltam que as políticas ambientais são de responsabilidade do Poder Público, mas também envolvem outros segmentos da sociedade, como os setores produtivos e as associações e organizações sociais. Ademais, as políticas ambientais devem estar capilarizadas em diferentes atividades públicas, seja como parâmetro de regulação (mecanismos regulamentares ambientais), seja como missão (educação ambiental) ou como parcerias envolvendo instituições governamentais e não governamentais³².

Para o propósito do tema em debate, serão analisados os seguintes princípios ambientais: princípio do poluidor-pagador; princípio do usuário-pagador; e princípio do protetor-beneficiário.

O *princípio do poluidor-pagador* surge como um mandamento voltado à garantia da eficiência econômica característica das sociedades de livre mercado, visando à internalização das externalidades ambientais negativas da atividade causadora de degradação ambiental. Objetiva refletir no preço das atividades e dos produtos contaminantes os prejuízos externos causados pela deterioração do meio ambiente.

Esse princípio parte da premissa de que a sociedade não pode arcar com os custos de uma atividade que beneficia um único indivíduo ou grupo de indivíduos. Os custos sociais decorrentes do processo produtivo e de consumo (externalidade negativa) devem ser incorporados ao preço do bem produzido ou consumido, evitando que a sociedade arque com um ônus a que não deu causa.

A literatura jurídica vê no princípio do poluidor-pagador, além de um caráter preventivo, também uma dimensão repressiva, no sentido de que, apesar de todas as medidas tendentes a evitar a degradação, quando o dano ambiental ocorre, surge a obrigação de reparar.

Assim, o princípio do poluidor-pagador, sob o ponto de vista preventivo, espalha uma intervenção *a priori*, tendo como objetivo evitar a ocorrência de um dano ambiental, de um prejuízo social, ao passo que, visto sob a ótica repressiva, configura uma intervenção *a posteriori*. Enquanto na primeira dimensão é um instrumento de evidente caráter econômico, na segunda é um reflexo dos mecanismos de comando e controle existentes na legislação ambiental.

Já o *princípio do usuário-pagador*, que é considerado um desdobramento ou subprincípio do anterior, procura criar uma consciência ambiental para o uso racional, sustentável e eficiente dos recursos ambientais, isso em razão da finitude e esgotabilidade desses recursos. O objetivo é promover a socialização justa e igualitária do uso dos recursos ambientais.

Tal princípio parte da constatação de que o uso dos elementos naturais por determinadas pessoas traz reflexos que atingem toda a coletividade, fazendo com que a utilização dos recursos naturais em atividades econômicas dirigidas ao lucro acarrete o necessário pagamento.

O que diferencia os princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador é que o primeiro busca impedir a degradação ambiental, enquanto que o outro visa a evitar seu esgotamento.

32 BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: os caminhos do desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 182.



Aquele tem preocupações eminentemente qualitativas, ao passo que este se refere aos aspectos quantitativos, no sentido de que incide ainda que a utilização do bem ambiental não acarrete nenhuma poluição.

Por fim, o *princípio do protetor-beneficiário* (ou provedor-recebedor ou preservador-recebedor) igualmente baseia-se em uma argumentação econômica. Aqui, no entanto, busca-se instituir uma bonificação ao agente produtor de externalidades ambientais positivas, de maneira a estimular comportamentos de tal espécie. Os princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador são, portanto, opostos conceituais do princípio do protetor-beneficiário.

Esse princípio é reflexo do que Norberto Bobbio chamou de função promocional do direito, tendente a um direcionamento social no sentido de incentivar comportamentos socialmente aceitos mediante a concessão de prêmios, subsídios e incentivos³³.

O direito voltado ao controle social (protetivo-repressivo) passa a conviver, também, com aquele que visa à mudança social alcançada por meio de bonificações. Implica no aumento da participação popular na realização de ações socialmente desejadas, fazendo com que os bônus exerçam um papel transformador da sociedade.

O princípio do protetor-beneficiário incentiva economicamente quem protege uma área, deixando de utilizar seus recursos e estimulando assim a preservação. Sua aplicação serve para implementar uma justiça social e econômica, valorizando os serviços ambientais prestados generosamente por uma população ou sociedade e remunerando economicamente essa prestação de serviços, porque, se tem valor econômico, é justo que se receba por ela. A prática desse princípio estimula a preservação e incentiva economicamente quem protege uma área, ao deixar, por exemplo, de utilizar os recursos de que se poderia dispor.

Não basta para a efetiva reversão do quadro atual de degradação ambiental somente a lógica da imposição de penalidades ao poluidor. É necessária, outrossim, a instituição de políticas de estímulo àquele que contribui para a preservação e a conservação da natureza.

Por meio desse princípio, permite-se que se incorpore no custo do produto ou serviço aquilo que foi dispendido com a preservação dos recursos naturais, facilitando a retribuição ou a compensação àqueles que efetivamente contribuem para a preservação da natureza. Corresponde à internalização das externalidades positivas. Como anota Nusdeo:

[...] aquele cujas práticas produzem externalidades positivas faz jus ao recebimento de uma remuneração como forma de internalizá-las; [...] a proposta de pagamento ao protetor, assim, trata de retirar da esfera daquele que preserva, total ou parcialmente, os custos da preservação, podendo chegar mesmo a permitir que aufera algum ganho com a proteção.³⁴

33 BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 80-90.

34 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Pagamentos por serviços ambientais**: sustentabilidade e disciplina jurídica. São Paulo: Atlas, 2012. p. 137-138.



Portanto, a função promocional do direito e o princípio do protetor-beneficiário consistem nas categorias jurídicas indispensáveis para a compreensão do pagamento por serviços ambientais, tema que se pretende abordar mais adiante. Antes, porém, é preciso compreender o que são serviços ambientais, a valoração de tais serviços e os instrumentos de política ambiental postos à disposição para a preservação da natureza.

Como é cediço, a partir da década de 1970, a crise ambiental em nível mundial tornou-se bastante evidente, passando a ser estudada em todas as áreas do conhecimento. Na seara da economia, uma forte corrente passou a defender que o mercado seria capaz de combater a degradação ambiental, por meio da atribuição de valor econômico aos ecossistemas.

A partir desse debate, estudos contribuíram para o aprofundamento da visão sistêmica existente entre o meio ambiente e a economia. E chamaram a atenção para a importância da manutenção e preservação dos ecossistemas, responsáveis pela produção de diversos serviços necessários à vida humana, que são os chamados serviços ecossistêmicos (ou ecológicos).

Os *serviços ecossistêmicos* podem ser definidos como os serviços prestados pelos ecossistemas naturais, responsáveis pela sustentabilidade da vida humana. São os benefícios, diretos ou indiretos, obtidos pelo homem derivados das condições e dos processos gerados pelos ecossistemas naturais necessários para a sobrevivência dos sistemas naturais e também de seu equilíbrio ecológico, assim como para o próprio bem-estar da raça humana. Podem ser destacados os seguintes: purificação da água e do ar, regulação hídrica, manutenção da biodiversidade e renovação do solo.

De outro lado, os *serviços ambientais* traçam a relação existente entre o comportamento humano e os serviços ecossistêmicos, no sentido de que os serviços ambientais correspondem às iniciativas do homem que favorecem a provisão dos serviços ecossistêmicos. São as condutas humanas que auxiliam na manutenção dos fluxos dos serviços ecossistêmicos, configurando atitudes ambientalmente desejadas promovidas pela sociedade.

Então, os serviços ambientais estão diretamente relacionados ao comportamento humano sobre os serviços ecossistêmicos prestados pelo meio ambiente. São posturas antrópicas tendentes a proteger e conservar os ecossistemas. Configuram exemplos de serviços ambientais: melhoramento do solo por meio de técnicas voltadas à contenção e/ou reversão de processos erosivos; instalação de estruturas aptas a contribuir para o aumento dos insetos polinizadores; ação de reflorestamento; adoção de sistemas agrícolas que favoreçam o aumento do depósito de matéria orgânica no solo; economia e reuso de água (economia circular); entre outros.

Desse modo, parece razoável valorizar a prática preservacionista daquele que contribui com o meio ambiente, beneficiando-o de algum modo com a ação que possui nítida utilidade pública e interesse social.



Para tanto, a valoração ambiental apresenta-se como uma ferramenta capaz de realizar a conexão entre o fornecimento dos serviços ecossistêmicos pelo homem e a estimativa econômica dos benefícios gerados pelas ações preservacionistas.

Os serviços ambientais dependem da atribuição de valor para serem compensados monetariamente. Precisar o valor monetário dos serviços ambientais não é uma tarefa fácil, visto que não possuem um valor nominal no mercado, entretanto configura um importante mecanismo de gestão ambiental que pode perfeitamente auxiliar na condução de um processo de tomada de decisões que gere efeitos positivos para o meio ambiente.

A importância dessa valoração é tão grande que, para alguns autores, isso corresponderia à ideia de transição de uma economia “marrom” pautada na análise puramente financeira das empresas, para uma economia “verde” que incorpore as variáveis econômico-ambientais na atividade empresarial³⁵.

Por último, convém expor, em linhas gerais, os instrumentos de política ambiental.

As discussões em torno das políticas ambientais destacam a necessidade da combinação entre duas estratégias possíveis, de naturezas opostas, mas complementares entre si, para o controle e também para a influência de comportamentos dos agentes envolvidos no processo de produção. São os instrumentos de comando e controle (ou regulatórios) de um lado e os mecanismos econômicos (ou de mercado) de outro.

Os *mecanismos de comando e controle* são determinações de cunho administrativo e baseados no poder de polícia, segundo as quais se fixam normas, procedimentos e padrões determinados para as atividades econômicas, isso no intuito de que sejam cumpridos os objetivos da política ambiental. O órgão regulador estabelece uma série de regras, procedimentos, padrões (*standards*) e formas de controle a serem seguidas pelos agentes econômicos, assim como penalidades para o caso de descumprimento do estabelecido. São instituídos por normas jurídicas de estrutura tradicional, compostas de um comportamento tipificado como jurídico (preceito primário) e uma sanção como preceito secundário. Tem por objetivo modular o comportamento do agente econômico por meio da possibilidade de penalização.

A instituição das normas, a fixação dos padrões, o grau de intervenção do Poder Público na atuação privada dependerá do maior ou do menor potencial lesivo ao meio ambiente da atividade desempenhada. Quanto mais risco ao meio ambiente, maior a intervenção.

Os mecanismos de comando e controle decorrem do princípio do poluidor-pagador, na medida em que, num primeiro momento (comando), tratam da prevenção e conservação do meio ambiente, ao passo que, após (controle), estabelecem critérios de fiscalização e punição aos transgressores em razão da indevida utilização dos recursos naturais, buscando, principalmente, a reparação, minimização ou extinção dos efeitos degradadores decorrentes dos danos ambientais causados.

35 PACKER, Larissa Ambrosano. **Novo Código Florestal & pagamento por serviços ambientais**: regime proprietário sobre os bens comuns. Curitiba: Juruá, 2015. p. 147.



Os instrumentos de comando e controle representam as clássicas funções repressiva e protetiva do direito, razão pela qual o Estado se mostra indispensável para a aplicação de tais mecanismos. São marcadamente caracterizados pela imposição de sanções jurídicas (punições), que podem ser civis (obrigação de reparar o dano), penais (pena de prisão) e administrativas (multa pecuniária).

De outro lado, destacam-se as normas direcionadas à condução do comportamento dos destinatários por meio da economia. Desse modo, ao invés da imposição de comportamentos obrigatórios decorrentes da possibilidade de sanções, passa-se a buscar a criação de instrumentos de política ambiental que incentivem práticas voluntárias voltadas à conservação da natureza e redução da poluição, surgindo daí os *instrumentos econômicos para a tutela do meio ambiente*.

O elemento essencial da definição dos instrumentos econômicos é seu caráter indutor dos comportamentos desejados pela política ambiental.

Os instrumentos econômicos de natureza ambiental atuam através de um sistema de incentivos e desincentivos, econômicos ou fiscais, estabelecendo benefícios ou impondo ônus e tendo por objetivo primordial impulsionar determinadas condutas voltadas à preservação do meio ambiente.

Segundo Carlos Eduardo Peralta Monteiro, os instrumentos econômicos são aplicados de forma diferenciada, permitindo que os agentes econômicos possam eleger, dentre algumas opções disponíveis, aquela que melhor se adequa às características de suas atividades. Em outros termos, tais instrumentos permitem considerar de uma maneira mais eficaz as diferenças existentes entre os diversos agentes econômicos, autorizando que direcionem suas atividades às práticas mais sustentáveis³⁶.

São elementos dos instrumentos econômicos: a existência de um estímulo financeiro; a possibilidade de ação voluntária que permita aos agentes escolherem entre aquelas que se mostrem mais vantajosas; o envolvimento das autoridades públicas relacionadas na modulação da política ambiental; e a intenção de manter ou melhorar (direta ou indiretamente) a qualidade do meio ambiente. Também se destaca como um dos atrativos o fato de serem medidas mais flexíveis e por possuírem alto grau de incentivos dinâmicos. Nas palavras de Lilian Rose Lemos Rocha:

[...] estão aptos para criar incentivos contínuos que melhorem os produtos ou processos e reduzam o nível da poluição. Então, além de atingirem o ponto determinado pela política ambiental, incentivam os agentes econômicos a melhorarem ainda mais suas práticas.³⁷

36 MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Extrafiscalidade e meio ambiente**: o tributo como instrumento de proteção ambiental. Reflexões sobre a tributação ambiental no Brasil e na Costa Rica. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2011, p. 72.

37 ROCHA, Lilian Rose Lemos. **Instrumentos econômicos aplicados à regularização ambiental**: o exemplo da tributação ambiental no Brasil. Brasília: Abecer, 2014. p. 44.



A par das críticas existentes³⁸, não se pode negar a importância de ambos os instrumentos de política ambiental analisados, os quais devem funcionar de forma complementar e interdependentes, de maneira a buscar a sustentabilidade ambiental.

4 PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS E ECONOMIA CIRCULAR: INICIATIVAS ECONÔMICAS DE POLÍTICA AMBIENTAL

Na terceira e última parte do presente estudo, serão analisadas duas iniciativas econômicas de política ambiental: o pagamento por serviços ambientais (PSA), um típico instrumento econômico (de mercado) que segue a linha da economia ambiental; e a economia circular (EC), esta que, embora não se enquadre na definição clássica de instrumento econômico, não deixa de ser considerada como um mecanismo de regulação indireta, na medida em que compreende um conjunto de ações disruptivas tendentes a estimular comportamentos direcionados à proteção ambiental, gerando benefícios diretos e indiretos aos seus agentes.

4.1 Pagamento por serviços ambientais

O pagamento por serviços ambientais consiste em um típico mecanismo econômico de política ambiental cujo arcabouço teórico, consoante grande parte da doutrina, tem origem no já mencionado teorema de Coase³⁹.

Muitos conceitos doutrinários sobre o pagamento por serviços ambientais foram elaborados, porém o de autoria de Sven Wunder é o mais aceito entre os estudiosos da matéria. O autor alemão considera o PSA como a inovação mais promissora em matéria de conservação ambiental desde a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (Eco-92), porque parte da ideia central de que os beneficiários externos dos serviços da natureza realizem direta, contratual e condicionalmente pagamentos a proprietários de terras e usuários locais que adotem práticas que assegurem a conservação e a restauração dos ecossistemas.

Com efeito, o pagamento por serviços ambientais pode ser definido como uma transação voluntária em que um serviço ambiental bem definido (ou o uso do solo com potencial de assegurar tal serviço) é adquirido por um comprador (pelo menos um) de um fornecedor (pelo menos um), desde que o fornecedor assegure o fornecimento de tal serviço ambiental (condicionalidade)⁴⁰.

Analisando essas características, é possível observar que o pagamento por serviços ambientais depende de uma negociação voluntária, ou seja, a ferramenta de preservação ambiental

38 Foge do objetivo deste artigo a análise pormenorizada das críticas sobre os mecanismos de comando e controle econômicos de política ambiental. Para aprofundamento do tema, sugere-se a seguinte obra: TRENTINI, André Luiz Anrain. **A tutela do meio ambiente através do pagamento por serviços ambientais**: um auspicioso instrumento econômico de política ambiental. Florianópolis: Habitus, 2020 (Coleção Direito, Meio Ambiente e Sustentabilidade, v. 11).

39 RÉGIS, Ademar Azevedo. **Pagamento por serviços ambientais**: uma promissora ferramenta de política ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 30.

40 WUNDER, Sven. **Payments for environmental services**: some nuts and bolts. Disponível em: https://www.cifor.org/publications/pdf_files/OccPapers/OP-42.pdf. Acesso em: 15 jan. 2022.



em tela não é obrigatória, mas de adesão espontânea, daí ser diferente dos instrumentos de comando e controle, que são impostos coercitivamente.

Em um segundo momento, é necessária a existência de um serviço ambiental bem definido (por exemplo, toneladas de dióxido de carbono adicionais), sujeito à valoração. A correta precificação do serviço é necessária para o sucesso do programa, na medida em que determinará a disposição ou não dos agentes em participarem da negociação. O mau suporte para a valoração implicará no questionamento da lógica do sistema pelos agentes envolvidos e na consequente diminuição da robustez do programa.

Os compradores são aqueles que se beneficiam direta ou indiretamente dos serviços ambientais transacionados. Há quem sustente que usuários e beneficiários são expressões mais adequadas, visto que, em muitos casos, não ocorre verdadeiramente uma aquisição de serviço ambiental, muito embora o agente pague por ele ou financie a manutenção (é o caso de governos, doadores ou organizações não governamentais)⁴¹. É exemplo de usuário direto: a hidrelétrica que paga aos proprietários rurais que possuem florestas em suas propriedades, as quais são responsáveis pela manutenção da qualidade da água e sua oferta regular. Como usuários indiretos: governos e entidades não governamentais que adquirem serviços, mas que não são os beneficiários diretos deles.

Os fornecedores (ou provedores), de outro lado, são aqueles que, por meio de práticas e comportamentos sustentáveis, protegerão e garantirão a provisão dos serviços do meio ambiente, isso em decorrência da influência que exercem em determinado ecossistema. Destacam-se os proprietários de terras, os agricultores familiares, as comunidades tradicionais e os povos indígenas.

A condicionalidade também é traço marcante no pagamento por serviços ambientais. Constitui-se na provisão contínua dos serviços ambientais negociados, condição *sine qua non* para os pagamentos. Tais pagamentos dependem da verificação da existência dos serviços ambientais e da estipulação de um “patamar de referência” para que as unidades adicionais oferecidas o tenham como ponto de partida para a valoração⁴².

Como se vê, o pano de fundo do PSA é a recompensa para aqueles que auxiliam na produção ou manutenção de serviços ambientais. Essa recompensa, por sua vez, não precisa ser necessariamente pecuniária, já que o pagamento não fica restrito à pecúnia, podendo envolver outros mecanismos de benefícios, tais como, isenção fiscal (taxas e impostos), benfeitorias, facilidades no acesso a mercados, programas especiais de concessão de linhas de crédito ou ainda disponibilização de tecnologia e capacitação.

41 PAGIOLA, Stefano. **Payments for environmental services in Costa Rica**. Disponível em: <https://www.cbd.int/financial/pes/costarica-pespagiola2006.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

42 ENGEL, Stefanie; PAGIOLA, Stefano; WUNDER, Sven. Designing payments for environmental services in theory and practice: an overview of the issues. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921800908001420>. Acesso em: 15 jan. 2022.



Um exemplo final é importante para a compreensão do instituto em questão: um município figura como comprador de serviço ambiental, ao passo que do outro lado, como provedores do serviço, estão os agricultores de determinada área rural deste município. O serviço ambiental ajustado entre as partes é a adoção de práticas agrícolas sustentáveis pelos provedores, como a instituição de áreas de especial proteção, a aplicação de técnicas de rotação de culturas e a não utilização de agrotóxicos nos cultivos. É firmado um contrato entre as partes envolvidas, estabelecendo a forma de implementação do serviço, o benefício concedido, a periodicidade dele, o tempo de duração do ajuste e as condições de monitoramento. A expectativa do programa em referência é de que os serviços ecossistêmicos de regulação climática (a maior cobertura vegetal contribui para o controle do efeito estufa), de regulação da água (as práticas agrícolas ajustadas contribuem para o arejamento do solo e para a maior capacidade de absorção de chuvas, reduzindo consequentemente o risco de secas, enchentes e erosões), de formação do solo (a maior cobertura verde através da instituição de áreas de especial preservação auxilia na formação de matéria orgânica) e de refúgio da fauna (a presença florestal permite habitat às espécies nativas) sejam mantidos e preservados pelos provedores como contrapartida aos benefícios auferidos (alguma isenção fiscal ou mesmo o fornecimento de tecnologia para a utilização mais sustentável dos recursos naturais).

O PSA, portanto, é um instrumento econômico de política ambiental voltado à correção das externalidades ambientais positivas por meio do qual se estabelecem benefícios aos agentes sociais que, a partir de determinadas condutas voluntárias, promovem a manutenção ou incremento de um ou mais serviços ecossistêmicos.

Por evidente, o PSA tem potencial para preservar, restaurar e gerar serviços ambientais, contribuindo para a sustentabilidade. Ainda que em processo de aperfeiçoamento, pode auxiliar no manejo sustentável dos recursos naturais e na diminuição da deterioração dos ecossistemas.

O PSA também não está imune a críticas. É um novel instrumento e ainda está em processo de aperfeiçoamento⁴³. Muitas vezes esbarra na falta de acessibilidade, porque depende de conhecimentos técnicos, bem como na falta de recursos financeiros para a sua execução. Entretanto, inegavelmente, constitui mais um instrumento de tutela que pode contribuir para a preservação ambiental.

4.2 Economia circular

As regulamentações ambientais devem ser investidas de fundamento econômico, porque, como visto, não há como dissociar a economia da ecologia. O pagamento por serviço ambiental, sob esse aspecto, é um bom exemplo de instrumento econômico de política pública tendente a estimular comportamentos direcionados à proteção ambiental. Outro instrumento econômico compatível com a política ambiental é a prática da economia circular.

⁴³ Em nível federal o PSA só foi instituído em 2021, por meio da Lei n. 14.119.



Com efeito, o modelo econômico de produção e consumo característico da economia neoclássica é um modelo linear, que segue o padrão de extrair, produzir, consumir e descartar os materiais e energias de produtos disponibilizados no mercado. Esse modelo é conhecido como input-output (entrada-saída). A natureza, neste modelo, exerce apenas a função de provisão de inputs ao sistema produtivo (percepção da natureza em sentido fraco).

Trata-se de um modelo insustentável, já que baseado na extração de grandes reservas de recursos naturais e pouca preocupação tanto com o desperdício ao longo da cadeia produtiva como com o descarte de materiais e produtos no meio ambiente (poluição). Denota-se, pois, que todo o sistema está focado no consumo e não no uso restaurativo de recursos, o que leva a perdas significativas ao longo de sua cadeia de valor⁴⁴. Como salienta Mauricio Espaliat Canu, este modelo linear:

[...] presta pouca atenção se os produtos, seus componentes ou os recursos utilizados em sua produção são usados racionalmente ou não. [...] a maioria dos recursos é utilizada para um único fim específico e logo ser em parte eliminada sob a forma de resíduos, sem levar em conta que estes também são recursos produtivos valiosos.⁴⁵

Contra-pondo-se à economia linear, Kenneth Boulding (1966) foi o primeiro a desenvolver a ideia de que o modelo de produção e consumo poderia funcionar de maneira cíclica. Pearce e Turner (1990), por seu turno, consagraram o uso de expressão economia circular, expondo as bases de um novo modelo de produção e consumo que segue um fluxo cíclico, fechado e constante, o qual implica, em linhas gerais, em extrair, fabricar, distribuir, usar e recuperar os materiais e energias de produtos disponibilizados no mercado, mantendo-os dentro da cadeia produtiva e de consumo o maior tempo possível, em condições ótimas de utilidade e valor.

A economia circular, portanto, representa uma economia sustentável, inovadora e transformadora que busca fomentar a eficiência para reduzir o desperdício e manter os recursos, tanto materiais quanto energéticos, dentro dos ciclos produtivos (técnicos e biológicos), durante o maior tempo possível, em condições de uso e valor adequados, bem como aproveitar ao máximo os resíduos cuja geração ao final de sua vida útil não tenha conseguido evitar⁴⁶.

Cuida-se de um modelo inspirado nos ciclos biológicos da natureza que confere um tratamento diferenciado aos recursos, de modo a (1) otimizar sua utilização, tantas e quantas vezes seja possível, prolonga-se seu tempo de vida útil na cadeia produtiva; bem como, e por

44 FUNDAÇÃO ELLEN MACARTHUR. **Hacia una economía circular**: motivos económicos para una transición acelerada. Cowes (Reino Unido): Ellen MacArthur Foundation, 2017. Versão em espanhol, p. 2. Disponível em: https://www.ellenmacarthurfoundation.org/assets/downloads/publications/Executive_summary_SP.pdf. Acesso em: 19 fev. 2022.

45 CANU, Mauricio Espaliat. **Economía circular y sostenibilidad**: nuevos enfoques para la creación de valor. Scotts Valley (EUA): CreateSpace/Amazon, 2017. p. 23: “[...] presta escasa atención a si los productos, sus componentes o los recursos empleados en su producción, son utilizados o no de modo racional. [...] la mayoría de los recursos son empleados con un solo fin específico, para luego ser en parte eliminados bajo la forma de residuos, sin tener en cuenta que éstos son también valiosos recursos productivos” (Tradução livre).

46 AGUIAR, Leandro Katscharowski. **Crise ambiental transnacional, sustentabilidade e economia circular**: desafio global para a construção do futuro sustentável. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 128 (Coleção Direito, Sustentabilidade e Meio Ambiente, v. 7).



consequente, (2) diminuir a geração de resíduos, para que seu volume se mantenha sempre dentro dos limites ecológicos da capacidade de assimilação do planeta.

Assim, na economia circular a natureza exerce, além da função de provisão de recursos, outras duas funções: de assimilação de resíduos e de geração de utilidade direta ao homem. Essas três funções combinadas expressam, para Pearce e Turner, o verdadeiro teorema da existência — “uma garantia de que qualquer ótimo econômico está associado com um equilíbrio ecológico estável”⁴⁷.

A economia circular, é importante frisar, não se confunde apenas com reciclagem. Vai muito além disso, pois está presente em todas as etapas da cadeia produtiva do sistema econômico, desde a seleção dos materiais na extração dos recursos, passando pelo projeto (design) — talvez a fase mais importante, visto que deve ter em mente não só o primeiro uso, mas todas as outras possibilidades de reutilização ou reaproveitamento dos materiais —, pela fabricação e distribuição dos produtos, pelo uso e consumo, por todas as modalidades de ressignificação (recriação de valor) até, finalmente, o tratamento e a eliminação no sistema natural de resíduos não nocivos que, por imperiosa impossibilidade física e técnica, não possam mais continuar circulando.

Enfim, a economia circular pressupõe o pensamento em cascata, sintetizado na ideia de que é possível criar valor reutilizando produtos, componentes e materiais, várias vezes e de diversas maneiras, até retornarem ao meio ambiente como *input* biológico.

Didaticamente, Joaquín Melgarejo Moreno considera que a economia circular está fundamentada em 8 R's: “repensar; redesenhar [reprojetar]; reutilizar; reparar; remanufaturar; reciclar; recuperar; reduzir”⁴⁸.

Em sintonia com os postulados da economia ecológica, em especial da sustentabilidade forte, a economia circular pode ser considerada uma economia sustentável, já que recria valor, poupando recursos, com baixa geração de resíduos.

Entrementes, apesar de a economia circular se apresentar como uma alternativa viável para resolver questões ambientais e, ao mesmo tempo, permitir o progresso socioeconômico, contribuindo para o verdadeiro desenvolvimento sustentável, as iniciativas acerca do assunto são incipientes e “até agora as medidas adotadas estão centradas, sobretudo, nas políticas ambientais da fase final do ciclo econômico, tal como a gestão de resíduos”⁴⁹.

47 PEARCE, David W.; TURNER, R. Kerry. **Economía de los recursos naturales y del medio ambiente**. Tradução para o espanhol de Carlos Abad Balboa y Pablo Campos Palacin. Madrid (Espanha): Celeste Ediciones, 1995. p. 51: “teorema de existencia” — “una garantía de que cualquier óptimo económico está asociado con un equilibrio ecológico estable” (Tradução livre).

48 MORENO, Joaquín Melgarejo. **Economía circular y territorio**: el nuevo paradigma de gestión de los recursos. 2018, p. 2. Tema 17.1 (Máster en Territorio, Urbanismo y Sostenibilidad Ambiental en el Marco de la Economía Circular) – Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales (IUACA) – Universidad de Alicante (UA), Alicante (Espanha): “repensar; rediseñar; reutilizar; reparar; remanufacturar; reciclar; recuperar; reducir” (Tradução livre).

49 FUNDAÇÃO COTEC. **Situación y evolución de la economía circular en España**. Madrid (Espanha): Fundación COTEC para la Innovación, 2017. p. 84. Disponível em: <https://plataformaptec.es/wp-content/uploads/2019/10/Cotec-economia-circular-1.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2022: “hasta ahora las medidas adoptadas han estado centradas, sobre todo, en las políticas ambientales de la fase final del ciclo económico, tal como es la gestión de los residuos” (Tradução livre).



Por isso, a economia circular — hoje ainda muito restrita à iniciativa privada — deve ser pensada e trabalhada em termos de políticas públicas como um valioso instrumento econômico para a promoção da sustentabilidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada, é possível elaborar algumas conclusões substanciais, muito embora não tenha este artigo científico o propósito de esgotar os questionamentos sobre a complexa temática envolvendo a relação entre economia e ecologia, assim como os instrumentos de política ambiental, notadamente os de natureza econômica.

O cenário de crise ambiental global foi o ponto de partida do estudo, destacando-se, sequencialmente, a necessária compatibilização entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental, cuja relação, sempre de tensão, tem sido pauta de diversas reflexões. Não à toa a economia foi analisada sob diversas perspectivas, até ser alocada no sistema ecológico, de modo que o sistema econômico cumpra seu papel de satisfação social sem comprometer a manutenção e o equilíbrio dos ecossistemas.

Mais adiante, examinou-se os principais fundamentos da política ambiental, enfatizando-se alguns princípios relacionados ao tema, dentre os quais o do protetor-beneficiário. Concluiu-se que as políticas ambientais são de responsabilidade do Poder Público, mas também envolvem outros setores da sociedade, bem como que, para uma gestão ambiental eficiente, ao lado dos tradicionais mecanismos de comando e controle, devem os gestores lançar mão de instrumentos econômicos que estimulem comportamentos mais respeitosos com a natureza.

Por fim, discorreu-se sobre duas iniciativas econômicas compatíveis com as políticas ambientais, a primeira delas, o pagamento por serviços ambientais, mais na linha da economia ambiental ou do meio ambiente; a segunda, a economia circular, um novo modelo de produção e consumo em consonância com os postulados da economia ecológica.

Em consideração final ao estudo proposto, tem-se que toda e qualquer solução para a superação do estado de crise socioambiental global e transição da sociedade moderna para a sociedade sustentável passa pela ressignificação da relação do homem com a natureza. E para tanto, é imprescindível pensar na sustentabilidade econômica, por meio de políticas públicas ambientais que estimulem comportamentos, quer nos produtores, quer nos consumidores, voltados à manutenção e preservação da integridade e do equilíbrio dos ecossistemas. O pagamento por serviços ambientais e a economia circular, sob esse enfoque, são duas iniciativas de natureza econômica compatíveis com essa preocupação e que podem se transformar em dois importantes instrumentos de política pública ambiental para a promoção da sustentabilidade.



REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. **Amazônia**: por uma economia do conhecimento da natureza. São Paulo: Edições Terceira Via, 2019.

AGUIAR, Leandro Katscharowski. **Crise ambiental transnacional, sustentabilidade e economia circular**: desafio global para a construção do futuro sustentável. Florianópolis: Habitus, 2020 (Coleção Direito, Sustentabilidade e Meio Ambiente, v. 7).

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BOSELNANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: os caminhos do desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

CANU, Mauricio Espaliat. **Economía circular y sostenibilidad**: nuevos enfoques para la creación de valor. Scotts Valley (EUA): CreateSpace/Amazon, 2017.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**: a ciência, a sociedade e a cultura emergente. 11 ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1990.

CAVALCANTI, Clóvis. Concepções da economia ecológica: suas relações com a economia dominante e a economia ambiental. In: **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 24, n. 68, p. 53-67, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/vTMxPYD5vKCJ4fj7c5Q9RbN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 24 set. 2021.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENGEL, Stefanie; PAGIOLA, Stefano; WUNDER, Sven. Designing payments for environmental services in theory and practice: **an overview of the issues**. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921800908001420>. Acesso em: 15 jan. 2022.

FERRER, Gabriel Real. La sostenibilidad tecnológica y sus desafíos frente ao derecho. In: VALDÍVIA, Diego Zegarra (Coord.). **El derecho del medio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa**: libro homenaje al maestro Ramón Martín Mateo. Madrid (Espanha): Thomson Reuters, 2015. p. 299-327.

FLORES, Guilherme Nazareno; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. Desgovernança global, entropia e consumismo: a teorização de um direito transnacional para uma transição à sustentabilidade. In: ROSA, Alexandre Morais da; CRUZ, Alice Francisco da; QUINTERO, Jaqueline Moretti; BONISSONI, Natammy (Org.). **Para além do Estado Nacional**: dialogando com o pensamento de Paulo Márcio Cruz. Florianópolis: EMais, 2018. p. 123-135.



FUNDAÇÃO COTEC. **Situación y evolución de la economía circular en España**. Madrid (Espanha): Fundación COTEC para la Innovación, 2017.

FUNDAÇÃO ELLEN MACARTHUR. **Hacia una economía circular**: motivos económicos para una transición acelerada. Cowes (Reino Unido): Ellen MacArthur Foundation, 2017. Versão em espanhol. Disponível em: https://www.ellenmacarthurfoundation.org/assets/downloads/publications/Executive_summary_SP.pdf. Acesso em: 19 fev. 2022.

MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Extrafiscalidade e meio ambiente**: o tributo como instrumento de proteção ambiental. Reflexões sobre a tributação ambiental no Brasil e na Costa Rica. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2011.

MORENO, Joaquín Melgarejo. **Economía circular y territorio**: el nuevo paradigma de gestión de los recursos. 2018, p. 2. Tema 17.1 (Máster en Territorio, Urbanismo y Sostenibilidad Ambiental en el Marco de la Economía Circular) – Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales (IUACA) – Universidad de Alicante (UA), Alicante (Espanha).

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Pagamentos por serviços ambientais**: sustentabilidade e disciplina jurídica. São Paulo: Atlas, 2012.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Direito Ambiental & Economia**. Curitiba: Juruá, 2018.

PACKER, Larissa Ambrosano. **Novo Código Florestal & pagamento por serviços ambientais**: regime proprietário sobre os bens comuns. Curitiba: Juruá, 2015.

PAGIOLA, Stefano. **Payments for environmental services in Costa Rica**. Disponível em: <https://www.cbd.int/financial/pes/costarica-espagiola2006.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PEARCE, David W.; TURNER, R. Kerry. **Economía de los recursos naturales y del medio ambiente**. Tradução para o espanhol de Carlos Abad Balboa y Pablo Campos Palacin. Madrid (Espanha): Celeste Ediciones, 1995.

RÉGIS, Ademar Azevedo. **Pagamento por serviços ambientais**: uma promissora ferramenta de política ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ROCHA, Lilian Rose Lemos. **Instrumentos econômicos aplicados à regularização ambiental**: o exemplo da tributação ambiental no Brasil. Brasília: Abecer, 2014.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia ou economia política da sustentabilidade. In: MAY, Peter H.; LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira; VINHA, Valéria Gonçalves da (Org.). **A economia do meio ambiente**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2003. p. 1-29.



TRENTINI, André Luiz Anrain. **A tutela do meio ambiente através do pagamento por serviços ambientais**: um auspicioso instrumento econômico de política ambiental. Florianópolis: Habitus, 2020 (Coleção Direito, Meio Ambiente e Sustentabilidade, v. 11).

WUNDER, Sven. **Payments for environmental services**: some nuts and bolts. Disponível em: https://www.cifor.org/publications/pdf_files/OccPapers/OP-42.pdf. Acesso em: 15 jan. 2022.

WWF. **Planeta Vivo – Relatório 2018**: uma ambição maior. Gland (Suíça): WWF Internacional. 2018.





PODER JUDICIÁRIO
ACADEMIA JUDICIAL
de Santa Catarina

Projeto Gráfico:

Assessoria de Artes Visuais - Núcleo de Comunicação Institucional