

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 411

(ano VII)

(04/08/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

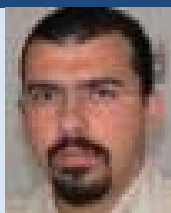
Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



04/08/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [Um retrocesso na Corte Europeia de Direitos Humanos: o caso francês](#)

ARTIGOS

04/08/2015 Lucas Sales da Costa

» [Os Municípios são entes autônomos e integram o Federalismo brasileiro](#)

04/08/2015 Mayra Costa Oliveira

» [Linguagem jurídica: quando o formalismo interfere na comunicação](#)

04/08/2015 Felipe Augusto Fonseca Vianna

» [A Saúde como Direito Fundamental e sua Efetivação pelo Judiciário: Breve análise do panorama no Brasil](#)

04/08/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [A Proeminência do Recurso Especial nº 1.310.471-SP: Do Reconhecimento Jurisprudencial da Injustiça Ambiental e do Princípio do In dúbio pro salute](#)

04/08/2015 Fabiano Saraiva Medeiros

» [Da proteção penal ao Direito Ambiental: das sanções aplicáveis às pessoas físicas e às pessoas jurídicas](#)

UM RETROCESSO NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO FRANCÊS

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor

A duração da prisão provisória deve ser analisada caso a caso. Esta foi a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, ao deixar de fixar um prazo máximo para a prisão de um acusado antes do julgamento. Os Juízes de uma das Câmaras consideraram que tanto a necessidade do encarceramento como a sua duração dependem das circunstâncias. A Corte julgou a Reclamação de um francês que ficou preso provisoriamente por mais de dois anos e meio, até que fosse julgado e condenado por estupro. Para a Corte Europeia, o cárcere preventivo foi devidamente justificado pela Justiça francesa. Entre os motivos aceitos, está a necessidade de evitar que o suspeito fugisse, que

ele interferisse nas investigações, coagisse testemunhas ou mesmo cometesse outros crimes.

Causou-nos ainda mais perplexidade, no entanto, um dos comentários postados no site da Revista Consultor Jurídico, logo abaixo da notícia (disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jul-30/corte-europeia-rejeita-fixar-prazo-maximo-prisao-provisoria>).

No comentário, um Procurador da República de 1ª. Instância, afirma: *"Fico um pouco encabulado quando leio essas coisas. A doutrina 'garantista à brasileira' (sic) (que só vê o lado do acusado - necessário - e nunca o lado da vítima e da sociedade) sempre destoa do resto do mundo dito civilizado. Ah! Europa, tens tanto a aprender com os nossos juristas. Claro que há abusos horrendos no manejo da prisão preventiva no Brasil. Mas a visão tortuosa que a doutrina nacional (parte dela) tem do processo penal é bem diferente do que se pratica em nações democráticas na Europa e mesmo na América Latina."*

Lamentável, sob todos os aspectos, o comentário jocoso e sarcástico do membro do Ministério Público que deveria, ao contrário de se regozijar (como a mim me pareceu), lamentar aquela decisão que permitiu um acusado permanecer preso por mais de dois anos e meio sem ter sido condenado por uma sentença definitiva.

Interessante que quando a mesma Revista Consultor Jurídico noticiou outros casos em que a Corte Europeia não tolerou tais abusos, não li nenhum comentário do Professor Vladimir Aras a respeito.

Por exemplo.

Li, dias atrás, que a a morosidade da Justiça vai custar caro para os poloneses. A Corte Europeia de Direitos Humanos fixou um prazo de dois anos para a Polônia indenizar aqueles que foram vítimas da lentidão judicial. A decisão foi tomada depois de os Juízes Europeus constatarem que já receberam cerca de 650 reclamações de pessoas que se dizem prejudicadas pelo ritmo lento da Justiça polonesa.

Porém, em vez de julgar cada uma delas, a Corte considerou ser mais razoável comunicar a medida ao Governo da Polônia e passar essa função aos Juízes poloneses. Se o prazo não for cumprido, aí sim os Juízes da Corte voltam a entrar em ação. (Fonte: Revista Consultor Jurídico, 8 de julho de 2015, 10h15, disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jul-08/polonia-dois-anos-indenizar-vitimas-lentidao-judicial>).

Antes, no ano de 2012, a Itália foi condenada a indenizar um inspetor de Polícia que teve que esperar dez anos para a conclusão do processo criminal contra ele. O motivo da condenação, no entanto, não foram os dez anos, mas sim a espera de cinco anos no processo que ele moveu contra o Estado justamente pela demora judicial. A Corte Europeia de Direitos Humanos, que analisou a reclamação do inspetor, julgou que a demora acabou beneficiando o acusado. Por conta dela, crimes prescreveram e a pena imposta foi reduzida. Já a espera de quase cinco anos no pedido de indenização foi considerada inaceitável pelos juízes europeus. Eles decidiram que, via de regra, pedido de reparação pela demora judicial deve ser concluído em dois anos e meio, no máximo. Na Itália, o que garante reparação aos prejudicados pela

morosidade da Justiça é a Lei 89, de março de 2001, apelidada de Lei Pinto, em referência ao redator da norma. A lei foi aprovada em resposta à exigência do Conselho da Europa, de que a demora injustificada de processos judiciais prejudica os cidadãos e estes têm direito de receber indenização do Estado.

Em dezembro de 2010, a Itália foi repreendida pela Corte Europeia de Direitos Humanos por causa da pouca efetividade da lei. Os juízes consideraram que a Justiça italiana estava demorando demais para julgar os pedidos de indenização das vítimas da lentidão judicial. Na ocasião, a Corte mandou o país rever a sua lei e criar um fundo para garantir indenização aos prejudicados.[\[1\]](#)

Já neste ano de 2015, mais uma vez, a lentidão na Justiça italiana continua e o país foi condenado a pagar indenização por demorar a indenizar justamente aqueles que foram prejudicados pelo ritmo judicial lento. Para tentar evitar o pagamento duplo e facilitar a vida das vítimas, o Ministério da Justiça assinou um acordo com o Banco da Itália, que vai permitir o pagamento da compensação pela demora da Justiça em até 120 dias. Funciona assim: o cidadão espera anos para seu processo — penal ou cível — ser resolvido. Uma vez solucionado, ele inicia um novo processo pedindo indenização por ter tido de aguardar tanto tempo. Concluída essa segunda ação, se for considerado que a demora judicial o prejudicou de alguma forma, aí sim entra em jogo o acordo com o Banco da Itália e, em até quatro meses, o cidadão recebe sua indenização.[\[2\]](#)

Em nosso Continente, o Tribunal Constitucional do Peru acaba de fixar novo lineamento jurisprudencial sobre o prazo razoável do processo

como doutrina jurisprudencial vinculante para todos os Juízes e Tribunais do País, em conformidade com o art. VI do Título Preliminar do Código de Processo Constitucional.

A questão foi decidida no julgamento de um Habeas Corpus impetrado por Aristóteles Romana Paucar Arce contra Juízes da 3ª. Turma Penal do Tribunal Superior de Justiça da Província Callao, onde se contestou o direito a ser julgado num prazo razoável (Processo nº. 0295-2012 na PHC/TC).

Consta da decisão:

"Como se sabe, a través de diferentes pronunciamientos (Cfr. STC N.ºs 5350-2009-PHC, 2700-2012-PHC, 0350-2013-PHC, entre otras), el TC había señalado que en el ámbito del proceso penal el cómputo del plazo razonable comenzaba a correr desde el primer acto del proceso dirigido contra la persona como presunto responsable de un delito, el que a su vez podía estar representado por: i) la fecha de aprehensión o detención judicial preventiva del imputado, o ii) la fecha en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso; entendiéndose en términos generales que dicho acto lo constituía el auto de apertura de instrucción. Con la expedición de la STC N.º 0295-2012-PHC, el TC ha precisado que el cómputo del plazo razonable del proceso penal comienza a correr desde la apertura de la investigación preliminar del delito, el cual comprende la investigación policial o la investigación fiscal; o desde el inicio del proceso judicial en los casos de delitos de acción privada, por constituir el primer acto oficial a través del cual la persona toma conocimiento de que el Estado ha iniciado una persecución penal en su contra. Sobre las

consecuencias jurídicas derivadas de la afectación al derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En relación a las consecuencias jurídicas que se generan cuando se constata la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 3509-2009-PHC, el TC señaló que ello conllevaba a la exclusión del imputado del proceso penal. Posteriormente, en el Expediente N.º 5350-2009-PHC, advirtió que el órgano jurisdiccional debía emitir y notificar, en el plazo máximo de sesenta días naturales, la sentencia que defina la situación jurídica del procesado, bajo apercibimiento de darse por sobreseído el proceso penal, no pudiendo ser nuevamente investigado ni procesado por los mismos hechos, por cuanto ello conllevaría la vulneración del principio ne bis in ídem . Al respecto, el TC ha considerado pertinente definir la línea jurisprudencial fijada, y, por tanto, precisar que la eventual constatación por parte de la judicatura constitucional de la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable no puede ni debe significar el archivo definitivo o la conclusión del proceso judicial de que se trate (civil, penal, laboral, etc.). Lo que corresponde es que, bien entendidas las cosas, se proceda a la reparación in natura por parte de los órganos jurisdiccionales, la misma que consiste en emitir el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto en el plazo más breve posible, a fin de resolver de manera definitiva la situación jurídica del procesado. En tanto que, en cuanto al plazo, éste deberá establecerse según las circunstancias concretas de cada caso. Lo expuesto no exime de las responsabilidades a que hubiere lugar para quienes incurrieron en la afectación el derecho al

plazo razonable del proceso. Lima, 5 de junio de 2015." (Disponível em http://www.tc.gob.pe/notas_prensa//notas/2015/nota_2015_026.html).

Esta questão relativa à mora processual, especialmente em ações penais públicas condenatórias, é extremamente preocupante em nosso País, particularmente porque aqui se banalizou a prisão provisória e, portanto, mantém-se com bastante frequência preso o réu, quando ainda não definitivamente julgado e condenado. O que deveria ser uma excepcionalidade, passou a ser uma banalidade. Desgraçadamente!

Observamos que a Emenda Constitucional nº. 45/04 acrescentou mais um inciso ao art. 5º. da Constituição Federal, estabelecendo expressamente que *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”* (LXXVIII).

Aliás, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos concebeu a chamada Teoria dos Sete Critérios que podem autorizar, excepcionalmente, a dilação processual; segundo esta teoria, sete situações devem ser observadas para se aferir o excesso prazal, dentre as quais, a complexidade do caso, a conduta processual do acusado e a conduta das autoridades judiciárias.^[3]

Deve também ser observado, entre nós pelo menos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos firmado em Nova York, em 19 de dezembro de 1966 e promulgado pelo Governo brasileiro através do Decreto nº. 592/92:

“3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

(...) “c) De ser julgado sem dilações indevidas” (art. 14, 3, c).

Igualmente lê-se no Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, promulgado entre nós pelo Decreto nº. 678/92:

“Art. 8º. – Garantias Judiciais

“1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente...” (grifo nosso).

Tais normas já se incorporaram ao nosso Direito Positivo, devendo ser obrigatoriamente observadas pelos nossos juízes e Tribunais, por força do disposto no art. 5º., § 2º., da Constituição Federal:

“A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no Brasil através do Dec. 678/92, consigna a ideia de que toda pessoa detida ou retida tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.” (Superior Tribunal de Justiça – 5ª. Turma – Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 5239 - Relator Ministro Edson Vidigal – j. 7.5.96 – DJU 29.9.97, p. 48.228).

No mesmo sentido, confira-se a Convenção Europeia para salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, art. 6º., 1. Na atual Carta Magna espanhola, art. 24, 2, temos: *“Asimismo, todos tienen derecho (...) a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías...”* (grifo nosso). Do mesmo modo a VI Emenda à Constituição americana: *“Em todas as causas criminais, o acusado gozará do direito a um júízo rápido e público...”*

NOTAS:

[1] Fonte: Revista Consultor Jurídico, 8 de março de 2012, 13h11 (<http://www.conjur.com.br/2012-mar-08/corte-europeia-demora-cinco-anos-condenar-italia-lentidao-judicial>, acessado dia 03 de junho de 2015).

[2] Fonte: Fonte: Revista Consultor Jurídico, 2 de junho de 2015, 11h35 (<http://www.conjur.com.br/2015-jun-02/italia-acordo-banco-indenizar-vitimas-lentidao-judicial>, acessado dia 03 de junho de 2015).

[3] Sobre o assunto, conferir “*El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*”, de Daniel Pastor, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, pp. 111 e seguintes.

OS MUNICÍPIOS SÃO ENTES AUTÔNOMOS E INTEGRAM O FEDERALISMO BRASILEIRO

LUCAS SALES DA COSTA: Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ex-Advogado da União. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (CE). Pós-Graduado em Processo Civil pela Faculdade Christus (CE). Pós-Graduando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF).

1 INTRODUÇÃO

O texto intenta esmiuçar alguns aspectos relevantes acerca da Federação, explicando as particularidades que a distinguem de outras formas de composição do Estado.

Objetiva-se, em paralelo, analisar a natureza dos Municípios e sua posição no âmbito do Federalismo brasileiro após a promulgação da Constituição da República de 1988.

2 DESENVOLVIMENTO

Consagrado no ordenamento maior brasileiro desde a Constituição republicana de 1891, de clara inspiração norte-americana, o modelo federativo de Estado, a despeito de ter assumido, ao longo do tempo, configurações distintas em diversos lugares, possui alguns atributos que o diferenciam de outras modulações.

De forma diversa do que ocorre com outras formas compostas de Estado, como a Confederação, no federalismo, a soberania é característica tão somente do Estado Federal, de modo que os Estados-membros dele integrantes são imbuídos de autonomia, conceito inconfundível com o outro termo delineado.

Já adentrando as características básicas do Estado Federal, diga-se que a ideia de *autonomia* implica descentralização administrativa e política do poder. Emerge, portanto, uma dupla esfera de poder normativo sobre um mesmo território: a federal, representada pela União, e a federada, representada pelos Estados-membros, sendo a competência destes últimos delimitada mediante critérios de repartição constitucionalmente estabelecidos. Como afirma Sarlet [1] (2014, p. 774):

O Estado Federal, portanto, é formado por duas ordens jurídicas parciais, a da União e a dos Estados-membros, que, articuladas e conjugadas, constituem a ordem jurídica total, ou seja, o próprio Estado Federal. Dito de outro modo, o princípio federativo (e o Estado Federal a ele correspondente) tem por elemento informador – e aqui valemo-nos das palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha – “a pluralidade consorciada e coordenada de mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território estatal, posta cada qual no âmbito de competências previamente definidas”. Cuida-se, nesse sentido, de *um pluralismo do tipo territorial* levado a efeito mediante um sistema de distribuição do exercício de poder entre as unidades territoriais.

Nessa linha, a autonomia consigna os poderes de auto-organização (incluída a autolegislação) e autogoverno, os quais abarcam a execução das atividades cotidianas do poder público nos limites de cada entidade federada autônoma, de maneira independente dos órgãos federais, e a

existência de um poder constituinte de natureza decorrente, dada a capacidade de os Estados-membros desenvolverem típica atividade constituinte.

A existência de uma Constituição Federal rígida que sirva como fundamento de validade das ordens jurídicas mencionadas é outro elemento do Estado Federal, devendo tal texto descrever um modelo de repartição de tarefas a fim de que se garanta a realidade da autonomia dos Estados, impondo-se ao mesmo documento que atribua a uma Corte nacional a incumbência de solucionar os conflitos que irrompam entre quaisquer dos departamentos federativos.

Contemplam-se aqui a *sistemática de repartição de competências e o regulamento da capacidade tributária das pessoas políticas*, do que decorrem, ainda, as estruturas constitucionais de repartição de receitas e de participação dos entes federativos no produto da arrecadação de outras pessoas jurídicas (artigos 157 a 159 da Constituição). Nessa ótica, diz Paulo Gustavo Gonet Branco^[2]:

Como no Estado Federal há mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, impõe-se a adoção de mecanismo que favoreça a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos. A repartição de competências entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para esse fim. A repartição de competências consiste na atribuição, pela Constituição Federal, a cada ordenamento de uma matéria que lhe seja própria. As

constituições federais preveem, ainda, uma repartição de rendas, que vivifica a autonomia dos Estados-membros e os habilita a desempenhar as suas competências. Para garantir a realidade da autonomia dos Estados – e o mesmo vale para o Distrito Federal e para os Municípios – a Constituição regula, no capítulo sobre o sistema tributário nacional, a capacidade tributária das pessoas políticas e descreve um modelo de repartição de receitas entre elas (2012, p. 857).

A participação dos Estados-membros na vontade federal constitui também uma salutar peculiaridade da forma federativa estatal. Para que tais entes possam ter contundente assento na formação da vontade geral, concebeu-se o Senado da República, bem consignado no art. 46 do texto fundamental, com representação paritária, em virtude da imprescindibilidade do respeito ao princípio da igualdade jurídica entre os Estados-membros.

A indissolubilidade do pacto federativo representa, outrossim, importante característica do modelo estudado, porquanto, uma vez composta a Federação, desta não podem as unidades federadas retirar-se, em virtude do óbice à secessão, previsto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal – CF.

Ressalte-se, por oportuno, que, além da proibição de secessão, tem relação umbilical com o caráter indissolúvel da Federação o prestígio normativo que o constituinte de 1988 conferiu à necessidade de manter a integridade nacional e de repelir invasão estrangeira ou de uma unidade

da Federação em outra, contingências materiais, em tese, aptas a legitimar pedido de intervenção federal, nos termos do art. 34, I e II, da Carta Magna.

Expendidas as considerações anteriores, insta sublinhar, neste ponto, que a vigente Constituição Brasileira inovou ao erguer os Municípios à condição de unidade federativa autônoma, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal, concedendo a esses entes locais o poder de auto-organização, mediante a elaboração de uma Lei Orgânica, na linha do art. 29 da Lei Fundamental.

Em que pese a leitura literal do texto constitucional, sobretudo dos artigos 1º e 18 da CF, sugira, de maneira inelutável, a condição dos Municípios de autênticos membros da Federação, não se pode desprezar o notório entendimento de respeitadores doutrinadores constitucionalistas adeptos da tese de que aqueles seriam divisões dos Estados e não integrariam, de modo independente, o Estado federativo, como é o caso de José Afonso da Silva.

A compreensão deriva de algumas constatações sobre as quais já se falou neste artigo. De fato, revela-se ínsito ao Estado Federal a participação das entidades autônomas na formação da vontade federal, daí a criação do Senado, o qual, sabe-se, não abarca representantes dos Municípios brasileiros.

Os Municípios, ademais, sequer possuem um Poder Judiciário, o que o diferencia substancialmente dos demais entes da Federação no que concerne à definição de autonomia política e administrativa.

Por fim, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para solucionar pendências entre entidades federativas não inclui as

hipóteses em que o Município compõe um dos polos da lide, como se extrai do art. 102, I, “f”, da Constituição, que remete à Corte Maior tal competência.

Sem embargo, a despeito dos contundentes argumentos apresentados, a opção pela natureza autônoma dos Municípios como membro legítimo da Federação cuida-se de explícita intenção do constituinte originário, consignada nos sobreditos artigos 1º e 18 do texto fundamental.

A circunstância de a CF optar por conferir maior amplitude de proteção aos conflitos envolvendo os Estados-Membros, por exemplo, não infirma a qualificação que ela própria concedeu a tão relevantes entes. Como assevera Dirley da Cunha Júnior^[3]:

Em razão dessa autonomia, delimitada por uma completa partilha de competências que conferiu a todas as entidades autônomas capacidade de *auto-organização, autogoverno, auto-administração e autolegislação*, pode-se sustentar que todos esses entes políticos, sem exceção, integram a Federação brasileira, dispendo, todos, de dignidade federativa. Entre essas pessoas políticas integrantes da Federação figuram os *Municípios*. De feito, é inegável a ampla autonomia que a atual Carta Magna concedeu aos Municípios. Sem embargo disso, alguns renomados autores, como José Afonso da Silva e Roque Carazza, entendem que os Municípios, inobstante autônomos, não integram a Federação, em

razão de os mesmos não participarem da formação da vontade jurídica nacional. Ouso, contudo, divergir destes eminentes doutrinadores, com base na própria Carta Magna, que deu claras amostras de que pretendeu incluir os Municípios, assim como o Distrito Federal, no pacto federativo. Assim, não só no seu art. 1º, mas também no seu art. 18, foi incisiva a Constituição quando afirmou que os Municípios também compõem a República Federativa do Brasil. O fato de estas entidades políticas não participarem das decisões do Estado Federal não obnubila aquelas características da Federação presentes nos Municípios (2015, p. 737).

De igual forma, considerar a ausência de integrantes municipais no Senado da República, bem como a inexistência de Poder Judiciário nas esferas locais da Federação, como fator que legitima o argumento contrário apresentado parece indicar só existir um único modelo de Federação, cujas características peculiares de todos os entes seriam as mesmas, assertiva com a qual não se pode concordar, principalmente, convém mencionar, quando se interpreta sistematicamente a Constituição.

E, como lembrou o Ministro Sepúlveda Pertence em julgamento que analisou a temática da forma federativa de Estado e de sua aderência como cláusula pétrea, aquela “não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou, e como adotou” (ADI 2.024-2, liminar, DJ de 1º-12-2000).

A concepção do termo *Federação* deve refletir a formulação desenvolvida pela Constituição Brasileira, texto que, além de prestigiar o caráter autônomo e preponderante dos Municípios, desenhou um modelo federativo de cooperação entre todos os entes federativos, como se extrai do parágrafo único de seu art. 23.

Não se revela razoável, bem se vê, concluir que o constituinte originário desprezaria o caráter qualificado dos Municípios quando, em relevantes dispositivos, erigiu-os a uma posição de evidente horizontalidade junto à União, aos Estados e ao Distrito Federal, consubstanciando delimitações constitucionalmente impositivas no regime de competências que endossam a inexistência de hierarquia entre os entes da Federação.

O *status* atribuído ao poder municipal derivou de um agasalho constitucional cujo núcleo essencial soa intocável frente aos operadores jurídicos, os quais estão impedidos de vilipendiar a esfera de autonomia ínsita aos entes aludidos, sob pena de desvirtuar os objetivos plasmados na Constituição da República. Sobre esse poder do Município, apregoa Paulo Bonavides[4]:

Aufere ele, sem dúvida, relevância nova e decisiva a partir da Constituição de 5 de outubro de 1988, a qual o elevou a um grau qualitativo muito acima daquele a que juridicamente esteve cingido em quase cem anos de constitucionalismo republicano. Se a nova Constituição do Brasil, compendiando a autonomia municipal ainda não classifica o poder do município como um poder estatal (pré-estatal ele já o

é doravante fora de toda a dúvida), é evidente, contudo, que ao emprestar àquele ente uma natureza federativa incontestável, o fez peça constitutiva do próprio sistema nacional de comunhão política do ordenamento (2014, p. 360).

Importante destacar que a defesa e a valorização desses departamentos autônomos locais propiciam uma maior chance de participação política do cidadão e, conseqüentemente, elevam o nível democrático da sociedade, em virtude da fórmula de descentralização administrativa do Estado que os Municípios logram desenhar. Nesses termos, diz André Ramos Tavares^[5]:

O reconhecimento da importância dos Municípios deve-se, sobretudo, à circunstância de que se trata de um agrupamento de sólidas bases, porque o relacionamento dos interessados se dá de maneira mais aberta e intensa. Aliás, não por outro motivo é que o Município, entendido como agrupamento territorial restrito, precede ao próprio Estado. E, modernamente, não se pode deixar de conceder ao Município boa parcela da responsabilidade pela democracia. É por isso que se tem, por outro lado, de lhe deferir os poderes que a ele devem competir (2007, p. 986).

Sem necessidade de maior digressão, entende-se que as interpretações doutrinárias acima refutadas, por mais louváveis e robustos que sejam seus fundamentos, padecem de um vício incontestável: ao

negar a autonomia dos entes locais, desrespeitam a vontade constitucional.

3 CONCLUSÃO

No federalismo, a soberania é característica tão somente do Estado Federal, de modo que os Estados-membros dele integrantes são imbuídos de autonomia, conceito inconfundível com o outro termo delineado.

A autonomia consigna os poderes de auto-organização (incluída a autolegislação) e autogoverno, os quais abarcam a execução das atividades cotidianas do poder público nos limites de cada entidade federada autônoma, de maneira independente dos órgãos federais, e a existência de um poder constituinte de natureza decorrente.

A existência de uma Constituição Federal rígida que sirva como fundamento de validade das ordens jurídicas mencionadas é outro elemento do Estado Federal, assentado na sistemática de repartição de competências e no regulamento da capacidade tributária das pessoas políticas.

A participação dos Estados-membros na vontade federal constitui também uma salutar peculiaridade da forma federativa estatal, assim como a indissolubilidade do pacto federativo.

A concepção do termo Federação deve refletir a formulação desenvolvida pela Constituição Brasileira, texto que, além de prestigiar o caráter autônomo e preponderante dos Municípios, desenhou um modelo federativo de cooperação entre todos os entes federativos, como se extrai do parágrafo único de seu art. 23.

O *status* atribuído ao poder municipal derivou de um agasalho constitucional cujo núcleo essencial soa intocável frente aos operadores

jurídicos, os quais estão impedidos de vilipendiar a esfera de autonomia ínsita aos entes aludidos, sob pena de desvirtuar os objetivos plasmados na Constituição da República.

NOTAS:

[1] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET; Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[2] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[3] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

[4] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

[5] TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LINGUAGEM JURÍDICA: QUANDO O FORMALISMO INTERFERE NA COMUNICAÇÃO

MAYRA COSTA OLIVEIRA: Bacharel em Relações Internacionais. Graduanda em Direito.

Resumo: Sendo o Direito e Comunicação fenômenos sociais, tem-se como objetivo deste trabalho apresentar a relação existente entre ambos, devendo o Direito ter uma linguagem técnica, de modo claro, sem ruídos à Comunicação a fim de não gerar erros de compreensão de modo a alcançar o público facilitando o acesso à Justiça. Foi realizada pesquisa bibliográfica de artigos, monografias e livros, onde foram encontrados trechos de difícil entendimento pelo senso comum levando a linguagem jurídica a ser pejorativamente chamada de *juridiquês*. Conclui-se, daí, que é o excesso de expressões técnicas que dificulta a compreensão, não a formalidade.

Palavras-chave: Comunicação. Linguagem. Linguagem jurídica. Sociedade.

Abstract

Once Law and Communication are social phenomena, this study has as objective present the relationship between them, where Law must have a technical language, clearly, with no noise to communication in order to not generate misunderstandings and reach the public making the access to Justice easier. There was a literature review performed by articles, monographs and books, where were found passages difficult to understand by common sense leading the legal language be pejoratively

called *legalese*. So it's possible to say that is over-technical terms that difficult to understand, not formality.

Key-words: Communication. Language. Law language. Society.

I INTRODUÇÃO

Existe uma relação entre Comunicação e Direito na medida em que a linguagem escrita é a base do profissional da carreira jurídica além de ambos serem considerados fenômenos sociais por terem suas raízes no convívio humano e na interação social.

Para Carvalho^[1] (2013) a “comunicação é um processo complexo e contínuo que implica a transferência de informação de uma pessoa para outra”.

Por outro lado, Perles (2007) afirma que a comunicação está relacionada ao fato de se transmitir algo que se conhece a existência, passando essa informação adiante, de modo a difundir sempre mais o conhecimento, a informação acerca de alguma coisa.

O conhecimento adquirido acerca de uma determinada coisa só pode ser difundido e transmitido, de geração a geração, por meio da linguagem a qual, torna-se, então, o veículo de comunicação entre os indivíduos de uma sociedade, diferenciando, por conseguinte, cada grupamento humano.

Para Falcão (2004) a linguagem é o “uso dos sinais que possibilitam a comunicação” do ser humano com seus semelhantes, intermediando a relação entre os homens e entre o homem e as coisas.

Sendo o Direito dependente da linguagem para se fixar, se manifestar, ele acabou criando termos próprios, técnicos, de modo a dar

publicidade aos atos jurídicos, dando origem à linguagem jurídica tendo como base a linguagem natural. (BITTAR, 2010)

As expressões comumente utilizadas no âmbito jurídico, como sentença transitada em julgado, *ad hoc* e *espia*, além de frases longas, vistas pela comunicação como ruídos, muitas vezes dificultam ou mesmo impedem o entendimento por parte da população.

Este refinamento, que torna a linguagem rebuscada, contribui, muitas vezes, para falhas na compreensão do receptor da mensagem, incluindo aí estudantes de Direito e até mesmo outros profissionais da área jurídica, o que leva a linguagem dos juristas a ser pejorativamente denominada *juridiquês*.

Para elaboração deste estudo foi realizada pesquisa bibliográfica de trabalhos publicados sobre o tema tais como artigos e monografias além de livros de autores da área de Comunicação e Linguística, como Luiz Mauro Sá Martino, Priscyla Caldas e Elisa de Castro Carvalho, bem como da academia jurídica, dentre outros: Eduardo Carlos Bianca Bittar & Guilherme Assis de Almeida, Josef Bleicher, Margarida Maria Lacombe Camargo.

O trabalho tem como objetivo geral apresentar a relação existente entre a Comunicação e o Direito e objetivos específicos definir a Comunicação e seus ruídos; demonstrar como o Direito criou a sua própria linguagem a partir da linguagem natural conceituando tanto a própria linguagem quanto a linguagem jurídica, analisando, por fim, como o excesso de técnica na linguagem pode gerar erros de entendimento.

O artigo justifica-se pela necessidade de compreender melhor a relação intrínseca entre Direito e Comunicação, demonstrando como esta

última é de suma importância para o próprio exercício do Direito devendo ter uma linguagem ética, clara, técnica, de modo a ser facilmente entendida posto que, como diz o filósofo inglês Thomas Hobbes (*apud* STRECK, 2009) “a linguagem é o instrumento fundamental para a comunicação”.

Devem-se ter redações jurídicas claras, coerentes, concisas, coesas, formais, elegantes, cultas, técnicas, mas sem excessos, elaborando peças simples, diretas, dentro das normas da linguagem nacional portuguesa, de forma a facilitar o acesso da sociedade à Justiça visto que o Direito nasce da sociedade e à ela é voltado.

2 COMUNICAÇÃO

A Comunicação vai muito além da transmissão de ideias e de meios de comunicação como rádios, telefone, *email*, *Internet*, celular, *smartphone*, e correlatos. Ela envolve linguagem e pode conter interferências denominadas ruídos.

O ato de comunicar, de relatar um fato, um acontecimento recente - ou mesmo passado - e transmitir essa informação adiante surgiu com a necessidade dos povos pré-históricos de registrar os próprios feitos.

2.1 CONCEITOS

Várias são as formas de definir a comunicação e estudá-la, mudando de acordo com o ponto de vista. Apesar disso “às ciências humanas interessou, basicamente, a troca de mensagens em processos de interação social.” (FRANÇA *et al*, 2015)

Partindo do objeto da comunicação, França *et al* (2015) afirma que “[...] quando se pergunta pelo objeto da comunicação não nos referimos a objetos disponíveis no mundo, mas aqueles que a

comunicação, enquanto conceito, constrói, aponta, deixa ver.”, ou seja, pode-se, daí, entender a comunicação como forma de relatar aquilo que é visto, passando a informação adiante.

Diversas são as formas de conceituar a Comunicação dependendo do aspecto analisado. Carvalho[2] (2008), por exemplo, define a comunicação como “um processo complexo e contínuo que implica a transferência de informação de uma pessoa para a outra”.

Perles (2007), por sua vez, afirma que a comunicação está relacionada ao fato de se transmitir algo que se conhece a existência, passando essa informação adiante, de modo a difundir sempre mais o conhecimento e a informação acerca de alguma coisa.

Essa troca de informação pode ser feita tanto de modo escrito quanto de modo falado, Camargo (2003), por exemplo, refere-se ao discurso como uma abertura do auditório, o que significa que enquanto o texto escrito dirige-se a um leitor desconhecido, o discurso amplia o público alvo para um número indefinido de pessoas.

Ainda no que diz respeito ao discurso, Martino (2014) retrata a comunicação e sua respectiva compreensão por parte dos participantes de um diálogo como uma troca de frases conexas, compreensíveis e com sentido, afirmando que “ao conversar, os interlocutores esperam que as frases tenham sentido, isto é, possam ser compreendidas. As falas são estruturadas de maneira que [...] possam ser corretamente decodificadas pela outra pessoa.”

Partindo desse ponto de vista, o retrocitado autor relata um dos problemas na comunicação quando, devido a suposições anteriores ao discurso, o diálogo já começa deficiente uma vez que “na medida em que

a intera o comunicativa vai se tornando mais densa no decorrer de uma conversa, as pressuposi es tendem a ocupar um espaço maior. O sentido de uma conversa pode ser completamente alterado a partir das pressuposi es que antecedem uma conversa.” (MARTINO, 2014)

Essa falha na comunica o pode ser ocasionada devido   interferências comunicacionais advindas tanto do emissor quanto do receptor e são denominadas ruídos da comunica o.

2.2 RUÍDOS

A expressão ruído está sempre interligada a barulho, zoadas, sons inc modos que, de algum modo atrapalham em alguma atividade, seja lazer, trabalho ou diálogo, dificultando a realiza o ou conclusão de alguma tarefa visto que interrompe o clima de estabilidade em que se encontrava.

Na comunica o ruídos significam “obstáculos   comunica o mais propriamente   eficácia da comunica o” (CALDAS, 2010), entendendo-se por ruídos “qualquer fonte de erro, distúrbio ou deforma o da fidelidade na comunica o de uma mensagem, seja ela sonora, seja visual, seja escrita” (CARVALHO[3], 2013).

Esse ruído, de acordo com Gessner (2007 *apud* CALDAS, 2010), “  uma perturba o indesejável em qualquer processo de comunica o, que pode provocar danos ou desvios na mensagem.”, podendo, para Carvalho[4] (2013), “ser devida ao emissor ou a seu codificador,   transmissão, ao receptor ou a seu decodificador.” não importando de onde sejam gerados posto que sempre “interferem no sentido da mensagem que o emissor desejava transmitir ao receptor”.

Carvalho[5] (2013) e Oliveira (2005) dividem os tipos de ruídos em dois blocos a depender da origem, observando-se, daí entraves tanto da parte do emissor (quem envia a mensagem) quanto da parte do receptor (quem absorve a transmissão) sendo que apenas o primeiro será analisado.

Da parte do emissor, então, dentre os possíveis obstáculos à comunicação Góis (2005) apresenta 21 (vinte e uma) barreiras muito comuns em organizações empresarias, comerciais das quais 5 (cinco) podem ser destacadas por estarem presentes, também, na comunicação jurídica, e que podem ser consideradas falhas quando da transmissão da mensagem pelo emissor, quais sejam: uso exagerado de expressões desconhecidas e de palavras ditas ‘difíceis’; exagero no uso das figuras de linguagem; estrangeirismo; neologismo; e pleonasma vicioso.

Para Medeiros (1998 *apud* OLIVEIRA, 2005) tem-se:

incapacidade verbal, oral ou escrita para expor o próprio pensamento; falta de coerência nas frases; (...) uso de termos técnicos desconhecidos do receptor; uso de frases longas para impressionar o receptor; acúmulo de pormenores irrelevantes; excesso de adjetivos e advérbios e de frases feitas, clichês. [6]

Daqueles trazidos por Mendonça (2009 *apud* CALDAS, 2010), é possível destacar a “linguagem inadequada – uso de termos técnicos ou palavras em idioma desconhecido pelo receptor”.

Já Carvalho[7] (2013) menciona como barreira comunicativa a “excessiva locução e a utilização de termos técnicos”, isto porque, como explica, enquanto que a primeira “é um dos defeitos comuns entre os

advogados” por “acreditarem que a utilização de palavras difíceis ou incomuns é uma forma de demonstrar a um cliente a sua capacidade intelectual”, a segunda acaba por impossibilitar “o entendimento da mensagem pelo cliente, que pode não compreender ou equivocar-se sobre o que foi emitido”.

A partir do que foi explanado anteriormente é possível sintetizar os ruídos mais comuns na comunicação jurídica da seguinte forma:

- Linguagem inadequada com uso de termos técnicos desconhecidos do receptor, tais como: “Abjudação; direitos coletivos e direitos difusos; ab-rogação; acareação; sentença transitada em julgado; alienação fiduciária em garantia e ação rescisória.”[8]

- Estrangeirismo, aqui tratado como o uso de expressões em latim, por exemplo: *ad argumentandum tantum* (apenas para argumentar); *ad hoc* (para isto. Refere-se à pessoa ou coisa pronta a executar determinada missão.); *ad quem* (refere-se a juiz ou tribunal perante o qual se recorre da sentença ou do despacho de instância inferior; dia aprazado para o cumprimento de uma obrigação.); *erga omnes* (contra todos) e *error in facto proprio allegari non potest, nec revelat* (o erro de fato próprio não se pode alegar, nem revela.)[9]

- Uso de frases longas para impressionar o receptor (“Com espia no referido precedente,

plenamente afinado, de modo consuetudinário, por entendimento turmário iterativo e remansoso,”[10])

- Pormenores irrelevantes (“[...] e com amplo supedâneo na Carta Política, que não preceitua garantia ao contencioso nem absoluta nem ilimitada, padecendo ao revés dos temperamentos constritores limados pela dicção do legislador infraconstitucional, resulta de meridiana clareza, tornando despicienda maior peroração, que o apelo a este Pretório [...]”[11])

- Excesso de frases feitas, clichês, adjetivos, advérbios e figuras de linguagem (“V. Ex^a. data máxima vênia não adentrou” [12])

- Neologismo (“mas se foi para abusar da minha alma **prosopopeia**” [13]) (grifo nosso)

- Pleonasma vicioso, como “cinzas cadavéricas”[14]

Por tudo pode-se concluir que se a comunicação em si mesma está, naturalmente, sujeita à intercorrências que implicam em erros na recepção da mensagem, a comunicação dentro do mundo jurídico, por possuir uma linguagem específica, a denominada linguagem jurídica, pode ser ainda mais difícil de se compreender.

3 LINGUAGEM JURÍDICA

A linguagem jurídica é vista como algo tão complexo a ponto de ser pejorativamente chamada, pela maioria, de *juridiquês*. Isto porque para os não operadores do Direito a linguagem do meio jurídico é algo

bastante técnico e específico, com diversos termos próprios, inclusive em latim, que acabam por dificultar a compreensão.

No entanto, a linguagem jurídica nada mais é que uma extensão da linguagem natural, aperfeiçoada e transformada em algo que a torna parte do exercício da profissão. Mas, para adentrar e entender o que é e como é utilizada a linguagem jurídica, cabe, primeiramente, tratar da linguagem propriamente dita.

3.1 LINGUAGEM

O conhecimento adquirido acerca de uma determinada coisa só pode ser difundido e transmitido, de geração a geração, por meio da linguagem a qual, torna-se, então, o veículo de comunicação entre os indivíduos de uma sociedade, diferenciando, por conseguinte, cada grupamento humano.

Falcão (2004) traduz bem essa relação entre a comunicação e sociedade quando diz: “considerando que não há comunicação sem linguagem, nem linguagem e comunicação sem sentido, (...) também não há sistema social alheio ao sentido. E à linguagem também.” De tal forma que tanto a Comunicação quanto o sistema social só podem existir se tiverem sentido, sendo que a Comunicação depende da linguagem da mesma maneira que o sistema social também é dependente da linguagem para ter sentido.

Para Falcão (2004) a linguagem é o “uso dos sinais que possibilitam a comunicação” do ser humano com seus semelhantes, intermediando a relação entre os homens e entre o homem e as coisas.

Já para o filósofo inglês Thomas Hobbes (*apud* STRECK, 2009) “a linguagem é o instrumento fundamental para a comunicação humana”

visto que “sem linguagem não haveria entre os homens nem Estado, nem sociedade, nem contrato, nem paz, tal como não existem entre leões, os ursos e os lobos”, em outras palavras, é a linguagem que diferencia o ser humano dos animais pela sua Comunicação.

Abaurre e Pontara *apud* Melo (2015) concebe a linguagem como uma atividade humana que revela aspectos históricos, sociais e culturais, sendo por meio dela que o ser humano organiza e dá forma às suas experiências.

Quando o assunto é organização, a linguagem, segundo Martino (2014), é vista como uma forma de manutenção da ordem no caos, podendo-se, por meio dela, estabelecer regras de convívio, sendo, portanto, “o elemento usado por nossa mente para organizar a realidade exterior.” (Odgen e Richard *apud* MARTINO, 2014). Para França *et al* (2015) “a capacidade de organizar informações em linguagem” seria, aliás, uma das propriedades inalienáveis da comunicação.

Martino (2014), a partir daí, apresenta a linguagem como fenômeno social haja vista que “nós aprendemos a falar, e, junto com ela, aprendemos categorias de ação, percepção e comportamentos sociais”, ou seja, aprende-se formas de manter uma Comunicação dentro de um contexto social.

Ainda dentro de um contexto social em que a linguagem está inserida, ela pode ser associada à cultura local, definindo e fixando “a produção cultural e o modo como o mundo será estruturado” (MARTINO, 2014), o que, permite a França *et al* (2015) afirmar que, fora do contexto cultural do lugar, “mensagem, linguagem, comunicação, sistemas de signos, serão palavras vazias.”

Ao tratar do assunto França *et al* (2015) busca as palavras de Lotman & Uspenski segundo o qual “[...] ‘as línguas e as culturas são indivisíveis: não é admissível a existência de uma língua (...) que não esteja imersa num contexto cultural, nem de uma cultura que não possua no seu próprio centro uma estrutura do tipo da duma língua natural’ (1981: 38)”, isto é, tanto a linguagem como a língua irão variar de acordo com a cultura na qual estão inseridas, diferenciando-se de acordo com o lugar.

Vale observar que, assim como a linguagem está inserida em um contexto social, sendo específica de uma cultura e lugar, será ela também a limitadora do mundo de cada indivíduo haja vista que, como retratado em Wittgenstein (*apud* MARTINO, 2014) “os limites de minha linguagem são os limites do meu mundo” o que significa que a mesma linguagem que pode acrescer a noção de mundo de cada um pode, também, limitar “a compreensão de mundo do indivíduo falante dentro de suas estruturas” (MARTINO, 2014).

Ressalte-se, por fim, que mundo, como acima exposto, pode também referir-se ao contexto em que o indivíduo está inserido, como o mundo jurídico caracterizado pela linguagem jurídica.

3.2 LINGUAGEM JURÍDICA

Tendo em vista o conceito de linguagem, tem-se a linguagem jurídica como uma extensão, uma expressão da linguagem natural, um subproduto desta, um aperfeiçoamento que a torna técnica, isto é, torna-a específica, o que não significa, entretanto, que deve ser complexa e de difícil entendimento. (BITTAR, 2010)

O Direito é um fenômeno jurídico dependente da linguagem “para constituir-se como tal e exercer sua função principal e dominante” (BITTAR, 2010) fixando-se e manifestando-se por meio da criação de termos próprios, técnicos, de modo a dar publicidade aos atos jurídicos, a esse respeito vale trazer uma passagem de França *et al* (2015) segundo a qual “um campo científico (uma ciência, uma disciplina ou um determinado domínio do saber) se define antes de tudo pelo seu objeto.”.

Assim como a Comunicação e a linguagem natural se adaptam ao contexto social e à cultura do lugar, o discurso jurídico, segundo Bittar (2010), como forma de comunicação entre os profissionais da classe, também encontra-se contextualizado, moldando-se à época e ao lugar.

A esse respeito, tem-se, conforme Diniz (2001), que:

O direito como realidade social, elaborado pelo legislador ou órgão competente, aplicado pelos juízes e cumprido pelos membros da comunidade jurídica, é um fator de controle social, pois prescreve condutas, disciplinando-as em suas relações de intersubjetividade, tornando-as permitidas, proibidas ou obrigadas, formulando a linguagem em que a norma se objetiva.[15]

Tratando-se de meio em que o Direito se insere, Nader (2014) assim justifica a criação de uma linguagem técnica jurídica: “para que o Direito cumpra a finalidade de prover o meio social de segurança e justiça, é indispensável que, paralelamente ao seu desenvolvimento filosófico e científico, avance também no campo da técnica” isto porque

como explica Reale (2002) “[...] sem a linguagem do Direito não haverá possibilidade de comunicação [...]”.

A linguagem jurídica, assim é um conjunto de termos específicos e técnicos criados de modo a ter sua própria expressão e se firmar enquanto ciência, sendo utilizada e compreendida por grande parte daqueles que operam o Direito. Diniz (2001) chega a afirmar que “a ciência jurídica encontra na linguagem sua possibilidade de existir” exprimindo-se, por conseguinte, “numa linguagem jurídico-técnica.”

Sobre o tema, assim esclarece Reale (2002):

Cada ciência exprime-se numa linguagem. [...] alguns pensadores ponderam que a ciência é a linguagem mesma, porque na linguagem se expressam os dados e valores comunicáveis. (...) onde quer que exista uma ciência, existe uma linguagem correspondente. Cada cientista tem a sua maneira própria de expressar-se, e isto também acontece com a Ciência do Direito. Os juristas falam uma linguagem própria e devem ter orgulho de sua linguagem (...) [\[16\]](#)

Essa linguagem própria, citada por Reale (2002) é, na verdade, um aperfeiçoamento das palavras comuns, apoderando-se da linguagem natural para daí criar novos significados haja vista que, no contexto jurídico, “uma palavra pode mudar de significado, quando aplicada na Ciência Jurídica” podendo, até mesmo “expressões correntes, de uso comum do povo”, assumirem, no mundo jurídico, um sentido técnico

especial” como o termo peça, que, para os operadores do Direito significam as mais diversas formas de redação direcionadas ao Judiciário.

Enquanto realidade cultural de um lugar, o Direito vai se expressar como uma manifestação linguística local, revelando-se como “um produto cultural mais rígido (...)” (NADER, 2014) contendo termos que, em alguns casos, não serão aplicados fora daquele contexto, até mesmo pela dificuldade de compreensão quando deslocada daquela realidade, é o que acontece com a denominação ‘peça ovo’ referindo-se à petição inicial do Código de Processo Civil ou ‘fumaça do bom Direito’ (também usada em sua forma em latim: *fumus bom iuris*) que é utilizada quando se quer mostrar a presença de um Direito existente no caso concreto.

O Direito pode ser visto também como uma forma de arte, já que é por meio desta que os seus aplicadores expressam ideias, transpondo, de algum modo, para o papel, o que poderia ser chamado de veia poética, como reforçado por Nader (2014) na seguinte passagem: “a arte como processo cultural que realiza o belo, é também utilizada pelo Direito, especialmente em relação à linguagem (...). Vista como talento, é indispensável ao técnico que elabora o Direito, aos intérpretes e aos aplicadores”.

Nesse sentido vale apresentar trechos de uma contestação elaborada pelo advogado Dr. Carlos Antonio do Nascimento, em disputa judicial de cobrança de seguro, entre um motociclista residente em Palmas-TO, que se acidentou no município de Pugmil-TO e sofreu invalidez permanente, e uma companhia de seguros paulista, em trâmite na 4ª Vara Cível de Palmas:

Senhor Juiz

O autor sobre o evento sete vem falar

Que lesado foi ao acidentar

Por isso, procurou onde a demanda ajuizar

Preferiu o domicílio do réu sem vacilar

Sendo competência territorial pôde optar

Seja, onde há sucursal ou onde morar

[...]

Essa é a contestação,

(...)

Pede, suplica o deferimento

Carlos Nascimento.[\[17\]](#)

Diante de todo o exposto, observa-se, portanto que a linguagem jurídica, como um tipo de linguagem característica do mundo jurídico, é uma linguagem técnica, específica, inserida em um contexto sócio-cultural, de onde é vista, também, como forma de expressão artística pelos juristas.

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Apesar do uso de uma linguagem mais técnica de modo a moldar a comunicação à classe, é preciso entender que o uso de uma linguagem menos técnica não implica descaracterização da linguagem jurídica como já afirma Bittar (2010).

A linguagem jurídica apesar de ser autônoma não é totalmente independente da linguagem natural, o que significa que não necessariamente o discurso jurídico deve conter uma linguagem técnica específica do operador do Direito. (BITTAR, 2010)

A linguagem técnica diferencia e aprimora a comunicação entre os juristas. Todavia a atividade desses profissionais é voltada para a sociedade, com maioria de pessoas leigas quando o assunto é termo técnico-jurídico, e que precisa do trabalho do operador do Direito, devendo, portanto, entender os discursos decisórios e os pronunciamentos em audiência.

Vale trazer, como exemplo, um trecho do Acórdão elaborado pelo Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT4), Ilmo. Sr. Dr. João Batista de Matos Danda, em Recurso Ordinário do Reclamante, Sr. Lucas Alberto Rodrigues de Oliveira, em ação que pleiteava vínculo empregatício em obra residencial, se não vejamos:

Esse é o resumo da prova e não tenho como mudar a sentença para mandar assinar um contrato de emprego na carteira profissional de Lucas. Para mim está claro que Itamar é dono de um comércio e fez a sua casa, no andar de cima, sem contratar construtora, empreitando vários serviços conforme precisava e o dinheiro permitia. Lucas trabalhou lá, por alguns meses, mas acertavam preço pelos serviços, com pagamentos por semana. Não prometeram assinar a carteira e, pela forma como foi feito o trabalho, nem deveria.^[18]

Ainda nessa linha, válido apresentar trecho da resposta do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito Zacarias Leonardo do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, à contestação do advogado Dr. Carlos Antônio do

Nascimento, em decisão de processo envolvendo motociclista residente na capital do Estado e seguradora de São Paulo:

A contestação não parece de canastrão
Pelo contrário, sem respaldo legal e sem assento;
Parece, isto sim, a exceção, uma medida de
protelação;
Coisa de instituição financeira querendo ganhar
tempo. [\[19\]](#)

Como é possível observar a partir dos exemplos acima, essa população de não juristas vai estar presente, em algum momento, não só em contato com o profissional que procurou como em uma sala de audiência prestando depoimento como uma das partes ou como testemunha, produzindo discurso, que será documentado, e que, pela circunstância, poderá ser considerado discurso jurídico apesar da atecnia, como ocorre na intervenção de uma testemunha. (BITTAR, 2010)

Segundo Bittar (2010), o próprio discurso jurídico se desdobra em outros 4 (quatro) tipos de discurso de acordo com a forma dos textos, podendo ser normativos, caracterizados por textos com viés normativo; burocrático, contendo decisões de expediente e andamento processual (conforme exemplos já citados); decisório, contendo decisões administrativas ou judiciárias (ver exemplo do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito do Estado do Tocantins Zacarias Leonardo); e os científicos que contém as discussões acadêmicas (como os artigos utilizados).

O discurso normativo, esse é o que, até pela própria nomenclatura, vai conter as normas reguladoras do convívio social, aquelas conhecidas por normas jurídicas, sendo denominadas normas por conterem instruções

e jurídicas por fazerem parte do mundo jurídico, nas palavras de Diniz (2001), “as normas são discursos decisórios em que o editor controla as reações dos endereçados ao garantir expectativas sobre as expectativas de reação, determinando as relações entre comunicadores na forma de uma metacomplementaridade.”

Ainda de acordo com Diniz (2001) “a norma jurídica é um discurso interativo em que alguém dá a entender a outrem alguma coisa, estabelecendo, ao mesmo tempo, o tipo de relação existente entre quem fala (orador) e quem ouve (ouvinte)”.

E, ainda acerca do discurso jurídico, continua:

Todo discurso é *uma* discussão ou ação linguística dirigida a outrem. A ação linguística do jurista, na *discussão-com*, dominada pelo escopo de conquistar a adesão da outra parte, buscando convencê-la, tendo em vista a *verdade*, dirige-se, geralmente, a outros juristas, tomando, por isso, um caráter peculiar, desenvolvendo uma terminologia própria. [20]

Esse mesmo discurso jurídico, com todo tecnicismo, é carregado de ideologia, afinal todo discurso seja ele proclamado ou posto no papel é produzido por um ser humano, dentro de um contexto sócio, político, econômico e cultural contendo decisões e apresentando-se “como reflexo do poder de instituições”. (BITTAR, 2010)

Não se pretende, com este estudo, abolir a linguagem técnica do advogado e demais operadores do Direito. Ao contrário, o que se está a argumentar é a falta de clareza quando do uso das palavras pelos juristas,

com muito latim, refinamento e ostentação que dificultam a compreensão. A linguagem jurídica pode ser formal, culta, prezando pelo bom português, o bom vocabulário, mas sem, necessariamente, torná-la incompreensível ao olho do cidadão não jurista. É o caso do exemplo abaixo:

No “juridiquês”: “Com espia no referido precedente, plenamente afinado, de modo consuetudinário, por entendimento turmário iterativo e remansoso, e com amplo supedâneo na Carta Política, que não preceitua garantia ao contencioso nem absoluta nem ilimitada, padecendo ao revés dos temperamentos constritores limados pela dicção do legislador infraconstitucional, resulta de meridiana clareza, tornando despicienda maior peroração, que o apelo a este Pretório se compadece do imperioso prequestionamento da matéria abojada na insurgência, tal entendido como expressamente abordada no Acórdão guerreado, sem o que estéril se mostrará a irresignação, inviabilizada ab ovo por carecer de pressuposto essencial ao desabrochar da operação cognitiva.”

No português: Um recurso, para ser recebido pelos tribunais superiores, deve abordar matéria explicitamente suscitada pela instância inferior ao julgar a causa. Isso não ocorrendo, será pura e

simplesmente rejeitado, sem exame do mérito da questão.

No “juridiquês”: “V. Ex^a. data máxima vênia não adentrou às entranhas meritórias doutrinárias e jurisprudenciais acopladas na inicial, que caracterizam, hialinamente, o dano sofrido.”

No português: V. Ex^a. não abordou devidamente a doutrina e a jurisprudência citadas na inicial, que caracterizam, claramente, o dano sofrido.[21]

O latim, como um estrangeirismo muito utilizado no discurso jurídico, pode, quando usado de forma excessiva, atrapalhar o leitor dificultando a sua compreensão uma vez que a língua latina está praticamente em desuso, sendo recepcionada apenas em algumas áreas muito específicas, como o Direito, conforme exemplificado: **sic**: assim. Significa estar de acordo, conforme, segundo o original; escreve-se entre parênteses; **sine qua non**: sem a qual não; **sui generis**: o seu próprio gênero, peculiar; **ultima ratio**: última razão; **ultra petita**: além do pedido; **vacatio legis**: dispensa ou isenção da lei.[22]

As expressões retrocitadas, apesar de fácil compreensão pelos aplicadores do Direito, são comumente entraves ao entendimento de textos jurídicos não só pelas pessoas fora da área como até mesmo por estudantes de início de graduação que se veem diante termos como estes tanto nos livros e salas de aula como ao longo de um contrato de estágio quando se é a primeira experiência, e depara-se com peças recheadas de expressões em latim ainda menos conhecidas, como: **mora ex re**: mora pela falta de cumprimento da obrigação no dia do seu vencimento; **non**

bis in idem: não duas vezes contra o mesmo delito. Não se deve punir duas vezes alguém pelo mesmo crime; **nonem juris:** nome do direito; **notitia criminis:** conhecimento de um crime; **nulla poena sine culpa:** não há pena sem culpa; **nulla poena sine lege:** não há punição sem lei.^[23]

A linguagem e o discurso jurídico, assim, podem ser mais claros, menos tecnicista, mas sem deixar de se apresentar como discurso jurídico, deixando de lado, por conseguinte, a excessiva técnica que faz essa linguagem ser vista como *juridiquês*.

Válido trazer, a respeito do uso da Comunicação no Direito, um fragmento de Bittar (2010) onde ele diz que “devem-se (...) dissociar as ideias de vocabulário jurídico e de discurso jurídico; o vocabulário não determina a qualidade do discurso, assim como o discurso não determina o uso vocabular”.

Nesse aspecto, cabe exemplificar trazendo um trecho interessante utilizado por Reolon (2010):

Um conhecido conto popular retrata que um ladrão foi surpreendido pelas palavras de Rui Barbosa ao tentar roubar galinhas em seu quintal:

- Não o interpelo pelos bicos de bípedes palmípedes, nem pelo valor intrínseco dos retrocitados galináceos, mas por ousares transpor os umbrais de minha residência. Se foi por mera ignorância, perdô-te, mas se foi para abusar da minha alma prosopopéia, juro pelos tacões matabólicos dos meus calçados que dar-te-ei

tamanha bordoadada no alto da tua sinagoga que transformarei sua massa encefálica em cinzas cadavéricas.

O ladrão, todo sem graça, perguntou:

- Mas como é, seu Rui, eu posso levar o frango ou não?[24]

Na passagem supracitada nota-se que a informação não foi compreendida devido a um ruído caracterizado pelo uso exagerado de frases longas, feitas, que fizeram com que a mensagem não fosse bem recebida, o que implica dizer que não foi sentida pelo receptor, dificultando o entendimento já que, como afirma França *et al* (2015), “a mensagem só *tem* sentido se *for* sentida”.

Assim é que, quando o assunto é linguagem, especificamente a linguagem jurídica, pelo seu tecnicismo, deve-se ter em mente que

[...] a relação entre linguagem e discurso reflecte-se na existente entre interpretação e compreensão. A compreensão elementar do discurso falado ou escrito ocorre no quotidiano e consiste na compreensão correcta do seu sentido. Compreender é sempre mais do que conhecer o sentido ou significado das palavras usadas no discurso – o ouvinte, ou leitor, tem de participar, idealmente, na mesma ‘forma de vida’ que o falante ou o escritor, a fim de conseguir compreender não só as palavras utilizadas, mas ‘partilhar a comunhão de pensamento que se lhe oferece’ (Betti, p. 115). A compreensão é

canalizada como um todo e pressupõe um empenho total – intelectual, emocional, moral – por parte do sujeito. [25]

Entendendo, a partir dessa passagem, que o problema na comunicação jurídica, encontra-se no fato de que tanto o emissor (quem transmite a mensagem) quanto o receptor, devem estar participando ativamente da produção do discurso de modo a se obter informações praticamente coincidentes, como, aliás, bem explica Bleicher (1980) ao pontuar que “discurso e compreensão só são possíveis num contexto de comunicação em que dois sujeitos participam em igualdade de termos, para que o significado pretendido percebido possa ser quase coincidente.”

O autor ainda sinaliza a obrigatoriedade de correção quando houver falha o entendimento visto que “a compreensão errada é um fenômeno que requer rectificação”, retratando, em tempo, outro obstáculo à eficácia comunicativa caracterizada pela distância espaço-temporal entre emissor e receptor ao mencionar que “a probabilidade de compreender mal (...) aumenta com a distância no espaço e no tempo entre falante e ouvinte”. (BLEICHER, 1980)

Conclui-se que a linguagem jurídica sofre interferência de diversos ruídos da comunicação, como o excesso de técnica, de tal modo que leva a erros de compreensão por parte de quem recebe a informação, cabendo, portanto, retificação a fim de tornar a Comunicação a mais clara possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O profissional do Direito, independentemente da carreira que siga, sempre vai precisar escrever peças, sejam opinativas, informativas ou

argumentativas, onde será preciso também ter, desenvolver, ou mesmo adquirir a capacidade de interpretação e síntese de ideias de modo a transformar em texto aquilo que se tem em mente de forma clara, direta e objetiva, colocando na escrita tudo o que, de fato, gostaria de falar.

Advogados, juízes, procuradores, dentre outros profissionais da área jurídica, em seus textos, de forma a redigir com linguagem técnica, fazem uso de diversos termos em latim, termos esses que vão desde os mais simples, comuns e de fácil compreensão até os mais complexos e não usuais.

Enquanto forem utilizadas poucas expressões, e de fácil entendimento, não há problema, ao contrário, torna a linguagem jurídica específica. O problema surge no excesso; quando o texto é totalmente preenchido com um extenso vocabulário em latim, com expressões incomuns, onde, em vários casos, até mesmo outro operador do Direito tem dificuldade em entender. Nesses casos, se um aplicador do Direito não consegue entender o que lhe foi dirigido em redação, logicamente, o entendimento e compreensão do não jurista também será prejudicado.

Uma vez que a sociedade é a base do Direito e da linguagem sendo para quem as regras e normas do Direito são criadas e aplicadas, cabe o uso de uma linguagem menos complexa e refinada de modo que qualquer cidadão que ler ou ouvir um discurso jurídico tenha a clara compreensão do que percebeu.

Como já afirmado por Bittar (2010), não é o rebuscamento, a especificação da linguagem que vai torná-la jurídica; mesmo porque de nada adianta o refinamento se não alcança o público, ou só alcança parte dele. Afinal, se quando a linguagem como hoje é conhecida, foi criada e

desenvolvida foi objetivando ampliar o alcance da mensagem, ela acaba por perder o sentido se restrita à uma parcela da população.

Vale dizer que o português, língua nacional, e a linguagem, como veículo da comunicação, devem ser utilizados de modo a facilitar o acesso da sociedade ao profissional do Direito e não a afastar. Afinal se o Direito surge do convívio em sociedade e, até mesmo a linguagem jurídica nasce da linguagem natural, nada mais coerente que trazer o jurídico para próximo do ambiente onde se originou, fazendo da linguagem não só um meio de comunicação entre os operadores do Direito, mas também entre eles e o seu público alvo: a sociedade.

Assim é que se propõe uma melhora na comunicação entre juristas e não juristas, não de forma a abolir os termos técnicos que tornam a linguagem específica da área, mas de modo a redigir de forma mais clara, com peças formais, com boa redação, boa escrita, com técnica, mas sem excessos, onde qualquer leitor, qualquer pessoa que venha a ler o documento consiga compreender o que está escrito.

Conclui-se, por fim, que não é a técnica, a formalidade das peças e discursos ou mesmo aquele termo em latim mais usual que interfere na comunicação, mas sim o excesso, o uso demasiado de expressões técnicas que dificultam a compreensão e o acesso ao Poder Judiciário daqueles que são os mais interessados: a sociedade.

REFERÊNCIAS

ACÓRDÃO DO PROCESSO Nº 0000869-29.2013.5.04.0241 (RO). 23 abril 2015. *In*: TRT4: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Rio Grande do Sul. Poder Judiciário Federal. Disponível em: < <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:VkvKLFDMTwJ:iframe.trt4.jus.br>

/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D53137325++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-07-01..2015-07-01++N%C3%A3o+pode+ser+uma+indeniza%C3%A7%C3%A3o+t%C3%A3o+pesada+que+vire+um+inferno&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8 > Acesso em 1 jul. 2015

ARAUJO, Ruy Magalhães de. **Expressões Jurídicas Latinas aplicadas ao cotidiano forense. (Pequeno Dicionário Comentado).**

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca & ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito.** 8 ed., São Paulo: Atlas, 2010.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea.** Edições 70. Rio de Janeiro, 1980.

CALDAS, Priscyla. **Ruídos na Comunicação.** 29 jul. 2010. *In:* Administradores.com: O Portal da Administração. Disponível em: < <http://www.administradores.com.br/artigos/marketing/ruidos-na-comunicacao/46869/> > Acesso em 30 jun. 2015.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito.** 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Elisa de Castro. **Comunicação e Linguagem: Sistemas Alternativos e Aumentativos de Comunicação.** 20 jun. 2008. *In:* Universidade Portucalense, Porto, Portugal. Disponível em: < http://elisacarvalho.no.sapo.pt/EE/Trabalho_com_ling.pdf > Acesso em 13 maio 2015.

CARVALHO, Rayanna Silva. **Ruídos na comunicação entre advogados e clientes**. 05 abr. 2013. Brasília. *In*: Conteúdo Jurídico. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42760&seo=1> >. Acesso em 29 jun. 2015.

Curiosidade: Advogado peticiona em versos e juiz decide em prosa e poesia. 6 jul. 2015. *In*: Poder Judiciário. Tribunal de Justiça. Estado do Tocantins. Disponível em: < <http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3544-curiosidade-advogado-peticiona-em-versos-e-juiz-decide-em-prosa-e-poesia> > Acesso em 9 jul. 2015

DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA. **Defensora apresenta peça sobre a desconstrução do formalismo na linguagem jurídica através da arte**. 2014. *In*: JusBrasil: Organizamos o Conhecimento que Você Precisa. Disponível em: < <http://dp-ba.jusbrasil.com.br/noticias/111981749/defensora-apresenta-peca-sobre-a-desconstrucao-do-formalismo-na-linguagem-juridica-atraves-da-arte> > Acesso em 30 jun. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução a Ciência do Direito**. 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1 tir., São Paulo: Malheiros, 2004.

FRANÇA, Vera Veiga, HOHLFELDT, Antonio & MARTINO, Luiz C. (org.). **Teorias da Comunicação: Conceitos, Escolas e Tendências**. 15 ed., Petrópolis: Vozes, 2015.

GÓIS, Maurício. **Comunicação: Os 21 ruídos da comunicação verbal**. 2005. *In*: Maurício Góis: Competências e Atitudes. Disponível em:

< <http://www.mauriciogois.com.br/images/pdf/33.pdf> > Acesso em 28 jun. 2015.

MARTINO, Luiz Mauro Sá. **Teoria da Comunicação: Ideias, Conceitos e Métodos.** 5 ed., Petrópolis: Vozes, 2014

MELO, Wellington de. **Conceitos básicos de linguística.** 15 jan. 2015. *In:* Wellington de Melo: Um Blog de Literatura. Disponível em: < <http://www.wellingtondemelo.com.br/site/2010/01/conceitos-basicos-de-linguistica/> > Acesso em 13 maio 2015.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 36 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014

OLIVEIRA, Sebastião de Freitas. **Ruídos na Comunicação.** 2005. *In:* Poder Judiciário: Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5c892ab1-8bfa-4d23-982c-d495ba96dbc0 > Acesso em 29 jun. 2015.

PERLES, João Batista. **Comunicação: conceitos, fundamentos e história.** 2007. *In:* Biblioteca Online de Ciências da Comunicação. Disponível em: < <http://www.bocc.ubi.pt/pag/perles-joao-comunicacao-conceitos-fundamentos-historia.pdf> > Acesso em 13 maio 2015.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27 ed. ajustada ao novo código civil, São Paulo: Saraiva, 2002.

REOLON, Suzana Minuzzi. **A linguagem jurídica e a comunicação entre o advogado e seu cliente na atualidade.** 2010. *In:* Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/suzana_reolon.pdf > Acesso em 22 maio 2015.

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

Notas:

[1] CARVALHO, Rayanna Silva. **Ruídos na comunicação entre advogados e clientes**. 05 abr. 2013. *In*: Conteúdo Jurídico, Brasília. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42760&seo=1> >. Acesso em 29 jun. 2015.

[2] CARVALHO, Elisa de Castro. **Comunicação e Linguagem**: Sistemas Alternativos e Aumentativos de Comunicação. 20 jun. 2008. *In*: Universidade Portucalense, Porto, Portugal. Disponível em: < http://elisacarvalho.no.sapo.pt/EE/Trabalho_com_ling.pdf > Acesso em 13 maio 2015.

[3] CARVALHO, Rayanna Silva. **Ruídos na comunicação entre advogados e clientes**. *In*: Conteúdo Jurídico, Brasília: 05 abr. 2013. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42760&seo=1> >. Acesso em 29 jun. 2015.

[4] CARVALHO, *op. cit.*

[5] CARVALHO, *op. cit.*

[6] OLIVEIRA, Sebastião de Freitas. **Ruídos na Comunicação**. 2005. *In*: Poder Judiciário: Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5c892ab1-8bfa-4d23-982c-d495ba96dbc0 > Acesso em 29 jun. 2015.

[7] CARVALHO, Rayanna Silva. **Ruídos na comunicação entre advogados e clientes**. 05 abr. 2013. *In*: Conteúdo Jurídico, Brasília.

Disponível em: <

<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42760&seo=1> >.

Acesso em 29 jun. 2015.

[8] DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA. **Defensora apresenta peça sobre a desconstrução do formalismo na linguagem jurídica através da arte**. 2014. *In*: JusBrasil: Organizamos o Conhecimento que Você Precisa.

Disponível em: < [http://dp-](http://dp-ba.jusbrasil.com.br/noticias/111981749/defensora-apresenta-peca-sobre-a-desconstrucao-do-formalismo-na-linguagem-juridica-atraves-da-arte)

[ba.jusbrasil.com.br/noticias/111981749/defensora-apresenta-peca-sobre-a-desconstrucao-do-formalismo-na-linguagem-juridica-atraves-da-arte](http://dp-ba.jusbrasil.com.br/noticias/111981749/defensora-apresenta-peca-sobre-a-desconstrucao-do-formalismo-na-linguagem-juridica-atraves-da-arte) >

Acesso em 30 jun 2015.

[9] ARAUJO, Ruy Magalhães de. **Expressões Jurídicas Latinas aplicadas ao cotidiano forense. (Pequeno Dicionário Comentado)**.

[10] REOLON, Suzana Minuzzi. **A linguagem jurídica e a comunicação entre o advogado e seu cliente na atualidade**. 2010. *In*: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS.

Disponível em: <

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/suzana_reolon.pdf > Acesso em 22 maio 2015.

[11] REOLON, *op. cit.*

[12] REOLON, *op. cit.*

[13] REOLON, *op. cit.*

[14] REOLON, *op. cit.*

[15] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução a Ciência do Direito**. 14 ed., São Paulo, SP: Saraiva, 2001.

[16] REALE, Miguel. **Li es Preliminares de Direito**. 27 ed. ajustada ao novo código civil, São Paulo, SP: Saraiva, 2002.

[17] **Curiosidade:** Advogado peticiona em versos e juiz decide em prosa e poesia. 6 jul. 2015. *In:* Poder Judiciário. Tribunal de Justiça. Estado do Tocantins. Disponível em: < <http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3544-curiosidade-advogado-peticiona-em-versos-e-juiz-decide-em-prosa-e-poesia> > Acesso em 9 jul. 2015

[18] ACÓRDÃO DO PROCESSO 0000869-29.2013.5.04.0241 (RO). 23 abril 2015. *In:* TRT4: Tribunal Regional do Trabalho da 4  Região. Rio Grande do Sul. Poder Judiciário Federal. Disponível em: < http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:VkvKlFDMTwJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D53137325++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-07-01..2015-07-01++N%C3%A3o+pode+ser+uma+indeniza%C3%A7%C3%A3o+t%C3%A3o+pesada+que+vire+um+inferno&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxstylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8 > Acesso em 1 jul. 2015

[19] **Curiosidade:** Advogado peticiona em versos e juiz decide em prosa e poesia. 6 jul. 2015. *In:* Poder Judiciário. Tribunal de Justiça. Estado do Tocantins. Disponível em: < <http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3544-curiosidade-advogado-peticiona-em-versos-e-juiz-decide-em-prosa-e-poesia> > Acesso em 9 jul. 2015

[20] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdu o a Ciência do Direito**. 14 ed., São Paulo, SP: Saraiva, 2001.

[21] REOLON, Suzana Minuzzi. **A linguagem jurídica e a comunicação entre o advogado e seu cliente na atualidade.** 2010. In: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/suzana_reolon.pdf > Acesso em 22 maio 2015.

[22] ARAUJO, Ruy Magalhães de. **Expressões Jurídicas Latinas aplicadas ao cotidiano forense. (Pequeno Dicionário Comentado).**

[23] ARAUJO, *op. cit.*

[24] REOLON, Suzana Minuzzi. **A linguagem jurídica e a comunicação entre o advogado e seu cliente na atualidade.** 2010. In: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/suzana_reolon.pdf > Acesso em 22 maio 2015.

[25] BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea.** Edições 70. Rio de Janeiro, 1980.

A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA EFETIVAÇÃO PELO JUDICIÁRIO: BREVE ANÁLISE DO PANORAMA NO BRASIL

FELIPE AUGUSTO FONSECA VIANNA: Mestrando em Criminal Justice pela Califórnia Coast University. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Professor das Escolas Atualizar Saúde e Protetiva Saúde. Autor de obra doutrinária e artigos jurídicos publicados em periódicos especializados.

Resumo: Este artigo aborda, de forma sucinta, a questão referente à efetivação do direito à saúde, constitucionalmente previsto, pela via judicial. Procurou-se buscar as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema e traçar um panorama de como os estudiosos e juízes têm entendido o assunto da “judicialização da saúde”, sem pretensões de profundidade ou esgotamento do assunto ou mesmo de expor nossa posição quanto ao tema.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Judicialização da Saúde. Cláusula da Reserva do Possível. Ativismo Judicial.

Sumário: 1 Introdução. 2 “Judicialização da Saúde” e “Ativismo Judicial”. 3 Cláusula da Reserva do Possível. 4 Conclusão. Referências.

1 Introdução.

A discussão envolvendo a questão da efetividade dos direitos sociais, especialmente aquelas afetas ao direito à saúde, tem atingido grandes proporções entre os estudiosos do Direito, os profissionais da área de saúde e o público em geral.

Diante disso, é de bom alvitre traçar-se um breve quadro de como a doutrina jurídica e os tribunais pátrios têm entendido a matéria referente à “judicialização da saúde”, ou seja, a efetivação do direito constitucional à saúde por meio da via judicial, quando o Executivo se recusa a fazê-lo *sponte propria*.

Foi justamente tal traçado que buscou o presente artigo, que visa a proporcionar ao leitor um breve panorama da questão, condensando em um só lugar os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, como forma de facilitar a consulta futura pelos estudiosos do tema.

Evitou-se propositadamente, assim, a pretensão de esgotamento do tema ou a exposição de nossa opinião pessoal, limitando-se, nesta empreitada, a mera exposição do cenário atual da discussão.

2 “Judicialização da Saúde” e “Ativismo Judicial”

Como já dito, a discussão envolvendo a questão da efetividade dos direitos sociais, especialmente aquelas afetas ao direito à saúde, tem atingido grandes proporções entre os estudiosos do Direito, os profissionais da área de saúde e o público em geral.

Alguns autores, como o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso, têm tratado do assunto com algumas reservas, defendendo, em suma, que o Judiciário somente deveria determinar o fornecimento de medicações e procedimentos médicos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público; a inclusão de novos medicamentos nas referidas listas somente deve se dar excepcionalmente e, mesmo assim, levando-se em conta as competentes avaliações técnicas, de ordens médica, administrativa e orçamentária, observadas as competências dos Poderes Legislativo e Executivo. Deveria o Judiciário, ainda, se atentar

para o fornecimento apenas de medicamentos de eficácia comprovada, excluídos, portanto, aqueles ainda em fase experimental e os alternativos, sempre optando por substâncias disponíveis no Brasil, fornecidas por agentes situados em território nacional, e privilegiando os de menor custo, como os genéricos[1].

Tais ponderações, como aponta o insigne jurista, se justificam em razão da “... proliferação de decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas.”[2].

Argumenta-se, também, que o “ativismo judicial”[3] arrojado coloca em risco a exequibilidade das políticas de saúde pública, redundando na desorganização da atividade administrativa, comprometendo, assim, a própria realização das diretrizes constitucionais relativas à garantia a saúde como direito fundamental, tendo em vista a universalidade desse tipo de prestação estatal e dos princípios relacionados ao orçamento e à reserva do possível. Além disso, a atuação judicial estaria a se sobrepor às ponderações já previa e abstratamente realizadas pelo legislador quando da criação da norma[4].

Não é este, contudo, o pensamento que nos parece dominante no Brasil.

Isto porque, argumenta a corrente dominante, no Brasil, a saúde é um direito líquido e certo do cidadão, conforme os arts. 196 e 197 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB.

Se o assunto foi constitucionalizado, pode (e deve) ser judicializado[5]. Na atualidade, inexistiria sentido não fazer valer normas que procuram proteger o maior bem que o ser humano possui (a vida), haja vista que o direito à saúde é conexo à dignidade da pessoa humana, fundamenta da República (art. 1º, III, da CRFB).

No sentido de garantir plena efetividade à disposição constitucional referente ao direito à saúde, é de se ver que, uma vez previsto na Constituição Federal como um direito social conferido aos cidadãos (coletivo e individualmente), trata-se de um direito hábil de ser reivindicado de forma imediata e efetiva. Nesse diapasão o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, especialmente, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 271.286/RS, conforme se vê do voto do Relator, Ministro Celso de Mello:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (AgR-RE 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/09/2000)

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao decidir o Agravo de Instrumento nº. 97.000511-3, Rel. Des. Sérgio Paladino, entendeu que o direito à saúde, garantido pela Constituição, seria suficiente para condenar o Estado a, liminarmente, custear o tratamento ainda experimental, nos Estados Unidos, de menor, vítima de distrofia muscular de Duchenne, totalizando US\$ 163,000.00. Muito embora não houvesse comprovação da eficácia do tratamento da doença, de origem genética, aduziu que “Ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário.”

Também o STJ na caneta do Min. João Otávio de Noronha, já havia se pronunciado, em 2003, em caso envolvendo criança portadora de Mielomeningocelite Infantil, doença congênita grave, e cujo tratamento adequado se encontrava disponível nos EUA. Em seu pronunciamento, o eminente ministro asseverou que “não se pode generalizar a aplicação da norma que veda ao Estado a concessão de auxílio financeiro para tratamento fora do País, a ponto de abandonar, à sua própria sorte, aqueles que, comprovadamente, não podem obter, dentro de nossas fronteiras, tratamento que garanta condições mínimas de sobrevivência digna”, consignando, ainda, que “não havendo no País equipamento terapêutico apropriado ao tratamento da enfermidade, justifica-se que o Estado disponibilize recursos para a sua aquisição no exterior.” (MS 8740/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 09/02/2004)

Como bem apontam Holmes e Sunstein, não faria muito sentido existir uma dicotomia entre direitos positivos e negativos^[6] uma vez que para a proteção de todos necessitam de uma vigorosa atuação estatal e,

ironizando, argumentam que se o Estado somente pudesse proteger os direitos negativos, como alguns defendem, não exerceria sua função, pois:

If rights were merely immunities from public interference, the highest virtue of government (so far as the exercise of rights was concerned) would be paralysis or disability. But a disabled state cannot protect personal liberties, even those that seem wholly ‘negative,’ such as the rights against being tortured by police officers and prison guards. [...] All rights are costly because all rights presuppose taxpayers funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement.[7].

Destarte, com a evolução do reconhecimento da efetividade dos direitos positivos há, paulatinamente, um crescimento das demandas, haja vista que a tendência natural revela que à medida que um antigo problema social desaparece ou diminui, um novo surge. E esta constatação pode ser aproveitada também quando verificada a complexidade dos cuidados demandados, os quais correspondem ao progresso das ciências médicas.

No entanto, ao tutelar o direito à saúde deve o Judiciário atentar para que, ao proteger o referido bem jurídico, não passe a substituir totalmente a competência do poder que possui competência originária para isso. De fato, o sistema de saúde se tornou “judicializado” porque chegam aos Tribunais questões que não deveriam chegar. Isso traz como consequência que: “O Judiciário, tanto quanto o paciente, é vítima da situação carente do Estado e se vê incumbido de administrar a escassez de recursos públicos, quando essa não é a sua função.”[8].

Cabe ressaltar que, ao exercer função imprópria (sem inclusive requerer como os pacientes intentem o acesso aos seus direitos mediante as vias administrativas), o Judiciário passaria a exercer não subsidiariamente a função de fiscalizador das decisões dos outros poderes, passando a exercê-las de forma plena. Como bem assevera Germano Schwartz:

A atuação judicial far-se-á em um momento posterior ao da constatação de que as ações positivas estatais não garantiram o direito à saúde. É, portanto, uma atuação secundária (mas não suplementar) em relação ao dever dos Poderes Públicos – especialmente o Executivo, pois inexistiria necessidade de uma decisão derivada do sistema jurídico caso tais Poderes cumprissem o seu papel.^[9]

Assim, apesar da ausência de meios e não ser do Poder Judiciário a responsabilidade originária para concretizar o direito à saúde, nossos tribunais exercem relevante papel de agentes de mudança social, ao exigirem fidelidade dos demais poderes aos preceitos constitucionais, que preveem a concessão de um mínimo existencial de saúde e dignidade aos seres humanos.

Poder-se-ia indagar se tal “judicialização dos direitos” sociais não significaria evidente intromissão do Judiciário na seara do Executivo, a configurar indesejável ativismo judicial.

Entendemos que não. De fato, a escolha de políticas públicas é atribuição do Poder Executivo, por meio de um juízo de conveniência e

oportunidade, que leva em conta as necessidades prioritárias da população e os recursos orçamentários.

Porém, não viola a separação dos poderes a interferência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas que visam a efetivar direitos fundamentais.

Primeiro, porque o judiciário, entre suas atribuições constitucionais, tem o dever de proteger os direitos fundamentais tanto no aspecto negativo (não violação) quanto no aspecto positivo (efetiva prestação).

Segundo, porque cada poder (função) do Estado tem a atribuição de controlar uns aos outros, conforme o princípio da harmonização dos poderes (art. 2º da CRFB/88) e a teoria dos freios e contrapesos.

Por fim, é entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal – STF, que o judiciário tem legitimidade para controlar e intervir nas políticas públicas que visem a garantir o mínimo existencial, conforme restou decidido na ADPF 45/DF:

A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Carácter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos

indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (ADPF 45-MC, decisão monocrática do Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04/05/2004)

Além disso, não se pode subtrair do cidadão o direito constitucional de acesso ao judiciário quando este se sentir ameaçado ou lesado, conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CRFB), que ganha ainda mais força quando se trata da proteção de direitos fundamentais.

3 Cláusula da Reserva do Possível.

De tudo que foi dito decorre, logicamente, que o Estado não pode alegar a “reserva do possível” como justificativa de não implementar políticas públicas que visam a garantir o mínimo existencial. Nestes casos, o judiciário poderá interferir no ato administrativo, principalmente porque se trata de garantir os fins do Estado (art. 3º da CRFB), de modo que o impedir seria inviabilizar a vontade do próprio constituinte.

Tome-se como exemplo disso a sempre comum alegação da falta de verbas para concretização do direito à saúde, a qual o Estado tenta acampar sob o manto da “cláusula da reserva do possível”.

Derivado originalmente da doutrina germânica, bem assim como da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o “princípio da reserva do possível”, determina que a satisfação de certos direitos

exigíveis do Poder Público é condicionada à disponibilidade de recursos financeiros para a sua satisfação material, isto é, sua execução em casos práticos. A doutrina e certas decisões nacionais vêm acolhendo sem incômodo o referido princípio, aceitando-o indiscriminadamente e ensejando verdadeiro obstáculo à efetividade, por exemplo, dos direitos sociais[10].

Não obstante, a realidade jurídica e sociocultural alemã é muito diversa da realidade concreta, histórica e social do Brasil. Naquele país europeu os cidadãos contam com uma efetiva assistência social, além de uma Administração Pública consciente de suas obrigações e zelosa com seus deveres. A dignidade da pessoa humana, bem como os direitos ligados à saúde, por exemplo, não são repetida e irresponsavelmente ignorados pelo Poder Público, como ocorre muitas vezes no Brasil.

De efeito, é notória e evidente a mal sucedida Administração Pública brasileira em diversos segmentos da sociedade, mostrando-se ineficaz, indiferente e inexistente em muitas situações. A área da saúde pública e demais direitos sociais é uma delas. Os recursos financeiros públicos são não poucas vezes mal aplicados, como em gastos em publicidade política tendenciosa, desvios de valores por corrupções as mais variadas e estarrecedoras, mordomias de certas autoridades públicas etc. tudo a impedir a justa aplicação em setores carentes de investimentos, como é o da área da saúde. É consternador que possuindo vultosa soma de recursos financeiros, advinda sobremaneira de enorme carga tributária, queira o Estado alegar que a disponibilidade orçamentária não é suficiente para custear a execução material de direitos fundamentais, muitas vezes mesmo em seus reflexos mínimos.

Assim, a evocação da cláusula da reserva do possível pode acabar por negar o acesso de vários cidadãos aos seus direitos fundamentais, como à saúde e também à dignidade, permitindo ao Estado, inerte e muitas vezes omissivo, esquivar-se de suas obrigações.

Analisando o tema, vê-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se guiado no sentido de não aceitar a alegação da “cláusula da reserva do possível” quando esta importar em tornar inútil a previsão do direito fundamental, i.e., quando se fira seu núcleo essencial^[11].

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida àquela Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

Por isso que no julgamento da já citada ADPF 45/DF, o Rel. Min. Celso de Mello, em decisão monocrática, bem deixou assentado que:

... os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de

disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. (ADPF 45-MC, decisão monocrática do Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04/05/2004)

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por

ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno).

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se submete ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde — que

compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) — tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.

Tal como o STF pôde enfatizar (Pet 1.246/SC, Min. Celso de Mello, decisão monocrática), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde — que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “*caput*”, e art. 196) — ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Assim, é que no julgamento do RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, o STF deixou firmado entendimento de que:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar —

políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode convertê-la em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos

a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, ‘caput’, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (RE-AgR 393.175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/12/2006)

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde — que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas — impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

É por tal razão que o STF tem proferido inúmeras decisões sempre a fazer prevalecer (RTJ 175/1212-1213, v. g.), o direito fundamental à vida, de que o direito à saúde representa um indissociável consectário, como o atestam os seguintes julgamentos, todos da relatoria do Min. Celso de Mello: RE 556.886/ES (adenocarcinoma de próstata), AI 457.544/RS (artrite reumatóide), AI 583.067/RS (cardiopatia isquêmica grave), RE 393.175-AgR/RS (esquizofrenia paranóide), RE 198.265/RS (fenilcetonúria), AI 570.455/RS (glaucoma crônico), AI 635.475/PR (hepatite “c”), AI 634.282/PR (hiperprolactinemia), RE 273.834-AgR/RS (HIV), RE 556.288/ES (insuficiência coronariana), AI 620.393/MG

(leucemia mielóide crônica), AI 676.926/RJ (lipoparatiroidismo), AI 468.961/MG (lúpus eritematoso sistêmico), RE 568.073/RN (melanoma com acometimento cerebral), RE 523.725/ES (migatia mitocondrial), AI 547.758/RS (neoplasia maligna cerebral), AI 626.570/RS (neoplasia maligna cerebral), RE 557.548/MG (osteomielite crônica), AI 452.312/RS (paralisia cerebral), AI 645.736/RS (processo expansivo intracraniano), RE 248.304/RS (status marmóreo), AI 647.296/SC (transplante renal), RE 556.164/ES (transplante renal), RE 569.289/ES (transplante renal).

Da jurisprudência dominante do STF, pois, se verifica que, sempre quando contraposta a uma prerrogativa fundamental estiver um interesse financeiro e secundário do Estado, o STF tem dado prevalência aquela posição que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Isto porque tais direitos sociais (como o direito à saúde) sempre devem prevalecer sobre os interesses patrimoniais do Estado, quando estes parecerem entrar em colisão.

4 Conclusão.

A doutrina e jurisprudência hoje dominante no Brasil, principalmente no seio do Supremo Tribunal Federal, demonstra que é possível ao Judiciário determinar ao Executivo que efetive o direito constitucional à saúde, obrigando o Estado a custear tratamentos médico-hospitalar, remédios, etc., e a tendência de não aceitar a alegação da “cláusula da reserva do possível” quando esta importar em tornar inútil a previsão do direito fundamental, i.e., quando se fira seu núcleo essencial.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e

parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008.

CECCONELLO, Douglas. Sistema de Saúde se tornou judicializado. *Diário da Justiça*, Porto Alegre, 24 de agosto de 2004, p. 1.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Co, 1999.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. *Direitos Fundamentais e Competência de Reforma Constitucional: os limites materiais das emendas à Constituição*. São Paulo: Baraúna, 2014.

_____. O Direito Fundamental à Liberdade de Consciência e a Impossibilidade de Imposição de Valores Morais pelo Estado através de Normas Penais, *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas*, v. 12, p. 157-179, 2011, *passim*.

Notas:

[1] Cf., para o resumo do pensamento do brilhante constitucionalista, BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008.

[2] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e

parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 11, n. 15, nov. 2008, p. 14.

[3] Como ativismo judicial designa-se uma postura proativa do Poder Judiciário, que interfere de maneira regular e significativa nas opções dos demais poderes (Legislativo e Executivo). A expressão foi utilizada pela primeira vez em 1947, pelo jornalista Arthur M. Schlesinger Jr., na *Revista Fortune*, com o intuito de identificar o perfil dos juízes da Suprema Corte Americana. O jornalista identificou dois grupos de juízes na Corte Americana, quais sejam, o grupo de Black-Douglas e o grupo de Frankfurter-Jackson. O primeiro preocupava-se em solucionar os casos de acordo com a sua concepção social, isto é, enxergava a Corte como um meio de obter os resultados socialmente desejáveis. O segundo, ao contrário, defendia o uso da Corte como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizassem a vontade popular, apresentando, desta forma, uma atitude de autocontenção judicial.

[4] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 11, n. 15, nov. 2008, p. 14.

[5] Por judicialização, entende-se a possibilidade de se levar ao conflito à apreciação do Poder Judiciário.

[6] Em termos de direitos fundamentais, a doutrina jurídica costuma diferenciar os chamados direitos de defesa dos direitos à prestação. Os direitos de defesa permitem ao indivíduo resistir a uma possível atuação do Estado. A essência do direito está na *proibição imediata de interferência imposta ao Estado*. Trata-se de um direito negativo, pois

gera a *obrigação negativa* endereçada ao Estado, a obrigação de *deixar de fazer algo*. É uma obrigação de *abster-se da intervenção* na esfera de liberdade garantida pela Constituição. Os direitos a prestações englobam os que permitem aos indivíduos *exigir determinada atuação do Estado*, no intuito de *melhorar suas condições de vida e garantir os pressupostos materiais ou jurídicos* necessários para exercer sua liberdade. Sobre o tema, conferir VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. *Direitos Fundamentais e Competência de Reforma Constitucional: os limites materiais das emendas à Constituição*. São Paulo: Baraúna, 2014, p. 51-53; Idem, O Direito Fundamental à Liberdade de Consciência e a Impossibilidade de Imposição de Valores Morais pelo Estado através de Normas Penais, *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas*, v. 12, p. 157-179, 2011, *passim*.

[7] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Co, 1999, p. 17. Tradução livre: “Se os direitos fossem apenas imunidades a interferência pública, a maior virtude de governo (até onde o exercício de direitos diz respeito) seria paralisia ou deficiência. Mas um estado deficiente não pode proteger as liberdades pessoais, até mesmo aquelas que parecem totalmente ‘negativas’, como os direitos contra a ser torturado por policiais e agentes penitenciários. [...] Todos os direitos são custosos porque todos os direitos pressupõem contribuintes financiando mecanismos de controle eficazes para monitoramento e fiscalização.”.

[8] CECCONELLO, Douglas. *Sistema de Saúde se tornou judicializado*. Diário da Justiça/RS, Porto Alegre, 24 de agosto de 2004, p. 1.

[9] SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 162.

[10] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 714.

[11] Acerca da violação do núcleo essencial do direito fundamental, cf. VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. *Direitos Fundamentais e Competência de Reforma Constitucional: os limites materiais das emendas à Constituição*. São Paulo: Baraúna, 2014, p. 202-212.

A PROEMINÊNCIA DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.310.471-SP: DO RECONHECIMENTO JURISPRUDENCIAL DA INJUSTIÇA AMBIENTAL E DO PRINCÍPIO DO IN DÚBIO PRO SALUTE

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: No decorrer das últimas décadas, em especial a partir de 1980, os temas associados à questão ambiental passaram a gozar de maior destaque no cenário mundial, devido, em grande parte, com a confecção de tratados e diplomas internacionais que enfatizaram a necessidade da mudança de pensamentos da humanidade, orientado, maiormente, para a preservação do meio ambiente. Concomitantemente, verifica-se o fortalecimento de um discurso participativo de comunidades e grupamentos sociais tradicionais nos processos decisórios. Observa-se, desta maneira, que foi conferido maior destaque ao fato de que a proeminência dos temas ambientais foi içada ao *status* de problema global, alcançado, em sua rubrica, não apenas a sociedade civil diretamente afetada, mas também os meios de comunicação e os governos de diversas áreas do planeta. Tal cenário é facilmente verificável na

conjunção de esforços, por partes de grande parte dos países, para minorar os impactos ambientais decorrentes da emissão de poluentes e os adiantados estágios de degradação de ecossistemas frágeis. Assim, o presente busca estabelecer um singelo exame sobre os princípios da justiça ambiental e seus reflexos no reconhecimento da incidência desta ramificação em conflitos dotados de aspectos plurais.

Palavras-chaves: Desenvolvimento Econômico. Meio Ambiente Urbano. Justiça Ambiental. Princípios da Justiça Ambiental.

Sumário: 1 Considerações Iniciais; 2 O Espaço Urbano em uma Perspectiva Ambiental: A Ambiência do Homem Contemporâneo em Análise; 3 O Fenômeno da Industrialização como Elemento Agravador da Injustiça Ambiental: O Embate entre o Desenvolvimento Econômico e o Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado; 4 A Proeminência do Recurso Especial nº 1.310.471-SP: Do Reconhecimento Jurisprudencial da Injustiça Ambiental e do Princípio do *In dúbio pro salute*.

1 Considerações Iniciais

No decorrer das últimas décadas, em especial a partir de 1980, os temas associados à questão ambiental passaram a gozar de maior destaque no cenário mundial, devido, em grande parte, com a confecção de tratados e diplomas internacionais que enfatizaram a necessidade da mudança de pensamentos da humanidade, orientado, maiormente, para a preservação do meio ambiente. Concomitantemente, verifica-se o fortalecimento de um discurso participativo de comunidades e grupamentos sociais tradicionais nos processos decisórios. Observa-se, desta maneira, que foi conferido maior destaque ao fato de que a

proeminência dos temas ambientais foi içada ao *status* de problema global, alcançado, em sua rubrica, não apenas a sociedade civil diretamente afetada, mas também os meios de comunicação e os governos de diversas áreas do planeta. Tal cenário é facilmente verificável na conjunção de esforços, por partes de grande parte dos países, para minorar os impactos ambientais decorrentes da emissão de poluentes e os adiantados estágios de degradação de ecossistemas frágeis.

Nesse passo, a industrialização de pequenos e médios centros urbanos, notadamente nos países subdesenvolvidos, encerra a dicotomia do almejado desenvolvimento econômico, encarado como o refulgir de uma nova era de prosperidade em realidades locais estagnadas e desprovidas de dinamicidade, e a degradação ambiental, desencadeando verdadeira eco-histeria nas comunidades e empreendimentos diretamente afetados. Por vezes, o discurso desenvolvimentista utilizado na instalação de indústrias objetiva, em relação à população diretamente afetada, expor tão somente os aspectos positivos da alteração dos processos ambientais, suprimindo as consequências, quando inexistente planejamento prévio, socioambientais. Diante deste cenário, o presente, a partir do referencial adotado, busca conjugar uma análise proveniente do entendimento da justiça ambiental, colhendo das discussões propostas por Henri Acelrad, Selene Herculano e José Augusto de Pádua, sobretudo, no que se refere à caracterização de variáveis repetidas nos processos de instalação de empreendimento econômicos, em especial a população diretamente afetada.

De igual modo, o presente socorre-se do aporte doutrinário apresentado pelo Direito Ambiental e pelo Direito Urbanístico, calcado

nos conceitos tradicionais e imprescindíveis para o fomento da discussão, utilizando, para tanto, do discurso apresentado por Paulo Affonso Leme Machado, Paulo Bessa Antunes Filho, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, José Afonso da Silva e Romeu Thomé. Ora, os conflitos socioambientais, advindos do agravamento da injustiça ambiental experimentada por comunidades, dá ensejo à discussão acerca do embate entre os princípios constitucionais do desenvolvimento econômico e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos alçados à condição de elementos para materialização da dignidade da pessoa humana.

2 O Espaço Urbano em uma perspectiva ambiental: A ambiência do Homem Contemporâneo em análise

Inicialmente, ao adotar como ponto inicial de análise o meio ambiente e sua relação direta com o homem contemporâneo, necessário faz-se esquadrihar a concessão jurídica apresentada pela Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (2013), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Aludido diploma, ancorado apenas em uma visão hermética, concebe o meio ambiente como um conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Nesse primeiro momento, é possível deixar em clara evidência que o tema é dotado de complexidade e fragilidade, eis que dialoga uma sucessão de fatores distintos, os quais são facilmente distorcidos e deteriorados devido à ação antrópica.

José Afonso da Silva (2009, p. 20), ao traçar definição acerca de *meio ambiente*, descreve-o como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o

desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 77), por sua vez, afirma que a concepção definidora de meio ambiente está pautada em um ideário jurídico despido de determinação, cabendo, diante da situação concreta, promover o preenchimento da lacuna apresentada pelo dispositivo legal supramencionado. Trata-se, com efeito, de tema revestido de maciça fluidez, eis que o meio ambiente está diretamente associado ao ser humano, sofrendo os influxos, modificações e impactos por ele proporcionados. Não é possível, ingenuamente, conceber, na contemporaneidade, o meio ambiente apenas como uma floresta densa ou ecossistemas com espécies animais e vegetais próprios de uma determinada região; ao reverso, é imprescindível alinhar o entendimento da questão em debate com os anseios apresentados pela sociedade contemporânea. Nesta linha de exposição, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 4.029/AM, já salientou, oportunamente, que:

[...] o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente

ecologicamente equilibrado. A gemina o do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constitui o Federal. (BRASIL, 2015b).

Pelo excerto transcrito, denota-se que a acep o ing nua do *meio ambiente*, na condi o estrita de apenas condensar recursos naturais, está superada, em decorrência da dinamicidade da vida contemporânea, i ado   condi o de tema dotado de complexidade e integrante do rol de elementos do desenvolvimento do indivíduo. Tal fato decorre, sobretudo, do processo de constitucionaliza o do meio ambiente no Brasil, concedendo a eleva o de normas e disposi es legislativas que visam promover a prote o ambiental. Ao lado disso, não   possível esquecer que os princípios e corolários que sustentam a juridicidade do meio ambiente foram alçados a patamar de destaque, passando a integrar núcleos sensíveis, dentre os quais as liberdades públicas e os direitos fundamentais. “Com o advento da Constitui o da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de prote o ambiental são alçadas   categoria de normas constitucionais, com elabora o de capítulo especialmente dedicado   prote o do meio ambiente” (THOMÉ, 2012, p. 116).

Diante do alargamento da concep o do meio ambiente, salta aos olhos que se encontra alcançado por tal acep o o espaço urbano, considerado como a ambiência do homem contemporâneo, o qual encerra as manifesta es e modifica es propiciadas pela coletividade no habitat em que se encontra inserta. Trata-se, doutrinariamente, do denominado meio ambiente artificial ou meio ambiente humano, estando delimitado espaço urbano construído, consistente no conjunto de edifica es e

congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como salienta Fiorillo (2012, p. 79). Extrai-se, desse modo, que o cenário contemporâneo, refletindo a dinamicidade e complexidade do ser humano, passa a materializar verdadeiro habitat para o desenvolvimento do indivíduo. Neste sentido, inclusive, Talden Farias descreve que:

O meio ambiente artificial é o construído ou alterado pelo ser humano, sendo constituído pelos edifícios urbanos, que são os espaços públicos fechados, e pelos equipamentos comunitários, que são os espaços públicos abertos, como as ruas, as praças e as áreas verdes. Embora esteja ligado diretamente ao conceito de cidade, o conceito de meio ambiente artificial abarca também a zona rural, referindo-se simplesmente aos espaços habitáveis pelos seres humanos, visto que neles os espaços naturais cedem lugar ou se integram às edificações urbanas artificiais. (FARIAS, 2009, p. 07).

É possível, assim, caracterizar o meio ambiente artificial como fruto da interferência da ação humana, ou seja, “aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial” (BRITO, 2013). Neste cenário, o proeminente instrumento legislativo de tutela do meio ambiente humano, em um plano genérico, está assentado na Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece

diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, afixando os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana, de maneira que a cidade extrapole sua feição de apenas um grupamento de indivíduos em um determinado local, passando a desempenhar a função social. Fiorillo (2012, p. 467), ao tratar da legislação ora mencionada, evidencia, oportunamente, que aquela “deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”.

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal, são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, “dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito se relaciona à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida” (FIORILLO, 2012, p. 549), tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida. A questão em discussão já sofreu, inclusive, construção jurisprudencial, sendo possível, apenas a título de ilustração, transcrever:

[...] Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível. 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis,

verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). [...]. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/ Publicado no DJe em 08.03.2012) (BRASIL, 2015a).

O meio ambiente humano passa a ser dotado de uma *ordem urbanística*, consistente no conjunto de normas, dotadas de ordem pública e de interesse social, que passa a regular o uso da propriedade urbana em prol da coletividade, da segurança, do equilíbrio ambiental e do bem-estar dos cidadãos. “A ordem urbanística deve significar a institucionalização do justo na cidade. Não é uma ‘ordem urbanística’ como resultado da opressão ou da ação corruptora de latifundiários e especuladores imobiliários, porque aí seria a desordem urbanística gerada pela injustiça” (MACHADO, 2013, p. 446). Nesta perspectiva, está-se diante de um nível de planejamento que objetiva estabelecer patamares mínimos de

organização do uso dos diversos fragmentos de um determinado recorte espacial, atentando-se para as potencialidades e capacidades inerentes aos sistemas ambientais desse espaço, sobretudo na ambiência urbana que, devido à complexidade a população, apresenta interseções peculiares. Ao lado disso, não é possível deixar de destacar que os ambientes urbanos tendem a ser diretamente influenciados e modificados pela realidade social.

Trata-se de uma significação em busca por uma *ordem* na utilização do espaço sob planejamento, de maneira que assegure a integridade ambiental, a manutenção dos serviços ambientais, a reprodução de seus recursos e “a manutenção dentro de uma trajetória evolutiva ‘estável’ (o que significa não criar um desequilíbrio irreversível que leve à degradação da paisagem). Enfim, é a busca pela sustentabilidade na utilização do espaço” (VICENS, 2012, p. 197). Ultrapassa-se, diante do painel pintado, a concepção de que os centros urbanos, por sua essência, são apenas aglomerados de indivíduos, por vezes, estratificados em decorrência de sua condição social e econômica. Absolutamente, ainda que esteja em um plano, corriqueiramente, teórico, é possível observar que a preocupação em torno das cidades foi alçada à condição de desenvolvimento de seus integrantes, passa a sofrer forte discussão, em especial quando a temática está umbilicalmente atrelada aos processos de remoção de comunidades ou, ainda, alteração do cenário tradicional, a fim de comportar os empreendimentos industriais.

3 O Fenômeno da Industrialização como elemento agravador da Injustiça Ambiental: O embate entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado

O modelo de desenvolvimento liberal, estruturado no de individualismo econômico e mercado, consistindo na confluência de articulações entre a propriedade privada, iniciativa econômica privada e mercado, passa a apresentar, ainda na década de 1960, os primeiros sinais da problemática socioambiental. “Esse modelo de crescimento orientado por objetivos materiais e econômico puramente individualista, regido por regras jurídicas de natureza privada, dissociou a natureza da economia, alheando desta, os efeitos devastadores dos princípios econômicos na natureza” (FRAGA, 2007, p. 02). Entre o final da década de 1960 até 1980, o discurso, envolvendo a questão ambiental, explicitava a preocupação com o esgotamento dos recursos naturais que eram dotados de maior interesse econômico, sobretudo no que se referia à exploração do petróleo. Verifica-se, neste primeiro contato, que a questão do meio ambiente estava cingida à preocupação com a sobrevivência da espécie humana, numa aspecto puramente econômico.

Diante da possibilidade do exaurimento dos recursos naturais dotados de aspecto econômico relevante, é possível observar uma crise civilizatória advinda não apenas da escassez daqueles, à proporção que são degradados, mas também em decorrência do modelo econômico adotado, o qual, por seu aspecto, desencadeou um desequilíbrio ambiental maciço colocando em risco a sobrevivência da espécie humana, assim como, na trilha dos efeitos produzidos, o aumento do desemprego pela mecanização dos meios de produção, a miséria e a marginalidade social. O processo predatório ambiental potencializa um cenário caótico urbano, verificado, sobretudo, nos grandes centros, com formação de

comunidades carentes e favelas, reduto da população marginalizada, constituindo verdadeiro bolsão de pobreza.

Conforme Lester R. Brown (1983, p. 05), as ameaças à civilização são provocadas pela erosão do solo a deterioração dos sistemas biológicos e esgotamento das reservas petrolíferas, além do comprometimento de elementos essenciais à existência humana, como, por exemplo, acesso à água potável. Aludidas ameaças desencadeiam tensões ambientais que se concretizam em crises econômicas, causadas pela dependência de alguns países dos produtos alimentícios oriundos de outros países, bem como das fontes de energia produzidas pelos combustíveis fósseis. É possível, neste cenário, verificar que a crise socioambiental, surgida nos Estados Unidos, a partir da década de 1960, devido à mecanização dos meios de produção e a dependência de recursos naturais, em especial matrizes energéticas (petróleo), de outros países, forneceu o insumo carecido para a construção da justiça ambiental, advinda da criatividade dos movimentos sociais forjados pela luta da população afrodescendente que protestava contra a discriminação causada pela maior exposição desta população aos lixos químicos, radioativos e indústrias geradoras de poluentes. Selene Herculano, ao abordar a definição do tema, coloca em destaque:

Por Justiça Ambiental entenda-se o conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de políticas e programas federais,

estaduais e locais, bem como resultantes da ausência ou omissão de tais políticas [...] Complementarmente, entende-se por Injustiça Ambiental o mecanismo pelo qual sociedades desiguais destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, populações de baixa renda, grupos raciais discriminados, populações marginalizadas e mais vulneráveis. (HERCULANO, 2002, p. 03).

Pela moldura ofertada pela justiça ambiental, infere-se que nenhum grupo de pessoas, seja em decorrência de sua condição étnica, raciais ou de classe, suporte na parcela desproporcional de degradação do espaço coletivo. “Complementarmente, entende-se por injustiça ambiental a condição de existência coletiva própria a sociedade desiguais onde operam mecanismos sociopolíticos que destinam a maior carga dos danos ambientais” (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 09). Diante do exposto, o termo *justiça ambiental* afigura-se como uma definição aglutinadora e mobilizadora, eis que permite a integração de dimensões ambiental, social e ética da sustentabilidade e do desenvolvimento, corriqueiramente dissociados nos discursos e nas práticas. “Tal conceito contribui para reverter a fragmentação e o isolamento de vários movimentos sociais frente ao processo de globalização e reestruturação produtiva que provoca perda de soberania, desemprego, precarização do trabalho e fragilização do movimento sindical e social como todo” (ACSELRAD; HERCULANO, PÁDUA, 2004, p. 18).

Neste quadrante, mais que uma expressão do campo do direito, *justiça ambiental* assume verdadeira feição de reflexão, mobilização e bandeira de luta de diversos sujeito e entidades, tais como associações de moradores, sindicatos, grupos direta e indiretamente afetados por diversos riscos, ambientalistas e cientistas. Joan Martínez Alier (2007, p. 35) colocou em destaque que, “até muito recentemente, a justiça ambiental como um movimento organizado permaneceu limitado ao seu país de origem”, conquanto o ecologismo popular, também denominado de ecologismo dos pobres, constituam denominações aplicadas a movimentos populares característicos do Terceiro Mundo que se rebela contra os impactos ambientais que ameaçam a população mais carente, que constitui a ampla maioria do contingente populacional em muitos países. É aspecto tradicional dessas movimentações populares, a base camponesa cujos campos ou terras destinadas para pastos têm sido destruídos pela mineração ou pedreiras; movimentos de pescadores artesanais contra os barcos de alta tecnologia ou outras formas de pesca industrial que impacta diretamente o ambiente marinho em que desenvolve a atividade; e, ainda, por movimentos contrários às minas e fábricas por parte de comunidades diretamente atingidas pela contaminação do ar ou que vivem rio abaixo das instalações industriais poluidoras.

Ao lado disso, em realidades nas quais as desigualdades alcançam maior destaque, a exemplo do Brasil e seu cenário social multifacetado, dotado de contradições e antagonismos bem peculiares, a universalização da temática de movimentos sustentados pela busca da justiça ambiental alcança vulto ainda maior, assumindo outras finalidades

além das relacionadas essencialmente ao meio ambiente, passando a configurar os anseios da população diretamente afetada, revelando-se, por vezes, ao pavilhão que busca minorar ou contornar um histórico de desigualdade e antagonismo que se arrasta culturalmente. Trata-se, pois, de um discurso pautado na denúncia de um quadro de robusta injustiça social, fomentado pela desigual distribuição do poder e da riqueza e pela apropriação, por parte das classes sociais mais abastadas, do território e dos recursos naturais, renegando, à margem da sociedade, grupamentos sociais mais carentes, lançando-os em bolsões de pobreza. É imperioso explicitar que os aspectos econômicos apresentam-se, no cenário nacional, como a flâmula a ser observada, condicionando questões socioambientais, dotadas de maior densidade, a um patamar secundário. Selene Herculano coloca em destaque que:

A temática da Justiça Ambiental nos interessa em razão das extremas desigualdades da sociedade brasileira. No Brasil, o país das grandes injustiças, o tema da justiça ambiental é ainda incipiente e de difícil compreensão, pois a primeira suposição é de que se trate de alguma vara especializada em disputas diversas sobre o meio ambiente. Os casos de exposição a riscos químicos são pouco conhecidos e divulgados, [...], tendendo a se tornarem problemas crônicos, sem solução. Acrescente-se também que, dado o nosso amplo leque de agudas desigualdades sociais, a exposição desigual aos riscos químicos fica aparentemente obscurecida e dissimulada pela

extrema pobreza e pelas péssimas condições gerais de vida a ela associadas. Assim, ironicamente, as gigantescas injustiças sociais brasileiras encobrem e naturalizam a exposição desigual à poluição e o ônus desigual dos custos do desenvolvimento. (HERCULANO, 2008, P. 05).

A partir das ponderações articuladas, verifica-se, no território nacional, o aparente embate entre a busca pelo desenvolvimento econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado torna-se palpável, em especial quando a questão orbita em torno dos processos de industrialização, notadamente nos pequenos e médios centros urbanos, trazendo consigo a promessa de *desenvolvimento*. Neste aspecto, a acepção de “desenvolvimento” traz consigo um caráter mítico que povoa o imaginário comum, especialmente quando o foco está assentado na alteração da mudança social, decorrente da instalação de empreendimentos de médio e grande porte, promovendo a dinamização da economia local, aumento na arrecadação de impostos pelo Município em que será instalada e abertura de postos de trabalho.

“O grande atrativo aos centros urbanos faz com que o crescimento se dê de forma desordenada, gerando diversos problemas cuja solução passa pela implementação de políticas públicas, necessariamente antecedidas de um planejamento” (ARAÚJO JÚNIOR, 2008, p. 239). Constata-se, com clareza, que o modelo econômico que orienta o escalonamento de interesses no cenário nacional, sobrepuja, de maneira maciça, valores sociais, desencadeando um sucedâneo de formas de violência social, degradação ambiental e aviltamento ao indivíduo, na

condição de ser dotado de dignidade e inúmeras potencialidades a serem desenvolvidas. Todavia, não é mais possível examinar as propostas de desenvolvimento econômico desprovida de cautela, dispensando ao assunto um olhar crítico e alinhado com elementos sólidos de convicção, notadamente no que se refere às consequências geradas para as populações tradicionais corriqueiramente atingidas e sacrificadas em nome do desenvolvimento econômico.

Não é mais possível corroborar com a ideia de *desenvolvimento* sem submetê-la a uma crítica efetiva, tanto no que concerne aos seus modos objetivos de realização, isto é, a relação entre aqueles residentes nos locais onde são implantados os projetos e os implementadores das redes do campo do desenvolvimento; quanto no que concerne às representações sociais que conformam o *desenvolvimento* como um tipo de ideologia e utopia em constante expansão, neste sentido um ideal incontestável [...] O *desenvolvimento* – ou essa crença da qual não se consegue fugir -carrega também o seu oposto, as formas de organização sociais que, muitas vezes vulneráveis ao processo, são impactadas durante a sua expansão. É justamente pensando nos atores sociais (KNOX; TRIGUERO, 2011, p. 02).

É imperioso conferir, a partir de uma ótica alicerçada nos conceitos e aportes proporcionados pela justiça ambiental, uma

ressignificação do conceito de desenvolvimento, alinhando-o diretamente à questão ambiental, de maneira a superar o aspecto eminentemente econômico do tema, mas também dispensando uma abordagem socioambiental ao assunto. A reestruturação da questão “resulta de uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social” (ACSELRAD, 2010, p. 108). Salta aos olhos que o processo de reconstrução de significado está intimamente atrelado a uma reconstituição dos espaços em que os embates sociais florescem em prol da construção de futuros possíveis. Justamente, neste espaço a temática ambiental passa a ganhar maior visibilidade, encontrado arrimo em assuntos sociais do emprego e da renda.

Tal fato deriva da premissa que o acentuado grau de desigualdades e de injustiças socioeconômicas, tal como a substancializada política de omissão e negligência no atendimento geral às necessidades das classes populares, a questão envolvendo discussões acerca da (in)justiça ambiental deve compreender múltiplos aspectos, dentre os quais as carências de saneamento ambiental no meio urbano, a degradação das terras usadas para a promoção assentamentos provenientes da reforma agrária, no meio rural. De igual modo, é imperioso incluir na pauta de discussão o tema, que tem se tornado recorrente, das populações de pequenos e médios centros urbanos diretamente afetados pelo recente fenômeno de industrialização, sendo, por vezes, objeto da política de remoção e reurbanização. Ora, é crucial reconhecer que os moradores dos subúrbios e periferias urbanas, nas quais os passivos socioambientais tendem a ser agravados, em razão do prévio planejamento para dialogar o

desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É mister que haja uma ponderações de interesses, a fim de promover o desenvolvimento sustentável, conversando os interesses econômicos e a necessidades das populações afetadas de terem acesso ao meio ambiente preservado ou, ainda, minimamente degradado, de modo a desenvolverem-se, alcançando, em fim último, o utópico, porém sempre recorrido, conceito constitucional de dignidade humana. O sedimento que estrutura o ideário de desenvolvimento sustentável, como Paulo Bessa Antunes (2012, p. 17) anota, busca estabelecer uma conciliação a conservação dos recursos ambientais e o desenvolvimento econômico, assegurando-se atingir patamares mais dignos e humanos para a população diretamente afetada pelos passivos socioambientais. Paulo Affonso Leme Machado destaca, ao esquadrihar o conceito de desenvolvimento sustentável, que:

O antagonismo dos termos – desenvolvimento e sustentabilidade – aparece muitas vezes, e não pode ser escondido e nem objeto de silêncio por parte dos especialistas que atuem no exame de programas, planos e projetos de empreendimentos. De longa data, os aspectos ambientais foram desatendidos nos processos de decisões, dando-se um peso muito maior aos aspectos econômicos. A harmonização dos interesses em jogo não pode ser feita são preço da desvalorização do meio ambiente ou da

desconsideração de fatores que possibilitam o equilíbrio ambiental (MACHADO, 2013, p. 74).

De outro modo, denota-se que o fenômeno de industrialização, em especial atividades mineradoras e petrolíferas, nos pequenos e médios centros urbanos tem apresentado um discurso pautado no desenvolvimento. Trata-se, com efeito, de uma panaceia, na qual a possibilidade de injeção de capital na realidade local, proveniente da ampliação do aumento de arrecadação de tributos, tal como a *disfarçada* promessa de geração de postos de emprego e dinamização da economia, tem afigurado como importante pilar para o apoio de tais processos. “É assim que a força econômica das grandes corporações transformou-se em força política – posto que eles praticamente habilitaram-se a ditar a configuração das políticas urbanas, ambientais e sociais” (ACSELRAD, 2006, p. 31), obtendo o elastecimento das normas com o argumento de sua suposta capacidade de gerar emprego e receitas públicas.

Neste aspecto, ao suprimir variáveis socioambientais, em especial a remoção de populações para comportar a instalação de empreendimentos industriais, tende a agravar, ainda mais, o quadro delicado de antagonismos sociais, nos quais a vulnerabilidade das populações diretamente afetadas agrava o cenário de injustiça ambiental. A população, sobretudo aquela colocada à margem da sociedade, constituinte das comunidades carentes e favelas que materializam os bolsões de pobreza dos centros urbanos, é desconsiderada pela política econômica, alicerçada na atração do capital que, utilizando sua capacidade de escolher os locais preferenciais para a instalação de seus investimentos, forçando as populações diretamente afetadas a conformar-

se com os riscos socioambientais produzidos pelo empreendimento instalado na proximidade de suas residências, alterando, de maneira maciça, o cenário existente. Tal fato decorre, corriqueiramente, da ausência das mencionadas populações de se retirarem do local ou “são levadas a um deslocamento forçado, quando se encontram instaladas em ambientes favoráveis aos investimentos” (FRAGA, 2007, p.08).

A atuação das empresas é subsidiada pela ação do governo, no sentido de apresentar ações e conjugação esforços para o denominado *desenvolvimento sustentável*, agindo sob o argumento do mercado, objetivando promover ganhos de eficiência e ativar mercados, ambicionando evitar o desperdício de matéria e energia. Concretamente, a lógica em destaque não prospera, mas sim padece diante de um cenário no qual, devido à industrialização e instalação de empreendimentos, sem o prévio planejamento, há o agravamento da injustiça ambiental, em especial em locais nos quais a vulnerabilidade da população afetada é patente, havendo o claro sacrifício daquela em prol do desenvolvimento local. “A injustiça e a discriminação, portanto, aparecem na apropriação elitista do território e dos recursos naturais, na concentração dos benefícios usufruídos do meio ambiente e exposição desigual da população à poluição e aos custos ambientais do desenvolvimento” (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 10).

4 A Proeminência do Recurso Especial nº 1.310.471-SP: Do Reconhecimento Jurisprudencial da Injustiça Ambiental e do Princípio do *In dúbio pro salute*

Em um primeiro painel, à luz da moldura apresentada até o momento, cuida reconhecer a proeminência do Recurso Especial nº

1.310.471-SP, cuja relatoria incumbiu ao Ministro Herman Benjamin, notadamente por ser o paradigmático entendimento que reconhece, expressamente, a injustiça ambiental e o princípio do *in dubio pro salute*. Em sua fundamentação, o Ministro, de maneira expressa, faz alusão expressa a realidade nacional, sobretudo no que toca a distribuição discriminatória de riscos ambientais, recaindo sobre a população tradicional invisibilizada e inexpressiva na arena da construção de decisões. Há que se apontar que o reconhecimento, por parte do Superior Tribunal de Justiça, do fenômeno contemporâneo da injustiça ambiental fortalece, ainda mais, os debates que orbitam em torno das populações sacrificadas institucionalmente em prol do discurso desenvolvimentista que orienta o capitalismo predatório. No mais, é oportuno, também, transcrever que:

O episódio de plumbemia de Bauru recebeu ampla cobertura e divulgação nos meios de comunicação local e nacional, tanto pelo tipo de contaminante, como por envolver crianças. Aqui, como é a realidade comum no mundo todo em casos de graves incidentes de poluição por resíduos tóxicos ou perigosos, em sua grande maioria as vítimas são pessoas humildes, incapazes, pela baixa instrução, de conhecer e antecipar riscos associados a metais pesados e a agentes carcinogênicos, mutagênicos, teratogênicos e ecotóxicos. Ademais, prisioneiras da indigência social que as aflige, não se encontram em condições de evitar ou mitigar a exposição à

contaminação letal, mudando a localização de suas precárias residências. Infelizmente, o Brasil mostra-se pródigo em distribuição discriminatória de riscos ambientais. Como se não bastasse a miséria material de bolsões urbanos e rurais da população, fenômeno que ainda nos atormenta e envergonha como nação, após a Segunda Guerra Mundial e na esteira do processo de industrialização que ganhou fôlego a partir de então, agregamos e impingimos a essa multidão de excluídos sociais (= injustiça social) a nódoa de párias ambientais (= injustiça ambiental). Substituímos, ou sobrepusemos, à segregação racial e social - herança da discriminação das senzalas, da pobreza da enxada e das favelas - a segregação pela poluição, isto é, decorrente da geografia da contaminação industrial e mineral, do esgoto a céu aberto e da paisagem desidratada dos seus atributos de beleza (BRASIL, 2015a, p. 03).

É imprescindível destacar que, na interpretação conferida pelo Recurso Especial nº 1.310.471-SP, o Ministro Relator colocou em destaque que o processo de agravamento da injustiça ambiental deriva do desenvolvimento predatório que tende a utilizar a multidão de excluídos sociais como massa populacional a ser, tradicionalmente, sacrificada em prol dos avanços econômicos. Assim, não bastasse a condição social já “consolidada”, após a Segunda Guerra Mundial, ainda consoante o Ministro Relator, foi agravada em decorrência dos passivos ambientais

que a população passou a suportar. Mais que isso, a deterioração ambiental, em conjunção com empreendimentos potencialmente poluidores, contribuiu, sobremaneira, para o agravamento das questões vinculadas à saúde, notadamente em decorrência da nocividade e poluição de algumas atividades desenvolvidas. Portanto, diante da situação de incertezas, incumbe ao Poder Judiciário interpretar *in dubio pro salute*, priorizando salvaguardar a saúde da população que pode ser afetada pelas consequências dos empreendimentos implantados, reafirmando, assim, a proeminência da vida e da saúde como valores que afiguram no topo dos valores a serem protegidos pelo ordenamento jurídico. Sobre a temática esposada, o Ministro Relator estabeleceu que:

Consequentemente, sob o manto da razoabilidade, o Judiciário pode - e por se tratar de saúde humana, deve - adotar referências mais rigorosas da Organização Mundial de Saúde - OMS. Primeiro, porque, muito além de ordinário e fortuito aplicador-cego de normas regulamentares expedidas pela Administração Pública, nem sempre isenta na salvaguarda dos vulneráveis ou imune à captura precisamente por aqueles a quem incumbiria controlar, o juiz é, antes de tudo, fiscal último da eficácia da norma constitucional que garante, de maneira absoluta, a saúde como “direito de todos e dever do Estado” (art. 196, caput, da Constituição). Segundo, porque, no campo sanitário-ambiental, mais do que em qualquer outro, imperam

desinibidamente o princípio *in dubio pro salute* e o princípio da precaução, ilação lógica da constatação de que, no topo dos valores mais preciosos e resguardados pelo ordenamento, acham-se a vida e a saúde. Terceiro, porque no universo dos agentes tóxicos, carcinogênicos, mutagênicos, teratogênicos e ecotóxicos, exatamente pelos riscos individuais e coletivos a que se submetem pessoas, gerações futuras e meio ambiente, o juiz está adstrito à leitura e aplicação rigorosa do axioma *neminem laedere* (= na convivência civil, e agora também na convivência planetária, o dever de não causar dano). Utilização que opera numa perspectiva rejuvenescida, muito além do campo restrito da responsabilidade civil clássica - isto é, de simples obrigação negativa ou de abstenção, e da imposição de reparar eventuais prejuízos (arts. 186 e 187 do Código Civil). Ao contrário, com olhos postos nos riscos e orientado preventiva ou precautoriamente, trata-se de esforço destinado a evitar e mitigar danos, mormente os coletivos, intergeracionais, e de difícil identificação, quantificação e reparação (BRASIL, 2015a, p. 12).

Nesta toada, o Recurso Especial nº 1.310.471-SP é preponderante para trazer para a arena dos debates e reflexões, sobretudo no que concerne à judicialização de políticas públicas, a injustiça ambiental, inclusive estendendo, a partir de uma ótica calcada em típicos valores de

terceira dimensão dos Direitos Humanos, o dever de não causar danos. Isto é, incumbe ao Poder Judiciário analisar concretamente as situações causadoras do agravamento e do fortalecimento da injustiça ambiental, ampliando o fosso de antinomias e disparidades existentes entre a classe social dominante e as demais classes, objetos corriqueiros das maléficas consequências das degradações ambientais e sociais, expondo, ainda mais, aqueles que são descritos como vulnerabilizados.

Referência:

ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 24, n. 68, 2010, p. 103-119. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142010000100010&script=sci_arttext>. Acesso em 28 jun. 2015.

_____. Território, localismo e política de escalas. In: _____; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves Bezerra (orgs.). *Cidade, ambiente e política: problematizando a Agenda 21 local*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

_____; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ALIER, Joan Martínez. *O Ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valorização*. WALDMAN, Maurício (trad.). São Paulo: Editora Contexto, 2007.

ANTUNES, Paulo Bessa. *Manual de Direito Ambiental*. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger de. Meio Ambiente Urbano, Planejamento e Cidadania. In: MOTA, Maurício (coord.). *Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 28 jun. 2015a.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 jun. 2015b.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. *Boletim Jurídico*, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 28 jun. 2015.

BROWN, Lester R. *Por uma Sociedade Viável*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1983.

FARIAS, Talden. *Introdução ao Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FRAGA, Simone de Oliveira. *Justiça Ambiental como Espaço para Concretização da Cidadania*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/download/7055/5031>>. Acesso em 28 jun. 2015.

FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ. *Mapas de Conflitos envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br>>. Acesso em 28 jun. 2015.

GUERRA, A. J. T.; CUNHA, S. B. da. *Impactos Ambientais Urbanos no Brasil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

HERCULANO, Selene. O Clamor por Justiça Ambiental e Contra o Racismo Ambiental. *Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente*, v.3, n.1, Artigo 2, jan./abril 2008, p. 01-20. Disponível em:

<http://www.interfacehs.sp.senac.br/BR/artigos.asp?ed=6&cod_artigo=113>. Acesso em 28 jun. 2015.

_____. Desastres Ambientais, vulnerabilidade social e pobreza. *Revista Nova América*, n. 111, s.d. Disponível em: <<http://www.novamerica.org.br>>. Acesso em 28 jun. 2015.

_____. Riscos e desigualdade social: a temática da Justiça Ambiental e sua construção no Brasil. In: *In: I Encontro Nacional da Anppas. ANAIS...*, 2002, Indaiatuba-SP, p. 01-15. Disponível em: <[http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selen e%20Herculano.pdf](http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selen%20Herculano.pdf)>. Acesso em 28 jun. 2015.

KNOX, Winifred; TRIGUEIRO, Aline. Quando o desenvolvimento *outsider* atropela o envolvimento dos *insiders*: um estudo do campo de desenvolvimento no litoral do ES. In: *I Circuito de Debates Acadêmicos. ANAIS...*, 2011, p. 01-20. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em 28 jun. 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MEIRELLES, Sérgio. A Explosão Urbana. *Revista Ecologia e Desenvolvimento*, 2000, ano 10, nº 85, p. 12-19. Disponível em: <<http://www.cefetsp.br>>. Acesso em 28 jun. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VICENS, Raúl Sanchez. Geografia da Paisagem e ordenamento ambiental. *In: BARBOSA, Jorge Luiz; LIMONAD, Ester (orgs.). Ordenamento Territorial e Ambiental*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2012.

DA PROTEÇÃO PENAL AO DIREITO AMBIENTAL: DAS SANÇÕES APLICÁVEIS ÀS PESSOAS FÍSICAS E ÀS PESSOAS JURÍDICAS

FABIANO SARAIVA MEDEIROS: Graduado em Direito pela PUC MG em 2006. Oficial de Justiça - TJMG 2005/2010 - Nível médio. Analista do MPMG 2010/? - Nível Superior. Atualmente se encontra na PJ com atribuições na Execução Penal e Infância e Juventude - Infracional, tendo passado pelas Pjs de Patrimônio Público, Infância e Juventude Cível, Meio Ambiente e Cível.

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a possibilidade de aplicação do direito penal ao direito ambiental e a conseqüente responsabilização das pessoas envolvidas, sejam elas físicas ou jurídicas, e as medidas adequadas às suas características, procurando servir como ponto de partida para este que é um assunto de extrema relevância para o meio ambiente e toda a coletividade.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Responsabilização criminal. Sanções. Pessoas Físicas. Pessoas Jurídicas.

1. INTRODUÇÃO

Uma das maiores preocupações do homem hodiernamente é com a preservação do meio ambiente, o que o levou à criação de um novo ramo do direito, o Direito Ambiental.

A seu turno, em razão da relevância do objeto tutelado, necessitou-se, por conseguinte, haver a intervenção penal. Daí se falar em Direito Penal Ambiental. Outrossim, por ser o meio ambiente um bem difuso, alguns conceitos e princípios consagrados no Direito Penal tradicional a

eles não se aplicam ou, se aplicados, devem se amoldar às especificidades e aos princípios do Direito Ambiental.

Por isso, trataremos a questão dos institutos do Direito Penal aplicáveis ao Direito Ambiental e vice-versa, o qual deve ser informado à luz de outros princípios que não só os que embasam o Direito Criminal clássico, visando dessa forma a integração das normas.

E é nesse sentido que as sanções penais ambientais deverão, portanto, apontar alternativas em face do direito positivo em vigor, ou seja, um direito positivo que ampliou as tradicionais e superadas concepções até então orientadas por um Código Penal elaborado sob a égide de um sistema constitucional que em momento algum se estruturou no Estado Democrático de Direito.

Destarte, na medida em que importa ao direito ambiental, pelo menos de forma preponderante, assegurar a incolumidade dos bens ambientais, claro está que não haveria sentido em elaborar sanções penais sem vincular a existência de crimes regrados para salvaguardar o conteúdo real da dignidade da pessoa humana: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a proteção à infância, bem como a assistência aos desamparados. Estes são os valores maiores, além daqueles que se harmonizam com as demais necessidades da pessoa humana que merecerão tutela particularmente em países de estrutura jurídico-econômica capitalista.

Assim sendo, a Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 225, estruturou o Direito Ambiental Constitucional, definindo os critérios de proteção ao meio ambiente, tido como essencial à sadia

qualidade de vida da pessoa humana e, ainda, estabeleceu de forma pioneira a possibilidade de sujeitar todo e qualquer infrator^[1], ou seja, aqueles que praticam condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente a sanções penais.

Nesse sentido, entendeu por bem a Constituição Federal sujeitar qualquer infrator, seja ele pessoa física, seja ele pessoa jurídica às sanções penais ambientais, desde que observada a existência de crime ambiental, restando evidente, em face do princípio da individualização da pena, a fixação, por parte do legislador infraconstitucional, das sanções penais mais adequadas às diferentes hipóteses de responsabilidade criminal ambiental, ou seja, sanções penais para pessoas físicas, jurídicas de direito privado e jurídicas de direito público.

Todavia, inobstante o entendimento acima esposado, tenazes defensores (MENDONÇA, 201?) ainda apregoam acerca da impossibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por crime ambiental no direito brasileiro.

Segundo sustentam, a sanção criminal, no atual modelo penal e constitucional brasileiro, é inadequada e impossível de ser posta em prática, sem jogar por terra grande parte dos direitos e garantias individuais previstos na Carta de 88, entre eles, o fundamental direito ao devido processo legal. Assevera que o nosso ordenamento jurídico-penal é todo ele subjetivo, isto é, apenas a pessoa humana pode delinquir, praticando o fato típico e antijurídico na esfera penal, diferentemente da esfera administrativa.

Finaliza o entendimento asseverando que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) deve ser interpretado de forma

sist mica, ou seja, levando em conta todo o arcabouço jurídico pátrio, já que responsabilizar a pessoa jurídica como um todo   responsabilizar uma coletividade, ferindo de morte o direito   individualização da pena.

Portanto, a pauta desse trabalho versará sobre a possibilidade de aplicação do direito penal ao direito ambiental e a conseqüente responsabilização das pessoas envolvidas, sejam elas físicas ou jurídicas, e as medidas adequadas às suas características, procurando servir como ponto de partida para este que   um assunto de extrema relevância para o meio ambiente e toda a coletividade.

2. TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE

O artigo 225 da Constituição Federal (Brasil, 1988), ao estruturar o Direito Ambiental Constitucional, bem como ao definir os critérios de proteção ao meio ambiente, tido como essencial   sadia qualidade de vida da pessoa humana em obediência ao artigo 1 , III, da Constituição Federal, definiu de forma pioneira a possibilidade de sujeitar todo e qualquer infrator, ou seja, aqueles que praticam condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente a sanções penais, conforme determina de forma clara e inequívoca o primeiro artigo acima citado.

Nesse sentido, segundo Milaré (2005, p. 845) o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na sua concepção moderna,   um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o que, por si só, justifica a imposição de sanções penais às agressões contra ele perpetradas, como *extrema ratio*. Em outro modo de dizer, *ultima ratio* da tutela penal ambiental significa que esta   chamada a intervir somente nos casos em que as agressões aos valores fundamentais da sociedade alcancem o ponto do intolerável ou sejam objeto de intensa reprovação do corpo social.

Assim, preservar e restabelecer o equilíbrio ecológico em nossos dias é questão de vida ou morte. Os riscos globais, a extinção de espécies animais e vegetais, assim como a satisfação de novas necessidades em termos de qualidade de vida, deixam claro que o fenômeno biológico e suas manifestações sobre a Terra estão sendo perigosamente alterados. Por isso, arranhada estaria a dignidade do Direito Penal caso não acudisse a esse verdadeiro clamor social pela criminalização das condutas antiecológicas.

Destaca-se que a danosidade ambiental tem repercussão jurídica tripla, já que o poluidor, por um mesmo ato, pode ser responsabilizado, alternativa ou cumulativamente, na esfera penal, na administrativa e na civil.

No âmbito civil, ato de sancionar as condutas antiambientais já era uma realidade mesmo antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, porquanto a obrigação reparatória de danos, segundo o princípio da responsabilidade objetiva a disciplinava, desde 1981, pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (BRASIL, 1981).

Para a plena efetividade daquela norma programática, faltava um tratamento adequado da responsabilidade penal e administrativa, espaço este agora preenchido com a incorporação ao ordenamento jurídico da Lei 9.605 de 1988, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

2.1 CONDUTAS E ATIVIDADES CONSIDERADAS LESIVAS AO MEIO AMBIENTE

Pois bem, regulamentada a matéria pelo legislador infraconstitucional, cabe a definição das condutas e atividades

consideradas lesivas ao meio ambiente em obediência ao princípio da legalidade.

Segundo FIORILLO (2013, p. 815), o direito positivo em vigor informa que são poluidores aqueles que degradam a qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- 1) prejudiquem a saúde da população;
- 2) prejudiquem a segurança da população;
- 3) prejudiquem o bem-estar da população;
- 4) criem condições adversas às atividades sociais;
- 5) criem condições adversas às atividades econômicas;
- 6) afetem a biota;
- 7) afetem as condições estéticas do meio ambiente;
- 8) afetem as condições sanitárias do meio ambiente;
- 9) lancem matérias em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;
- 10) lancem energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Desta feita, aliado à autorização Constitucional para sujeitar qualquer infrator, seja ele pessoa física, seja ele pessoa jurídica, às sanções penais ambientais, desde que observada a existência de crime ambiental, resta evidente que, em face do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988) caberá ao

legislador infraconstitucional fixar as hipóteses de responsabilidade criminal ambiental: sanções penais para pessoas físicas, jurídicas de direito público e jurídicas de direito privado.

Nesta seara é que delimitaremos as exposições a seguir, esboçando as penas cabíveis às pessoas físicas e às pessoas jurídicas.

3. RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL

Até há pouco, sustentava-se que só o ser humano, pessoa física, podia ser sujeito ativo de crime, por estar a responsabilidade penal, no sistema brasileiro, assentada na imputabilidade, definida como, segundo Bruno e Milaré (2005, p. 856) o “conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”.

Em outros termos, a imputabilidade exige do autor, no momento da prática delitiva, plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Eis por que a resistência do legislador brasileiro em aceitar a responsabilidade da pessoa jurídica.

Nesse sentido, destaca Milaré (2005, p. 856) que:

“O infrator da norma penal ambiental não se encaixa no perfil do criminoso comum. Em verdade, o criminoso ambiental via de regra não age individualmente, mas atua em nome de uma pessoa jurídica. Por outro lado, a atividade do infrator ambiental não se volta para o crime como um fim em si mesmo; ao contrário, a conduta delitiva ocorre como resultado de um atuar em tese até positivo e

benéfico para a sociedade, que é a produção de bens. O crime ecológico, pois, nasce como um excesso, como um resíduo patológico da atividade produtiva.”

4. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Indo no encalço do Direito Penal moderno de superar o caráter meramente individual da responsabilidade penal até então vigente, e cumprindo promessa do artigo 225, s 3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o legislador brasileiro erigiu a pessoa jurídica à condição de sujeito ativo da relação processual penal, dispondo, no artigo 3º da Lei 9.605 (BRASIL, 1998), que:

“As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativamente, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade” (Milaré, 2005, p. 857).

O intento do legislador, como se nota, foi punir o criminoso certo e não apenas o mais humilde eis que, via de regra, o verdadeiro delinquente ecológico não é a pessoa física, mas a pessoa jurídica que quase sempre busca o lucro como finalidade precípua.

Merece destaque, ainda, as hipóteses de relevância da omissão elencadas no artigo 13, § 2º, do Código Penal (BRASIL, 1940), que acrescentou a nova lei mais uma situação, ao estabelecer, no artigo 2º, a responsabilidade do diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua

prática, quando podia agir para evitá-la. Destarte, tendo referidas pessoas o dever jurídico de agir para evitar danos ao ambiente, tornam-se, pela omissão, partícipes do fato delituoso.

No entanto, merece destaque que mesmo diante da expressa determinação legal, ainda existe posições divergentes quanto a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica. Neste sentido podemos citar Mendonça (201?), Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual defende pela impossibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por crime ambiental no direito brasileiro em artigo de mesmo nome.

Segundo o ilustre Desembargador:

“Apesar da preservação, da recuperação e da revitalização do meio ambiente constituírem uma preocupação do Poder Público e do Direito, tem que se perceber que a sanção criminal, no atual modelo penal e constitucional brasileiro, é inadequada e impossível de ser posta em prática, sem jogar por terra grande parte dos direitos e garantias individuais previstos na Carta de 88, entre eles, o fundamental direito ao devido processo legal.” (Mendonça, 201?).

Acrescenta que, com efeito, o nosso ordenamento jurídico-penal é todo ele subjetivo, isto é, apenas a pessoa humana pode delinquir, praticando o fato típico e antijurídico na esfera penal, diferentemente da esfera administrativa.

Aduz que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) deve ser interpretado de forma sistêmica, ou seja, levando em conta todo o arcabouço jurídico pátrio. Responsabilizar a pessoa jurídica como um todo é responsabilizar uma coletividade, ferindo de morte o direito à individualização da pena.

Os muitos dos componentes humanos da pessoa jurídica criminalizada podem não ter desejado o resultado danoso, não terem assumido o risco de produzi-lo e não terem agido com culpa e, mesmo assim, seriam processados sem qualquer garantia, até mesmo a do contraditório e da ampla defesa. Inegável que as pessoas jurídicas devem arcar criminalmente com os danos causados a um bem comum, que é o meio ambiente, elevado à categoria de bem comum pela Carta de 1988. Inegável também que, com a legislação em vigor, tal punição se torna impossível e inexecutável.

Finaliza ser necessária uma nova legislação prevendo a responsabilidade objetiva no que diz respeito aos crimes contra o meio ambiente, conferindo a todos os entes humanos, componentes das corporações, o direito ao devido processo legal, restando, ser impossível responsabilizar a pessoa jurídica, não só por crime ambiental, mas por todo e qualquer delito no atual estágio legislativo brasileiro, reafirmando a necessidade de adequação da lei para preservar um bem comum tão precioso, que é o meio ambiente, instituindo-se em todo o sistema jurídico pátrio a responsabilidade penal objetiva das empresas.

Superada a tese acerca da impossibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, cumpre-se apresentar as condicionantes para responsabilização da pessoa jurídica.

Segundo Milaré (2005, p. 858), o artigo 3º da Lei 9605/98 (BRASIL, 1998) determina que a responsabilidade penal da pessoa jurídica fica condicionada: (i) a que a infração tenha sido cometida em seu interesse ou benefício, (ii) por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado.

Aduz o autor que não mais se considera a pessoa jurídica apenas uma pessoa estranha aos membros que a compõem, como os dirigentes. Também se atribui a essa pessoa autoria da conduta que intelectualmente foi pensada por seu representante e materialmente executada por seus agentes, apenas com a condicionante de ter sido o ato praticado no interesse ou benefício da entidade.

Desse modo, se o ato praticado, mesmo através da pessoa jurídica, apenas violou a satisfazer os interesses do dirigente, sem qualquer vantagem ou benefício para a pessoa jurídica, essa deixa de ser o agente do tipo penal e passa a ser meio utilizado para a realização da conduta criminosa. Ao contrário, quando a conduta visa à satisfação dos interesses da sociedade, essa deixa de ser meio e passa a ser agente.

5. SANÇÕES PENAIS

A repressão às infrações penais ambientais acompanha a moldura do Direito Penal: penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multa.

Nesse sentido, assevera Milaré (2005, p. 862) a preferência da Lei de Crimes Ambientais pelas penas restritivas de direitos e pecuniárias, não só porque apropriadas tanto às pessoas físicas como às pessoas jurídicas, como também porque a pena de prisão, em razão do perfil diferenciado do delinquente ambiental, tem-se mostrado inadequada, por

impor à sociedade um duplo castigo: suportar o dano e pagar a conta do presídio.

5.1 PENAS APLICÁVEIS ÀS PESSOAS FÍSICAS

As sanções previstas para as infrações cometidas por pessoas físicas compreendem: pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e multa.

5.1.1 Pena privativa de liberdade

As penas privativas de liberdade para os ilícitos penais praticados pelas pessoas físicas são as tradicionais reclusão e detenção, para os crimes, e prisão simples, para as contravenções.

Cabe ressaltar, segundo Milaré (2005, p. 863) que a maioria das novas infrações penais, pela quantidade da pena cominada, enseja a aplicação dos institutos da transação penal, suspensão do processo e suspensão condicional da pena.

5.1.2 Penas restritivas de direitos

Com os olhos postos no perfil do delinquente comum ambiental, cujo encarceramento não é aconselhável, possibilitou o legislador a aplicação de penas restritivas de direitos em substituição às privativas de liberdade.

Nesse sentido a Lei 9.605 (BRASIL, 1988) dispõe que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade nos casos em que se tratar de crime culposos, ou for aplicada pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, ou, ainda, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem

que a substituição seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime (artigo 7º, I e II).

As penas restritivas de direitos, que terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, compreendem:

- “I – Prestação de serviços à comunidade
- II – Interdição temporária de direitos
- III – Suspensão parcial ou total de atividades
- IV – prestação pecuniária
- V – recolhimento domiciliar” (BRASIL, 1988)

Anote-se, ainda, a possível conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, em caso de descumprimento injustificado da restrição imposta ou de superveniente condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, conforme o disposto no artigo 44, §§ 4º e 5º do Código Penal (BRASIL, 1940), com a redação dada pela lei 9.714 de 1998 e diante da subsidiariedade da lei penal comum expressamente prevista no artigo 79 da Lei 9.605 de 1998.

5.1.3 Pena de Multa

A pena de multa, instrumento tradicional de exigir ações socialmente corretas para que mantenha força retributiva, será calculada segundo os critérios do Código Penal (BRASIL, 1940); se revelar ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida.

Delimitada as penas aplicáveis às pessoas físicas, passemos agora ao rol de penas aplicáveis às pessoas jurídicas, senão vejamos:

5.2 PENAS APLICÁVEIS ÀS PESSOAS JURÍDICAS

Segundo Freitas, (2005, p. 417), a Lei de Crimes Ambientais não previu, nos tipos penais, as penas aplicáveis às pessoas jurídicas, estabelecendo no artigo 21 que: “As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no artigo 3º são: I – multa; II – restritivas de direitos; III – prestação de serviços à comunidade.”

Aduz que, à evidencia, não será imposta pena de prisão à pessoa jurídica e como todas as infrações penais prevê a pena de multa, cumulativa ou alternativa, ao lado desta poderá ser imposta uma das penas restritivas de direito mencionado no citado artigo 21.

Desta feita, de acordo com a gravidade do fato, as consequências para o meio ambiente e a saúde pública, os antecedentes da empresa no que concerne ao cumprimento da legislação ambiental, o juiz aplicará ou não, ao lado da multa, a pena restritiva de direitos ou de prestação de serviços à comunidade.

De outra parte, assevera o citado autor, embora não tenha o legislador obedecido à técnica usual, segundo a qual a sanção vem prevista no preceito secundário da norma, tal circunstância não dificulta a sua aplicação, observando-se que não haveria necessidade de repeti-la em cada tipo.

5.2.1 Pena de multa

A pena de multa, prevista no artigo 21, I, da Lei 9.605 (BRASIL, 1998), obedece aos critérios previstos nos artigos 49 do Código Penal (BRASIL, 1940) e 18 do diploma supra citado, devendo-se, ainda, observar a situação econômica do infrator (artigo 6, III).

5.2.2 Penas restritivas de direito

Por sua vez, as penas restritivas de direitos que mantêm o caráter de penas substitutivas em relação às penas privativas de liberdade, segundo a regra do artigo 44 do Código Penal (BRASIL, 1940), em se tratando de pessoa jurídica, o uso alternativo será a regra.

Segundo o autor, tais penas encontram-se elencadas no artigo 22 e são:

“Suspensão parcial ou total das atividades: Segundo dispõe o S 1º, do artigo 22, a suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente. O dispositivo praticamente repete o artigo 11, observando-se que essa pena se mostra bastante adequada para os crimes permanentes, uma vez que fará cessar a atividade danosa. Por sua vez, como a lei não estabelece prazo para a suspensão, por analogia, dever-se-á aplicar a regra do artigo 55 do Código Penal que estabelece que as penas restritivas de direito terão a mesma duração da pena privativas de liberdade substituída;

Interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade: segundo dispõe o S 2º, do citado artigo 22, a interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de

disposição legal ou regulamentar. A interdição, conforme ensina Meirelles (1999, p 172) , é o ato pelo qual a autoridade veja a alguém a pratica de atos sujeitos ao seu controle ou que incidam sobre seus bens. A interdição aqui prevista tem a mesma finalidade, com a diferença que resulta de sentença penal. Tratando-se de medida temporária, a sentença deverá fixar o prazo;

Proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações: no que concerne à proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber subsídios, subvenções ou doações, temos que se trata de pena mais do que adequada, pois, aquele que atua sem autorização, aquele que não obedece à legislação específica, causando danos ao meio ambiente, certamente não tem condições de contratar com a Administração e muito menos dela receber qualquer espécie de benefício. A expressão poder público abrange todas as esferas administrativas direta ou indireta. O prazo da proibição, segundo dispõe o S 3º, do artigo 22, não poderá exercer dez anos. Observa-se que, com relação à pessoa física, de acordo com artigo 10 da Lei dos Crimes Ambientais, o prazo será de cinco anos, quando o crime for

doloso, e de três anos, quando o crime for culposo.”
(FREITAS, 2005, p.418).

Destarte, cabe observar, ainda, que ao contrário do que estabelece, o artigo 22 não prevê a proibição da pessoa jurídica condenada em participar de licitação, tal como consta do artigo 10 do mesmo diploma. Entretanto, diante do estabelecido pelo artigo 88, inciso III, combinado com o artigo 87, inciso III, da Lei 8.666 de 1993 (BRASIL, 1993), a empresa condenada pela prática de um crime ambiental poderá ser impedida de participar de licitação.

5.2.3 Pena de prestação de serviços à comunidade

Cumpre-se registra que tal pena, na conformidade do artigo 8º, inciso I, da Lei 9.605 de 1998, e artigo 43, inciso IV, do Código Penal (BRASIL, 1940), constitui espécie das penas restritivas de direito e será imposta pelo juiz da sentença e fiscalizada pelo juiz da execução.

Trata-se de espécie da mais alta relevância para a proteção do meio ambiente, eis que vem ao encontro de uma das finalidades da lei ambiental, ou seja, a restauração e reparação do dano.

Segundo estabelece o artigo 23 da Lei de Crimes Ambientais (BRASIL, 1998), a prestação de serviços à comunidade consistirá em: “I) custeios de programas e de projetos ambientais; II – execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III – manutenção de espaços públicos; IV – contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.”

Tais modalidades de pena, segundo Freitas (2005, p. 419), trazem um componente social bastante importante, possuindo um caráter pedagógico da mais alta relevância.

5.2.4 Custeio de programas ambientais

Em tal modalidade de pena, a sentença deverá fixar o *quantum* a ser despendido pela empresa para o custeio do programa ou projeto ambiental, o prazo de duração, podendo, de acordo com o disposto no artigo 66, inciso V, da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), delegar ao juiz da execução a indicação do programa ou projeto.

5.2.5 Execução de obras de recuperação de áreas degradadas

Como um dos efeitos da condenação é a obrigação de reparar o dano, Código Penal, artigo 91, inciso I, o juiz deverá, na medida do possível, optar pela imposição de outras sanções ao agente que provocou um dano ao meio ambiente, na medida em que ele estará obrigado a repará-lo.

Entretanto, falando a lei em recuperação de áreas degradadas e não das áreas degradadas nada impede que o magistrado indique outra área para que a empresa condenada promova a recuperação.

Outrossim, considerando que a recuperação de áreas degradadas pode demandar tempo superior ao *quantum* da pena prevista que, como dito, servirá de parâmetro para a fixação da pena, se mostra conveniente que o juiz estabeleça a quantia a ser desembolsada pela ré.

5.2.6 Manutenção de espaços públicos

Registre-se, em um primeiro lugar, que, por espaços públicos entendem-se os bens de uso comum do povo e de uso especial.

A sentença deverá fixar o prazo e indicar, sempre que possível, o local em que o serviço deverá ser prestado.

5.2.7 Contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas

A contribuição, que pode ser em dinheiro ou espécie, será fixada na sentença. O juiz deverá estabelecer para a fixação da prestação pecuniária prevista no artigo 12, da Lei 9.605 de 1998.

5.2.8 Da liquidação forçada da pessoa jurídica

Finalmente, segundo informa o autor, Freitas (2005, p. 420), a Lei dos Crimes Ambientais (BRASIL, 1998) prevê em seu artigo 24, a liquidação forçada da pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido no referido diploma.

Segundo dispõe o artigo supracitado, a pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei, terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

A liquidação forçada, que se constitui num efeito da condenação, não se apresenta como uma novidade. O Código Penal (BRASIL, 1949) até a reforma de 1984 previa, no artigo 99, uma modalidade de medida de segurança, que consiste na interdição de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação que servisse de meio ou pretexto para a prática de infração penal, que a ela se assemelha.

Cuida-se de medida de grande relevância para a proteção do meio ambiente, que será aplicada com observância do contraditório. Realmente a empresa constituída ou utilizada, com a finalidade preponderante de praticara ilícitos penais ambientais ou ocultá-los, deve ser liquidada, porque não cumpre seu fim social.

Seu patrimônio, segundo dispõe o citado artigo 24, será considerado instrumento de crime, e como tal, perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como acima esposado, em razão da relevância do meio ambiente, bem fundamental, é perfeitamente justificável a intervenção do Direito Penal. A previsão dos crimes de perigo, inclusive de perigo abstrato, diante da natureza do bem jurídico tutelado, se mostra adequada, favorecendo o papel dos implementadores da legislação ambiental.

Apesar de alguns senões apontados, houve inegável avanço no ordenamento jurídico ambiental com o tratamento agora mais sistêmico da tutela penal, por força da Lei 9.605/98.

Além do mais, a gestão ambiental sairá beneficiada, principalmente se a aplicação da Lei for caçada em princípios científicos e técnicos, não somente de ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01 maio 2015.

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 < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01 maio 2015.

BRASIL, Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e

contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01 maio 2015.

BRASIL, Lei no 7.201, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01 maio 2015.

BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01 maio 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª Edição. São Paulo, SP. Saraiva. 2013.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental**. Direito Penal Ambiental. 1ª Edição. Barueri, SP. Manole, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª Edição. São Paulo, SP. Malheiros. 2006.

MENDONÇA, José Osvaldo Correa Furtado de. Da impossibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por crime ambiental no direito brasileiro. Disponível em <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/642012.pdf>>. Acessado em 01 maio 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 4ª Edição. São Paulo, SP. Revista dos Tribunais. 2005.

Nota:

[1] FIORILLO, 2013. p 809.