

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar a relação conflituosa entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e prestação adequada e clara de serviços especificamente no caso da lei que proibiu a distribuição gratuita de sacolas plásticas em supermercados no Estado de São Paulo. Em tese os direitos fundamentais dispostos na Constituição devem se harmonizar de modo que sua aplicação e operacionalidade sejam simultâneas a fim de conferir a melhor proteção possível. No entanto, em algumas situações específicas percebe-se claramente a dificuldade enfrentada pelo legislador no cumprimento desta tarefa.

Palavras-chave: Constituição. Meio-Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Direito do Consumidor. Proibição de Sacolas Plásticas.

ABSTRACT

The present research analyze the confrontational relationship between the right to ecologically balanced environment and the right to suitable services, especially in the case of the law which has forbidden the free plastics bags distribution from markets in São Paulo state. In theory, the basic constitutional rights should be applied at the same time in a way to incorporate the best protection as possible. Nevertheless, in any specific situations, it is possible realize clearly how hard is to the lawmakers accomplish this assignment.

Keywords: Constitution. Ecologically Balanced. Environment. Consumers Law. Prohibition of Plastics Bags.

* Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito; Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pela UniFMU; Advogado em São Paulo.

1. Introdução

A presente pesquisa tem por objeto investigar a relação de conflito entre direitos fundamentais notadamente entre o direito do consumidor a uma adequada prestação de serviço na entrega de mercadorias e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no caso da lei que proibiu o fornecimento de sacolas plásticas em supermercados no Estado de São Paulo.

Primeiramente analisando os aspectos dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. São os direitos fundamentais a pedra de toque de todo ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, analisa-se os aspectos do direito ambiental. A definição do conceito legal de meio ambiente, sua fundamentação constitucional e suas implicações como direito fundamental da pessoa humana.

O mesmo se fará depois com o direito do consumidor. A dupla natureza do direito do consumidor como direito fundamental da pessoa humana e princípio da ordem econômica e considerações acerca da natureza jurídica do Código de Defesa do Consumidor.

Após a contextualização básica, se ingressará no mérito da questão acerca do conflito, ou aparente conflito entre prestação adequada de fornecimento de produtos em estabelecimentos de supermercados e proteção ambiental, com a introdução da Lei 15.374/2011, a qual proibiu a distribuição de sacolas plásticas em todo Estado de São Paulo.

2. Considerações acerca da Constituição quanto aos Direitos Fundamentais

A Constituição Federal de 1988 é um marco histórico na vida do país, pois além de ter refletido os anseios sociais de abertura política após longo período de ditadura militar, contemplou direitos fundamentais de três gerações, garantindo-se então aos cidadãos brasileiros, bem como aos estrangeiros aqui residentes uma ampla proteção jurídica. Coube a Constituição Federal de 1988 a tarefa de positivizar no ordenamento jurídico os direitos fundamentais, atribuindo-lhes uma tutela mais

sólida e dinâmica, erigindo-os inclusive como parte de um núcleo de normas inaboliáveis, intangíveis e irrevogáveis, mesmo por emenda constitucional, conforme artigo 60, §4º, IV. Assim, os direitos fundamentais são marcados pela universalidade, indivisibilidade e interdependência com os demais direitos.

Houve portanto, uma inovação legislativa ao conferir aos direitos fundamentais proteção constitucional. Os direitos fundamentais, sejam eles individuais, sociais e ambientais estão estritamente ligados à dignidade da pessoa humana e à cidadania que são fundamentos do Estado Democrático consoante artigo 1º da Constituição Federal. Dignidade e cidadania são fundamentos que servem como princípios maiores¹ na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. E se é fundamento isto significa dizer que a existência do Estado deve estar vinculada ao respeito da dignidade da pessoa humana, como valor básico, principal, pois é fundamento “porque constitui num valor supremo, num valor fundante da República, do País, da Democracia e do Direito”².

Releva notar contudo, que a Constituição Federal não se limita a estabelecer proteção apenas àqueles direitos nela expressamente previstos, mas igualmente permite a recepção de direitos oriundos do regime e princípios por ela adotados, bem como decorrentes de tratados internacionais nos quais o Brasil seja signatário. A proteção foi a mais ampla possível de modo a contemplar direitos fundamentais de todas as espécies, a fim de conferir integralidade da proteção a esfera dos cidadãos.

3. Direito Ambiental

Dentre os direitos fundamentais, interessa aqui dois: O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito fundamental relativo ao consumidor. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra-se

¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. 2 ed. rev. modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.25

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.92.

previsto tanto no artigo 225, assim como no artigo 170, VI da Constituição Federal. Trata-se tanto de direito fundamental como princípio regulador da ordem econômica. O conceito de meio ambiente, para fins legais, encontra-se definido na lei 6.938/1981 em seu artigo 3º segundo o qual é “o conjunto de condições, leis influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. É inegável que a qualidade do meio ambiente afeta direta ou indiretamente a vida de todos, determinando de certo modo a viabilização de todos os demais direitos. Sem um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o próprio direito à vida ficaria comprometido em sua extensão protetiva mais ampla.

Assim, as normas de proteção ambiental visam garantir o equilíbrio ecológico em função da sadia qualidade de vida indispensável ao exercício de todos os demais direitos. Daí tratá-lo como direito fundamental da pessoa humana, pois “a construção prática do Direito Ambiental demonstra que este, em grande medida, é fruto da luta dos cidadãos por uma nova forma e qualidade de vida”³. Assim, o legislador compreendeu a questão ambiental em sua relação mais estrita com o desenvolvimento do homem e suas relações entre si, de modo a reconhecer o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito difuso pertencente a todos e impassível de ser apropriado por alguém. O homem não é apenas um ente social, mas antes de tudo é um ser integrante do meio natural, dentro de condições estritamente condicionadas, e portanto, sua relação com o meio em que vive deve ser a mais salubre possível. Cuida-se na realidade de uma projeção do direito à vida humana, pois a qualidade do meio ambiente condiciona o desenvolvimento da própria vida.

A perspectiva do direito ambiental como direito fundamental “visa a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade

do meio ambiente em função da qualidade de vida”.⁴

4. Direito do Consumidor

Não menos relevante é o direito do consumidor. O direito do consumidor, assim como o direito ambiental, possui uma dupla face sob a perspectiva constitucional: é ao mesmo tempo direito individual da pessoa humana, conforme artigo 5º, XXXII e também princípio da ordem econômica, segundo artigo 170, V. A contemplação do direito do consumidor como direito fundamental justifica-se no fato de que é no âmbito do mercado de consumo em que as pessoas satisfazem suas necessidades vitais. É no âmbito do mercado que as pessoas, na qualidade de consumidoras se alimentam, se vestem, se locomovem e se orientam para o desenvolvimento próprio. O mercado de consumo não é apenas um espaço destinado à aquisição de produtos e serviço, mas um espaço de realizações, bem como um espaço vital, pois é nele que as pessoas encontram bens essenciais à sua vida. É exatamente por essa razão que a tutela do consumidor ganha contornos de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. As normas que eventualmente não estiverem em consonância com a proteção dos direitos do consumidor não podem ser concebidas em nosso ordenamento a princípio. Sendo o fundamento constitucional, a proteção do consumidor vincula todas as legislações infraconstitucionais.

A Constituição Federal traçou o padrão da ordem econômica, regulando a intervenção do Estado na seara das relações privadas. Ademais, cumpre enaltecer que a massificação da produção e a impessoalidade das contratações acentuou a polarização dos conflitos de interesse entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços, de modo que a relação ficasse extremamente pendente em favor dos segundos em detrimento dos primeiros. Era evidente que os problemas decorrentes da massificação dos contratos já não poderiam ser solucionados no âmbito da responsabilidade civil tradicional. A

³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17

⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 58

sistemática precedente era demasiada inflexível quanto às bases regulatórias dos contratos. Era preciso um mecanismo jurídico mais completo e abrangente de modo a consolidar a proteção da parte mais fraca, vulnerável da relação jurídica, qual seja, o consumidor. Erigir a proteção do consumidor à categoria de direito fundamental exige que o sistema infraconstitucional implemente a maximização dos valores jurídicos mais importantes de acordo com as potencialidades fático-jurídicas.

A Constituição Federal impõe a concretização da defesa do consumidor no âmbito das relações jurídicas privadas, exigindo do operador do direito o esforço no sentido de conferir efetividade a proteção prevista. A instituição da proteção do consumidor no comando normativo de maior peso significou o rompimento de concepções clássicas desgastadas e desconectadas com a realidade. A constitucionalização do direito do consumidor implicou o posicionamento de destaque do consumidor no epicentro da dinâmica dos mercados na medida em que se tornou referência para a coordenação de políticas públicas orientadas para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do país. Não se pretende com isso afirmar que constitucionalização da defesa do consumidor no âmbito das relações jurídicas de consumo corresponde a uma panaceia jurídica na solução de todos os problemas sociais oriundos de uma sociedade estruturalmente desigual, mas certamente corresponde a um instrumento de segurança jurídica, garantindo às pessoas em geral uma margem significativa de confiança na economia e nos mercados.

Assim sendo, consoante orientação da própria Constituição o legislador, elaborou o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990. Trata-se de um verdadeiro microsistema de caráter principiológico. “A edição do Código de Defesa do Consumidor inaugurou um novo modelo jurídico dentro do sistema constitucional brasileiro ainda pouco explorado pela teoria do Direito”⁵. O Código de Defesa do Consumidor absorveu o

comando normativo constitucional, inserindo-se no ordenamento em uma perspectiva superior. É microsistema porque abarca normas de naturezas distintas na proteção do consumidor e possui natureza principiológica porque se impõe aos demais comandos normativos, independentemente da relação jurídica toda vez que houver identificação de um consumidor. É um microsistema porque busca o tanto quanto possível, a regulação completa das relações de consumo, com normas civis, empresariais, administrativas, penais, entre outras, e igualmente por possuir instrumentos próprios de preenchimento de lacunas.⁶ Desta forma, o legislador preveniu-se no sentido de evitar que o advento de qualquer norma específica regulando determinada pusesse abaixo todo o arcabouço normativo direcionado à proteção do consumidor nas relações de consumo.

5. Da Relação de Conflito entre Fornecimento Adequado de Produto e Proteção Ambiental

Em consonância com a proteção dispensada ao meio ambiente pela Carta Magna, a Lei 15.374/2011, em seu artigo 1º proíbe expressamente a distribuição gratuita ou onerosa de sacolas plásticas por estabelecimentos comerciais aos seus consumidores, bem como obriga-os a afixar placas informativa com os dizeres: “Poupe recursos naturais! Use sacolas reutilizáveis”. Não são poucas as razões para a imposição desta medida, pois as sacolas plásticas, embora práticas, representam um grande dano ecológico. Somente para ter dimensão do problema ambiental, algumas considerações são importantes: uma sacola plástica leva cerca de 300 anos para se decompor na natureza; acarreta graves problemas quando jogadas em mares, rios ou cachoeiras; gera a morte de muitos animais, sobretudo marinhos, pois eles facilmente acabam por confundir as sacolas com alimentos; quando queimadas são altamente poluentes pois são produzidas a base

⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. 2. ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p.65

⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosas Maria de Andrade. *Leis Civis Comentadas: atualizado até 20 de julho de 2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 181.

de polietileno; dificultam a decomposição do lixo, entopem ralos, bueiros e córregos gerando transtornos como enchentes. Não são poucos os males causados pelo acúmulo de sacolas plásticas adquiridas em estabelecimentos comerciais.

De outra feita, no que diz respeito aos direitos do consumidor, o sistema de proteção contempla a boa-fé objetiva. Nas relações de consumo, impera o princípio máximo do respeito ao consumidor por parte de todos aqueles que participem da cadeia de fornecimento. A boa-fé se constitui como uma conduta clara, honesta, leal e proba. O princípio da boa-fé por sua vez possui um duplo aspecto ou faceta: Há a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A primeira refere-se ao aspecto psicológico da boa-fé. Como bem explica Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, age como boa-fé subjetiva “aquele que em um estado de consciência tal, que ignora estar prejudicando um interesse alheio tutelado pelo direito”⁷. Já o conceito de boa-fé objetiva se relaciona com um padrão ético de comportamento. Não basta esperar do fornecedor apenas a boa-fé subjetiva, ou seja, que sua conduta perante o consumidor seja apenas de alguém que fornece um produto sem nenhuma intenção de causar-lhe prejuízo. Isto inviabilizaria as relações de consumo. É exatamente por essa razão que existe a boa-fé objetiva, para obrigá-lo a se empenhar de forma ética e responsável a realizar as disposições contratuais pactuadas. O princípio da boa-fé objetiva relaciona-se com o próprio objetivo do microsistema do Código de Defesa do Consumidor quanto à harmonização dos interesses dos participantes, bem como a compatibilização da proteção do consumidor com o desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, conforme artigo 4º, III. Trata-se consoante o entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça consubstanciado na Jornada III, 168 do “reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo de uma obrigação”. Ao fornecedor não é o bastante entregar um produto ou uma prestação ao consumidor, mas atender às justas expectativas em torno do produto ou serviço

adquirido. Conforme define Cláudia Lima Marques:

[...] significa uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem causar lesão ou vantagens excessivas, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”⁸.

Cuida-se de um parâmetro de comportamento exigido legalmente por força de ordem pública. A boa-fé objetiva igualmente possui um duplo aspecto, pois não apenas se trata da exigência de uma conduta leal, proba e honesta, mas também diz respeito à exigência de empenho da parte em cumprir as disposições contratuais pela qual se obrigou. Assim, no caso em tela, não basta ao estabelecimento comercial disponibilizar as mercadorias em suas prateleiras, é preciso disponibilizar os meios para que o consumidor as leve para casa. A entrega gratuita de sacolas plásticas não é uma mera questão de luxo ou de “favor” do fornecedor, mas sim uma obrigação decorrente do princípio da boa-fé objetiva. Trata-se da exigência legal dos consumidores em relação aos estabelecimentos para que disponibilizem meios de embalar as mercadorias adquiridas. Quando se adquire um produto ou vários produtos, o mínimo que se pode esperar é que o estabelecimento forneça a pessoa sacolas ou outro meio prático para que ela leve os produtos. Obviamente que vender sacolas, a princípio é ilegal, pois o fornecimento de meios para o transporte de mercadorias é obrigação que se impõe ao fornecedor e não ao consumidor.

Assim tem-se o conflito. Não se pode dizer que a lei 15.374/2011 é inconstitucional, pois está em plena consonância com os dispositivos referentes à proteção dispensada

⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 5 ed. ver., ampl. E atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007, p. 480

⁸ MARQUES. Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3 ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 106.

ao meio ambiente, conforme os artigos citados. Trata-se de um conflito entre normas de proteção ambiental e normas de proteção ao consumidor, mais especificamente entre normas constitucionais fundamentais. Já se viu que o direito ambiental é uma projeção do direito à vida, pois esta depende de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Outrossim, demonstrou-se claramente que as sacolas não são nenhum luxo, mas decorrem do princípio da boa-fé objetiva do fornecedor.

Cumprido enaltecer que a questão aqui não é discutir se há meios tecnológicos para se contornar o problema das sacolas. Ora, se há sacolas feitas de material biodegradável ou não é outra questão. O problema das sacolas em si, aparentemente é de fácil solução, bastando impor aos estabelecimentos o uso de sacolas de outro material. A questão de fundo aqui é saber em que medida as disposições constitucionais estão em plena consonância entre si para realização de um modelo pleno de defesa do meio ambiente e do consumidor. A questão é saber se quando os modelos de proteção estabelecidos na Constituição Federal entram em choque, qual a melhor solução a ser adotada.

Há aqui duas tutelas constitucionais em jogo: A tutela do consumidor e a tutela do meio ambiente. As duas são constitucionais. Há dois grandes blocos de normas constitucionais definidoras dos parâmetros ideais de proteção de dois bens jurídicos distintos que se entrecrocaram em algumas ocasiões.

A positivação constitucional de direitos fundamentais de forma ampla e irrestrita tornou-se paradigmática nos Estados Democráticos modernos como forma de assegurar solidez de todo sistema de proteção à pessoa humana. A normatividade constitucional vincula e consolida todo o arcabouço de normas que formam o ordenamento jurídico. São os direitos fundamentais que conferem sustentabilidade ao conjunto de normas infraconstitucionais. A constitucionalização dos direitos fundamentais teve por escopo a vinculação das normas infraconstitucionais de modo a garantir a coerência de todo sistema em direção à proteção da pessoa humana.

A análise do conflito entre os modelos constitucionais de proteção ambiental e do consumidor obviamente não se restringe ao estudo do caso das sacolas plásticas, mas pode atingir proporções muito maiores e impactos de significância social muito mais acentuada. Contudo, é relevante notar que é no contexto da normatividade constitucional que o problema dos conflitos entre direitos fundamentais surge, impondo-se ao intérprete uma nova forma de conceber os direitos a partir da redefinição do raciocínio fora dos parâmetros clássicos, pois uma vez que se procurou dar máxima proteção jurídica dentro de uma norma com mesmo efeito vinculante, certos conflitos seriam inevitáveis. Os direitos colidem porque são todos de mesmo valor e concebidos de uma só vez.

É exatamente essa a razão pela qual a necessidade de uma reestruturação flexível do pensamento se impõe de modo a permitir a coexistência de direitos fundamentais com a mesma força vinculante no mesmo contexto normativo, pois não se poderia conceber um sistema normativo cuja interpretação conduzisse a sua autodestruição. Em contexto comum de tensão entre normas, costuma-se aplicar três critérios básicos: hierarquia, novidade e especialidade. A norma que é hierarquicamente superior define o fundamento da que é inferior. Já o segundo se refere à lei posterior. A lei nova, se de mesma hierarquia, revoga as disposições da lei antiga. Presume-se que a novidade é dotada de maior perfeição, daí a regra instituída. O terceiro refere-se à lei especial. Presume-se que a lei especial por tratar especificamente uma determinada matéria seja mais adequada, mais válida que a norma geral.

Contudo, não é o caso em questão, pois conforme já mencionado o Código de Defesa do Consumidor é norma de fundamento constitucional de caráter principiológico, aplicável sempre em que houver um consumidor na relação jurídica independentemente da especificidade da matéria. Assim, não se poderia alegar a especialidade da matéria ambiental para afastar as disposições do Código de Defesa do Consumidor. As soluções tradicionais de técnicas de hermenêutica apresentam-se imprestáveis no caso em tela.

Os conflitos entre direitos fundamentais não podem ser solucionados na seara da validade. Não se trata aqui de nulificar um direito em favor de outro. Não há relação de condicionalidade recíproca. O direito do consumidor não determina o campo de validade do direito ambiental e nem o direito ambiental determina o do consumidor. Ambos são tutelados constitucionalmente, incorporam-se igualmente na legislação infraconstitucional e possuem a mesma força vinculante. Existe uma colisão entre os referidos direitos fundamentais, mesmo após a definição dos campos de aplicação das normas no caso concreto. No caso, o direito fundamental do consumidor interfere diretamente no âmbito de proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Inevitavelmente os direitos fundamentais acima referidos se colidem entre si por competirem na pretensão de alcançar valores diametralmente opostos. Um visa à boa prestação e a conservação de produtos em seu transporte, o outro a conservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É a complexidade das relações jurídico-sociais e as transformações delas decorrentes fizeram emergir novos problemas de efetivação dos direitos fundamentais. Os conflitos de direitos fundamentais nascem a partir da pretensão a um enfoque abrangente destes direitos.

Assim sendo, cumpre analisar as circunstâncias específicas do caso, afastando total ou parcialmente uma norma. O legislador ou o magistrado ao decidir, devem levar em conta as circunstâncias e o contexto da norma. Não se trata aqui de avaliar qual dos direitos fundamentais é mais importante, mas qual a situação mais importante. Tampouco a solução encontra-se no âmbito do texto normativo, pois sua análise é incapaz de determinar o âmbito de proteção de ambos os direitos.

Se é verdade que os direitos fundamentais estão norteados para o cumprimento de certos ideais ou valores positivados na Constituição Federal, é preciso ponderar estes valores ou ideais e encontrar no caso concreto aquele que está sendo mais ameaçado e não o mais importante, já que não existe hierarquia ou escalas de valores em se tratando de direitos fundamentais.

Isto significa dizer que a definição do âmbito de proteção circunstancial de determinado direito fundamental pode muitas vezes implicar não a eliminação, mas a restrição de outro. Nesse sentido, explica Gilmar Mendes:

Não raro, a definição do âmbito de proteção de determinado direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em conflito com eventual restrição a esse direito.⁹

Desta forma, no caso em tela preferiu o legislador, dada a gravidade das circunstâncias, ampliar o âmbito de incidência da proteção ambiental em detrimento de certas restrições aos direitos do consumidor. A praticidade e comodidade das sacolas plásticas foram sacrificadas em prol da aplicação de um direito fundamental, cujas circunstâncias se apresentam mais urgentes e mais graves.

As circunstâncias do âmbito de incidência ambiental se apresentam mais graves, mais urgentes, mais danosas a que as circunstâncias relativas à comodidade e praticidade dos consumidores. É relevante notar que a ponderação das circunstâncias implica a busca de soluções sem transtornos sistêmicos, ou seja, sem abalos para a amplitude do sistema de proteção aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal. Identifica-se as normas em conflito, avalia-se a gravidade das circunstâncias, para ao final realizar-se o sopesamento a fim de definir a situação que deve prevalecer, sem que isso implique revogação ou declaração de nulidade de um direito. A integridade sistêmica é garantida porque nenhum dos dois direitos fundamentais desaparece. Não houve esvaziamento dos respectivos conteúdos essenciais a eles inerentes. Apenas reconhece-

⁹MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.212

se que determinada circunstância exigiu maior incidência de um direito fundamental. É a consistência da justificação que irá determinar se a ponderação está em consonância com o sistema constitucional como um todo.

Essa ponderação de circunstâncias por sua vez, exige o respeito máximo ao princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade tem por escopo o alcance da adequação e da necessidade no caso concreto. Aplicar regras com proporcionalidade implica não ser desproporcional ou excessivo, buscar a justa medida. É a avaliação das circunstâncias que deve ser encarada a partir de uma perspectiva de integração harmônica dos direitos fundamentais. Isto significa que há um limite, há uma proibição de excessos na restrição de direitos fundamentais. São justamente os graus de gravidade das circunstâncias que devem ser sopesados de modo a se verificar a adequação e a necessidade da restrição. Os fundamentos que justificam a restrição de um direito fundamental devem ser intensos o suficiente de modo a dar maior amplitude ao outro que lhe é contraposto. A coerência sistêmica é sempre um fator essencial na construção de uma solução na qual direitos colidentes incidem. Trata-se de uma justa medida de adequação entre os direitos conflitantes. Na proporcionalidade “há a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas”.¹⁰ Desta forma, pelo princípio da proporcionalidade, “os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”¹¹.

Assim, a ponderação entre as circunstâncias se faz mediante a avaliação valorativa e finalística no caso de colidência entre direitos fundamentais. O sopesamento acima referido deve ser feito por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. A partir da verificação da colidência, deve-se avaliar aquele que, pelas circunstâncias do

caso concreto, se mostre mais adequado, mais consonante com os fins determinados pela Constituição Federal. E não apenas isso, pois é necessário que a escolha da decisão não implique dano sistêmico, isto é, não ameace o sistema de proteção jurídica da aplicação conjunta dos direitos fundamentais. Não se pode exceder-se para além dos limites do estritamente necessário.

Convém aclarar que o princípio da proporcionalidade não tem previsão expressa em nossa Constituição, mas sua aplicação decorre dos conceitos, princípios e valores por ela adotados. O princípio da proporcionalidade decorre da própria Constituição Federal, embora ela não faça previsão expressa.

Por derradeiro, releva anotar que a aplicação da proporcionalidade deve guardar consonância com os princípios e valores máximos instituídos na Constituição Federal, especialmente com aqueles que representam alicerces do Estado Democrático de Direito, tais como cidadania e dignidade da pessoa humana, os quais representam valores máximos e exatamente por essa razão consideram-se como preenchidos a priori.

6. Conclusão

A colisão entre direitos fundamentais, notadamente o direito fundamental do consumidor à prestação adequada e segura quando do fornecimento de produtos em estabelecimentos comerciais e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, prevenindo-se contra os danos causados pela presença de sacolas plásticas no ecossistema decorre da amplitude dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988.

No campo dos direitos fundamentais, os conflitos ou colisões não podem ser resolvidos no campo da validade, mas da ponderação axiológico-finalística de forma proporcional. Isto significa que: 1) Ao se identificar um foco de tensão entre direitos fundamentais não se pode fazer escolhas a esmo sem considerar as possibilidades de abalos sistêmicos ao conjunto de proteções; 2) Não há que se escolher entre o direito mais relevante, pois em se tratando de direitos fundamentais não há hierarquia ou escala de valores; 3) A avaliação

¹⁰ BARROS, Suzana de Vidal Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas aos direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p.76.

¹¹ CANOTILHO, J J Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134.

deve ser da circunstância, dando-se preferência àquela que se apresentar mais urgente, como no caso acima em que os danos ambientais são preponderantes sobre a comodidade e praticidade do consumidor; 4) A escolha da circunstância deve ser proporcional, ou seja, pautar-se pela adequação da medida no caso concreto, bem como pela necessidade de escolha.

Primeiramente, há que se avaliar a dimensão da colisão ou conflito de interesses entre direitos fundamentais e a circunstância a qual impede a aplicação simultânea dos direitos fundamentais. Em seguida, avaliar o âmbito de incidência protetiva dos direitos em conflito. Em seguida, uma vez verificada a existência de colisão e a impossibilidade de aplicação conjunta dos direitos em questão, avaliar valorativamente as circunstâncias mais relevantes para a escolha daquele em favor do qual se concederá maior efetividade.

A partir da decisão da escolha, passa-se a aplicação do princípio da proporcionalidade. Sopesam-se os valores pela justa medida, ou seja, a necessidade e adequação dos valores e

finalidades. Sempre em consonância com os princípios constitucionais.

E finalmente, toma-se cautela de se assegurar que a escolha está em consonância com a cidadania e a dignidade da pessoa humana de forma a não gerar desequilíbrio sistêmico.

Parece que no caso da proibição das sacolas plásticas, o legislador cumpriu as etapas acima descritas de modo que não há, a primeira vista, que se falar em inconstitucionalidades ou arbitrariedades, pois todos os valores foram devidamente sopesados de forma equilibrada. A preferência pela circunstância ambiental parece estar em plena consonância com os princípios e valores máximos da Constituição Federal, porque tal circunstância se apresenta em um âmbito protetivo de maior amplitude, abrangência, e principalmente porque essa escolha não significou a revogação do sistema de proteção ao consumidor, não houve abalos críticos ao sistema de proteção aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- BARROS, Suzana de Vidal Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas aos direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- CANOTILHO, J J Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.
- MARQUES. Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3 ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “Os *Direitos Individuais e suas Limitações*”: Breves Reflexões, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 5 ed. ver., ampl. E atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.
- _____. **Leis Civis Comentadas**: atualizado até 20 de julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**: com exercícios. 2 ed. rev. modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.