



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO**

Sérgio Henrique Furtado Coêlho

**PROTOANÁLISE SINEPEICA DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA
PROPORCIONALIDADE**

Uma abordagem crítica da matriz consequentialista

**Brasília
Outubro de 2019**

IDP
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Sérgio Henrique Furtado Coêlho

**PROTOANÁLISE SINEPEICA DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA
PROPORCIONALIDADE**

Uma abordagem crítica da matriz consequencialista

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, na linha de pesquisa Processo e Jurisdição Constitucional, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Ilton Robl Filho

Brasília
Outubro de 2019

Sérgio Henrique Furtado Coêlho

**PROTOANÁLISE SINEPEICA DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA
PROPORCIONALIDADE**

Uma abordagem crítica da matriz consequencialista

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Ilton Robl Filho

BANCA EXAMINADORA

(Presidente)

(Membro efetivo)

(Membro efetivo)

(Membro efetivo)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a minha família. Aos meus pais, meus irmãos, minha esposa, meus filhos e aos animais que em silenciosa e amorosa presença, sempre acompanharam minha jornada pessoal e profissional pelas veias abertas de Gaia.

Agradeço ao Ministério Público, ao Conselho Nacional do Ministério Público, a todo o corpo docente do Programa de Pós-Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público, em especial, aos Professores Doutores Karin Käsmayer e Paulo Gustavo Gonet Branco por suas correções precisas e suas generosas sugestões que, em muito, ampliaram a compreensão sobre o tema escolhido e suas implicações teóricas e práticas.

Acima de tudo, ao meu Orientador, Prof. Dr. Ilton Robl Filho, com reverência e respeito, os meus mais efusivos agradecimentos pela paciência, dedicação e pelo manancial de conhecimentos que, com imensa generosidade, compartilhou com esse humilde aprendiz.

RESUMO

Nas últimas décadas, a sociedade testemunhou, no cotidiano de praticamente todos os ramos do direito, os excessos cometidos pela aplicação imediata de princípios constitucionais. No limite, a aplicação direta dos princípios conduz ao subjetivismo e ao decisionismo: na medida em que a interpretação dessa categoria normativa centra-se em juízos valorativos por parte do julgador, o controle da racionalidade de tais decisões torna-se mais difícil. Neste cenário, surge a Lei n. 13.655/2018 – conhecida como nova LINDB –, que tem como objeto a garantia da segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, tornando as decisões judiciais (e as assemelhadas) mais racionais a partir de critérios mais exigentes de fundamentação. Ocorre que, na busca por critérios racionais para fundamentar decisões e na análise puramente econômica das consequências delas advindas, podem ser flagradas estratégias linguístico-discursivas e expedientes retóricos que acobertam o caráter ideologizante – e, portanto, valorativo – do Direito sob os véus da neutralidade, racionalidade, tecnicismo e isenção. Por conseguinte, a necessidade de dar concreção e objetividade aos “valores jurídicos abstratos” pode vir a atuar como violação dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais, das garantias do cidadão e, até mesmo, afrontar a dignidade da pessoa humana e da vida, em todas as suas formas, ao fragilizar o princípio da precaução, coluna vertebral do direito ambiental. O objetivo desta pesquisa é, justamente, verificar se é possível harmonizar o consequencialismo jurídico consagrado pela nova LINDB com o princípio da precaução. Acredita-se que tal intento poderá ser alcançado com a aplicação do princípio da proporcionalidade, desde que se adote uma matriz consequencialista de base não puramente economicista, e sim sinepeica. Para que isso ocorra, necessário se faz o enfrentamento da norma geral, como nó górdio do pensamento jurídico moderno, pois de tal enfrentamento resultará uma melhor compreensão da relação entre princípios e regras. Como referenciais teóricos quanto aos temas do desenvolvimento econômico, sustentabilidade e vulnerabilização socioambiental, optou-se por Leite e Ayala (2002); Sarlet e Fensterseifer (2014); Alier (2007); Acselrad (2010); Porto (2011); Herculano (2002); Gordilho e Ravazzano (2017). A temática do princípio da precaução teve como referenciais Antunes (2016); Aragão (2008); Pardo (2003); Guivant (2016); Fernandes (2002); Jonas (2006); Silva e Diz (2018). Sobre o princípio da proporcionalidade, Pulido (2014), Vicente (2014), Mastrodi e Steinberg (2014); Ferreira (2005). Quanto ao pragmatismo e ao consequencialismo, García (2010); Andrade (2010); Eisenberg e Pogrebinschi (2002); Pogrebinschi (2005); Posner (2010); Arruda (2011); Morais e Zolet (2018). Sobre a nova LINDB, Gonçalves (2015); Oliveira (2018); Marques Neto e Freitas (2019); Silva (2014). Quanto às falácias da dogmática jurídica, e do cientificismo que descaracteriza o raciocínio prudencial do direito, apelou-se para Bisol (2004) e sua “teoria fragmentária da norma”. Para fundamentar a análise sinepeica, Sampaio (2013). Como referenciais metodológicos a nortear a abordagem do tema proposto por esta dissertação, optou-se pela análise sinepeica de Ferreira (2005) e Fikentscher (2009) e pela Triangulação (DENZIN e LINCOLN, 2006).

Palavras-chave: Análise sinepeica; Teoria fragmentária da norma; Princípio da precaução; Proporcionalidade; Consequencialismo.

ABSTRACT

In recent decades, society has witnessed, in the daily life of virtually all branches of law, the excesses committed by the immediate application of constitutional principles. In the limit, the direct application of the principles leads to subjectivism and decisionism: as the interpretation of this normative category focuses on judging values by the judge, control of the rationality of such decisions becomes more difficult. In this scenario, Law 13.655/2018 – known as nova LINDB – arises, which aims to ensure legal certainty and efficiency in the creation and application of public law, making judicial (and similar) decisions more rational based on criteria most demanding of reasons. However, in the search for rational criteria to base decisions and in the purely economic analysis of the consequences of these, linguistic-discursive strategies and rhetorical expedients may be found that conceal the ideologizing – and, therefore, value – character of Law under the veils of neutrality, rationality, technicality and exemption. Therefore, the need to give concreteness and objectivity to the “abstract legal values” may act as a violation of constitutional principles, fundamental rights, citizen guarantees and even to confront the dignity of the human person and life, in particular. In all its forms by weakening the precautionary principle, the backbone of environmental law. The purpose of this research is precisely to verify if it is possible to harmonize the legal consequentialism enshrined by nova LINDB with the precautionary principle. It is believed that such an intention can be achieved by applying the principle of proportionality, provided that a consequentialist matrix of non-purely economic rather than syneptic basis is adopted. For this to happen, it is necessary to confront the general norm, as a Gordian knot of modern legal thought, because such a confrontation will result in a better understanding of the relationship between principles and rules. As theoretical references on the themes of economic development, sustainability and social and environmental vulnerability, we chose Leite e Ayala (2002); Sarlet e Fensterseifer (2014); (2007); Acselrad (2010); Porto (2011); Herculano (2002); Gordilho e Ravazzano (2017). The theme of the precautionary principle was based on Antunes (2016); Aragon (2008); Brown (2003); Guivant (2016); Fernandes (2002); Jonas (2006); Silva e Diz (2018). On the principle of proportionality, Pulido (2014), Vicente (2014), Mastrodi e Steinberg (2014); Ferreira (2005). As for pragmatism and consequentialism, García (2010); Andrade (2010); Eisenberg e Pogrebinschi (2002); Pogrebinschi (2005); Posner (2010); Arruda (2011); Morais e Zolet (2018). About the new LINDB, Gonçalves (2015); Oliveira (2018); Marques Neto e Freitas (2019); Sabrina Silva (2014). As for the fallacies of legal dogmatics, and of the scientism that misrepresents the prudential reasoning of law, we appealed to Bisol (2004) and his “fragmentary theory of the norm”. As methodological references to guide the literature review on the theme proposed by this dissertation, we opted for the syneptic analysis of Ferreira (2005) and Fikentscher (2009) and the Triangulation of (DENZIN e LINCOLN, 2006).

Key words: Syneptic analysis; Fragmentary theory of norm; Precautionary principle; Proportionality; Consequentialism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, SUSTENTABILIDADE E VULNERABILIZAÇÃO SOCIOAMBIENTAL.....	16
1.1. O ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO	16
1.2. SOCIEDADE DE RISCO E INCERTEZA	18
1.3. O FETICHISMO DA MERCADORIA E O CONSUMISMO	20
1.4. DESENVOLVIMENTISMO ECONÔMICO × SUSTENTABILIDADE	23
1.5. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DESIGUALDADE	30
1.6. ECOLOGISMO DOS POBRES – ACESSO EQUITATIVO AOS RECURSOS AMBIENTAIS	36
1.7. JUSTIÇA AMBIENTAL.....	38
1.8. ECOCÍDIO: O EXTREMO DA VULNERABILIZAÇÃO E DA INSUSTENTABILIDADE	41
2. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.....	47
2.1. PRINCÍPIOS E REGRAS	47
<i>2.1.1 O discurso jusnormativo entre o vazio e o inacabado</i>	<i>51</i>
2.2. AS MÚLTIPLAS FACES DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	57
2.2.1 <i>O dano ambiental.....</i>	<i>62</i>
2.2.2 <i>Juízos de plausibilidade e probabilidade na avaliação do risco ambiental</i>	<i>63</i>
2.3. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A SOCIEDADE DE RISCO	66
2.4. PRECAUÇÃO E RESPONSABILIDADE	74
2.5. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA ESFERA INTERNACIONAL	79
2.6. PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	83
2.7. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	88
3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	102
3.1. A PROPORCIONALIDADE EM SEU PERCURSO HISTÓRICO	102
3.2. CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	110
3.2.1 <i>A crítica ao “etapismo”.....</i>	<i>119</i>
3.2.2 <i>O princípio da proporcionalidade segundo Pulido</i>	<i>132</i>
3.2.3 <i>A crítica vicentina ao princípio da proporcionalidade como método jurisdicional de resolução de conflitos</i>	<i>142</i>
3.2.3.1 <i>Análise crítica da proporcionalidade em Robert Alexy.....</i>	<i>143</i>
3.2.3.2 <i>Subprincípios da proporcionalidade.....</i>	<i>144</i>
3.2.3.3 <i>Proporcionalidade e método</i>	<i>147</i>
3.2.3.4 <i>O princípio da proporcionalidade e a racionalidade argumentativa.....</i>	<i>151</i>
3.3. ANÁLISE SINEPEICA E PROPORCIONALIDADE	155

4. O CONSEQUENCIALISMO E A LEI DA SEGURANÇA PARA A INOVAÇÃO PÚBLICA – LEI N. 13.655/2018155

4.1. PRAGMATISMO	156
4.1.2. <i>O pragmatismo jurídico de Richard Allen Posner</i>	168
4.1.2.1. <i>O pragmatismo cotidiano</i>	169
4.1.2.2. <i>O pragmatismo no comportamento judicial</i>	172
4.1.2.3. <i>Distinções entre o pragmatismo jurídico e o consequencialismo</i>	174
4.1.2.4. <i>Críticas ao pensamento posneriano</i>	180
4.1.2.5. <i>A argumentação consequencialista</i>	188
4.2. <i>A nova LINDB</i>	189
4.3. <i>Nota técnica do Ministério Público Federal</i>	220
4.4. PROCESSO DECISIONAL CONSEQUENCIALIST	228

5. PROTOANÁLISE SINEPEICA DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E PROPORCIONALIDADE EM SUA RELAÇÃO COM A MATRIZ CONSEQUENCIALISTA231

5.1. PROCESSO DECISIONAL, CONSEQUENCIALISMO E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA	231
5.1.2. <i>A metodologia científica: da modernidade à pós-modernidade</i>	234
5.2. O CASE SAAP/SAB × ELETROPAULO	237
5.2.1. <i>Parecer n. 2186/2014 – PGGB</i>	238
5.3. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 627.189	245
5.3.1. <i>Ementa</i>	245
5.3.2. <i>Os votos</i>	246
5.3.2.1. <i>Voto do ministro Dias Toffoli (relator)</i>	246
5.3.2.1.1. <i>O desafio</i>	247
5.3.2.1.2. <i>O direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado em confronto com o sistema de transmissão de energia elétrica no Brasil</i>	247
5.3.2.1.3. <i>O conteúdo jurídico do princípio da precaução no âmbito do direito ambiental e da proteção da saúde</i>	248
5.3.2.1.4. <i>A aplicação do princípio da precaução no caso concreto</i>	250
5.3.2.2. <i>Voto do ministro Edson Fachin</i>	253
5.3.2.3. <i>Antecipação do voto do ministro Luís Roberto Barroso</i>	254
5.3.2.3.1. <i>Voto do ministro Luís Roberto Barroso</i>	255
5.3.2.4. <i>Voto do senhor ministro Teori Zavascki</i>	257
5.3.2.5. <i>Voto da ministra Rosa Weber</i>	258
5.3.2.6. <i>Voto do ministro Luiz Fux</i>	258
5.3.2.7. <i>Voto da ministra Cármen Lúcia</i>	259
5.3.2.8. <i>Voto do Ministro Gilmar Mendes</i>	260
5.3.2.9. <i>Voto do Senhor Ministro Marco Aurélio</i>	261
5.3.2.10. <i>Voto do Senhor Ministro Celso de Mello</i>	264

5.3.2.11. <i>Declaração de impedimento do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski</i>	266
5.4. A (IM)PRUDÊNCIA DO DISCURSO JURÍDICO ENTRE O VAZIO E O INACABADO DA LEI	266
5.5. A SINEPEIA JURÍDICA E OS MARES PROFUNDOS DA PROPORCIONALIDADE	274
5.5.1. <i>O pensamento de Wolfgang Fikentscher</i>	277
5.5.2. <i>Os modos de pensar e os métodos do direito</i>	279
5.5.3. <i>A sinepeia como metateoria das ciências sociais</i>	282
5.5.4. <i>A proporcionalidade como resultado das extraposições éticas</i>	284
5.5.5. <i>Sinepeia, proporcionalidade e teleologia</i>	287
5.5.6. <i>Causalidade aguçada e prospecção dos efeitos</i>	289
5.5.7. <i>O sistema tridimensional sinepeico</i>	290
5.5.8. <i>A proporcionalidade como articulação entre ambas as modalidades de extraposição ética</i>	291
5.5.9. <i>Sinepeia constitucional</i>	293
5.5.10. <i>O sujeito se faz presente</i>	295
5.6. PROTOANÁLISE SINEPEICA.....	299
5.6.1. <i>Triangulação</i>	300
5.6.2. <i>Consequencialismo sinepeico</i>	309
CONCLUSÃO	314
REFERÊNCIAS	320

INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.655/2018, promulgada em 25 de abril de 2018, tem como objeto a garantia da segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, ocupando-se, entre outras coisas, da interpretação do direito pelo administrador público e da revisão judicial de atos administrativos. São essas as normas que interessam para este trabalho: aquelas que dão parâmetros à interpretação do direito pela e para a Administração.

A preocupação que motivou a alteração na LINDB é a mesma que, em grande medida, produziu o Código de Processo Civil de 2015. A ideia é tornar as decisões judiciais (e as assemelhadas) mais racionais a partir de critérios mais exigentes de fundamentação. Tais iniciativas são resultado dos excessos observados em um período histórico no qual a aplicação imediata de princípios constitucionais passou a marcar o cotidiano de todos os ramos do direito e o Poder Judiciário expandiu acentuadamente sua influência normativa.

No limite, a aplicação direta dos princípios conduz ao subjetivismo e ao decisionismo: na medida em que a interpretação dessa categoria normativa centra-se em juízos valorativos por parte do julgador, o controle da racionalidade de tais decisões torna-se um tanto mais difícil.

Uma forma de garantir que as decisões sigam critérios de racionalidade publicamente aceitáveis, ao invés de meras preferências pessoais ou juízos morais, é demandando uma fundamentação rigorosa, segundo critérios claros. Nas palavras do relator do projeto, Deputado Paulo Abi-Ackel, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara, que resultou na Lei n. 13.655: “o maior inimigo de um ordenamento jurídico fundado em princípios e normas genéricas é a ausência de motivação” (BRASIL, 2017, p. 8). Motivação sempre há; juízes não jogam dados. O relator refere-se à motivação fundada em parâmetros legítimos.

A recente alteração da LINDB avança nesse sentido, especificamente no campo do controle dos atos administrativos, exigindo que a invalidação de tal ato siga critérios objetivos e que não negligencie as circunstâncias concretas a que se submetem os gestores

públicos. O *caput* do art. 20 da nova LINDB determina, para qualquer esfera de decisão judicial ou assemelhada, que decisões não devem se basear apenas em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Em seu parágrafo único, o dispositivo especifica que essa análise prática leve em conta a necessidade e a adequação da medida imposta ou invalidada.

“Necessidade” e “adequação” são termos que adentraram o vocabulário jurídico nacional como componentes – junto com o parâmetro da proporcionalidade em sentido estrito – do chamado princípio da proporcionalidade. Esse princípio foi herdado da jurisprudência constitucional alemã por intermédio do direito comparado e, principalmente, pela obra de Robert Alexy (2000; 2008).

O ilustre professor explica como o Tribunal Constitucional Federal alemão construiu jurisprudencialmente a solução para o problema do hiato normativo entre princípios autoaplicáveis, mas altamente genéricos e potencialmente colidentes, e os casos práticos enfrentados pelas instâncias decisórias com competência para aplicá-los. A solução para essa questão foi inscrita no princípio interpretativo – uma espécie de metaprincípio jurídico – da proporcionalidade.

Para compreender esse princípio interpretativo, é preciso antes compreender que princípios jurídicos não estabelecem comandos definitivos, aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada”; segundo o princípio lógico do terceiro excluído. Ao contrário, prescrevem em graus: seus comandos devem ser cumpridos no maior grau possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas da autoridade que os aplica. São, em suma, mandatos de otimização.

Em um cenário no qual mais de um princípio pode ser aplicável, buscar pela otimização significa descobrir algum parâmetro que equilibre os pesos relativos dos dois princípios da melhor maneira possível. O termo técnico no jargão econômico para o melhor cenário possível de acordo com qualquer dos critérios relevantes de distribuição de recursos é ótimo de Pareto. No contexto jurisdicional, o ótimo de Pareto é a situação tal em que um princípio não pode ser realizado num grau maior sem comprometer a realização de outros princípios aplicáveis.

O objetivo do princípio da proporcionalidade é justamente a realização do ótimo de Pareto no contexto da colisão entre dois princípios que alberguem direitos fundamentais. Para realizar essa medida, o princípio divide-se em três etapas, os chamados subprincípios da adequação, da necessidade – ambos dedicados à avaliação das possibilidades fáticas – e da proporcionalidade em sentido estrito – dedicado ao conteúdo valorativo dos princípios em julgamento.

O primeiro subprincípio, o da adequação, trata da aptidão de cada alternativa prática cogitada em produzir efeitos no mais alto grau possível, prejudicando o mínimo possível os princípios em questão. Assim, ele exclui meios que prejudiquem um princípio sem realizar algum outro em alguma medida. O subprincípio da necessidade, por sua vez, questiona sobre a possível existência de medida menos gravosa que realize o mesmo efeito. Diz-se que não é necessária uma medida que poderia ser substituída por outra tão eficaz na realização de um princípio, mas que interfira menos na concretização de outros princípios. Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que é o que é propriamente chamado de ponderação, determina a avaliação da importância de um princípio em relação ao descumprimento esperado do outro princípio.

Cada uma das etapas é medida quantitativamente através da atribuição de uma escala de peso relativo (fraco, médio e forte, por exemplo): aos meios de realização de um princípio, à interferência no princípio em sentido contrário e aos próprios princípios (abstrata e concretamente). Isso é chamado de fórmula peso. Os dois primeiros subprincípios, que tratam da realização e da interferência das medidas práticas em relação aos princípios jurídicos relevantes, exigem a avaliação das consequências práticas do processo decisório. Exigem, portanto, que o juiz seja capaz de avaliar cenários futuros, considerar a probabilidade de sua realização e compará-los com os valores inscritos nos princípios jurídicos.

Para refletir sobre o cenário acima delineado, a presente dissertação foi dividida em cinco capítulos.

O primeiro capítulo tece considerações sobre as relações tensas entre o desenvolvimentismo econômico, a sustentabilidade, os processos de vulnerabilização

socioambientais e a justiça ambiental. Esse capítulo se divide em oito seções. Na primeira seção será abordado o Estado socioambiental de direito. Na segunda seção, as questões relativas à sociedade de risco. Na terceira seção, o fetichismo da mercadoria. Na quarta seção serão abordados o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade. Na quinta seção, desenvolvimento sustentável e a desigualdade. Na sexta seção, o ecologismo dos pobres e os desafios de se estabelecer e manter o acesso equitativo aos recursos ambientais. Na sétima seção será considerada a justiça ambiental; e na oitava e última seção, o extremo da vulnerabilização e insustentabilidade que é o crime de ecocídio.

O segundo capítulo trata do princípio da precaução. Esse capítulo terá por escopo a análise jusfilosófica e dogmática do princípio da precaução. O meio ambiente é um sistema delicado e amplamente interconectado, o que faz com que seja particularmente difícil produzir conhecimento sobre o objeto, bem como avaliar hipóteses sobre cenários futuros. Esse capítulo divide-se em duas seções. Na primeira, serão consideradas as distinções entre princípios e regras. Na segunda seção, serão avaliadas as relações entre o princípio da precaução, a sociedade de risco e a ética da responsabilidade, o tratamento dado ao princípio no cenário internacional e no ordenamento jurídico pátrio, bem como seus pressupostos da aplicação.

No terceiro capítulo será analisado o princípio da proporcionalidade. Esse capítulo possui três seções. Na primeira, será abordado o princípio da proporcionalidade em seu percurso histórico. Na segunda seção, as críticas ao princípio da proporcionalidade, em especial àquilo que alguns estudiosos denominam “etapismo” e o seu papel como método judicial de resolução de conflitos. Na terceira e última seção será introduzido os prolegômenos da análise sinepeica.

O quarto capítulo tratará do consequencialismo jurídico e da Lei de Segurança para a Inovação pública – a Lei n. 13.655/2018, que, como foi dito, ficou popularmente conhecida como nova LINDB.

Nele serão consideradas as inovações da Lei n. 13.655/2018 à LINDB e será feita a análise doutrinária dos referidos dispositivos, com o propósito de explorar as potenciais implicações da lei para a interpretação do direito em geral. Um foco importante aqui é

sobre como suas determinações, idealmente, garantem a estabilidade das decisões administrativas, protegendo a avaliação do gestor contra potenciais reconsiderações de ordem subjetiva por outras instâncias.

O valor realizado por essa medida é, entre outros, o da segurança jurídica – todos, gestores e administrados, beneficiam-se dessa estabilidade. A segurança jurídica verifica-se na exigência, por exemplo, do art. 21 da nova LINDB, que determina que decisão que invalidar ato de gestor público indique “de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas”. Esse e outros dispositivos semelhantes aumentam o grau de liberdade do gestor, exigindo, para que sua decisão seja revista, que critérios objetivos e verificáveis sejam observados.

O capítulo se divide em quatro seções. Na primeira seção será apresentado o pragmatismo de James, Dewey e Posner; as distinções entre o pragmatismo e o consequencialismo; as críticas ao pensamento posneriano e a caracterização da argumentação consequencialista. Na segunda seção, serão analisados os dispositivos da nova LINDB. Na terceira seção, as críticas presentes na Nota Técnica Conjunta n. 1/2018 do Ministério Público Federal aos dispositivos da nova LINDB. Na quarta e última seção serão feitas considerações à respeito da análise sinepeica do consequencialismo proposto pela Nova LINDB.

No quinto e último capítulo será considerada a possibilidade de se aplicar a análise sinepeica dos princípios da precaução e proporcionalidade em sua relação com a matriz consequencialista. Nesse capítulo serão abordadas a teoria fragmentária da norma de Bisol (2004), a sinepeia de Fikentscher (2009) e a aplicação da teoria fikentscheriana ao princípio da proporcionalidade executada por Ferreira (2005) em sua dissertação de mestrado. Também será examinada a controvérsia constitucional envolvendo a concessionária de energia elétrica do Estado de São Paulo e duas associações de moradores do referido estado, na qual a companhia foi condenada a reduzir a intensidade dos campos eletromagnéticos de baixa frequência em razão do potencial risco de desenvolvimento de câncer pela população, havendo, na sequência recorrido da decisão através do Recurso Extraordinário 627.189, cujo teor será analisado.

O estudo deste caso mostra-se relevante, pois implica o exame da admissibilidade e pertinência de se invocar o princípio da precaução, em face do direito fundamental de todos ao ambiente ecologicamente equilibrado, sem o qual não há qualidade de vida, e, conseqüentemente, perecem a saúde e a dignidade da pessoa humana. Após a análise do posicionamento do Ministério Público Federal quanto à controvérsia, serão analisados os votos dos ministros do STF.

O último capítulo se divide em seis seções. Na primeira seção será discutido o processo decisional, o consequencialismo e a questão da segurança jurídica. Na segunda seção, será apresentado o Case SAAP/SAB x ELETROPAULO. Na terceira seção, o Recurso Extraordinário 627.189. Na quarta seção, o discurso jurídico sob a perspectiva bisoliana. Na quinta seção, a sinepeia jurídica fikentscheriana. Na sexta e última seção, será apresentada a proposta da análise sinepeica como metodologia para equacionar os princípios da precaução e proporcionalidade na matriz consequencialista.

O que se busca com este trabalho de pesquisa é avaliar se o princípio interpretativo da proporcionalidade, aplicado de acordo com a perspectiva sinepeica, poderá atuar como ferramenta para o equacionamento do princípio da precaução com a matriz consequencialista consagrada pela nova LINDB.

Este trabalho busca evidenciar um elemento central para o enfrentamento dos desafios postos pela nova LINDB: há uma potencial colisão entre os princípios da precaução e da segurança jurídica na atuação da Administração Pública. O primeiro faz restrições especialmente severas sobre os limites da ação do poder público quando estes impactam o meio ambiente. Mais especificamente, a precaução exige que se privilegie a proteção ao meio ambiente mesmo com base em hipóteses pouco prováveis, mas plausíveis de possível dano ambiental. Já as proteções ao administrador público garantidas pela nova LINDB, calcadas no princípio da segurança jurídica, demandam que a invalidação de suas decisões satisfaça critérios mais rígidos, como a fundamentação nas “consequências práticas” do ato invalidado ou a “necessidade” dessa invalidação.

A decisão do administrador público é um dos principais momentos de concretização das normas jurídicas; é quando regras e princípios ganham corpo e passam

a afetar diretamente o cotidiano da população. A questão colocada é a da colisão entre os princípios da precaução e da segurança jurídica. Este trabalho de pesquisa aborda essa questão a partir da ferramenta interpretativa que permite uma solução para esse tipo de problema: o princípio (às vezes, chamado de metaprincípio, dada sua função de um “princípio para a interpretação de princípios”) da proporcionalidade.

O método da proporcionalidade orienta a interpretação da nova LINDB em matéria ambiental, na qual o princípio da precaução serve como norte. Onde o julgador deve avaliar cenários concretos, sua avaliação deve incluir hipóteses científicas sobre o risco de dano ambiental futuro, mesmo que a probabilidade de sua ocorrência seja pequena ou que a comprovação dessa probabilidade não seja cabal. Isso significa que o rigor com o qual autoridades públicas são escrutinadas deve ser maior e segundo parâmetros menos verificáveis que a regra geral imposta pelo metaprincípio.

Ao aplicar o metaprincípio da proporcionalidade a esse conflito entre a precaução e a segurança jurídica na revisão da discricionariedade administrativa em matéria ambiental, as próprias noções de necessidade e adequação são contaminadas pelos dois princípios em questão.

Especificamente, a precaução ambiental exige que a avaliação de necessidade seja feita levando em conta a gravidade do potencial dano ambiental, e a avaliação de adequação, levando em conta o melhor conhecimento científico disponível, ainda que suas evidências não sejam conclusivas.

Essa dificuldade lógica de se aplicar o metaprincípio ao conflito de princípios em questão – pode-se argumentar – decorre de uma falha legislativa. Ao tentar regular a interpretação do direito de maneira genérica, passou por cima das peculiaridades de cada matéria. A solução defendida ao final do trabalho é que se dê prioridade ao princípio da precaução subsidiado pelo princípio da vedação da proteção insuficiente em matéria ambiental, respeitando um critério de especialidade.

1. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, SUSTENTABILIDADE E VULNERABILIZAÇÃO SOCIOAMBIENTAL

Vivemos em tempos muito peculiares. Atualmente, talvez pela primeira vez na história, as transformações sociais, econômicas, ambientais e, principalmente, tecnológicas, têm seu desenvolvimento muito mais acelerado que nossa capacidade de nos adaptarmos a elas. Em nossa vida cotidiana, mudanças brutais transformam hábitos e criam hiatos geracionais quase intransponíveis. Em maiores escalas, se pensarmos nos processos regionais e globais, as transformações são igualmente drásticas, mas com um grau de complexidade e magnitude ainda maiores.

A análise científica do impacto das novas tecnologias é limitada e fluida. Isso significa que as certezas científicas não são tão abundantes quanto eram anteriormente, entre o início da modernidade e o início do século XX. Por outro lado, os riscos são mais complexos e maiores do que nunca. Riscos, deve-se frisar, que ameaçam não apenas o modo de vida ao qual a sociedade se habituou, mas sim, como no caso de desastres nucleares ou do aquecimento global, sua própria existência, bem como das demais espécies que habitam o planeta.

Nesse contexto desafiador, o de uma situação-limite causada pela exploração abusiva dos recursos naturais e pelos impactos provocados pelas atividades antrópicas – em especial, as industriais –, testemunhamos a emergência de um novo modelo de Estado – o Estado socioambiental de direito –, como superação do Estado social que emergiu com o término da Segunda Grande Guerra.

1.1. O Estado socioambiental de direito

Segundo Fensterseifer (2008, p. 96), o Estado socioambiental de direito – que também é democrático e constitucional –, que teve como origem o processo histórico, cultural, econômico, político e social gestado ao longo do século XX, determinou a realidade que se vivencia hoje no plano jurídico-constitucional.

Para Sarlet e Fensterseifer (2013), o Estado socioambiental de direito configura-se como um marco jurídico-constitucional ajustado à necessidade da tutela e promoção, de maneira integrada e independente, dos direitos sociais e dos direitos ambientais num mesmo projeto

jurídico-político para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis, inclusive pela perspectiva da noção ampliada e integrada dos direitos fundamentais socioambientais ou direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. O Estado socioambiental de direito encontra seu fundamento na teoria constitucional ecológica, que promove a força normativa das chamadas “Constituições verdes” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 45).

A finalidade do Estado socioambiental de direito, portanto, é a sustentabilidade, com base na tutela de direitos sociais, culturais, econômicos e ambientais – os chamados DESCAs. Seu fundamento constitucional, na busca de um desenvolvimento sustentável, encontra-se, num primeiro momento, no art. 225 da Lei Maior do Estado brasileiro, quando tutela o equilíbrio ecológico. Contudo, a essa finalidade acresce-se outra de magnitude não inferior. Nas palavras de Sarlet (2014, p. 36):

A história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder (SARLET, 2014, p. 36).

Tendo por escopo a proteção ao meio ambiente, para as presentes e futuras gerações, a defesa e a salvaguarda da pessoa humana – e, mais além, da dignidade da vida, em todas as suas formas –, a efetivação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, emerge, por meio de um novo pacto jurídico-político, o Estado socioambiental de direito.

Sua emergência está, também, comprometida com a tarefa de corrigir as desigualdades sociais e econômicas que conduzem aqueles submetidos ao constante processo de vulnerabilização socioambiental às piores e mais degradantes condições de vida, sem a mínima condição de acesso a uma vida digna e saudável, em um ambiente equilibrado e seguro (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 68).

Há que destacar a avaliação de Santos (2013), para quem a Constituição traz uma concepção de desenvolvimento ecossocialista que se opõe à do capital – expansionista:

O desenvolvimento social afere-se pelo modo como são satisfeitas as necessidades humanas fundamentais e é tanto maior, a nível global, quanto mais diverso e menos desigual; a natureza é a segunda natureza da sociedade e, como tal, sem se confundir com ela, tão pouco lhe é descontínua; deve existir um estrito equilíbrio entre três formas principais de propriedade: a individual, a comunitária e a estatal [...]

(SANTOS, 2013, p. 336).

Sem a adoção de valores e comportamento condizentes com o primado do respeito à dignidade da vida, as consequências danosas das ações antrópicas podem ter efeito cumulativo e irreversível sobre o ecossistema global. A tecnologia e os conhecimentos científicos se tornaram instrumento de criação e destruição, servindo de ameaça à sobrevivência da espécie humana. Assim, considerando o atual estágio tecnológico, Jonas (2006) sustenta que a ética deveria ter uma nova concepção, considerando o princípio da responsabilidade da civilização tecnológica. Nesse sentido, Fensterseifer (2008) aponta que:

A proteção ambiental passa a ser uma das bases éticas fundamentais da sociedade contemporânea na sua caminhada civilizatória, exigindo-se, para o convívio harmonioso entre todos os integrantes da comunidade humana, a firmação de um pacto socioambiental em relação à proteção da Terra, onde todos os atores sociais e estatais assumam as suas responsabilidades e papéis na construção de uma sociedade nacional e mundial ambientalmente saudável. Propõe-se uma reconciliação do homem natural com o homem político (FENSTERSEIFER, 2008, p. 120).

Com objetivo de assegurar o meio digno e saudável para as gerações presentes e futuras, o princípio da responsabilidade intergeracional alia-se ao princípio da precaução/prevenção, com o fim de proteger o ambiente em um cenário global de risco e incerteza.

1.2. Sociedade de risco e incerteza

O quadro contemporâneo de degradação e crise ambiental é fruto, portanto, dos modelos econômicos experimentados no passado, não se tendo cumprido a promessa de bem-estar para todos como decorrência da revolução industrial, mas um contexto de devastação ambiental planetária e indiscriminada (FENSTERSEIFER, 2008, p. 95).

Para que se possa compreender a importância de avaliações de risco na sociedade atual, é importante que se diga algo sobre as peculiaridades do momento histórico que começou com o início da modernidade e culminou com o atual cenário. O que se segue é apenas uma caracterização impressionista dos tempos atuais, com foco nas fundações fluidas de uma sociedade pautada pelas constantes transformações tecnológicas disruptivas. A análise baseia-se nos comentários de Bauman (2008), a respeito de como a sociedade pós-moderna adquire uma fluidez que enfraquece nossa compreensão.

O autor trata das características da sociedade de consumidores, o modelo atual de sociedade, no qual o principal bem comercializado são as próprias pessoas, que estão encarregadas de fazer a publicidade de si mesmas. O autor apresenta três casos que ilustram

hábitos da sociedade atual (BAUMAN, 2008, p. 7-35):

- Caso I: redes sociais. Muitos abrem, mas poucos persistem. Em sociedades mais conectadas, participar das redes sociais não é opcional, sob pena de “morte social”. Seu sucesso explica-se pela necessidade das pessoas de compartilharem informações pessoais, e o resultado é uma vida cada vez mais digital. Esse apelo não é restrito aos mais jovens.
- Caso II: classificação automatizada de clientes. Sistemas automáticos selecionam de maneira eficaz os clientes mais rentáveis e oferecem melhor tratamento nos serviços por telefone. A grande novidade não é a necessidade que as empresas têm de produzir essa informação, mas a eficácia com que a nova tecnologia permite que isso seja feito.
- Caso III: no Reino Unido, uma proposta promete classificar potenciais imigrantes de acordo com um sistema de pontos, que envolve a quantidade de dinheiro e habilidades.

Nos três casos, as pessoas são incentivadas a se apresentar como mercadorias atraentes e desejáveis para o resto do mundo. São produtos e vendedores de si. A tendência já podia ser observada na década de 1920. Desde então, gradualmente a economia global substituiu o produto material pelo trabalho como mercadoria. Nesse contexto, os trabalhadores têm uma função primordial de garantir a venda de sua mão de obra, sempre cuidando de sua imagem e de sua posição social. Percebe-se com clareza que a vida em uma sociedade constituída sobre os pilares das garantias, certezas e segurança se torna cada vez mais distante. Este parece ser um dos dramas que atormenta a sociedade atual, em especial, os grupos mais vulneráveis. Nas palavras de Bauman (2001):

Sicherheit, a língua alemã é atipicamente frugal: consegue estreitar num único termo fenômenos complexos para os quais outras línguas precisam pelo menos três – **segurança, certeza e garantia**. (...) os três ingredientes da *Sicherheit* são as condições para a autoconfiança de que depende a capacidade de pensar e agir racionalmente. A ausência ou carência de um desses elementos tem basicamente o mesmo efeito: dissipação da autoconfiança na própria capacidade e nas intenções dos outros, uma crescente incapacitação, ansiedade, esperteza e a tendência a buscar defeitos e apontá-los, a arranjar bodes expiatórios e a agredir. Todas essas tendências são sintomas de uma *corrosiva desesperança existencial* (...) torna-se cada vez mais óbvio que as incertezas de hoje são, para usar a expressão de Anthony Giddens, *fabricadas* – de modo que viver na incerteza revela-se um estilo de vida, o único estilo da única vida disponível (BAUMAN, 2001, p. 26-27).

O que se percebe é uma situação em que o indivíduo e os grupos sociais são submetidos à lógica econômica. O Estado de bem-estar é indispensável para esse modelo econômico, mas

tem sido gradualmente substituído, num processo de desregulamentação e privatização. Como consequência, espera-se que empregados estejam dispostos a se adaptar às circunstâncias da empresa, motivando-os a evitar decisões de vida que possam torná-los menos flexíveis para o trabalho, como ter filhos. A valorização da estabilidade e habitualidade em uma função é desencorajada. Esse é um processo para o qual a burocracia estatal é ineficaz.

1.3. O fetichismo da mercadoria e o consumismo

Segundo Bauman (2008, p.19), consumidores costumam ser descritos entre os extremos de “patetas e idiotas culturais” (a quem se deve enganar com publicidade) e “heróis da modernidade” (racionais, autônomos e capazes de se reinventar a cada momento). Contudo, pouco se fala que o próprio consumidor é também objeto de consumo, e que se espera que ele se apresente como tal – como enfatizou o autor, “na era da informação, invisibilidade é equivalente à morte” (BAUMAN, 2008, p. 21).

No século XIX, Marx (2017, p. 207) denunciou o fetichismo da mercadoria, a falsa noção de que os produtos se movimentam por si próprios. Como bem observou Bauman (2008):

Se foi o destino do fetichismo da mercadoria ocultar das vistas a substância demasiado humana da sociedade de produtores, é papel do fetichismo da subjetividade ocultar a realidade demasiado comodificada da sociedade de consumidores (BAUMAN, 2008, p. 22).

Tal é, por exemplo, o comportamento que observamos naqueles que se colocam à venda (em *sites* de encontros, por exemplo): escondem sua subjetividade atrás da publicidade de suas qualidades de mercadoria, pois há um conforto em se esconder das subjetividades, já que um “encontro face a face”, segundo Bauman (2008, p. 23), exige “o tipo de habilidade social que pode inexistir ou se mostrar inadequado em certas pessoas, e um diálogo sempre significa se expor ao desconhecido”.

Porém, a despersonalização promovida pelo mundo virtual é ilusória, já que os bens comercializados (trabalho, interesses românticos etc.) são necessariamente vinculados às pessoas reais. A solução do mercado para neutralizar a ameaça dessa ilusão é reconhecendo a subjetividade das pessoas no outro polo: tratando o consumidor como soberano. Toda a insatisfação do consumidor deve ser respeitada, o que gera um hábito de descartar mercadorias defasadas ou defeituosas (uma indústria de remoção de lixo é parte necessária dessa cultura).

Estabelece-se assim uma “relação pura” entre as pessoas: com a simplicidade de uma relação comercial, sem as complicações que as relações sociais tradicionais (como a amizade, o amor etc.) carregam.

“Sociedade de consumidores” é como podem ser entendidas a cultura e a estrutura de instituições que tratam as pessoas como consumidores, garantindo por meio de incentivos e punições que se comportem dessa forma. A noção de consumo praticamente inexistia nas análises econômicas anteriores ao século XX. Antes disso, prevalecia o tratamento das pessoas como trabalhadores, que deveriam estar dispostos ao sacrifício e a dedicação às suas atividades profissionais, exigências sempre focadas nos corpos. Atualmente, as pessoas são disciplinadas para o consumo. O sucesso profissional é traduzido como a capacidade individual de participar do mercado consumidor. Se alguém fracassa nessa dimensão, é estritamente por uma falta pessoal. Por causa dessa ansiedade com o sucesso pessoal, todo produto é anunciado como capaz de aumentar a desejabilidade social de quem o consome. A dupla condição de consumidor e produto cria um círculo retroalimentado: consumir bem, e muito, torna as pessoas mercadorias mais vendáveis.

Há uma passagem do homem moderno que se constrói por meio da transformação da natureza para o homem atual que se constrói por meio da transformação de si próprio, com a vergonha e a angústia (suportadas individualmente) de sempre estar aquém de um ideal de sucesso dado pela cultura. O autor chama isso de “vergonha prometeica” (BAUMAN, 2008, p. 77), consequência do fracasso em criar a si próprio por meio do consumo. As decisões “certas” para cada situação, sempre tomadas de antemão, são dadas pela própria cultura e se apresentam ao indivíduo como oportunidade de sucesso. Não passam de pressões para conformação. É difícil até de conceber a possibilidade de alternativas.

A descrição filosófica liberal do fenômeno atual tende a ser como o estágio final do gradual desenvolvimento da racionalidade humana, estabelecimento do grau máximo de liberdade de escolha pessoal. Essa concepção está na base do direito contemporâneo: “ser um ‘consumidor *de jure*’ é, para todos os fins práticos, o ‘fundamento não jurídico da lei’, já que precede todos os pronunciamentos legais que definem e declaram os direitos e obrigações do cidadão” (BAUMAN, 2008, p. 83-85).

Um aspecto importante dessa sociedade é a doutrinação sutil, mas eficaz dos cidadãos, de forma que as motivações individuais estejam de acordo com os “pré-requisitos sistêmicos”

da sociedade (BAUMAN, 2008, p. 90). Tradicionalmente, na sociedade de produtores da modernidade, o mandamento era sacrificar o presente em favor do futuro. Para Freud, essa disciplina, oposta às inclinações individuais, precisaria ser exigida por meio de muita repressão e coerção. O patriotismo foi um instrumento eficaz para isso, garantindo que os cidadãos estivessem dispostos a sacrificar suas vidas para proteger a nação. Assim, na modernidade, o modelo econômico de dedicação ao trabalho se beneficiou da emergência do Estado-nação forte.

A nova maneira de controle das vontades individuais, mais sutil e eficaz, se dissimula como liberdade de escolha, apesar de as escolhas já estarem previamente determinadas pela cultura. A repressão e o sacrifício do presente já não são tão importantes: as pessoas consomem mais quando dão vazão às suas inclinações, quando satisfazem seus impulsos imediatos gastando dinheiro.

Os grupos sociais tomam a forma de enxames: coletividades sem estrutura, que se reúnem e se desfazem fluidamente e não passam de somas de suas partes (BAUMAN, 2008, p. 99-101). Sem grupos duradouros, a vida é solitária. A flexibilidade exigida do indivíduo (no trabalho e nas relações pessoais) dificulta os vínculos profundos da vida em comunidade (na família, nas amizades etc.).

O cenário que se desenha a partir da análise de Bauman é de tempos de dominação profunda da lógica econômica. Mais do que apenas pautar comportamentos no mercado, essa lógica determina os processos vitais em todos os aspectos da vida em sociedade. Nesse contexto, o risco e o bem-estar da coletividade não têm espaço: é a busca imediatista pelo lucro que impõe sua dinâmica. O problema é que, enquanto o lucro é percebido pelas corporações e seus acionistas individualmente, os custos em forma de dano e risco ambientais são suportados por toda a coletividade; por todo o planeta, em verdade. Disso é possível perceber que o problema não é circunstancial, não se resolve por uma mera correção de curso, mas é estrutural.

Cabe dar especial ênfase na questão do risco. Pensar sobre o risco é lidar de maneira sistemática com as inseguranças e perigos colocados pela modernidade tardia (BECK, 1992, p. 21). Isso significa que a questão do risco não envolve dano efetivo, mas sim cenários potenciais não realizados. O grau de certeza da ocorrência do cenário hipotético mais catastrófico pode

variar. O que importa é compreender que, para os cenários mais drásticos, qualquer chance precisa ser levada a sério.

Naturalmente, a noção de risco faz sentido independentemente da modernidade tardia. Ela sempre existiu de alguma forma. Sua conexão com a modernidade dá-se pela dimensão das potenciais consequências de um desastre ocasionado pelos processos produtivos modernos. Essa dimensão é tal que os próprios métodos cientificamente estabelecidos de cálculo do dano real e potencial são impotentes (BECK, 1992, p. 22).

Não há como optar por interromper o progresso tecnológico a fim de combater o risco de grandes catástrofes ambientais. O que se impõe é um método de gestão do risco que, independentemente das certezas categóricas – enterradas que estão em tempos passados –, possa nos ajudar a combater as pressões pela mercantilização da vida. Essa é a função precípua da ordem jurídica: salvaguardar o interesse coletivo contra as pressões dos interesses privados, legítimos ou não. A ferramenta jurídica para lidar com isso é o princípio da precaução, sem o qual não é possível o equacionamento entre desenvolvimento econômico e sustentabilidade.

1.4. Desenvolvimentismo econômico × sustentabilidade

A década de 1960 emergiu tensa, com a Guerra do Vietnã já em curso. Esse conflito só teria fim em 1974 e não foi o único a marcar o período. Os “anos rebeldes” testemunharam a transformação da luta pelos direitos civis dos negros norte-americanos em um movimento de massas, a quase eclosão da Terceira Guerra Mundial com o episódio dos mísseis de Cuba, o acirramento dos conflitos no Oriente Médio com a Guerra dos Seis Dias, os sucessivos golpes de Estado na América Latina e as manifestações de maio de 1968 na França.

Herbert Marcuse, um dos pensadores que mais influenciou os jovens contestadores dos anos 1960, escreveu, no prefácio político da edição de 1966 de sua obra *Eros e civilização*, um trecho que sintetiza o espírito da época:

Em defesa da vida: a frase tem um significado explosivo na sociedade afluenta. Envolve não só o protesto contra a guerra e a carnificina neocoloniais, a queima de cartão de recrutamento, a luta pelos direitos civis, mas também a recusa em falar a língua morta da afluência, em usar roupas limpas, desfrutar os inventos da afluência, submeter-se à educação para a afluência. A nova boemia, os *beatniks* e *hipsters*, os andarilhos da paz – todos esses “decadentes” passaram agora a ser aquilo que a decadência, provavelmente, sempre foi: pobre refúgio da humanidade difamada (MARCUSE, 1975, p. 19-20).

De fato, com o final da década, os países desenvolvidos começaram a perceber os impactos negativos da industrialização e suas consequências danosas. A sociedade afluenta¹ tem seu preço, e ele é alto. Como resultado de tais percepções, durante a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1968, foi convocada a primeira conferência sobre o meio ambiente humano, que teve curso em Estocolmo, no ano de 1972. Nesse meio-tempo, as preocupações se intensificaram com o início da crise do petróleo e com a divulgação do Relatório Meadows² sobre “os limites do crescimento” econômico.

O advento da Conferência de Estocolmo intensificou o processo de conscientização da humanidade sobre a fragilização crescente dos ecossistemas, a exploração sem limites dos recursos ambientais e a necessidade de avaliar as consequências das ações antrópicas sobre o meio ambiente e a sobrevivência da espécie humana, tal como pode ser visto na Declaração que dela resultou:

Chegamos a um momento da história em que devemos orientar nossos atos em todo o mundo com particular atenção às consequências que podem ter para o meio ambiente. Por ignorância ou indiferença, podemos causar danos imensos e irreparáveis ao meio ambiente da terra do qual dependem nossa vida e nosso bem-estar. Ao contrário, com um conhecimento mais profundo e uma ação mais prudente, podemos conseguir para nós mesmos e para nossa posteridade, condições melhores de vida, em um meio ambiente mais de acordo com as necessidades e aspirações do homem (Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, 6ª proclamação, 1972).

A Conferência de Estocolmo foi o primeiro esforço conjunto da comunidade internacional na busca de soluções para o crescente desafio de preservar o meio ambiente. A percepção sobre o cenário preocupante em que a sociedade global se encontrava parecia ter alcançado várias esferas decisórias e formadoras de opinião. É de se frisar que no ano seguinte

¹ Termo consagrado pelo economista canadense John Kenneth Galbraith em *The Affluent Society*, de 1958, para caracterizar um estágio do desenvolvimento econômico em que as pessoas já não mais morrem por comer de menos, mas por comer demais, em que, de um lado, há a abundância privada e de outro, a miséria pública, pois estimula-se a produção de bens privados ao mesmo tempo que se restringe a produção de bens públicos.

² O Relatório Meadows alertou a humanidade sobre os limites da exploração em larga escala dos recursos naturais. Esse relatório impactou a sociedade ao denunciar que as variáveis, que o ritmo acelerado de crescimento e o consumo crescente de um contingente populacional também crescente redundariam numa crise sem precedentes, em especial, na produção de alimentos o que ocasionaria mortandade massiva da espécie humana, em massa. Além disso, o relatório também deixava clara a irreversibilidade do meio ambiente. Há que se mencionar que, segundo Perroux (1981, p. 64), se o crescimento sem desenvolvimento é um fenômeno observável, o desenvolvimento sem crescimento permaneceria uma hipótese gratuita. Dessa maneira, é possível concluir que a própria proposta de “crescimento zero” se tratava de uma farsa, uma vez que contraria os próprios fundamentos do capitalismo. O “crescimento zero”, sob o viés político e econômico, significava um embrutecimento na relação Norte-Sul, com um esmagamento das supostas pretensões de desenvolvimento dos países periféricos (OLIVEIRA, 2012).

à conferência deu-se a condenação da empresa japonesa Chisso, responsável pelo trágico episódio de contaminação de mercúrio que afetou a população de pescadores da baía de Minamata³, no Japão, decisão que abriu um preocupante precedente para as indústrias e provocou a necessidade de revisar muitos aspectos do seu *modus operandi*. Infelizmente, muitas empresas – ao perceberem que o nível de conscientização dos governos e das sociedades humanas quanto aos riscos e perigos das atividades industriais aumentava – optaram pelo caminho mais fácil, desativando seus parques industriais nos países desenvolvidos e os transferindo para países em desenvolvimento, onde acreditavam poder usufruir da frouxidão do sistema legal vigente e da ausência de um *law enforcement*⁴ eficiente.

Nesse cenário, a concepção do meio ambiente como uma cornucópia de onde a humanidade poderia extrair recursos inesgotáveis e abundantes esvai-se. Em contraste com essa visão inconsequente e despreocupada, o que se vê emergir nas décadas de 1960 e 1970 é um crescente pessimismo em relação ao futuro, uma tensão constante não apenas em decorrência da Guerra Fria, dos conflitos no Oriente Médio ou mesmo das ações dos diversos grupos terroristas⁵ que foram constantes nos anos em tela.

Nesses anos tomados pela desesperança, as utopias cedem lugar às distopias – que a indústria cinematográfica foi eficiente em retratar: entre 1968 e 1973, são produzidos cinco filmes da série “O planeta dos macacos”, da qual ficou marcada a dramática cena em que o protagonista depara-se com a estátua da liberdade enterrada na areia e se dá conta de que está no seu próprio planeta, a Terra, dizimada pela guerra nuclear. Em 1973, o mesmo Charlton Heston, que protagonizou a série supracitada, estrelou o aterrorizante *Soylent green*, no qual a superpopulação global e a escassez de alimentos levaram a humanidade a eutanasiar os idosos e transformá-los em biscoitos dos quais se alimentava.

No entanto, não só o perigo decorrente do uso militar das armas nucleares causou

³ Quanto ao referido desastre ambiental da baía de Minamata, por mais de vinte anos, a indústria Chisso lançou em seus efluentes líquidos, como mercúrio, em sua forma orgânica contaminando a fauna marinha e, por meio da cadeia trófica, alcançando os seres humanos. Além da questão ambiental, o episódio também é uma história de luta política da população para o reconhecimento da “Doença de Minamata”, decorrente do vazamento.

⁴ Sistema em que o Estado se organiza para fazer cumprir a lei, agindo preventivamente para evitar violações ou punindo pessoas que violam as regras e as normas que regem a sociedade.

⁵ Convém lembrar as ações das Brigadas Vermelhas, Baader-Meinhoff, da Frente Popular para a Libertação da Palestina, de Tupamaros, do Exército Republicano Irlandês (IRA), entre outros que atuaram fortemente na época em análise.

preocupação, o uso pacífico da energia atômica também provocou inúmeros acidentes, como pode ser constatado nos episódios de *Yucca flat*⁶, *Bohunice*⁷ e *Three mile island*⁸. É, também, nesse período histórico que vemos nascer o Greenpeace, que, em 1971, se organiza a partir das manifestações contra os testes nucleares nas ilhas Aleutas.

Além dos acidentes nucleares, segundo a Organização Pan-americana de Saúde, vários outros eventos sinistros marcaram a década de 1970 e adentraram a década de 1980: o acidente de Seveso, na Itália, com o vazamento de TCDD, que atingiu a planície lombarda entre Milão e o lago de Como, causando a morte de mais de três mil animais e o sacrifício de setenta mil contaminados – para evitar que a dioxina entrasse na cadeia alimentar; as explosões de tanques de armazenamento de gás liquefeito de petróleo causaram 38 mortes e 53 feridos no Rio de Janeiro, em 1972; em 1974, uma explosão gerou vazamento de cicloexano, resultando em 28 mortes, 89 feridos em Flixborough (Inglaterra); em 1974, outra explosão, numa fábrica de fertilizantes, liberou vapores de amônia, resultando em 21 mortes e 53 feridos em Cartagena (Colômbia); em Bhopal, Índia, no ano de 1984, deu-se um vazamento de isocianato de metila na Union Carbide, que causou 2.500 mortes e duzentas mil pessoas contaminadas⁹. E, finalmente, em 1986, Chernobyl – na região da Ucrânia – registra o maior desastre nuclear da história, quando um reator da usina apresentou problemas técnicos, liberando uma nuvem radioativa, com setenta toneladas de urânio e novecentas de grafite, na atmosfera. O acidente é responsável pela morte de mais de 2,4 milhões de pessoas nas proximidades e atingiu o nível 7, o mais grave da Escala Internacional de Acidentes Nucleares (INES).

Para entender como tais desastres ocorreram é necessário explicitar o paradigma reinante e como ele se originou: o advento da ciência moderna e da revolução industrial. Gonçalves (2004, p. 37) sustenta que a ciência moderna – desenvolvida a partir do Renascimento e consolidada com a revolução industrial – assenta-se sobre três pilares: a oposição homem-natureza; a oposição sujeito-objeto; e o paradigma atomístico-individualista. Disso pode-se concluir, segundo o autor, que:

A revolução industrial, muito mais que uma profunda revolução técnica, foi o coroamento de um processo civilizatório que almejava dominar a natureza e para tanto submeteu e sufocou os que a ele se opunham. O absurdo é que tal projeto teve – de

⁶ Região de Testes Nucleares em Yucca Flat, Nevada, EUA. Em dezembro de 1970, um exercício de detonação fez com que a radioatividade escapasse para a atmosfera, expondo 86 a seus efeitos.

⁷ Usina nuclear na Tchecoslováquia, onde, em 1977, ocorreu um acidente classificado como de grau quatro.

⁸ Usina norte-americana, localizada no estado da Pensilvânia onde, em março de 1979, deu-se o pior acidente nuclear ocorrido até então.

⁹ Disponível em: http://www.bvsde.paho.org/cursode/p/presentacion/modulo_3.6.pdf. Acesso em: 1º abr. 2019.

antemão – de colocar o homem como não natureza, pois se o homem não fosse assim pensado a questão da dominação da natureza sequer se colocaria (GONÇALVES, 2004, p. 46-47).

De fato, de acordo com Boff (2000, p. 20), o advento da tecnociência, a prospecção e utilização abusivas dos recursos naturais atingiram patamares jamais vistos, desestabilizando o equilíbrio do ecossistema global e produzindo impactos danosos às populações humanas e às demais formas de vida do planeta. Disso decorre, segundo Boff (2000), que o modelo de sociedade e sentido de vida que a humanidade projetou para si mesmo, nesses últimos quatrocentos anos de história e:

(...) o modelo em termos da lógica do cotidiano era e continua sendo: o importante é acumular grande número de meios de vida, de riqueza material, de bens e serviços a fim de poder desfrutar a curta passagem por este planeta. Para realizar este propósito, nos ajudam a ciência, que conhece os mecanismos da terra, e a técnica, que faz intervenções nela para o benefício humano (BOFF, 2000, p. 26-27).

Como fruto da Revolução Industrial e das revoluções liberais burguesas, o paradigma consumista-individualista reforçou a ideia de que os seres humanos se encontram apartados da natureza e que devem dominá-la. Como foi dito acima, dissemina-se, também, a ideia de que os recursos da Terra são infinitos e que a humanidade marcha em direção a um futuro projetado não só para frente, mas também para cima, em um eterno movimento ascendente desenhado pela ciência e pelo progresso tecnológico. Tais concepções conduzem a humanidade à exploração desmedida e abusiva dos recursos naturais, o que vem ocasionando, nesses mais de duzentos anos de história, um agravamento jamais visto no equilíbrio do ecossistema global. Corroborando o que foi exposto, Boff (2000, p. 16) explica que ambas as perspectivas – a da Terra como fonte inesgotável de recursos e a do progresso sem limites – são dois “infinitos ilusórios”, e essa ilusão se deve à separação do homem de sua matriz: a natureza.

Prossegue Boff, definindo a ecologia como “relação, interação e dialogação de todas as coisas existentes (viventes ou não) entre si e com tudo o que existe, real ou potencial”, pois, de fato, frisa:

Numa visão ecológica, tudo o que existe coexiste. Tudo o que coexiste preexiste. E tudo o que preexiste subsiste através de uma teia infinita de relações omnicompreensivas. Nada existe fora da relação. Tudo se relaciona com tudo em todos os pontos (BOFF, 1999, p. 16).

Complementando a análise de Boff, Gonçalves (2004) observa que só apenas no século

XX, com a elaboração do conceito de ecossistema, se tornou possível – nos limites do paradigma técnico-científico industrial – a percepção da finitude dos recursos necessários à sobrevivência humana. Em consonância com os autores supracitados, Leite e Ayala (2002) destacam que o termo meio ambiente vai além da designação de um objeto específico e traduz uma relação de interdependência que marca a relação homem-natureza, uma vez que:

(...) não há possibilidade de se separar o homem da natureza, pelo simples fato da impossibilidade de existência material, isto é, o homem depende da natureza para sobreviver. O meio ambiente é conceito que deriva do homem e a ele está relacionado; entretanto, interdependente da natureza como duas partes de uma mesma fruta ou dois elos do mesmo feixe (LEITE; AYALA, 2002, p. 42).

Leite e Ayala (2002) advertem que, qualquer que seja o conceito adotado, encontram-se incursos na ideia de meio ambiente o homem e a natureza, com todos os seus elementos. Disso decorre que, dadas as suas características – um bem difuso e interdependente –, qualquer dano impingido ao meio ambiente estende-se à coletividade humana, considerando tratar-se de um bem difuso interdependente (LEITE; AYALA, 2002, p. 42).

Tratou-se até aqui de apresentar uma introdução aos problemas envolvidos em pensar no meio ambiente como objeto de regulamentação jurídica. O foco da análise foi epistemológico, ou seja, o interesse era nas peculiaridades do conhecimento relativo ao tema. Conhecer os fundamentos epistemológicos da questão ambiental é central para o trabalho do operador do direito quando lida com as normas jurídicas relevantes.

Percebe-se que, a despeito dos esforços para efetivação de uma tutela jurídica adequada, as consequências desastrosas de reiteradas ações antrópicas altamente danosas praticadas em escala global e tendo como fundamento para suas ações e discursos a ciência e a alta tecnologia continuam conduzindo o planeta a um grau de desequilíbrio ímpar, ocasionando perplexidade e desesperança, por um lado, aguçando ainda mais a percepção de que o ser humano faz parte da teia de vida que forma o sistema planetário, por outro.

De fato, o que se pode constatar é que o grau de segurança que a regulação em matéria ambiental permite é altamente flexível. Por um lado, alguns documentos normativos pretendem bloquear qualquer atividade que produza risco de dano ambiental. Alguns outros, por sua vez, autorizam a atividade quando as medidas disponíveis em conformidade com o estado da arte forem tomadas. Ou seja, há um relativo grau de flexibilidade sobre qual é a maneira mais adequada para lidar juridicamente com o risco ambiental.

A tutela jurídica sobre o meio ambiente, embora não seja por si só suficiente para impedir os avanços das infinitas demandas da humanidade sobre os recursos naturais, representa um passo adiante ao recolocar o ser humano em um novo papel diante da natureza, pois este passa de dominador-explorador-destruidor para guardião-cuidador, buscando manter e garantir a conservação dos recursos planetários.

Essa visão ainda não revela os traços de um verdadeiro biocentrismo, no qual a dignidade da vida de toda a comunidade biótica será, de fato, respeitada, protegida e salvaguardada. Tal visão ainda está baseada no antropocentrismo, embora alargado, a partir do qual se reconhece o valor intrínseco da natureza e de tudo que nela há. Admite-se que ela vale por si mesma e vai além dos critérios de valoração puramente econômicos estabelecidos pelo mercado.

No entanto, o centro do sistema, o destinatário final de todos os esforços continua a ser o homem e suas gerações. Dessa forma, a tutela jurídica do homem sobre o meio ambiente continua visando, acima de tudo, ao atendimento de seus interesses, como alertam Sarlet e Fensterseifer:

Vivemos sob a égide do “império da ciência e da tecnologia”. A situação-limite a que chegamos – no tocante à crise ambiental – está associada de forma direta à postura filosófica – incorporada nas nossas práticas cotidianas – de dominação do ser humano em face do mundo natural, adotada desde a ciência moderna, de inspiração cartesiana, especialmente pela cultura ocidental (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 30-31).

Tal postura permanece presente, conforme Leite e Ayala (2002) alertam, visto que nossa ordem constitucional vigente apenas superou o antropocentrismo clássico, extremado, ao admitir a proteção do patrimônio natural pelo seu valor intrínseco e o dever humano de protegê-lo em comunhão de interesses “entre o homem e a comunidade biótica de que faz parte, de maneira interdependente e integrante” (LEITE; AYALA, 2002, p. 48).

É o que se depreende da concepção de desenvolvimento econômico prevista pela Constituição Federal de 1988, que inclui o uso sustentável dos recursos naturais, em obediência ao princípio da defesa do meio ambiente:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

De fato, o que se busca com o direito ambiental, segundo Mascarenhas (2008, p. 90), é o reconhecimento de que as ações antrópicas são, fundamentalmente, impactantes e modificadoras da natureza e o papel desse ramo da ciência jurídica é estabelecer a “normatividade da harmonização” entre todos os componentes do mundo natural culturalizado, pois, ainda que não desfalquemos o homem de sua centralidade no ordenamento jurídico-ambiental, sua tutela não se restringe estritamente às necessidades de preservação da espécie humana, tomada em sua generalidade.

No entanto, quando tratada em suas diferenças e especificidades, cabe a indagação: a quem, exatamente, atende o desenvolvimento sustentável? Para responder a essa questão, necessário se faz pensar desenvolvimento econômico e proteção ambiental em face da desigualdade, do processo de vulnerabilização socioambiental e da injustiça no acesso aos recursos naturais.

1.5. Desenvolvimento sustentável e desigualdade

Desde o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2013, a ONU vem advertindo que, mesmo com os investimentos realizados em vários países na busca de novas formas de utilização de energias renováveis e na adoção de medidas sustentáveis, em 2050, o planeta viverá uma catástrofe humana sem precedentes como decorrência da degradação do meio ambiente e da redução dos meios de subsistência, como agricultura e acesso à água potável¹⁰. O relatório também adverte para a intensificação dos desastres naturais resultantes das mudanças climáticas, que vêm causando irreparáveis perdas humanas e econômicas. Mais uma vez, evidencia-se que as medidas adotadas até o presente momento não lograram êxito.

Ao contrário, constata-se que, a despeito de todos os esforços empreendidos, o ecossistema global parece estar próximo de ultrapassar sua capacidade de suporte e, em decorrência, a sociedade precisa rediscutir os limites capazes de garantir a existência digna das pessoas humanas e não humanas que habitam o planeta, bem como daquelas que virão a habitá-

¹⁰ É interessante registrar o que diz o PNUD a esse respeito: “Inequality is not only normatively wrong; it is also dangerous. It can fuel extremism and undermine support for inclusive and sustainable development. High inequality can lead to adverse consequences for social cohesion and the quality of institutions and policies, which in turn can slow human development progress” (Human Development Indices and Indicators: 2018 Statistical Update, PNUD, p. 14).

lo. Entre os humanos que vivem na Terra, apenas uma parcela ínfima dispõe de condições minimamente adequadas de vida. A maioria subsiste abaixo da linha da pobreza, em condições que ferem de morte o conceito de dignidade da pessoa humana.

Sobre esse aspecto, Acsehrad (2009) explicita a assimetria no acesso aos recursos ambientais e na fruição da qualidade ambiental aplicando o princípio da igualdade à crise ecológica, argumentando que o discurso ecológico que coloca como protagonistas das ações degradadoras os ditos “seres humanos” – concebidos com um todo indiferenciado –, e os acusa de serem os responsáveis pelo processo de destruição do meio ambiente e das demais formas de vida, incorre em um erro grave, pois:

Esse raciocínio é simplista e escamoteia a forma como tais impactos estão distribuídos tanto para termos de incidência quanto de intensidade. Isso porque é possível constatar que sobre os mais pobres e os grupos étnicos desprovidos de poder recai, desproporcionalmente, a maior parte de riscos ambientais socialmente induzidos, seja no processo de extração dos recursos naturais, seja na disposição de resíduos no ambiente (ACSELRAD, 2009, p. 12).

Não há como negar que os danos impingidos ao meio ambiente e às demais formas de vida atingem com maior intensidade as populações vulnerabilizadas. Em verdade, os grandes impasses que a civilização enfrenta e que fazem parte da propalada crise ambiental global as atinge de forma brutal, pondo em risco quase imediato a sua sobrevivência.

Entre os elementos que compõem a crise ambiental global, são quatro os desafios que devem ser especialmente considerados: a manutenção dos recursos hídricos¹¹, a produção de

¹¹ Veja-se o estudo do professor de hidrologia da Universidade de Freiburg Dr. Inge de Graaf, divulgado no portal do INPE sobre o esgotamento dos recursos hídricos. Disponível em: <http://www.ccst.inpe.br/estudo-alerta-aue-recursos-hidricos-podem-se-esgotar-em-2050/>. Acesso em: 5 mar. 2019.

alimentos¹², a renovação da matriz energética¹³ e a produção de lixo¹⁴.

O enfrentamento desses desafios globais colocou mercados, empresas e governos em confronto com os “limites do crescimento econômico” e fez a sociedade “cair” – literal e metaforicamente – sobre a finitude da base material que a sustenta, ao se deparar com as possibilidades exauridas de um modo de produção definido por muitos como, *por natureza*, injusto e desigual. Nesse ponto, convém recorrer a Sarlet e Fensterseifer (2013, p. 49), para os quais:

A dignidade da pessoa humana constitui conceito submetido a permanente processo de reconstrução, cuidando-se de uma noção histórico-cultural em permanente transformação quanto ao seu sentido e alcance. (...) Atualmente, valores ecológicos tomaram assento definitivo no conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, no contexto constitucional contemporâneo, consolida-se a formatação de uma dimensão ecológica-inclusiva da dignidade humana, que abrange a ideia em torno de um bem-estar ambiental indispensável a uma vida digna, saudável e segura (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 49).

Conforme se constata na observação das dissimetrias sociais¹⁵, as irreduzíveis contradições entre uma minoria privilegiada – que vive em sociedades afluentes e usufrui de condições ambientais adequadas – e a maioria – que enfrenta a pobreza, o subdesenvolvimento

¹² Em seu relatório de 2018 sobre o estágio atual da segurança alimentar e nutricional no mundo, a FAO anunciou, pelo terceiro ano consecutivo, o aumento da fome no planeta. Disponível em: <http://www.fao.org/state-of-food-security-nutrition/en/>. Acesso em: 9 abr. 2019.

¹³ A civilização atual é refém dos combustíveis fósseis. Tal não ocorre por ausência de alternativas, mas, principalmente, por questões geopolíticas. Desde Bretton Woods, com o fim do lastro em ouro, o dólar, moeda de referência mundial para todas as operações financeiras e comerciais, é lastreado pelas reservas de petróleo. Nesse sentido, veja-se Vasconcellos (2016, p. 2): “As ciências sociais não podem furta-se à análise das crises energéticas e ecológicas no capitalismo mundial. A questão dos combustíveis fósseis está associada à devastação ambiental do planeta. Em outras palavras, estamos diante de um impasse, uma situação paradoxal: o petróleo (energia não renovável) aproxima-se de seu ocaso, mas o que dele resta está ecologicamente interdito por comprometer o equilíbrio da natureza. (...) Nenhum país, seja desenvolvido ou subdesenvolvido, encontra-se incólume às consequências ambientais devastadoras devido ao uso dos combustíveis fósseis que lançam dióxido de carbono na atmosfera. Disso a consequência dramática é o aquecimento do clima em escala global, sem mencionar os seus efeitos colaterais: chuva ácida, desertificação, o nível cada vez mais elevado das marés, as enchentes, tufões, tempestades, escassez de água doce, o derretimento das geleiras, a acidificação dos oceanos, a alteração do ciclo hidrópico. Acrescente-se que existe uma inegável interação entre a matéria fóssil do capitalismo industrial e a vida sem saúde do ser humano, a exemplo da proliferação de doenças como diabetes e câncer”.

¹⁴ A modernidade transformou a natureza em três etapas: a primeira efetivou-se como ambiente, cenário em que o homem se proclama *dono e senhor*; em etapa posterior, esta natureza perde sua *consistência ontológica*, passando a ser um reservatório de recursos; por fim, uma terceira etapa, em depósito de resíduos.

¹⁵ Há que destacar-se o que dispõe a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, no princípio 1º, que estipulou: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”. Destaque-se, também que, por seu turno, no Sistema Interamericano, o Protocolo de San Salvador, em seu art. 11, dispõe que “Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos”.

econômico, a perda contínua e acelerada da qualidade ambiental e, como consequência, a elevação do índice de vulnerabilidade social e ambiental – estão em vias de implodir o planeta e nenhuma de nossas iniciativas tem se mostrado eficiente no enfrentamento dessa questão.

Ao contrário: o que pode ser visto ao focalizar o passado recente é um conjunto de análises, perspectivas e propostas aviltantes, como pode ser flagrado no trecho a seguir, do qual pode ser inferido que a solução para a crise ambiental global é a redução populacional:

A Terra não é capaz de suportar eficientemente todas as pessoas no planeta... e isto está piorando. Esta é a conclusão de muitos ambientalistas quando eles olham as causas de nossos problemas ambientais. A superpopulação exacerba qualquer problema ambiental do nosso planeta, da poluição do ar até a degradação da água, da criação dos desertos à inundação de nossas costas. Existem aproximadamente 5,6 bilhões de pessoas vivendo em nosso planeta hoje. A Divisão de População das Nações Unidas estima que existirão 10 bilhões até o ano 2050, ainda que o número possa ser tão alto quanto 12,5 bilhões nesta época. Se a Terra está sobrecarregada por sua população atual, considere como o mundo poderá ser então: um planeta contaminado no qual terra fértil, comida fresca, água e ar puros, serão difíceis, se não impossível, de conseguir. Depois de um estudo de um ano, uma dupla de pesquisadores da Universidade de Cornell concluiu que a Terra é capaz de suportar uma população global de 1 a 2 bilhões se desejamos viver em “relativa prosperidade” e não queremos destruir o nosso meio ambiente. Este é um pensamento sério, considerando-se para onde a população está se dirigindo (GALLA, 1998, p. 45).

A filosofia grega considerava que a melhor forma de governo era aquela que tomava as melhores decisões – as capazes de efetivar o bem público universal¹⁶. Tal não poderia ser feito sem que fosse considerada a base material da existência. No entanto, o que pode ser percebido no tocante às decisões e ações estatais e empresariais é a predominância de uma tecnocracia comprometida com a agenda econômica em detrimento da proteção ambiental e da salvaguarda dos direitos fundamentais, o que se constitui como uma severa ameaça à vida no planeta:

Os conhecimentos tecnológicos e científicos, que deveriam ter o desenvolvimento, o bem-estar social e a dignidade e qualidade da vida humana como suas finalidades maiores, passam a ser, em decorrência da sua instrumentalização inconsequente levada a cabo pelo ser humano, com todo o seu poder de criação e destruição, a principal ameaça à manutenção e à sobrevivência da espécie humana, assim como de todo o ecossistema planetário (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 31).

Em contraste com o exposto, vê-se que, a partir dos anos 1990, após um longo período histórico em que a esfera política foi colonizada pelo discurso economicista neoliberal, alguns economistas, como Galbraith (1996) e Sen (1999), levantaram o argumento de que não se pode

¹⁶ Assim pensava Aristóteles (1979), pois considerava que a finalidade do bom governo era a *eudaimonia* – a felicidade, ou seja, o desenvolvimento pleno do potencial de realização de cada um – e o *euzein* – o bem viver.

alterar significativamente o sistema econômico sem mudar a moralidade:

O conceito, amplamente difundido pela filosofia do livre-mercado da década de 1980, de que não existe isso que chamam de sociedade é um conceito que, se persistir, impedirá a criação do pleno emprego, independentemente da forma assumida pela política econômica. O comportamento do sistema global não pode ser deduzido apenas com a soma do comportamento de seus componentes individuais. A promoção do conceito de que o indivíduo competitivo, autossuficiente e sem nenhum entrave maximizará a felicidade humana danifica profundamente a possibilidade de algum dia se criar uma sociedade de abundância realmente coesa, onde todas possam participar (ORMEROD, 1996, p. 229-230).

Ormerod (1996) observa que embora os partidos políticos ocidentais reconheçam e compreendam esse cenário, são incapazes de se posicionar diante dele, pois fazem parte de uma tradição que:

Está sendo corroída pela ideia de que o *funcionamento de uma economia de mercado é incompatível com responsabilidades coletivas*. O nome de Adam Smith é regularmente invocado por aqueles que concordam com esse último conceito. Mas, Smith era um filósofo, famoso em seu tempo tanto por sua *Teoria dos sentimentos morais* como pela *Riqueza das nações*. E, como ele tão bem compreendia, a sociedade é mais que a soma de suas partes individuais (ORMEROD, 1996, p. 229-230).

A despeito da emergência de uma série de pensadores, como os acima citados, que dedicam seus esforços intelectuais à crítica do sistema-mundo em que a sociedade atual se encontra, ainda persistem a mão invisível do mercado, o *ethos* do individualismo e da competitividade e a meritocracia, que se juntam à visão de dominação da natureza e à crueza do imperialismo¹⁷ para intensificar o processo de vulnerabilização socioambiental¹⁸, acarretando a violação de direitos fundamentais, o que, por sua vez, é causa da chamada “cidadania limitada”.

¹⁷ Necessário destacar que na interpretação de Hardt e Negri, ao imperialismo sucedeu-se o Império: “A transição para o Império surge do crepúsculo da soberania moderna. Em contraste com o imperialismo, o Império não estabelece um centro territorial de poder nem se baseia em fronteiras ou barreiras fixas. É um aparelho de descentralização e desterritorialização do geral que incorpora gradualmente o mundo inteiro dentro de suas fronteiras abertas e em expansão. O Império administra entidades híbridas, hierarquias flexíveis e permutas plurais por meio de estruturas de comando reguladoras. As distintas cores nacionais do mapa imperialista do mundo se uniram e mesclaram, num arco-íris imperial global” (HARDT; NEGRI, 2001, p. 12-13).

¹⁸ É oportuno destacar a reportagem da revista “ÉPOCA” publicada em 5 de maio de 2019 – <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2019/05/como-mudancas-dimaticas-deixam-os-paises-ricos-mais-ricos-e-os-pobres-mais-pobres.html> – noticiou o resultado de pesquisa elaborada pela Universidade de Stanford apontando que o abismo entre países ricos e pobres aumentou 25% nas últimas décadas em decorrência das mudanças climáticas. De fato, os ricos estão cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres. O relatório da pesquisa pode ser acessado no *site* do Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America – PNAS – <https://www.pnas.org/content/pnas/early/2019/04/16/1816020116.full.pdf>.

Os vitimados pelos processos de vulnerabilização¹⁹ – decorrentes das ações antrópicas que impactam o meio ambiente e tornam insustentável a vida digna de grandes contingentes populacionais nos locais onde habitavam – acabam sendo forçados a abandonar seus locais de origem, engendrando uma nova categoria de refugiados que, tendencialmente, crescerá nas décadas futuras, sem que a sociedade seja capaz de prevenir tal cenário ou tenha condições de dar um mínimo acolhimento a essas populações, de acordo com o que prega os deveres inerentes à solidariedade:

Na perspectiva ecológica, a solidariedade – e os deveres a ela inerentes – projeta-se também em face dos habitantes de outras nações, das futuras gerações e mesmo dos animais não humanos e da Natureza em geral, implicando um conjunto de deveres em matéria socioambiental (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 45).

De fato, a vulnerabilização socioambiental ocorre de forma inversa à capacidade adaptativa das populações humanas e de seus ecossistemas. Para confrontar esse problema, é forçoso que os grupos vulnerabilizados sejam capazes de se adaptar às novas condições ambientais decorrentes do processo de degradação e de seus efeitos. A requerida adaptação refere-se a medidas²⁰ que só poderão ser implementadas com a disponibilização de inovações tecnológicas e investimentos, o que acentua as desigualdades entre regiões ricas e as regiões pobres, uma vez que as primeiras dispõem de alta capacidade adaptativa, enquanto as últimas têm baixíssima capacidade adaptativa. Por certo, é nesse contexto, de baixa adaptabilidade, onde o processo de vulnerabilização acentua-se, acarretando uma crescente violação aos direitos fundamentais, a começar pelo direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, sem o qual o respeito à dignidade da vida perece. A alta exposição das populações vulnerabilizadas a condições ambientais adversas, decorrentes da poluição, da escassez de alimentos, de saneamento, água potável, entre outros fatores de risco, acarreta a necessidade de ações concretas e imediatas aptas a produzirem respostas efetivas às violações dos direitos fundamentais.

¹⁹ Porto (2011) afirma que “o conceito polissêmico de vulnerabilidade vem sendo utilizado por distintas disciplinas e áreas de conhecimento no estudo de temas como desenvolvimento e sustentabilidade, pobreza e segurança alimentar, desastres naturais e tecnológicos, mudanças climáticas globais e problemas de saúde pública, entre outros. O seu uso está vinculado à aplicação de abordagens sistêmicas, dada a complexidade destes temas que envolvem simultaneamente distintas perspectivas, dinâmicas ou subsistemas provenientes de diferentes campos acadêmicos, demandando, portanto, análises inter ou transdisciplinares” (PORTO, 2011, p. 32).

²⁰ No âmbito da Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas da ONU (UNFCCC), o termo “adaptação” se refere às medidas necessárias para conformar as atividades humanas (agricultura, abastecimento de água, geração de energia, transporte, habitação etc.) aos impactos irreversíveis de mudanças de clima.

Às condições de vida de grande parcela da humanidade, tal qual acima mencionado, impõe considerar o princípio da solidariedade, que é intergeracional, supranacional e abarca toda a comunidade biótica, impondo-se como imperativo de ordem ética e trazendo a necessidade de combater as práticas predatórias do ambiente em vista de um desenvolvimento sustentável mundial.

Necessário se faz que esse princípio esquadrinhe as relações entre todos os Estados, povos e grupos humanos da geração presente, bem como entre a geração atual e a futura. Tal é o que aconselha Comparato (2003, p. 422), ao identificar que do princípio da solidariedade depreende-se o dever fundamental atribuído às presentes gerações de garantir uma qualidade de vida ao menos igual a que desfrutam no presente para as futuras gerações.

1.6. Ecologismo dos pobres – acesso equitativo aos recursos ambientais

Segundo Joan Martinez Alier (2007, p. 26), em nosso momento histórico vivemos sob o evangelho da ecoeficiência, do “ecologismo de resultado”²¹, corrente dominante e insidiosa que sustenta e mantém relações de assimetria e desigualdade²², impondo aos pobres o pagamento da “conta que não fecha” de um consumismo desvairado, inconsequente e insustentável.

A sociedade hodierna não foi capaz de incorporar em sua cadeia de relações a equidade demandada por aqueles vitimados pelos efeitos danosos das atividades antrópicas. Em resposta a essa demanda surge o ecologismo dos pobres, com sua natureza popular, voltada para dar visibilidade às lutas pela subsistência e libertação (ALIER, 2007, p. 33).

Em decorrência, nos países de Terceiro Mundo, o ecologismo dos pobres emerge como um novo discurso, fundado em autores como Marx, Weber e Rosa Luxemburgo, que vem ocupando espaço significativo na agenda social mundial, clamando por justiça ambiental²³, ao

²¹ Alier (2007, p. 27) afirma que esta segunda vertente se tornou “uma religião da utilidade e da eficiência técnica desprovida da noção de sagrado”.

²² Há que se registrar o posicionamento do PNUD a esse respeito: “Every human being counts, and every human life is equally valuable. That universalism is at the core of the human development concept. With the 2030 Agenda for Sustainable Development, the Sustainable Development Goals and the promises to leave no one behind, this universal perspective is more critical than ever, particularly in a world that is increasingly unequal, unstable and unsustainable” (Human Development Indices and Indicators: 2018 Statistical Update, PNUD, p. 23).

²³ Segundo Porto (2011): “o movimento pela justiça ambiental (JA) busca, em seu cerne, integrar a dimensão

propor uma interseção entre a questão humana e a natural e colocar no topo das grandes questões a serem debatidas os conflitos distributivos entre ricos e pobres. Nesse sentido, Acsehrad (2010, p. 108) sustenta que a noção de “justiça ambiental” exprime um movimento de ressignificação da questão ambiental:

Ela resulta de uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social. Esse processo de ressignificação está associado a uma reconstituição das arenas onde se dão os embates sociais pela construção dos futuros possíveis. E nessas arenas, a questão ambiental se mostra cada vez mais central e vista crescentemente como entrelaçada às tradicionais questões sociais do emprego e da renda (ACSELRAD, 2010, p. 108).

Os conflitos causados pela injustiça ambiental, segundo Alier (2007), se intensificam em regiões exportadoras de matérias-primas e *commodities*, como ocorre em diversos países do continente africano, latino-americano e asiático, que veem sua mão de obra e seus recursos explorados por um comércio injusto que distribui desigualmente os riscos e benefícios da produção e consumo, gerando e intensificando a vulnerabilidade social e ambiental.

Alier (2007) – fundador da Sociedade Internacional de Economia Ecológica – sustenta ser possível conjugar o desenvolvimento econômico e tecnológico com a proteção ambiental. Para que tal ocorra, no entanto, não podemos esquecer os conflitos sociais que emergem das relações entre ecologia, economia e política. De acordo com o autor, é necessário refletir sobre quem possui o poder político para tomar decisões e traçar diretrizes que atendem aos interesses de segmentos privilegiados ao mesmo tempo em que sacrificam valores sociais e impõem uma agenda não discutida (e nem mesmo sequer publicizada) como único discurso de valoração, como tem ocorrido com o discurso econômico.

Em resposta a esse cenário, Alier (2007) propõe que a economia ecológica e a ecologia política devem mostrar-se capazes de analisar os conflitos ecológicos sem reducionismo, aceitando a incomensurabilidade dos valores, uma vez que o aumento das tensões pelo acesso aos recursos naturais cresce exponencialmente em todo o planeta. Para o autor em análise, a justiça ambiental deve considerar os conflitos distributivos entre aqueles cujo estilo de vida

ambiental com as do direito e da democracia através de ações transformadoras. Ele vem se desenvolvendo nas últimas duas a três décadas a partir da luta contra dinâmicas discriminatórias que colocam sobre o ombro de determinados grupos populacionais os malefícios do desenvolvimento econômico e industrial” (PORTO, 2011, p. 32).

ocorre de forma não predatória com a natureza, e os que a veem, prioritariamente, como instrumento de desenvolvimento econômico. Alier (2007, p. 30) enfatiza a urgência em reconhecermos e buscarmos solucionar o extremo desequilíbrio causado por uma relação norte-sul pautada pela exploração contínua, crescente e antiética do meio ambiente e da sociedade.

Prosseguindo, o autor sustenta que as tensões irão se acirrar ainda mais quando, em um futuro não muito distante, ocorrer o total esgotamento de recursos sobre os quais erguemos nossa civilização. Para ele, o uso crescente, desmedido e abusivo vai tornar alguns recursos naturais raros e cada vez mais estratégicos, mesmo que alguns elementos utilizados na produção possam encontrar substitutos, pois a escala em que são usados atinge a estrutura produtiva e, conseqüentemente, a econômica e social, o que, segundo ele, fará emergir desse rearranjo toda uma gama de novos conflitos sociais onde testemunharemos perda de poder político e econômico e a aparição de novas lideranças, o que, por sua vez, retroalimentará os conflitos.

Para Alier (2007, p. 30), a preocupação central dos economistas ortodoxos é tão somente com o crescimento do PIB, sendo o meio ambiente considerado uma “amenidade” ou mesmo um luxo. Portanto, segundo o autor, é urgente que se coloque na pauta do dia o debate sobre as condições ambientais da produção e da própria vida humana, sem o que não é possível um mínimo de justiça ambiental.

1.7. Justiça ambiental

Neste ponto, convém esclarecer o que se entende por justiça ambiental e, para tanto, é necessário considerar o seu oposto, a injustiça ambiental, tal qual foi definida na declaração de princípios da Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA) – criada por ocasião do Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, realizado em setembro de 2001 na Universidade Federal Fluminense (UFF), na cidade de Niterói, Rio de Janeiro:

O mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos sociais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis²⁴.

²⁴ Disponível em: <http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/04/TAMC-LEROYJean-Pierre-Justi%C3%A7aAmbiental.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019. Nesse sentido, Herculano (2002) entende por Justiça Ambiental o “conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas: sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das conseqüências ambientais negativas de operações

Martinez-Alier (1997, p. 122) usa o conceito de distribuição ecológica para se referir “às assimetrias sociais, espaciais e temporais e ao uso desigual de recursos e serviços ambientais pelos seres humanos, isto é, a exaustão de recursos naturais (incluindo a perda da biodiversidade) e o ônus da poluição” (MARTINEZ-ALIER, 1997, p. 122).

Segundo Porto (2011, p. 34), o movimento da justiça ambiental, por articular ambientalismo com justiça social, constrói um relevante exemplo de resistência aos “efeitos nefastos do capitalismo globalizado”, que utiliza a sua crescente liberdade de alocar investimentos entre diferentes regiões do planeta com o objetivo de “inibir a construção de parâmetros sociais, ambientais, sanitários e culturais, no sentido de direcionar o desenvolvimento econômico e tecnológico para os interesses do mercado”. Porto (2011) considera que:

Ao impor sobre os interesses das populações locais as lógicas econômicas e os interesses de países e elites de fora do território, os processos subsequentes de desterritorialização produzem situações de injustiça ambiental que vulnerabilizam as populações afetadas, não somente por colocar sobre os seus ombros vários riscos e cargas, mas por não reconhecer os seus direitos em temas tão fundamentais como a saúde, a terra, os recursos naturais e a própria cultura, expressa na relação material e imaterial com tais recursos (PORTO, 2011, p. 34).

Porto (2011, p. 34) esclarece que as populações vulnerabilizadas reduzem a sua vulnerabilidade à medida que assumem o protagonismo de suas lutas por melhores condições de vida ao se constituírem como sujeitos coletivos, projetando suas vozes sistematicamente excluídas dos processos decisórios que “definem os principais projetos de desenvolvimento nos territórios”. Para que tal ocorra, Porto (2011) afirma ser necessário:

“desnaturalizar” e politizar a condição de vulnerável, o que é feito através do conceito de justiça, assumido não enquanto termo técnico do campo jurídico, mas como noção ampla que coloca em xeque questões éticas, morais, políticas e distributivas relacionadas às operações econômicas, políticas públicas e práticas institucionais que se encontram por detrás de inúmeros problemas ambientais (PORTO, 2011, p. 34).

Porto (2011) alerta para as estratégias de ocultamento ou invisibilização das populações vulnerabilizadas. Para Honneth (2003), no entanto, a questão vai mais longe, pois implica a falta de reconhecimento, que está ligada à luta pelas condições intersubjetivas de integridade e

econômicas, de políticas e programas federais, estaduais e locais, bem como resultante da ausência ou omissão de tais políticas” (HERCULANO, 2002, p. 143). Em contraste com tal definição, a autora aponta que: “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. 143).

dignidade pessoal, indo além de uma disputa por bens escassos. O que se propugna é que as populações vulnerabilizadas possam ser “reconhecidas e fortalecidas em seu papel de sujeitos coletivos portadores de direitos” (PORTO, 2011, p. 34). De fato, Herculano (2002) observa que, no campo da formulação e implementação de mecanismos políticos:

O movimento por justiça ambiental foi o influenciador de toda uma legislação norte-americana, como, por exemplo, a que diz respeito aos procedimentos para os *clean-ups* (descontaminação), a legislação sobre o direito à informação sobre o que existe ou existirá em uma dada vizinhança *Right to know Act* e a criação de fundos direcionados às comunidades afetadas, dando-lhes meios financeiros para contratar serviços técnicos e advocatícios (HERCULANO, 2002, p. 144).

Porto (2011, p. 34) identifica que um dos elementos centrais da vulnerabilidade, e que é essencial para sua superação, é a ausência das populações vulnerabilizadas do “espaço político formal e do debate público presente na mídia hegemônica”. Ou, por outro lado, sua presença em “contextos de enorme assimetria de poder” onde permanecem ausentes em virtude da impossibilidade concreta de participação real como sujeitos políticos capazes de se expressar, denunciar práticas abusivas e violadoras de direitos, demandar soluções para seus problemas e propor alternativas. Essa impossibilidade de participação é intensificada quando:

O território da intervenção é o espaço de ninguém, do não sujeito não reconhecido como portador de direitos, como as florestas, manguezais e rios, onde hidrelétricas, minerações e monoculturas do agronegócio se expandem (PORTO, 2011, p. 34-35).

Complementando Porto (2011), Herculano (2002) afirma que, nos Estados Unidos, existe um conjunto de ações e movimentos sociais em busca da “justiça ambiental”, mesmo que não adotem essa expressão:

É o caso do Movimento dos Atingidos por Barragens, dos movimentos de trabalhadores extrativistas resistindo contra o avanço das relações capitalistas nas fronteiras florestais e de inúmeras ações locais contra a contaminação e a degradação dos espaços de vida e trabalho (HERCULANO, 2002, p. 145).

Herculano (2002) ressalta que no Brasil o potencial político do movimento pela justiça ambiental é grande, uma vez que o país é extremamente injusto na distribuição de renda e no acesso aos recursos naturais e sua elite governante:

Tem sido especialmente egoísta e insensível, defendendo de todas as formas os seus interesses e lucros, até lançando mão, em muitos casos, da ilegalidade e da violência. O sentido de cidadania e de direitos, por outro lado, ainda encontra um espaço relativamente pequeno na nossa sociedade, apesar da luta de tantos movimentos e pessoas em favor de um país mais justo e decente. Tudo isso se reflete no campo ambiental. O desprezo pelo espaço comum e pelo meio ambiente se confunde com o desprezo pelas pessoas e comunidades. Os vazamentos e acidentes na indústria

petrolífera e química, a morte de rios, lagos e baías, as doenças e mortes causadas pelo uso de agrotóxicos e outros poluentes, a expulsão das comunidades tradicionais pela destruição dos seus locais de vida e trabalho, tudo isso, e muito mais, configura uma situação constante de injustiça socioambiental no Brasil, que vai além da problemática de localização de depósitos de rejeitos químicos e de incineradores da experiência norte-americana (HERCULANO, 2002, p. 145).

O processo de vulnerabilização decorrente das assimetrias sociais e da profunda injustiça ambiental não vitimiza apenas as populações humanas, pois, em última instância, ocasiona o ecocídio.

1.8. Ecocídio: o extremo da vulnerabilização e da insustentabilidade

Durante longos anos de luta, o movimento *Eradicating Ecocide*²⁵ apresentou como proposta para que fosse alcançado o verdadeiro desenvolvimento sustentável o reconhecimento e a garantia de que o direito à vida não fosse mais considerado privilégio exclusivo da espécie humana. Mais que isso, sustentou Polly Higgins²⁶, era necessário aprovar uma lei internacional capaz de fazer com que os dirigentes de empresas e os chefes de Estado fossem legalmente responsáveis por proteger a Terra e as espécies não humanas²⁷.

Para tanto, necessário tipificar o crime de ecocídio²⁸, caracterizando-o como ofensa

²⁵ Disponível em: <http://www.eradicatinaecocide.com/>. Acesso em: 29 abr. 2019.

²⁶ Advogada e ativista ambiental escocesa recentemente falecida, Polly Higgins foi responsável pela campanha *Eradicating Ecocide*.

²⁷ De acordo com a climatologista Bronwyn Lay (2015, p. 432), o termo ecocídio teve origem nas ciências biológicas, especificamente nos estudos de Arthur Galston: “The term ecocide was born from science. The plant biologist and chair of the Department of Botany at Yale University Arthur Galston first publicly used the term ecocide in 1970 after researching herbicides. David Zierler’s 2011 book *The Invention of Ecocide* traces how the use of herbicidal warfare in the Vietnam war led to the defoliation of large areas of that country and resulted in a movement of scientists who advocated for ecocide to be an international crime”. Pereira (2018, p. 275-276), por seu turno, esclarece que o “neologismo ecocídio passa a ser utilizado durante a guerra do Vietnã, derivando da palavra grega *oikos* (casa, lar) e da expressão latina *cide* (destruição). Foi exatamente no ano de 1970 que um grupo de cientistas norte-americanos cunharam o termo para denunciar a destruição ambiental e uma provável catástrofe para a saúde humana em razão do programa de guerra herbicida desenvolvido durante aquele conflito e denominado Operação Ranch Hand.

²⁸ Nesse sentido, convém registrar o que Polly Higgins apontava quanto ao papel do direito e de seus operadores: “Law can be employed creatively and constructively, effecting overnight change. Innovation can be nudged to suddenly flow in a very different direction, sometimes in unexpected areas. Law can close one door and open another. Law can inadvertently create a positive discrimination. Law can change our values and understanding. The inverse can also be true. Sometimes laws are put in place that directly or inadvertently cause damage and destruction. These are the laws that need to be rooted out and transformed. Change is what is required here, nothing less, if we are to change the current course of our trajectory of destruction” (HIGGINS, 2016, p. 93).

massiva ao meio ambiente, responsável por provocar a morte de animais ou vegetais, ou por tornar inapropriados o uso das águas, o solo, subsolo e/ou o ar, e ocasionando também graves danos à vida humana (GORDILHO; RAVAZZANO, 2017, p. 688).

Segundo Gordilho e Ravazzano (2017), em sua luta pelo reconhecimento do ecocídio como crime contra a humanidade, Polly Higgins propôs, em 2010, uma emenda ao Estatuto de Roma que previa expressamente no art. 5º o crime de ecocídio. Essa solução, de acordo com os autores, é a mais interessante, “pois permite uma atuação mais ampla do TPI, reprimindo o ecocídio por danos ao próprio meio ambiente, independentemente dos danos à saúde física ou psíquica dos humanos” (GORDILHO; RAVAZZANO, 2017, p. 689).

De fato, no final de 2016, o Tribunal Penal Internacional (TPI) reconheceu o ecocídio como crime contra a humanidade. A partir de então, caso comprovado o crime em questão, as vítimas poderão ingressar com um recurso internacional para obrigar os seus autores a arcar com o pagamento de danos morais e/ou econômicos. Gordilho e Ravazzano (2017) advertem que, para ser admitido perante o TPI, deve-se considerar o ecocídio como:

(...) uma ofensa massiva ao meio ambiente, capaz de ocasionar graves danos ao ecossistema e violações à fauna, flora, ao ar e/ou as águas, de sorte a determinar a morte de vários espécimes animais ou vegetais, ou tornar inapropriado o uso da água, do solo, subsolo e/ou do ar, de modo a ocasionar abalos à própria vida humana (GORDILHO; RAVAZZANO, 2017, p. 688).

Os autores supracitados, no entanto, pontuam que o ecocídio não está, expressamente, elencado no rol de crimes de competência do TPI, de modo que é necessário analisar se o delito de ecocídio se adapta aos tipos previstos no Estatuto de Roma, ou se a decisão do Tribunal ampliou de forma equivocada do alcance do Estatuto de Roma, o que violaria o princípio da legalidade (GORDILHO; RAVAZZANO, 2017, p. 688).

Para exemplificar a relevância do reconhecimento do crime de ecocídio, Gordilho e Ravazzano (2017, p. 689) citam o caso Darfur, no Sudão, em que “foram envenenados poços e instalações de água potável da região pelos Janjaweed, com apoio do governo central, para remover africanos de etnia negra da região”. No caso em questão, é perceptível a ocorrência de:

(...) um ataque sistemático, com dolo específico – o fim político da ação –, configurando um ato desumano que provocou grande sofrimento e dano físico e emocional, além do crime de homicídio massivo. Mesmo havendo adequação típica, resta saber se se trata de uma interpretação declaratória ou de uma interpretação

extensiva do tipo, ou mesmo, da ampliação da punibilidade, o que configuraria uma analogia disfarçada. Constatando que o ecocídio é um crime contra a humanidade, entende-se que, uma vez preenchidos os requisitos elencados no Estatuto, ou seja, uma conduta dolosa praticada como ataque generalizado ou sistematizado, com o intuito de provocar dano à saúde física ou mental de uma população civil, não há o que se questionar quanto a admissibilidade de tal conduta pelos Estados signatários do Estatuto de Roma (GORDILHO; RAVAZZANO, 2017, p. 689).

Do que foi exposto, pode-se considerar, de acordo com Broswimmer (2005, p. 109), que o ecocídio²⁹ é o conjunto de ações realizadas com a intenção de perturbar ou destruir, em todo ou em parte, o ecossistema humano. Tal definição abrange desde o uso de armas de destruição em massa e a tentativa de provocar desastres, pretensamente, naturais, à expulsão em grande escala, pela força e de forma permanente, dos seres humanos ou dos animais em geral do seu local habitual de residência para facilitar a consecução de objetivos militares ou econômicos. O conceito de ecocídio pode ainda estender-se analiticamente para descrever os modelos destrutivos contemporâneos, bem como a degradação ambiental global e a extinção antropogênica em massa das espécies.

Para Gordilho e Ravazzano (2017, p. 688), por seu turno, o ecocídio é uma modalidade de “delinquência ecológica que viola os valores da vida, integridade emocional, saúde, estética e da própria felicidade”, valores resultantes da “fruição dos elementos da natureza (águas, ar, solo, flora, fauna e paisagem)”. Os autores (2017, p. 690) destacam que, para adentrar a questão da competência material do TPI cumpre salientar que ela é complementar, “sendo admitida apenas para os delitos sem previsão nas legislações internas dos Estados-membros que reconhecem e ratificaram o Tratado que criou o tribunal” (GORDILHO; RAVAZZANO, 2017, p. 690).

Seguindo as considerações de Piovesan (2000), Gordilho e Ravazzano (2017, p. 690) lembram que o TPI teve sua origem como um “aparato complementar à jurisdição penal nacional” e que, de acordo com o Estatuto de Roma, os Estados detêm a “responsabilidade primária” e o “dever jurídico de emprestar a sua jurisdição”. Alertam os autores que, no entanto,

²⁹ A esse respeito, é conveniente registrar o que diz Broswimmer(2005): “Ecocide: Acts undertaken with the intention of disrupting or destroying, in whole or in part, a human ecosystem. Ecocide includes the use of weapons of mass destruction, whether nuclear, bacteriological, or chemical; attempts to provoke natural disasters such as volcanoes, earthquakes, or floods; the military use of defoliants; the use of bombs to impair soil quality or to enhance the prospect of disease; the bulldozing of forests or croplands for military purposes; the attempt to modify weather or climate as a hostile act; and, finally, the forcible and permanent removal of humans or animals from their habitual place of habitation on a large scale to expedite the pursuit of military or other objectives. The concept of ecocide is analytically expanded here to describe contemporary holocaustic patterns of global environmental degradation and anthropogenic mass extinction of species” (BROSWIMMER, 2005, p. 109).

caso isso não ocorra, a “responsabilidade subsidiária é da comunidade internacional” (GORDILHO; RAVAZZANO, 2017, p. 689):

Dentre os delitos elencados no Estatuto de Roma, o ecocídio pode restar configurado como espécie de crime contra a humanidade, notadamente quando nos depararmos com a alínea *k* do artigo 7º do diploma internacional. Para tanto, é imprescindível que se preencham os requisitos objetivos e subjetivos do tipo, quais sejam, um ataque generalizado ou sistemático a uma população civil, praticado de forma dolosa, exigindo-se ainda o objetivo político do ataque como fim específico do crime. O enquadramento do ecocídio no tipo penal descrito no artigo 7º não configura analogia *in malam partem* ou interpretação extensiva, ambas vedadas pelo artigo 22 do Estatuto de Roma, mas de interpretação declaratória, uma vez que existirá uma adequação imediata ao tipo, desde que preenchidos todos os elementos objetivos e subjetivos descritos no tipo dos crimes contra a humanidade (GORDILHO; RAVAZZANO, 2017, p. 689).

É necessário considerar que, embora o reconhecimento do TPI seja uma conquista histórica para muitos ativistas que durante um longo tempo militaram por isso, a compreensão que predomina ainda é, eminentemente, antropocêntrica, pois, como observam Gordilho e Ravazzano (2017, p. 689), afasta condutas extremamente gravosas para o “meio ambiente em si”, quando tais condutas não atingem diretamente “uma população civil”, como resultado de uma ação política com tal finalidade específica. Nesse sentido, convém mencionar a colocação de Jones (2011, p. 601), para quem a verdadeira “paz” entre os povos:

(...) não pode existir ao lado de maciças desigualdades em termos de riqueza, saúde e educação. E, pouco nos servirá para suprimir o genocídio e estabelecer a amizade entre os povos, se a própria Terra finalmente se revolta contra as espécies que causaram tantos danos ecocidas (JONES, 2011, p. 601).

De fato, segundo Pereira (2018, p. 278), o que se constata é que, por meio da história, há uma inequívoca conexão entre:

(...) colonização, exploração econômica, escravização, espoliação, tortura, extermínio, miséria e esgotamento ambiental. Daí a adequabilidade de eventual atenção, por parte do Tribunal Penal Internacional, no sentido de que o genocídio pode se dar por uma ação ecocida, própria de estruturas sociais e estatais democrático-liberais, porém com efeitos destrutivos e que provocam a ruptura das estruturas e formações sociais em suas dinâmicas de expressão e existência (PEREIRA, 2018, p. 278).

O desafio de transformar a relação homem/natureza, pautando-a pela harmonia, integração e sustentabilidade, vem sendo apontado não apenas como solução para os diferentes problemas ambientais, mas também como um legítimo esforço em reconhecer o direito dos povos tradicionais e efetivar o respeito ao seu modo de vida e valores culturais. Esses esforços

se coadunam com a luta pela erradicação da pobreza, pela efetivação do acesso justo e equitativo aos recursos ambientais que asseguram não apenas a mera sobrevivência, mas, acima de tudo, uma existência digna. É, em suma, a luta por um modo de vida sustentável, capaz de equacionar o respeito ao meio ambiente com o desenvolvimento econômico e o progresso tecnológico.

No entanto, alerta Sabrina Silva (2014, p. 35), como o conceito de sustentabilidade é apresentado “de maneira ampla e vaga”, são favorecidas sua “apropriação e utilização nos mais diferentes discursos”. Observa a autora que:

Hoje, praticamente todas as correntes de pensamento concordam com a ideia de que a sustentabilidade deve orientar as decisões envolvendo a natureza e ser um preceito básico para nortear as ações dos indivíduos (SILVA, 2014, p. 35).

Segundo Sabrina Silva (2014, p. 35), o termo sustentabilidade também está constantemente presente em “diversos discursos de organizações que buscam justificar seus impactos sobre o ambiente e legitimar a sua atuação frente à sociedade”. Essas organizações se espalham por diferentes setores e têm em comum o esforço em associar sua imagem à sustentabilidade e demonstrar, “por meio de relatórios e outras comunicações”, seu alegado compromisso com valores e ações que, na maior parte dos casos, são observados apenas no discurso (SILVA, 2014, p. 35). Nesse sentido, a autora sustenta que:

A grande dificuldade em se adotar uma postura sustentável pode estar associada à dificuldade de se incorporar mudanças profundas em um sistema de pensamentos continuamente e fortemente ligado às instituições da sociedade industrial (SILVA, 2014, p. 35).

Sabrina Silva (2014, p. 36) alerta que o uso indiscriminado do termo “pode terminar por não indicar qualquer mudança significativa na relação entre a humanidade e a natureza”, mas, tão somente, “representar uma maneira dos indivíduos justificarem suas ações, mesmo as mais degradantes do ponto de vista ambiental” (SILVA, 2014, p. 35).

Não há como negar que a civilização – a despeito de todos os esforços jurídicos, de todo o empenho político envolvido no processo de conscientização dos cidadãos, das empresas e dos governos e de todo o arcabouço legal construído na esfera internacional e no ordenamento jurídico interno dos Estados – ainda está longe de realizar-se como uma sociedade sustentável.

O desafio de compatibilizar desenvolvimento econômico, sustentabilidade e a defesa da dignidade da vida, em todas as suas formas, demanda do direito e de seus operadores a capacidade de interpretar e aplicar o direito nos limites do princípio da precaução, de forma prudente e consequente, equitativa, pautada pelo respeito às regras, dentro dos limites impostos pela observação dos direitos fundamentais, sob a égide do princípio da proporcionalidade, como será visto nos capítulos seguintes.

2. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O presente capítulo busca ampliar o entendimento a respeito do princípio da precaução. Para tanto, faz-se necessário considerar em que consistem os princípios, as regras, suas diferenças e importância, relacionando-os com a problemática da adequada aplicação do princípio.

O princípio da precaução, em função de seu caráter abstrato e genérico, dificulta que dele se extraiam obrigações concretas, sendo, por conseguinte, necessário refletir sobre os critérios para aplicação efetiva desse princípio. Tal é o que se verá neste capítulo.

2.1. Princípios e regras

Segundo Bonavides (2005, p. 256), os princípios são verdades objetivas que, nem sempre, pertencem ao mundo do ser, mas sim do dever-ser. Os princípios são fontes norteadoras, as bases, os alicerces de um conhecimento complexo, pluridimensional tal qual é o direito³⁰. Vicente Ráo (2005, p. 43) alertava que o estudo e a aplicação do direito não poderiam dispensar a “constante invocação dos princípios gerais”, e que, para que tal se desse de forma útil e proveitosa à sociedade, era essencial:

(...) recordá-los nesta fase histórica da vida do Direito, quando múltiplos e graves fatores operam no sentido de sustar o curso normal de seu desenvolvimento e procuram destruir, de ponta a ponta, toda a ordem jurídica que caracteriza a civilização contemporânea. Diria melhor se dissesse que necessário se faz restaurar o significado, o alcance e força dos princípios gerais, ora ameaçados, senão de destruição, quando menos de esquecimento (RÁO, 2005, p. 43).

Tal é o que pode ser flagrado no cenário contemporâneo, diante dos “múltiplos e graves fatores” apontados por Ráo, onde é possível perceber a ameaça que paira sobre a sociedade brasileira e a urgência, por conseguinte, em restaurar o significado, a força e o alcance dos princípios gerais do direito, bem como, especificamente no tocante a este trabalho, dos princípios do direito ambiental.

É possível afirmar sem erro que foi nos estudos de Dworkin (2002) e Alexy (1985) que

³⁰ De acordo com o estatuto epistemológico das ciências, o direito não pode ser considerado como tal, no sentido rigoroso do termo, pois não possui objeto único, método próprio e, acima de tudo, o direito não é avaliativo, ao contrário.

o conceito de norma jurídica – e sua divisão entre regras e princípios – ganhou um novo e vigoroso impulso, colocando em destaque a questão acerca dos critérios adequados para distingui-los, não havendo consenso a respeito de tratar-se de gêneros autônomos ou espécies de uma mesma categoria conceitual ou, ainda, se ambos referem-se apenas a formas distintas de aplicação dos enunciados normativos (SOUSA, 2011, p. 95).

Nesse sentido, Virgílio Silva (2003) aponta que tanto Alexy quanto Dworkin esposam a tese da separação qualitativa entre regras e princípios. Tal posicionamento sustenta que a “distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico”. Virgílio Silva observa que uma alternativa a essa tese é aquela que defende que “a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade” (2003, p. 609). Segundo o autor, essa é a tese que mais repercutiu no Brasil. No entanto, constata, há um segmento que, “por diversas razões, rejeita a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios” (SILVA, 2003, p. 609).

Necessário salientar que, de acordo com o que propõe a teoria dos princípios, tanto estes quanto as regras constituem dois tipos de normas com “estruturas distintas, cada um exigindo uma forma de aplicação”, e, como consequência, formas específicas para a solução de conflitos normativos (LIMA, 2012, p. 25). O autor afirma, ainda, que a distinção entre princípios e normas é qualitativa e não meramente gradativa e que por tal razão não leva em consideração características, tais como a “importância, a abstração, a generalidade ou qualquer outro critério graduável” (2012, p. 25). Na verdade, aponta Lima, a teoria dos princípios “é incompatível com definições de princípios como normas mais importantes, mais abstratas ou mais vagas do que as regras” (LIMA, 2012, p. 25).

Quanto à distinção entre princípios e regras, deve-se considerar a orientação de Canotilho (1998, p. 167), que alerta para a complexidade em fazê-lo. Segundo o mestre, tal complexidade decorre da falta de clareza quanto a pontos fundamentais, quais sejam: (a) a elucidação quanto à função dos princípios – identificar se ela é retórico-argumentativa ou se trata de normas de conduta; (b) identificar se “entre princípios e regras existe um denominador comum”, se pertencem à mesma “família” e se há apenas uma “diferença de grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo)”, ou se, pelo contrário, “os princípios e as regras são susceptíveis de uma

diferenciação qualitativa” (CANOTILHO, 1998, p. 167).

Prossegue o autor (1993, p. 167), afirmando que, no que tange ao primeiro problema acima apontado, os princípios são “multifuncionais”, pois podem desempenhar “uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição”, ou, por outro lado, revelar “normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito” (CANOTILHO, 1998, p. 167).

Canotilho (1998) aponta que, considerados os princípios como qualitativamente distintos das outras categorias de normas – as regras jurídicas –, as diferenças traduzir-se-ão, resumidamente, nos seguintes aspectos: princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, com vários graus de concretização; regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência impositiva, permissiva ou proibitiva; a convivência entre princípios é conflituosa e entre normas é antinômica; princípios coexistem, regras antinômicas são mutuamente excludentes; princípios, como exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses, enquanto regras obedecem à lógica do tudo ou nada; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra tem validade, deve ser cumprida na exata medida das suas prescrições; em caso de conflito entre princípios, pode haver ponderação, harmonização, uma vez que eles contêm apenas exigências, já as regras, por sua vez, contêm fixações normativas definitivas – nesse caso, é insustentável a validade simultânea de regras contraditórias; os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, valia, ponderação), enquanto as regras colocam apenas questões de validade³¹

³¹ Textualmente, eis o que fala o autor: “(...) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual; a convivência de regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; (2) – consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos; (3) – em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias; (4) – os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas)” (CANOTILHO, 1998, p. 167-168).

(CANOTILHO, 1998, p. 167-168).

Prosseguindo com a lição de Canotilho, percebe-se que os princípios se caracterizam por serem normas cujo grau de abstração em relação às regras é superior. Por conseguinte, os princípios, como bem aponta o autor, carecem de uma “mediação concretizadora”, enquanto as regras são diretamente aplicáveis. Para Canotilho, os princípios são fundamentais, “na medida em que correspondem à estrutura do sistema jurídico”, enquanto as regras neles se apoiam. Canotilho esclarece, como citado acima, que os princípios são *standards* ou “pautas vinculantes” que têm por condão traduzir “as ideias de justiça ou de direito”. É importante frisar, ainda de acordo com a lição de Canotilho, que a vinculatividade das regras “está ligada ao seu conteúdo meramente funcional”, enquanto os princípios “são fundamentos de regras, isto é, constituem-se como sua *ratio*” (CANOTILHO, 1998, p. 1034-1035).

Do acima exposto, é possível identificar cinco critérios de distinção entre os princípios e as regras, quais sejam: o grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, o grau de abstração, o caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito, a proximidade da ideia de direito e sua natureza normogenética.

Alexy (2008, p. 87), por seu turno, afirma que, como ponto nevrálgico na distinção entre regras e princípios, há que se considerar que princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Portanto, pode-se ver que, para o autor, princípios são “mandamentos de otimização”, que se caracterizam pela possibilidade de serem satisfeitos em “graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 87).

De acordo com Alexy (2008), o alcance das possibilidades jurídicas é “determinado pelos princípios e regras colidentes”³², enquanto as regras são normas que “são sempre ou

³² Nesse sentido, Branco (2008), em sua tese de doutoramento, observa: “A teoria da argumentação jurídica de Alexy lança luz sobre os seus estudos em torno dos direitos fundamentais, em especial no que toca ao problema das colisões entre eles. A sua teoria da argumentação permite afirmar que o exercício da ponderação – método para aplicar normas-princípios – tem a sua racionalidade assegurada, justamente por ser uma expressão da argumentação jurídica. Daí Alexy asseverar que ‘há um procedimento racional de ponderação’. Esse procedimento é dado pela teoria dos princípios jurídicos, desdobramento da sua teoria da argumentação jurídica” (BRANCO, 2008, p. 199).

satisfeitas ou não satisfeitas” (2008, p. 87). O autor sustenta que se uma regra vale, então, o que deve ser feito é exatamente aquilo por ela exigido, “nem uma libra de carne a mais ou a menos”, como diria Shylock, em *O mercador de Veneza*³³. Regras contêm, portanto, como ensina Alexy, “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”, de maneira que a distinção entre regras e princípios é “uma distinção qualitativa³⁴, e não uma distinção de grau” e, como decorrência, tem-se que “toda norma é ou uma regra ou um princípio” (ALEXY, 1998, p. 88).

Convém considerar o que diz Virgílio Silva (2003, p. 613) a respeito da teoria alexyana, ao apontar que nela o conceito de princípio é um conceito que “nada diz sobre a fundamentalidade da norma” e que, assim, um princípio pode ser um “mandamento nuclear do sistema”, bem como pode não o ser, uma vez que “uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade” (SILVA, 2003, p. 612-613).

2.1.1 O discurso jusnormativo entre o vazio e o inacabado

Segundo Bisol (2004), o pensamento jurídico moderno pautou-se pela pretensão de eliminar a “vocação prudencial do ato jurídico-decisório”, o que, na atualidade, vem se mostrando uma aspira o cada vez mais inadequada, não apenas frente ao advento dos direitos fundamentais e dos direitos de terceira gera o, como, também, “em face da ascensão da base principiológica do discurso jusnormativo” (BISOL, 2004, p. 42).

O autor esclarece que, mesmo de forma incompleta e carente de efetiva o satisfatória,

³³ Alexy sustenta que a esfera das possibilidades jurídicas se determina por princípios e regras de dire o contrária e que as regras são normas que podem sempre ser cumpridas ou não. Destaque-se, nesse sentido, que quando uma regra vale, então se há de fazer exatamente o que ela exige ou determina: Nem mais, nem menos. E que, com a libra de carne, não jorre uma gota sequer de sangue, como responderia P rcia a Shylock. Note-se, também, que, diante da existência de uma regra válida e aplicável ao caso em considera o, esta deve ser aplicada de forma estrita, realizando-se, com exatidão, exatamente o que por ela se encontra prescrito, nem em maior, nem em menor grau, uma libra de carne, em corte preciso. Perceba-se, nesse ponto, a distin o entre regras e normas, pois, ao contrário do que se d  em rela o aos princípios, as regras não são aplicadas gradualmente, por sopesamento, mas segundo a lógica do “tudo ou nada” (proposta por Dworkin), ou seja, por meio da subsun o.

³⁴ Destaque-se que, para Alexy (2008, p. 87), regras e princípios são normas, pois ambos, primeiramente, “dizem o que deve ser”. Em segundo lugar, podem ser formulados por meio de “expressões de nticas básicas do dever, da permissão e da proibi o”. Segundo o autor, ambos, princípios e normas, são “razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente” (ALEXY, 2008, p. 87). Note-se, também, que para Alexy (2008, p. 88) a distin o qualitativa fica clara na medida em que se entende que os princípios são normas de otimiza o, cuja característica central reside na possibilidade de serem cumpridas em graus distintos, observando-se que sua execu o não depende apenas de possibilidades fáticas, mas, igualmente, jurídicas.

esta “nova estratégia de regulamentação da vida social” é o que se coloca diante de uma sociedade caracterizada pelo pluralismo e pela fragmentariedade, como a que se tem hodiernamente, visando responder ao desafio de “reduzir o conjunto de regras e princípios componentes do direito a um sistema razoavelmente acabado e dotado de coerência interna” (BISOL, 2004, p. 42).

Como decorrência do quadro acima descrito, o autor aponta a dificuldade que juristas formados no paradigma jurídico da Modernidade experimentam quando necessitam dar tratamento adequado aos direitos emergentes, em especial, ao ambiental:

Por estes motivos, direitos emergentes de natureza transindividual, como o direito ambiental, são acusados de direitos brandos, eis que utilizam “programas, objetivos, verbos potenciais, generalidades políticas e não obrigações jurídicas. Os países os subscrevem porque não se sentem realmente obrigados”³⁵. Acusações desta natureza fundamentam-se justamente nos paradigmas jurídicos da modernidade, sendo sintomática a dificuldade do jurista com este tipo de formação obsoleta equacionar adequadamente e operar com eficiência as questões relativas à proteção do meio ambiente e à aplicação das normas do direito ambiental (BISOL, 2004, p. 42).

Considerando, em particular, as dificuldades de efetivação do Direito Ambiental, Bisol (2004) aponta que o advento do Estado Constitucional trouxe como demanda, em razão da expansão dos direitos sociais, profundas modificações nas práticas judiciárias, seja porque em grande parte estes novos direitos encontram-se constitucionalizados, “seja porque não se ajustam ao modelo processual de tutela coativo-repressiva do direito penal ou restitutivo-indenizatório do direito civil” (2004, p.40). Além disso, enfatiza o autor, no bojo desse processo de transformativo do direito, a “lei ordinária, com sua pretensão de lei geral e abstrata, resta cada vez mais enfraquecida e achatada entre o poder regulamentar casuístico da administração e o arcabouço de princípios gerais constitucionalizados” (BISOL, 2004, p.p. 40-41).

Com resultado, Bisol (2004) destaca um fenômeno que é percebido com clareza no âmbito do direito ambiental brasileiro, onde se tem, por um lado, “um casuísmo cujo exercício profuso inflaciona o mercado de regras jurídicas”, e, por outro, “princípios que firmam de um modo excessivamente abstrato valores, metas e objetivos a serem cumpridos pela ordem jurídica positiva” (2004, p. 41). Bisol aponta que o padrão normativo do direito ambiental pátrio

³⁵ A esse respeito, veja-se Lorenzetti (1998, p. 558).

oscila entre:

A força dos princípios gerais positivados no artigo 225 da Constituição Federal, e resoluções administrativas como as inúmeras editadas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), todas fundamentais à proteção do meio ambiente instrumentalizada por este ramo do direito (BISOL, 2004, p. 42).

Bisol (2004) observa que há no direito ambiental um nível considerável de “indeterminação normativa” que se desdobra em uma “intensa atividade criadora na sua aplicação judiciária” (2004, p. 42). Há também, aponta o autor, o “deslocamento da atividade político-decisória de elaboração do direito do poder legislativo para executivo”, o que pode ser flagrado não apenas no exercício da “competência legislativa propriamente dita”, como também no “poder regulamentar da Administração Pública” (2004, p. 42). Portanto, enfatiza o autor:

A indeterminação normativa, reforçada pela ampliação da base principiológica do direito, aponta para um significativo acréscimo da discricionariedade judicial, fazendo surgir uma renovada discussão das conexões entre o direito e a moral, bem como do conflito ético no interior da decisão judicial, uma decisão que acolhe uma alternativa jurídica em detrimento de outras (BISOL, 2004, p. 41).

Segundo Bisol (2004) com a Modernidade, a razão analítica expandiu-se no interior do pensamento jurídico e com ela a necessidade de instrumentalizar o “modelo silogístico da concludência jurídica”, no qual, entretanto, mesmo sem uma prospecção profunda, é possível flagrar um desafio fundamental para os operadores do direito: a construção das premissas que sustentam a subsunção do fato à norma, “definindo o que é efetivamente jurídico no fato e quais as premissas normativas que o regulam” (2004, p. 42). Bisol sustenta que o jurista não opera com fatos e sim com um “complexo procedimento de valoração de um conjunto probatório fragmentário, inacabado e, por vezes, contraditório”. De igual modo, adverte, “não opera com normas, mas com um discurso normativo parecendo ostentar estes mesmos atributos da prova judicial”. Desta maneira, conclui:

(...) o raciocínio jurídico-decisório não opera com premissas objetivadas no processo judicial, tal como a idéia de silogismo faz supor. Trata-se, antes, de um entimema, um silogismo retórico em face da irredutibilidade de suas premissas à evidência, bem como da impossibilidade de sua completa enunciação (BISOL, 2004, p. 42).

Bisol (2004) alerta para a “decadência da lei codificada”, sobre a qual se projeta “uma ordem jurídica inflacionada pelo excesso de leis e atos normativos, fragmentária e difusa”, na qual, o mínimo de sistematicidade ainda garantido repousa na “função harmonizadora dos princípios jurídicos” (2004, p.34). O autor salienta que os princípios – positivados nas

constituições e impregnados de força tópico-retórica, formam uma espécie de:

(...) baldrame axiológico flexível capaz de cunhar uma aparência de sistema ao direito infraconstitucional descodificado, uma sensação de unidade pairando sobre diversidade profusa das normas do direito atual. Para cumprir esta nova função sistematizadora, os princípios jurídicos constitucionalizados manifestam um duplo alcance instrumental: no âmbito material, são pautas que afirmam valores ao invés de descrever fatos-tipo, retirado força de sua notória densidade axiológica; no plano formal, o alcance sistematizador dá-se em virtude de sua posição na hierarquia das normas positivas, pois ostentam status de direito constitucionalizado. Sem sombra de dúvidas, é mais fácil compor pactos setoriais em uma sociedade multifária e pluralista mediante afirmações de valores comuns do que por descrições de condutas específicas a serem reguladas pelo direito (BISOL, 2004, p. 34).

De acordo com Bisol (2004), o debate acerca dos princípios jurídicos vem provocando “estragos ainda não bem sedimentados no corpo da teoria da norma jurídica”. O autor observa que a “existência de pautas normativas estruturalmente diversas como os princípios jurídicos (...) reforçam a tese de que a norma geral dotada de plenitude lógica é uma abstração idealista”, e que, no interior das ordens jurídico-positivas, a existência dos princípios gerais põem “em cheque o alcance instrumental que a categoria ‘norma geral’ empresta não apenas ao modelo subsuntivo de aplicação do direito, como à própria noção de ‘sistema normativo’” (BISOL, 2004, p. 35).

Bisol (2004) afirma que a discussão em torno dos princípios jurídicos teve início nos anos 70 do século XX, em função da necessidade de assimilar teoricamente a sua “inegável presença no interior das ordens jurídicas”, uma vez que os princípios foram percebidos como “uma categoria normativa irreduzível às soluções teórico-práticas oferecidas aos juristas pelo modelo juspositivista” (2004, p. 35). O autor adverte que coube a Dworkin³⁶ o mérito de propor

³⁶ Neste sentido, veja-se Dworkin (2002, p. 125).

³⁴Bisol (2004) observa que, para substituir o modelo positivista, Dworkin propôs um não-positivismo principialista, “onde sustenta ser o direito um sistema de regras, diretrizes e princípios, tese que acabou por alavancar intensas disputas teóricas e mudanças substanciais na teoria jurídica. Tais reflexões projetaram-se sobre os tópicos centrais da teoria e da filosofia jurídicas, como as relações entre direito e moral, a tipologia das pautas jurídicas, a criação judicial do direito, a caracterização dos casos difíceis (*hard cases*), a natureza e a estrutura do raciocínio jurídico. Em sua teoria não-positivista, Dworkin reconheceu cumprir os princípios jurídicos e as normas programáticas (*principles and policies*) uma tarefa fundamental no direito atual: garantir a existência de uma única solução jurídica correta (*right tesis*) para cada caso judicializado, opondo-se à tese juspositivista segundo a qual o juiz, ao se deparar com um espaço vazio, um campo de indeterminação normativa do sistema jurídico, queda-se desvinculado do direito vigente e passa a exercer um poder discricionário, estando legitimado a decidir o caso por fundamentos extrajurídicos articulados *ex post facto*. Com isso, as impositões juspositivistas mais consistentes, do ponto de vista teórico, reconhecem ao juiz um nível de atividade criadora do direito”(2004, p. 36). Segundo Bisol, “o impacto desses novos marcos teóricos repercutiu num intenso debate em torno do desenvolvimento de critérios distintivos entre princípios e regras, seja quanto à estrutura lógica, seja quanto aos seus aspectos funcionais” (BISOL, 2004, p. 36).

a questão, num “poderoso ataque ao positivismo jurídico”, denunciando a redução do fenômeno jurídico a um:

Normativismo que o identifica apenas como um sistema de regras, deixando de vislumbrar existência de outras pautas de fundamental importância para o direito vigente, tais como as regras programáticas (ou diretrizes) e os princípios jurídicos - pautas estas com estrutura lógica e função normativa sensivelmente diferenciadas das regras específicas de conduta³⁷ (BISOL, 2004, p. 34).

Segundo Bisol (2004), outro expoente do não-positivismo principialista foi Alexy, o qual dispôs que o elemento decisivo capaz de distinguir regras e princípios é que estes últimos se caracterizam como “pautas muito abertas que expressam um dever ser ideal” e não são “passíveis de um pleno cumprimento”, ao contrário, apresentam “graus distintos de cumprimento, a depender não apenas das possibilidades fáticas, mas também dos limites e oposições internas da própria ordem jurídica” (2004, p.p. 36-37). Quanto às regras, Bisol adverte que, para o jurista alemão, estas são normas que “exigem um cumprimento pleno, podendo apenas ser cumpridas integralmente ou não cumpridas, sem níveis intermediários”, ao passo que os princípios jurídicos são “verdadeiros mandatos de otimização, pois ordenam que se cumpra na maior medida possível” (BISOL, 2004, p. 37).

Bisol (2004) aponta que Atienza e Manero (1996) identificam os princípios jurídicos como “normas de mandato” passíveis de serem classificados a partir de três critérios fundamentais:

1) os “princípios em sentido estrito”, no sentido de normas excessivamente gerais ou que se valem de conceitos particularmente vagos em sua elaboração, por oposição aos “princípios como diretrizes e normas programáticas”; 2) os “princípios no contexto do sistema primário”, ou seja, normas dirigidas à conduta dos cidadãos, por oposição aos “princípios no contexto do sistema secundário”, que caracterizam as normas dirigidas à conduta dos agentes públicos encarregados de criar, modificar e aplicar o direito; por último 3) os “princípios explícitos”, cujo texto é formulado expressamente no ordenamento jurídico sob a forma legal ou jurisprudencial, por oposição aos “princípios implícitos”, extraídos indutivamente por meio de outros enunciados formalmente expressos (BISOL, 2004, p.p. 37-38).

Segundo Bisol (2004), o debate em torno dos princípios encontra-se polarizado entre, de um lado, “os que defendem que suas diferenças com as regras específicas limitam-se às distinções de grau de generalidade”, e, de um lado, “os que sustentam a existência de diferenças estruturais e funcionais entre princípios e regras”. Isto posto, sustenta o autor, é necessário

considerar que, tomando-se por base o critério do grau da generalidade, as pautas jurídicas³⁸ “variam desde regras específicas até os princípios gerais, passando por pautas de grau intermediário, nem tão específicas, nem tão gerais como os princípios”, sendo que as primeiras “regulam condutas rigorosamente tipificadas e descritas no texto, ou seja, que descrevem em seu corpo fatos bastante específicos”. Em oposição às regras específicas, adverte o autor, “encontramos os princípios jurídicos, ostentando uma significativa neutralidade tópica por não descreverem fatos hipotéticos, limitando-se tão somente a prescrever valores” (BISOL, 2004, p. 38).

Por outro lado, sustenta Bisol (2004), existem as chamadas “pautas normativas intermediárias”, conhecidas como “cláusulas gerais”, que são mais “abertas do que as regras específicas”, pois, ainda que descrevam fatos-tipo, expressam “certa indiferença de conteúdo tópico, regulando um leque heterogêneo de condutas agrupadas em torno de algumas características comuns bastante gerais”, o que, percebe-se, contrasta com a “maior objetividade fático-descritiva das condutas descritas nas regras específicas” (BISOL, 2004, p. 38).

No entanto, aduz Bisol (2004), o critério de distinção mais amplamente aceito pelos juristas é o que considera as diferenças estruturais entre princípios e regras. De acordo com esse critério os “princípios jurídicos não são dotados de preceito, ou seja, não há neles consequência jurídica estatuída previamente”, nem se “submetem a uma lógica disjuntiva, a lógica do tudo ou nada, seja no que diz respeito à sua aplicação aos fatos concretos, seja, no tocante à solução de antinomias entre princípios”. Desta forma, sustenta Bisol, os princípios:

(...) não seriam normas jurídicas no sentido de uma proposição normativa completa dotada de uma descrição hipotética de um fato-tipo posto como condição de aplicação de uma consequência jurídica como dever ser. Sua aplicação também pode variar de acordo com valorações complementares. Por último, no caso de antinomias entre princípios, por vezes não ocorre o fenômeno da revogação, mas tão-somente o afastamento de sua incidência de um deles, por critérios extraídos do próprio conflito judicializado (BISOL, 2004, p. 39).

Bisol (2004) adverte que a classificação das pautas jurídicas repercute fortemente nas “dimensões metodológicas fundamentais” do direito como as que dizem respeito aos conceitos de “vinculação, validade normativa, antinomia e revogação”, dentre outros, já que “as

³⁸ Bisol (2004) adverte que Atienza e Manero (1996) classificam as pautas jurídicas “em ‘normas de mandato’, ‘regras que conferem poderes’ e ‘enunciados permissivos’, para então sustentar que a subdivisão entre ‘princípio e regra’ diz respeito apenas às normas de mandato” (BISOL, 2004, p. 36).

diferenças estruturais e funcionais entre as diversas pautas jurídicas resultam sempre numa maior ou menor indeterminação do direito” (2004, p. 39). Bisol afirma que as regras específicas, em função do seu “rigor descritivo”, são tendentes a uma “maior determinação do seu conteúdo normativo, resultando numa melhor delimitação do seu âmbito de incidência”, o que, conseqüentemente, conduz a uma redução da “zona de penumbra onde não se pode determinar objetivamente se os fatos subsumem-se ou não à pauta normativa em questão” – estes fatos, que se caracterizam por sua “juridicidade obscura”, são conhecidos como *hard cases*, e, como decorrência desta característica, “tendem a vincular o aplicador a uma decisão específica” (BISOL, 2004, p. 39).

Feitas as considerações preliminares acerca dos princípios, coloca-se, a partir da seção seguinte, a reflexão sobre o princípio da precaução.

2.2. As múltiplas faces do princípio da precaução

Antunes (2016) relembra que o princípio da precaução inicia a sua trajetória na década de 1970, quando, no direito alemão, se firmou a imperiosa necessidade de avaliação prévia dos impactos e conseqüências advindas das atividades humanas sobre o meio ambiente. De acordo com o autor, esse princípio, originariamente, estabeleceu o significado da precaução como o desenvolvimento “em todos os setores da economia” de processos aptos a reduzir “significativamente as cargas ambientais negativas”, em especial as que se originam de “substâncias perigosas” (ANTUNES, 2016, p. 70-71).

De fato, com o nome de *Vorsorgeprinzip*, o princípio da precaução encontrou no direito alemão no início dos anos 1970 um *locus* de intensa mobilização para sua categorização na determinação de planejar atividades econômicas com vistas a evitar danos ambientais (CEZAR, ABRANTES, 2003, p. 228; MACHADO, 2002, p. 49). Um marco na implementação do princípio é o Ato de Poluição do Ar, de 1974, legislação federal da então Alemanha Ocidental. Segundo Currie (1982, p. 355), o *Bundes-immissionsschutzgesetz* afirmava como seus propósitos “a proteção de pessoas, animais, plantas e outras coisas contra efeitos ambientais danosos” e “tomar precauções contra a ocorrência de efeitos ambientais danosos”³⁹. O

³⁹ “The stated purpose of the *Bundes-Immissionsschutzgesetz* is ‘to protect people, animals, plants, and other things from harmful environmental effects’ and ‘to take precautions against the occurrence of harmful environmental effects’.”

instrumento determinava que:

Adicionalmente ao dever de não causar dano ambiental, o operador de um estabelecimento que precise de licença deve tomar precauções contra efeitos ambientais danosos, em particular pelo uso de medidas de limitação de emissões que reflitam o estado da arte⁴⁰ (CURRIE, 1982, p. 368).

Fica claro que, já aí, um elemento central ao princípio da precaução estava presente: a prioridade da avaliação técnica sobre a decisão política. Especificamente no dispositivo mencionado, endereçado para o administrado que deve requerer licença para realizar sua atividade, o próprio estatuto substitui a agência responsável pelo licenciamento e faz a demanda pelo estado da arte, ou seja, o melhor conhecimento disponível na área, no combate ao risco de dano.

O instrumento normativo foi largamente invocado pela jurisprudência na garantia de bandeiras ambientalistas, eventualmente extrapolando a jurisdição alemã e sendo absorvido pelo direito internacional e, pela via do comparativismo, pelo direito nacional de outros países. No âmbito internacional, uma série de documentos normativos multilaterais sucessivamente cristalizou o princípio como norte para a regulação de matéria ambiental (CEZAR, ABRANTES, 2003, p. 228-230).

Alguns outros documentos jurídicos internacionais de relevância histórica para a positivação do princípio incluem: a Declaração Ministerial da Segunda Conferência do Mar do Norte, a Declaração de Londres, de 1987; a Conferência Internacional do Conselho Nórdico sobre a Poluição dos Mares, de 1989; a Convenção de Bamako para o controle da movimentação transfronteiriça e do manejo de resíduos perigosos na África, de 1991; e a especialmente importante Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento, oriunda da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992.

Não há homogeneidade nessas declarações. Pode-se argumentar que o maior problema do princípio da precaução ambiental seja sua grande variabilidade na interpretação: quatorze formulações diferentes do princípio em documentos normativos no âmbito internacional podem ser identificadas (FOSTER, VECCHIA, REPACHOLI, 2000). Em um espectro que vai do mais

⁴⁰“In addition to the duty not to cause environmental harm, the operator of a facility requiring a permit must take ‘precautions (Vorsorge) against harmful environmental effects, in particular (insbesondere) by use of emissionlimitation measures (Massnahmen zur Emissionsbegrenzung) reflecting the state of the art (Stand der Technik)’”.

rigoroso para o mais flexível, o princípio pode ser interpretado como demandando segurança absoluta antes de permitir a adoção de novas tecnologias. Por exemplo, o item *b* do art. 11 da Carta Mundial da Natureza (1982) – documento produzido pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) explorando a noção de desenvolvimento sustentável – trata das atividades econômicas potencialmente danosas ao meio ambiente e afirma que:

(...) as atividades que possam representar um risco significativo para a natureza devem ser precedidas de uma análise exaustiva, seus proponentes devem demonstrar que os benefícios esperados superam possíveis danos à natureza, **e onde os potenciais efeitos adversos não são completamente compreendidos, as atividades não devem prosseguir** (grifou-se).

O que o dispositivo determina é que a insuficiência de dados científicos sobre as consequências concretas de uma ação e a existência de dúvida razoável sobre sua segurança são suficientes para inviabilizar a implementação da atividade. Ou seja, se interpretada literalmente, nenhuma nova tecnologia poderia atender a esse requisito, o que não é razoável.

Outras formulações abrem as portas para a análise economicista de custo-benefício e o julgamento discricionário da autoridade competente. Por exemplo, a Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento (1992) afirma em seu princípio 15 que:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, **a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental** (grifou-se).

Há ainda concepções do princípio que exigem decisões na ausência de qualquer evidência científica: uma declaração de 1990 sobre a proteção do Mar do Norte exige que sejam tomadas medidas mesmo que não haja “evidência científica para provar umnexo causal entre as emissões [de resíduos para águas oceânicas] e os efeitos” (FOSTER, VECCHIA, REPACHOLI, 2000).

Com base na revisão da literatura pertinente sobre o tema, a Comissão Mundial sobre a Ética do Conhecimento Científico e Tecnológico da ONU (COMEST, 2005, p. 14) oferece uma síntese que serve de definição operacional para o princípio da precaução: “quando a atividade humana puder conduzir a um dano moralmente inaceitável, que seja cientificamente plausível, porém incerto, devem ser tomadas ações para evitar ou reduzir esse dano”⁴¹. O documento segue definindo “moralmente inaceitável” como o dano que põe em risco a saúde ou a vida

⁴¹ “When human activities may lead to morally unacceptable harm that is scientifically plausible but uncertain, actions shall be taken to avoid or diminish that harm”.

humana, que compromete o meio ambiente de maneira séria e irreversível, que viola direitos humanos, para esta ou para gerações futuras.

Observa-se que um dos mais relevantes problemas referentes ao princípio da precaução ambiental parece residir na grande variabilidade da sua interpretação, o que, a despeito da ampla expansão experimentada na esfera internacional, bem como de sua internalização pelos diversos Estados, dificulta sua aplicação. Convém salientar que tal amplitude interpretativa não ocorre por capricho ou excesso de criatividade e furor inovativo por parte dos intérpretes e aplicadores do direito ambiental. A imprecisão flagrante em sua formulação precisa ser enfrentada, sob o risco de, ao não fazê-lo, colocar-se a espinha dorsal do direito ambiental em colapso, exposta a fraturas insustentáveis.

Antunes (2016) observa que a tradução oficial brasileira da Declaração do Rio transformou as medidas de precaução – do inglês: *precautionary approach* – ou a abordagem de precaução – do francês: *mesures de précaution* – em *princípio* da precaução (ANTUNES, 2016, p. 71). Este é um ponto essencial. A diferença entre princípio e abordagem ou medidas, de acordo com Antunes (2016, p. 72), é que aquele é obrigatório, pois consubstancia ideias estruturantes de um sistema jurídico e é dotado de positividade, o que não ocorre com a abordagem ou com as medidas (ANTUNES, 2016, p. 72).

Antunes (2016, p. 72-73) sintetiza o entendimento suscitado pela Declaração do Rio acerca do princípio da precaução em quatro pontos essenciais:

- 1) A precaução não é definida pela ordem internacional, mas, ao contrário, deve-se materializar na ordem interna de cada Estado, na exata medida de suas capacidades;
- 2) A dúvida sobre a natureza nociva de uma substância não deve ser interpretada como se não houvesse risco; todavia, a identificação do risco deve ser feita com base em informações científicas, com protocolos adequados;
- 3) Não se aplica à ameaça de quaisquer danos, mas apenas aqueles graves e irreversíveis;
- 4) Não determina a paralisação de toda e qualquer atividade, pelo contrário, impõe a tomada de medidas de cuidado e monitoramento, até mesmo para que o conhecimento científico possa avançar e a dúvida venha a ser esclarecida (ANTUNES, 2016, p. 72-73).

O que se percebe a partir das colocações de Antunes (2016), acima citadas, é que a “materialização” do princípio na ordem jurídico-política interna de cada Estado “na exata medida de suas capacidades” impõe o enfrentamento de amplos desafios para qualquer um que se proponha investigar tanto sua fundamentação quanto suas possibilidades de aplicação diante do caso concreto e de suas especificidades.

Por outro lado, caberia a indagação a respeito dos critérios utilizados para determinar a gravidade e a irreversibilidade⁴² do dano, pois, conforme visto nos capítulos precedentes, as características do dano ambiental e suas diferenças quando comparados àqueles verificados na esfera civil são, por certo, notáveis.

O dano ambiental necessita ser grave, isto é sabido. Mas o que pode ser aferido a partir dessa constatação? Há divergências doutrinárias consideráveis a respeito da gravidade do dano e da maneira como este se concretiza. A razoável compreensão da matéria induz ao consenso de que não é necessário que a ação degradadora ultrapasse os limites da tolerância humana, devendo ser, apenas, significativa e relevante.

Essa compreensão é necessária não apenas para entender o que o princípio é, mas também para entender o que o princípio não é. Ao contrário do que alegam os agentes econômicos, o princípio da precaução não tem por escopo a paralização de atividades sem a devida justificativa. Disso decorre que a rejeição ao princípio por parte dos agentes econômicos e mesmo dos próprios agentes estatais se mostra incabível.

Aragão (2008, p. 14) alerta para um dos fatores que contribuiu – em sua visão, de forma determinante – para alimentar dúvidas e receios com relação ao princípio da precaução: a sua disseminação rápida, superficial e pouco criteriosa no discurso “político, jornalístico, e até na linguagem comum” (2008, p. 14). Tal banalização, no entendimento da autora, conduziu a uma “compressão do seu conteúdo” e a “vulgarização da ideia de precaução, como bordão de linguagem”, o que “contribuiu para descredibilizar a precaução, enquanto princípio jurídico” (2008, p. 14).

Aragão (2008, p. 14) pugna pela necessidade de “*desmistificar* o princípio da precaução”, defendendo que ele não é ao contrário do que diz uma parte da doutrina, um

⁴² De acordo com Aragão (2008), a reversibilidade “pode ser natural ou humana. Na realidade, alguns sistemas revelam uma capacidade de autorregeneração espontânea e, após a cessação do impacto, os equilíbrios físico-químicos, biológicos e ecossistemáticos, fazem com que muitos sistemas ambientais, mesmo gravemente danificados, recuperem o equilíbrio natural inicial. Claro que, à escala humana, esse tempo pode ser longuíssimo, de milhares ou milhões de anos. Trata-se, neste caso, como já vimos, de uma irreversibilidade prática. Todavia, na maior parte dos casos, a reversibilidade será humanamente induzida. É a limpeza das costas após uma maré negra, é a reflorestação, é a reintrodução de espécies da fauna, é a descontaminação dos solos, é a realimentação das praias com areia dragada dos rios, etc. É assim que a duração dos impactos depende também de se dar início, ou não, a processos de restauração natural. Mas claro que há casos em que a requalificação ambiental, por processo de restauração natural, não é física ou biologicamente possível, e há outros em que não é economicamente exigível” (ARAGÃO, 2008, p. 32).

princípio de medo ou de irracionalidade, mas é, pelo contrário, um princípio racional e cientificamente fundado de “responsabilidade pelo futuro” (ARAGÃO, 2008, p. 14).

O princípio da precaução não impede o desenvolvimento econômico, nem é esta a intenção. Há, no entanto, a necessidade avaliar os riscos presentes diante da incerteza e da falta de conhecimentos suficientes para lidar com os riscos envolvidos nas atividades humanas.

2.2.1 O dano ambiental

A noção de dano ambiental é particularmente elusiva no direito (OLIVEIRA, 2011, p. 128). Para fins de uma definição operacional adequada para a análise do princípio da precaução, ela deve ser definida de maneira bastante ampla. Isso inclui o dano material, individualizável do prejuízo econômico mensurável, que atinge pessoas e patrimônio identificáveis, mas não se restringe a isso (LEITE; AYALA, 2010, p. 91-97).

O dano ambiental, a partir de uma perspectiva biocêntrica, inclui o dano econômico e outros impactos causados ao meio ambiente que talvez não possam ser quantificados ou mesmo verificados de maneira clara:

Dano ecológico puro: [...] o meio ambiente pode ter uma conceituação restrita, ou seja, relacionada aos componentes naturais do ecossistema e não ao patrimônio cultural ou artificial. Nesta amplitude, o dano ambiental significaria dano ecológico puro e sua proteção estaria sendo feita em relação a alguns componentes essenciais do ecossistema. [...] Dano individual ambiental ou reflexo, conectado ao meio ambiente, que é, de fato, um dano individual, pois o objetivo primordial não é a tutela dos valores ambientais, mas sim dos interesses próprios do lesados, relativo ao microbem ambiental (LEITE; AYALA, 2010, p. 93).

Em relação à resposta jurídica ao dano ambiental causado, ela pode ser de natureza restaurativa ou compensatória (LEITE; AYALA, 2010, p. 210-211). A medida prioritária é a busca, quando e na medida do possível, da restauração natural da diversidade ecológica da área afetada. Evidentemente, nem sempre é possível retornar ao estado de coisas anterior ao dano produzido. Apenas quando esgotadas todas as medidas nesse sentido é que devem ser cogitadas outras formas de resposta.

Uma primeira alternativa de compensação é a substituição dos elementos constitutivos do ecossistema em questão por elementos funcionalmente equivalentes, tendo em conta as peculiaridades do espaço em questão, incluindo seus usos econômicos e sociais (OLIVEIRA, 2011, p. 137-140).

Se o dano foi causado somente por força da natureza, como um abalo sísmico, sem a ocorrência do agente poluidor, dita força maior, nestas condições, e faz excluir o nexo causal entre o prejuízo e a ação ou omissão da pessoa a quem se atribuiu a responsabilidade pelo prejuízo. Porém, se, de alguma forma, o agente concorreu para o dano, não poderá excluir-se a responsabilidade, prevalecendo a regra segundo a qual a imprevisibilidade relativa não exclui a responsabilidade do agente (LEITE; AYALA, 2010, p. 199).

Um mecanismo para a compensação são os fundos, estruturas financeiras que organizam recursos para fins de custeio de ações ambientais, tanto na área afetada quanto em outras regiões (OLIVEIRA, 2011, p. 149). A simplicidade da tradução do dano em valor monetário ajuda a garantir que o agente causador do dano será efetivamente responsabilizado e custeará a resposta.

Além disso, um fundo bem administrado é potencialmente bastante efetivo na aplicação de medidas em favor do meio ambiente. Por outro lado, não é possível ignorar as limitações evidentes desse tipo de medida. Leite e Ayala (2010) observam algumas:

Todavia, apontem-se algumas desvantagens do fundo de compensação, como os custos burocráticos de funcionamento. Existem, também, dificuldades em estipular as devidas contribuições pelos diferentes agentes poluidores. Além do que, verifica-se que a implementação dos fundos às normas de responsabilidade civil perde sua relevante função preventiva. Isso se deve ao fato de que os agentes degradadores, ao exercerem suas atividades, estarão certos da isenção de suas responsabilidades em razão dos fundos (LEITE; AYALA, 2010, p. 226).

De fato, observando o que Leite e Ayala (2010, p. 226) destacam, percebe-se que os autores estão corretos ao afirmar que tal fato só seria contornado quando se outorgasse ao fundo o direito de regresso.

2.2.2. Juízos de plausibilidade e probabilidade na avaliação do risco ambiental

Sobre juízos de plausibilidade, a COMEST⁴³ (2005, p. 15) recomenda que não se confunda plausibilidade com probabilidade. Ao compararmos duas hipóteses sobre as quais temos poucas informações, dizer que uma delas é mais plausível não significa necessariamente dizer que ela é mais provável. Na falta das informações relevantes sobre se uma hipótese é verdadeira ou não, a atitude correta é suspender nossos juízos sobre isso.

Juízos de plausibilidade são sobre algo diferente, sobre como devemos nos portar diante da incerteza. Assim, podemos dizer que uma hipótese é plausível se ela deve nos motivar mais

⁴³ *World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology.*

a agir. Por exemplo, se surge uma mancha na pele, é possível pensar em duas hipóteses: i) é um câncer de pele; ii) é apenas uma marca benigna. Ainda que não haja qualquer base para dizer qual a hipótese mais provável – dado que não foi levantado nenhum conhecimento médico relevante –, a hipótese do câncer é a relevante, portanto a plausível, o que deve motivar a procurar um médico.

Uma questão de particular interesse para os cientistas é a relação, se houver, do princípio da avaliação de risco baseada na ciência (FOSTER, VECCHIA, REPACHOLI, 2000). O princípio foi inicialmente aplicado a questões ambientais, como o lançamento de poluentes no oceano, que são caracterizados por dados científicos esparsos úteis para a elaboração de políticas. Seu uso agora se expandiu para a proteção contra riscos à saúde ambiental, para os quais dados toxicológicos e epidemiológicos extensos estão frequentemente disponíveis, não obstante as lacunas e inconsistências nas evidências. Surge a questão de como reconciliar o princípio com o peso da análise de evidências tipicamente usada por cientistas e agências de saúde.

Na divisão de trabalhos em matéria ambiental, há a necessidade de deferência do jurista ao cientista, já que o objeto da decisão, por muitas vezes ser novo e ainda pouco explorado, não pode ser plenamente traduzido na linguagem do direito. Segundo Minassa (2018, p. 179):

Uma vez comprovada por meios técnico-científicos disponíveis, a existência do dano ambiental na situação fática, ou seja, que há nexo de causalidade, cabe ao Direito a tomada de medidas restritivas à atividade de impacto. Observe que o Direito, aqui, atua no fim da linha de um processo que o protagonismo médio (do meio) incumbe à Ciência, o que se comprova com o fato de que identificar o nexo de causalidade, nestes termos, não é função precípua do operador jurídico, mas do agente científico. O nexo etiológico de que se fala é aquele técnico, minimamente provado (entre o risco da conduta e o dano grave ou irreversível do resultado) (MINASSA, 2018, p. 179).

A consequência disso é que as decisões judiciais dependem das peculiaridades do conhecimento científico. Assim, pode-se dizer que há uma tensão entre a busca por segurança epistemológica em matéria ambiental e certo elemento especulativo na noção de precaução, ambos decorrentes do próprio modo de operar da ciência (MINASSA, 2018, p. 179-180). Tem-se que uma face da moeda refere-se à segurança que o respeito ao método científico confere ao tomador de decisão; enquanto a outra face oferece uma espécie de dúvida perene, decorrente da abertura científica à dúvida e da imprecisão das avaliações de probabilidade.

Podemos pensar nessa questão da lógica científica no direito a partir da comparação

entre os princípios ambientais da prevenção e o da precaução. Um critério para distinção entre os dois princípios é o tipo de perigo de dano que eles têm como objeto. O perigo de que trata o princípio da precaução é um tanto mais abstrato, já que não se exige a comprovação efetiva de sua probabilidade. Nas palavras de Leite e Melo:

Comparando-se o princípio da precaução com o da atuação preventiva, observa-se que o segundo exige que os perigos comprovados sejam eliminados. Já o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos ao meio ambiente seja tomada **antes de um nexo causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta** (LEITE e MELO, 2007, p. 205).

Pode-se dizer que há uma diferença na distribuição do ônus da prova do risco de dano ambiental. Quando falamos em prevenção, o critério para a proibição de determinada medida é a existência de evidências científicas suficientes para estabelecer com segurança a probabilidade de dano. A precaução, por sua vez, prescinde disso. Quem deve provar que o risco de dano não é tão grave quanto sugerido pelas teorias científicas mais atuais é quem defende a ação julgada.

A ideia grifada na passagem sobre evidência científica convida a um comentário sobre ciência e seu papel na prática jurídica. Um elemento fundamental do princípio da precaução é a noção de racionalidade subjacente a ele e demandada dos gestores e operadores do direito. Ela é peculiar, gerando demandas incomuns para juristas, o que pode explicar certa resistência à sua aplicação e as respostas às vezes contraintuitivas que produz. O elemento central aqui é o tipo de relação entre cuidado com bens ambientais e a antecipação do risco de dano (DERANI, 2001, p. 169-171). O princípio prescreve uma avaliação racional dos perigos, sabidos ou suspeitos, como condição para a efetiva proteção desses bens. Isso é especialmente importante na formulação de políticas públicas, “onde a exigência de utilização da melhor tecnologia disponível é necessariamente um corolário” (DERANI, 2001, p. 169).

A citação acima ilustra uma importante condicionante da noção de racionalidade precaucionária, que é a sua submissão ao conhecimento científico e ao instrumental técnico dele derivado. Em certo sentido, decisões não precaucionárias podem ser perfeitamente racionais. Por exemplo, um decisor pode, valendo-se de uma avaliação calcada no senso comum, desconsiderar uma ameaça de dano como improvável, como suportável ou como justificada. Se tiver inclinações mais arrojadas (ou se acreditar estar imune à responsabilização), pode mesmo conhecer e aceitar conscientemente o risco, como em uma aposta.

A racionalidade em questão é diferente porque prescreve uma atitude muito mais conservadora, que veda decisões dessa natureza. A restrição decorre do seu objeto. O princípio da precaução serve para lidar com um tipo especial de ameaça, um tanto mais difícil de definir e de imaginar, ligada à proteção do bem-estar das gerações futuras e da própria existência de ecossistemas e da humanidade (DERANI, 2001, p. 171). Os perigos de que se trata são de uma escala muito superior aos perigos usualmente manejados por juristas, o que justifica a imposição de critérios muito mais restritivos de aceitabilidade.

O outro lado da equação diz respeito ao valor que se está tentando realizar com a ação em questão. Os potenciais benefícios de uma ação que ameaça produzir grandes impactos ambientais precisam ser especialmente relevantes para que ela seja justificada. A fórmula que Derani (2001, p. 172) é o seguinte: “o critério geral para a realização de determinada atividade seria a sua necessidade sob o ponto de vista de melhora e não prejudicialidade da qualidade de vida”. Naturalmente, o que é “necessário” precisa ser definido de forma mais precisa.

2.3. O princípio da precaução e a sociedade de risco

Conforme foi observado no capítulo anterior, ao longo de sua história, os seres humanos vivenciaram riscos existenciais. Na aurora da humanidade, tais riscos advinham dos perigos da natureza, que se mostrava hostil e indomável. Como resultado de inúmeros esforços acumulados por milênios, a humanidade alcançou um nível de desenvolvimento e progresso industrial e tecnológico capaz de reduzir os perigos e ameaças naturais que a afligiam, contudo, riscos e perigos de outra ordem se impõem, agora, sobre a sociedade, para os quais ainda não há respostas.

É o que observa Pardo (2003, p. 53), ao considerar que a sociedade atual passou de um estado em que se encontrava submetida, predominantemente, aos perigos e limitações naturais a outro em que se expõe aos riscos que a própria tecnologia gerou e continua a gerar⁴⁴.

O risco, de fato, está cada vez mais presente no cotidiano da sociedade. Trata-se de uma noção complexa, uma representação do perigo, que se refere tanto aos perigos potenciais quanto

⁴⁴ Como bem coloca Pardo: “Así es como hemos pasado de una sociedad expuesta mayoritariamente, exclusivamente en un principio, a los peligros y limitaciones naturales a otra que se caracteriza por su destacada y hasta preferente exposición a los riesgos de la tecnología que ella misma ha generado” (PARDO, 2003, p. 53).

à sua percepção. Em face da presença constante do risco, os seres humanos buscam por certezas, garantias e, acima de tudo, segurança, como bem coloca Ferraz (2014), ao refletir sobre o tempo cronológico, que a tudo corrói:

(...) torna o passado (que não é mais) algo ainda interessante (como faz a memória) e faz do futuro (que ainda não ocorreu) um crédito, base de promessa. E a promessa, para esses efeitos, torna-se tema jurídico. E eis aí por que é aqui que entra a segurança como um direito fundamental. Segurança tem que ver com a consistência da duração, isto é, com o evitar que um evento passado (o estabelecimento de uma norma e o advento de uma situação normada), de repente, torne-se algo insignificante, e o seu futuro, algo incerto, o que faria do tempo do direito mero tempo cronológico, uma coleção de surpresas desestabilizadoras da vida (FERRAZ, 2014, p. 13).

As considerações de Ferraz (2014) apontam para dois temas essenciais. De um lado, o risco. De outro, a responsabilidade em face do futuro. Em relação ao primeiro tema, Alexandre (2000, p. 151) sustenta que a sociedade de risco se caracteriza pela “incontrolabilidade da produção do conhecimento perito e pela desorientação ou reflexividade que essa falta de controle provoca nas práticas sociais”. De acordo com o autor, Ulrich Beck, Scott Lash e Anthony Giddens trouxeram à luz, em suas obras, uma nova preocupação, uma vez que as preocupações que envolvem a vida hodierna não se focam exclusivamente na transformação utilitária da natureza, nem mesmo na tentativa de, apenas, “livrar a humanidade dos tradicionais males e contingências”. O que hoje aflige a sociedade, segundo o autor, é a preocupação com “os resultados, muitas vezes sem transparência, do desenvolvimento técnico e econômico” (2000, p. 151). Alexandre aponta que a “modernização (ou era da especulação ou ainda era vulcânica, como Beck a descreve) tem hoje que ser analisada continuamente, porque se tornou arriscado confiar nela” (ALEXANDRE, 2000, p. 151-152).

Sem dúvidas, a “era vulcânica” põe em xeque a capacidade de a civilização tecnológica prever, controlar e prevenir eventos e desdobramentos das ações humanas, de suas invenções, artefatos e produtos para manter a existência humana em um patamar mínimo de segurança, certeza e garantia. Nesse sentido, Sarlet e Fensterseifer observam a necessidade de colocar como tema central das preocupações atuais os princípios da precaução e da responsabilidade:

O princípio da precaução (assim como a prevenção) anda, por outro lado, abraçado ao princípio da responsabilidade, tudo num contexto em que a solidariedade e a noção de deveres fundamentais (do Estado e dos particulares) de tutela do ambiente assumem cada vez maior centralidade (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 33).

Dando prosseguimento à análise da modernização, Beck, em sua obra, buscou examinar

as características dos riscos tecnológicos a que todos os integrantes da sociedade estão sujeitos. Como bem observou Guivant (2016, p. 230), Beck buscou transpor os “conceitos zumbis”, como Estado, classes sociais, família, nação, para, dessa forma, refletir sobre os novos problemas advindos da civilização tecnológica. Para isso, foi necessário construir uma nova teoria, que “em lugar de ter como central as classes, passou a ter os riscos ambientais como eixo para definir a sociedade de risco” (GUIVANT, 2016, p. 230).

Guivant (2016) observa que não se tratava de riscos comuns, mas sim daqueles cujos graves efeitos eram irreversíveis e abrangentes, ultrapassando fronteiras e classes sociais. Esses riscos, segundo a autora, emergiram, fundamentalmente, após a Segunda Guerra Mundial e contra eles não é possível obter seguros capazes de oferecer qualquer tipo de proteção, pois não há como contabilizá-los. São riscos que se encontram na dimensão da incerteza (GUIVANT, 2016, p. 230).

Guivant (2016, p. 230) sustenta que na “nova modernidade” a sociedade se vê afetada pelos “efeitos colaterais da vitória na luta pelo controle dos recursos naturais”, pois, ironicamente, ela própria é, hoje, o perigo que a aflige e “o progresso em si, a fonte de riscos”. Por outro lado, a autora observa que para Beck “os riscos não são sinônimo de catástrofe, mas sim a antecipação desta” (2016, p. 230), pois:

(...) Eles existem em um estado permanente de virtualidade e passam a ser tópicos quando antecipados através de diversas técnicas de visualização, especialmente aquelas utilizadas pela mídia. (...) Apesar da ênfase nos riscos de graves consequências, que nos levam a deixar para o passado a modernização simples, típica da revolução industrial, a análise de Beck não é pessimista (GUIVANT, 2016, p. 230).

Guivant sustenta que, por outro lado, os novos riscos permitem novas alianças e novas formas de fazer política, que Beck denominava subpolítica. Este seria, em sua análise, um dos “espaços possíveis da reflexividade, fora das instituições representativas do Estado-Nação, em especial partidos políticos” (2016, p. 230). Em tais espaços, observa a autora, seria possível “emergir a cooperação entre instituições internacionais e entre atores locais transnacionalmente vinculados”. Segundo Guivant, “a classe, como categoria de mudança social”, seria substituída por esses “novos atores sociais e políticos”, visto que estes, ao contrário daquela, teriam a possibilidade de “desafiar as estruturas dominantes” no novo cenário que se descortina (GUIVANT, 2016, p. 230).

A autora, no entanto, questiona o que Beck entende por “nova forma de fazer política”, pois considera os limites de sua teoria da sociedade global de riscos. De acordo com Guivant, há a necessidade de conceituar de forma diferente a globalização. Tal conceitualização precisa considerar as especificidades das “dinâmicas locais e regionais” e, para tanto, precisa ir além das insuficientes dicotomias norte-sul, ocidente-orientes em confronto com os mesmos problemas. Precisa, também, superar o confronto entre leigos e peritos e buscar a articulação de atores realmente representativos das diversas formas de subpolítica com os que representam as formas convencionais de fazer política. Guivant sustenta com ênfase a necessidade de definir “mais precisamente o que se entende por subpolítica, por alternativas à sociedade de risco, evitando-se abordagens idealizadas ou uniformizantes acerca das posições dos leigos” (GUIVANT, 2001, p. 109-110).

Prossegue Guivant (2001, p. 109) observando que, em “defesa da sua proposta de uma teoria da sociedade global de riscos”, Beck (1997) apoia-se em um conceito limitado de globalização e que sua proposta de uma nova forma de fazer política cai na dicotomia entre “leigos e peritos, tendendo a idealizar os primeiros, o que dificulta pensar os caminhos para implementar a proposta de subpolítica”, já que sua teoria é “altamente imprecisa para entender a complexa dinâmica de globalização dos riscos”, assim como as “heterogêneas coalizões entre leigos e peritos, tanto nos planos nacionais quanto a nível internacional” (2001, p. 110). No entanto, observa a autora, é um ponto forte da proposta de Beck permitir a identificação e a caracterização dos conflitos “em torno do modo como lidar com os riscos considerando as incertezas, as certezas contraditórias, as indeterminações, os valores diferentes a respeito da sociedade que pretendemos” (2001, p. 110).

A existência de risco, de acordo com Minassa (2018, p. 160), é o principal elemento para afirmar a necessidade de utilização do princípio da precaução no direito ambiental. Sarlet (2014, p. 99), por seu turno, ao detalhar a teoria de Beck, esclarece que o sociólogo já falava dos riscos na seara ambiental, evidenciando:

(...) a incapacidade das instituições (públicas e privadas), na sua configuração atual, de enfrentarem e darem a devida resposta diante dos riscos ambientais gerados pela sociedade contemporânea, de modo especial, pelo fato de que a esfera pública do atual Estado de Direito tem sido, em geral, incapaz de se articular adequadamente contra o aumento de riscos e incertezas (SARLET, 2014, p. 99).

De fato, é possível constatar o crescimento da “curva tendencial de riscos” e não mais

apenas os riscos naturais, mas principalmente os derivados das ações antrópicas (MINASSA, 2018, p. 163). Em decorrência, como já dito anteriormente, cresce em ritmo acelerado e exponencial a dificuldade de instituir formas de prever e, conseqüentemente, combater os danos. O descompasso entre a vontade política dos agentes públicos, os interesses econômicos dos agentes privados e o conhecimento acumulado pela ciência⁴⁵ se evidenciam na forma “moderna” de ver o mundo, como coloca Kässmayer (2009), na qual:

(...) a emancipação e os ditames da liberdade preponderaram, é contraditória ao refreamento, à criação de limites e ao retornar a situações pretéritas. Da mesma forma, à medida que a política ambiental depende de decisões científicas e de ordem tecnológica, os cientistas se veem de mãos atadas ao terem sua atividade regulamentada por um sistema legal e direcionada politicamente. O paradoxo se encontra nas próprias incertezas científicas que permeiam as questões ambientais. Mas, mesmo diante de incertezas e posicionamentos disformes, decisões políticas precisam ser tomadas (KÄSSMAYER, 2009, p. 20).

Em consonância com a autora supracitada, Minassa (2018, p. 163) afirma que, no cenário atual, observa-se a inércia da maioria dos Estados em adotar políticas públicas capazes de prevenir a ocorrência de danos, sob o argumento do alto custo implicado na implementação de tais medidas. Como consequência da inércia estatal advém a socialização de riscos⁴⁶ (medida *a posteriori*), em lugar de uma gestão pública de riscos (medidas *a priori*) (MINASSA, 2018, p. 163).

Prossegue o autor analisando que a socialização de riscos ambientais possui um caráter antidemocrático, pois determinados grupos sociais são mais vulneráveis aos danos ambientais em razão de seu baixo poder econômico. Dessa forma, sustenta, a degradação ambiental gera novos conceitos de desigualdade e discriminação social no âmbito dos direitos sociais e, por conseguinte, os riscos ambientais deveriam estar submetidos à constante vigilância e

⁴⁵ Nesse sentido, convém lembrar as propostas do modelo Triple Helix, desenvolvido por Henry Etzkowitz e Loet Leydesdorff.

⁴⁶ Mais adiante, ver-se-á, no exame da decisão sobre o litígio envolvendo a Sociedade Amigos de Alto dos Pinheiros e a Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava, contra a Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S/A, que o padrão adotado pela Suíça de 1 (um) microtesla configura verdadeira **gestão pública de riscos**, antecipando a adoção de medidas que protegem os seus cidadãos, enquanto o Brasil, apesar de adotar o padrão recomendado pela OMS, caminha para uma **socialização de riscos**. A materialização em sociedade de riscos ocorre no sentido de que há dúvidas sobre os danos decorrentes da radiação eletromagnética, porém as hipóteses são de doenças graves, extremamente degradantes e de tratamento incerto e de alto custo, como o câncer e a leucemia infantil. Assim, deveria o Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, guardião dos valores fundamentais de nosso Estado, decidir com base em uma verdadeira ponderação do princípio da precaução. Afinal, não há certezas científicas dos danos, embora as evidências caminhem em direção à confirmação desses perigos alertados, e, caso se confirmem, como levantado por Beck, quem mais irá sofrer as consequências são os grupos sociais que vivem à margem da sociedade.

fiscalização da sociedade, não sendo justificável que o desconhecimento científico da ocorrência de danos impeça a adoção das medidas necessárias a prevenir sua ocorrência (MINASSA, 2018, p. 163).

Nesse sentido, Kässmayer (2009) ressalta a necessidade da tutela jurídica sobre os riscos e os meios legais aptos a “minimizar as desigualdades sociais e as injustiças”:

As dinâmicas de modos de vida, em constante movimento, aprofundam as relações entre homem e natureza. Os riscos, outrora parte da aventura pela emancipação, hoje são antecipados, mensurados, avaliados e regulados por instrumentos jurídicos. A crise ambiental decorrente da insegurança e incerteza perante os riscos, de acordo com Latour (2000), seria superada se a ruptura entre sociedade e natureza não fosse considerada, na própria política, como uma contradição entre o espírito da emancipação e de seus resultados catastróficos (KÄSSMAYER, 2009, p. 20).

Kässmayer (2009, p. 20) prossegue com sua análise enfatizando que “os limites da atuação legítima do Estado em matéria de riscos, bem como a divisão e delimitação territorial de competências para a sua resolução, requerem uma análise crítica e inovadora”. A autora, por outro lado, observa que:

(...) em um contexto democrático, a ação dos sujeitos, atores e movimentos sociais organizados ou espontâneos é uma força que não deve ser subestimada, mas aceita e cooptada, para efetiva e eficazmente lançar propostas à resolução do problema (KÄSSMAYER, 2009, p. 20).

Tais ações descritas por Kässmayer convergem com a proposta de uma nova forma de fazer política pensada por Beck, mas para que tal ocorra é necessário considerar que o contraponto da sociedade de risco é a confiança, como apontam Allain e Guivant (2016, p. 79-81), ao afirmarem que o interesse no gerenciamento democrático do risco demonstra que as crises de confiança não são mais vistas como eventos singulares ou anormalidades.

De fato, considerando a relação entre sociedade de risco e confiança, o ilustre sociólogo português António Teixeira Fernandes (2002) observa que na modernidade tardia constata-se a existência de um dinamismo conflitual suscetível de gerar risco permanente. Segundo o autor, o mundo atual é considerado de risco, pois, sob o ponto de vista tanto social quanto da própria natureza, tanto político quanto econômico, escapa ao alcance humano, ao monitoramento e à proteção. De fato, tudo está prestes a converter-se em “um fenómeno social e politicamente problemático” (2002, p. 191-192):

(...) as instituições do passado não deixavam o homem tão indefeso, oferecendo-lhe graus mais elevados de confiança. O risco aparece de modo endêmico nas sociedades de hoje, não se manifestando somente como algo de exterior à vida das pessoas. Começa por tomar uma dimensão ontológica. No entender de Anthony Giddens, o risco e o perigo “são vividos em relação com a segurança ontológica”. Nas sociedades pré-modernas, a confiança era depositada nas pessoas, que acreditavam em prescrições religiosas, enquanto, na actualidade, é posta em “sistemas abstractos”, os únicos que tendem a proporcionar um mínimo de segurança (FERNANDES, 2002, p. 191-192).

Fernandes (2002) avalia que, com o desenvolvimento de tais sistemas abstratos, a existência social “passa a apoiar-se em princípios impessoais e em atuações anônimas” e dispõe que, “por maior que seja o controle sobre o mundo social e material, os altos riscos de baixa probabilidade não desaparecerão do mundo moderno” (2002, p. 192). Segundo o autor, existe um “perfil de risco global”, de modo que “sentimentos de segurança ontológica e de ansiedade existencial coexistirão de forma ambivalente”. Não foi possível vencer a inquietação em relação ao destino humano, visto que a modernidade tardia produz “um sistema em que as áreas de segurança relativa se entrelaçam com a dúvida radical e com cenários de risco inquietantes”. Fernandes aponta que ciência e tecnologia não se mostram capazes de eliminar as grandes interrogações existenciais, dando, com isso, sentido, propósito e confiança à vida humana. Muito ao contrário, ambas operam “diminuindo os graus de confiança – que pretendem aumentar –, tornando obsidiantes as ameaças e os riscos” (FERNANDES, 2002, p. 192).

Prossegue o autor observando os riscos inerentes ao próprio processo de modernização e alertando para o fato de que, numa sociedade de risco, os “efeitos latentes e secundários são difíceis de prever e de acautelar”, pois o perigo se difunde sobre a realidade, em especial sobre os empreendimentos “em que haja necessidade de optar e de tomar decisões de alguma importância” (FERNANDES, 2002, p. 193).

Observa Fernandes que, *pari passu* com a “ambivalência que rodeia a vida coletiva”, tem lugar o que Zygmunt Bauman (2007, p. 32) designou como o “fim da clareza”, uma vez que as “próprias clivagens estruturais com que tendem a se apresentar o mundo social e político perdem, em grande parte, a sua pertinência, dificultando as possíveis estratégias”, amplificando o “sentimento difuso de insegurança ontológica que é tributária do ecossistema criado pelo homem” (FERNANDES, 2002, p. 193).

Fernandes (2002, p. 193) aponta com aguda clareza que, como consequência do acima exposto, a manutenção da democracia entra em desagregação, “os partidos políticos

extremistas, de direita e de esquerda, tendem a sublinhar a ingovernabilidade das democracias, dizendo que estas estão na origem desses efeitos perversos”, e causando profundo mal-estar nas sociedades nas quais esse fenômeno tem lugar.

Sublinha Fernandes que é a confiança que faz “emergir o capital social indispensável à prática democrática”, sendo que a aquisição desse capital requer “a habituação às normas morais de uma dada comunidade, e traduz-se na lealdade, na honestidade e na ligação ao grupo” (2002, p. 193-194). O autor recorre à Francis Fukuyama para afirmar que o capital social é o “cadinho da confiança”, pois, segundo ele, a democracia implica “não só um adequado quadro jurídico e institucional de funcionamento, mas também o respeito mútuo e a tolerância na vida social” (FERNANDES, 2002, p. 194). Nesse sentido, o autor reflete sobre a ligação vital entre democracia e confiança, colocando que:

A democracia plena está na razão directa da confiança existente, e esta tem a ver com a cultura democrática. Com a sua diminuição, emerge o governo interventor e controlador, com o conseqüente encurtamento dos espaços de liberdade. (...) Os países com elevados níveis de confiança praticam a descentralização e favorecem o desenvolvimento integrado e extensivo a todos os ambientes, assim como a multiplicação e o fortalecimento dos grupos e das associações. Mesmo os que teimam em manter o sistema político de forma inamovível e recusam introduzir as mudanças que, com a maior evidência, as condições actuais exigem não deixam de reconhecer que os graus de confiança desceram exageradamente na vida social, fazendo subir a crispação na vida colectiva, e que aquela descida e esta crispação são um indicador da consciência dos riscos com que se confrontam as pessoas. Querendo-se salvar a democracia dos riscos que a rodeiam, há que investir em confiança, nas relações entre os homens. Humanidade e confiança andam associadas. Se é com mais humanidade que se constroem as sociedades em mais democracia, é com mais democracia que se constrói mais humanidade. A relação é circular.

Ecoando as inquietações de Fernandes (2002) na realidade brasileira, cabe a indagação: estaria em curso a imposição de um Estado coercitivo, capaz de “assegurar a ordem social” à custa da desordem ambiental? Estaria certo Carl Schmitt (1992; 1996)⁴⁷ ao apontar a falibilidade da democracia? Para aproximar respostas a tal indagação, faz-se necessário considerar a relação entre precaução e responsabilidade.

⁴⁷ Quanto às críticas de Carl Schmitt à democracia, Benjamim afirma: “Não há, de forma alguma, qualquer defesa da democracia em Schmitt. É exatamente do oposto que se trata. Schmitt é um dos mais argutos críticos da tradição democrática. E o que torna tal crítica tão interessante é que ela é feita ao coração mesmo da idéia de democracia. Ao introduzir a noção de representação como forma política, oferecendo uma saída para o problema da identidade, ele necessariamente refaz a noção de democracia, tentando explicar o Estado como um ponto entre a identidade e a representação. Relacionamento Estado e sua visão específica da representação, Schmitt impossibilita a democracia” (BENJAMIM, 2008, p. 2).

2.4. Precaução e responsabilidade

Na década de 1970, o filósofo alemão Hans Jonas publicou a obra *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*, na qual apontou a energia nuclear e a clonagem⁴⁸ como ameaças à humanidade e, como decorrência delas, propôs uma “ética do futuro”⁴⁹, bem como a obrigação da adoção de medidas e atitudes precaucionais aptas a evitar catástrofes, uma vez que, em sua visão, a humanidade se encontrava sob a égide da “sociedade de risco”. Nesse sentido, Jonas (2006) observa que o risco ao qual a humanidade está exposta afeta a integridade de sua essência:

A técnica moderna transformou-se em ameaça ou a ameaça aliou-se à técnica; o vazio de que padece a nova práxis coletiva não é mais do que o vazio atual provocado pelo relativismo de valores; a ameaça que a “heurística do temor” antecipa conscientiza o homem da ameaça suspensa, sobre a “integridade da sua essência”, ou seja, “a imagem do homem”; se a integridade da essência do homem está em risco, impõe-se a fundamentação de uma ética forte que deve assemelhar-se ao aço e não ao algodão em rama (JONAS, 2006, p. 21-22).

Diante dessa ameaça, Jonas (2006, p. 49) propõe uma mudança paradigmática nas concepções e posturas éticas e nos valores que dão fundamento à “civilização tecnológica”, trazendo como postulado o compromisso e a responsabilidade com a sobrevivência da comunidade biótica, presente e futura. Tal proposta ultrapassa o imperativo categórico kantiano⁵⁰, pois, segundo Jonas, o princípio moral supremo passa, então, a ser: “atua de tal forma que os efeitos de suas ações sejam compatíveis com o futuro do homem na Terra” (2006, p. 49). Conforme o autor, o desenvolvimento tecnológico e científico colocou a civilização

⁴⁸ É relevante salientar, quanto ao importante papel do pensamento Jonasiano na construção do princípio da precaução, o que diz a professora da Universidade de Coimbra, Alexandra Aragão (2008, p. 9), ao frisar que, apesar de não haver um “pedigree filosófico” para o princípio da precaução, “é habitual situar as primeiras referências à ideia de precaução, na década de 70, nos escritos de Hans Jonas. Na sua obra de 1979, sobre o princípio da responsabilidade, o filósofo alemão considera a energia nuclear e a clonagem como ameaças à humanidade, das quais faz decorrer uma “ética do futuro” e uma obrigação precaucional transgeracional de evitar catástrofes”.

⁴⁹ Em suas próprias palavras: “na busca de uma ética da responsabilidade a longo prazo, cuja presença ainda não se detecta no plano real, nos auxilia antes de tudo a previsão de uma deformação do homem, que nos revela aquilo que queremos preservar no conceito de homem. Precisamos da ameaça à imagem humana – e de tipos de ameaça bem determinados – para, com o pavor gerado, afirmarmos uma imagem humana autêntica (JONAS, 2006, p. 70).

⁵⁰ Convém refletirmos sobre a teoria dos imperativos kantianos, que: “(...) comporta dois tipos: o categórico e o hipotético. Ambos possuem suas formulações, desdobramentos e implicações em relação à moralidade. O imperativo categórico, uma vez formulado com a capacidade de universalização da máxima subjetiva, contém em si a finalidade; isto é, este imperativo expressa o mandamento preciso às ações e, por justamente não ser um meio para qualquer outra coisa, contém no interior de sua formulação uma ordenação que se encerra no enunciado da máxima. Portanto, podemos dizer do imperativo categórico que ele contém, intrinsecamente, o fim, uma vez que sua formulação não admite nada além de seu próprio ordenamento” (RISSI, 2014, p. 196).

diante da necessidade premente de considerar seus efeitos e desdobramentos sobre a biosfera e, acima de tudo, exercer alguma forma de controle efetivo sobre as consequências nocivas que tal desenvolvimento acarreta. Nesse sentido, Jonas comenta que Bacon, um dos fundadores da ciência moderna, não poderia imaginar:

(...) um paradoxo desse tipo: o poder engendrado pelo saber conduziria efetivamente a algo como um “domínio” sobre a natureza (ou seja, à sua superutilização), mas ao mesmo tempo a uma completa subjugação a ele mesmo. O poder tornou-se autônomo, enquanto sua promessa transformou-se em ameaça, e sua perspectiva de salvação em apocalipse. Torna-se necessário agora, a menos que seja a própria catástrofe que nos imponha um limite, um poder sobre o poder – a superação da impotência em relação à compulsão do poder que se nutre de si mesmo na medida de seu exercício. Depois de um poder de primeiro grau, voltado para um mundo que parecia inesgotável, transformou-se em um poder de segundo grau que foge a todo controle de seu usuário, chegou a vez de um terceiro grau de poder, capaz de autolimitar a dominação que arrasta o condutor, antes que este se estraçalhe de encontro aos limites da natureza. Um poder sobre todo aquele poder de segundo grau, que não mais pertence ao homem, mas ao próprio poder, que dita as regras do seu uso ao seu suposto usuário, transformando-o em mero executor involuntário de sua capacidade. Que, portanto, em vez de libertar o homem, o escraviza (JONAS, 2006, p. 236-237).

Jonas (2006) coloca diante da sociedade a necessária e indeclinável reflexão acerca da responsabilidade ética que os indivíduos moralmente responsáveis devem assumir em relação às suas escolhas⁵¹, bem como, diante dessa questão, propõe sua “ética do futuro”. Em relação a esses “indivíduos moralmente responsáveis”, Moura (2015) suscita que:

A responsabilidade se refere à vida, atual ou potencial, sobretudo à vida humana. A responsabilidade não surge entre adultos autônomos – quando se estabelece uma relação de reciprocidade de direitos e deveres –, mas é o sentimento que devemos desenvolver por seres perecíveis, frágeis. Assim, passamos a ser responsáveis pela natureza porque ela se tornou vulnerável: somos capazes de modificá-la e de destruí-la (MOURA, 2015, p. 32).

No cerne de sua proposta de uma ética que se volte para o futuro, Jonas sustenta a necessidade de uma reflexão filosófica sobre o tema da temporalidade, que deve ser colocado a partir de um novo nível de exigências, capaz de abarcar o diagnóstico dos efeitos ou consequências das decisões, condutas e atividades humanas sobre o meio ambiente e as demais formas de vida do planeta, bem como sobre as gerações humanas futuras, em especial, no que diz respeito ao uso da tecnologia.

Diante da fragilidade da vida, em todas as suas formas, perante o poder de destruição

⁵¹ Nesse sentido, é oportuno considerar que a base do princípio da precaução consiste, justamente, nessa responsabilidade moral em face da coletividade presente e futura.

que uma única espécie – a humana – adquiriu sobre toda a comunidade biótica e, sobretudo, pela irresponsabilidade e inconsequência com que utiliza esse poder, torna-se imperioso, para Jonas, prospectar os cenários possíveis e prováveis em que as ações, condutas e atividades antrópicas desembocarão.

A ética da responsabilidade proposta por Jonas (2006) como uma ética para a civilização tecnológica busca atuar como um instrumento de correção, atualização e ampliação das chamadas éticas tradicionais⁵², que Jonas definia como “éticas dos velhos imperativos”⁵³. Outra consideração posta pelo autor em tela é que, diante das inúmeras ameaças à sobrevivência da humanidade e às demais formas de vida na Terra, é necessário debater o que se entende por responsabilidade, discutir sobre o nível de consciência acerca das consequências das ações e omissões humanas, bem como a interferência que a espécie hegemônica do planeta exerce na vida de outros seres (que têm direito à sobrevivência, tanto quanto os humanos, diga-se), pois, de fato, a humanidade já está a defrontar-se com os resultados inauspiciosos dos excessos de poder com que violou, e continua violando, as leis naturais e o direito à vida de outras espécies no planeta. Em face desse problema, que nos dias atuais já se mostra dramático, senão trágico, há que se prospectar o alcance de sua responsabilidade sobre a salvaguarda da vida, em todas as suas formas.

Segundo Oliveira (2012, p. 389-390), as considerações de Jonas com relação à sua “ética do futuro” não se colocam como um “princípio de ação moral”, mas antes de “responsabilização moral”, pois se trata não de uma responsabilidade “pelo que é ou foi feito, mas uma responsabilidade pelo que será feito ou pelo que deverá ser feito; não uma responsabilidade por algo cometido, mas uma obrigação por fazer ou deixar de fazer algo” (OLIVEIRA, 2012, p. 389-390).

Nesse ponto, convém examinar a pertinência de buscar na concepção ética de

⁵² Convém assinalar a máxima Kantiana: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 1999, p. 59).

⁵³ Oportuno destacar as considerações de Lima (2016) acerca da distinção entre as propostas de Kant e Jonas: “Decerto, que há uma discordância entre Jonas e Kant, pois aquele tem em seu imperativo uma extensão voltada para a *práxis* coletiva, enquanto este é voltado para o plano individual, estando o imperativo categórico de Kant voltado ao imediato e sua consistência é a do ato consigo mesmo. Nesse sentido, Hans Jonas chama atenção para a inconsistência dos imperativos éticos tradicionais, pois estes não têm o mesmo caráter de validade diante do agir humano, que vem sendo modificado com a nova era da civilização tecnológica. Sendo assim, faz-se necessária a emergência de pensar a ética que possa garantir a existência humana, englobando também todas as formas de vida existentes na biosfera” (LIMA, 2016, p. 57).

responsabilidade de Jonas a justificativa e a fundamentação necessárias para o princípio da precaução, uma vez que este, embora reconhecido na esfera internacional e internalizado por diversos países, tem na sua “densificação normativa um relevante desafio para o jurista”, conforme colocado por Waldman, Sampaio e Vargas (2017, p. 200), para os quais o princípio em tela, ao mesmo tempo em que serve, potencialmente, de “base para a tutela do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em aspectos importantes como a regulação da inovação”, tem pressupostos e fundamentos bastante imprecisos (WALDMAN; SAMPAIO; VARGAS, 2017, p. 200).

Em face dessas constatações emerge a necessidade de repensar a aplicação do princípio da precaução em conformidade com a nova visão de responsabilidade elaborada por Jonas. Nesse ponto, convém salientar que para Jonas (2006) o elemento central da responsabilidade é o enfrentamento do caráter cumulativo e irreversível das ações, pois, mais do que as consequências diretas e previsíveis, são as consequências (indiretas e imprevisíveis) que representam, em si, a maior ameaça à manutenção da vida no planeta.

Jonas observa que as capacidades de prever, de julgar e de atribuir valor perderam força na civilização tecnológica diante do fascínio que as novas conquistas da tecnologia continuamente oferecem. O próprio homem, segundo Jonas, passa a ser conduzido pela técnica, pois “o poder humano alcançou um estágio tão elevado que não só possibilitou a sujeição da natureza, mas igualmente a conversão do próprio homem em objeto da técnica” (JONAS, 2006, p. 34).

Jonas (2006) alerta quanto à necessidade de reestruturar a sociedade sobre as bases de uma prudência responsável, pois só assim seria possível impedir que o poder sem limites da tecnologia ocasione uma catástrofe igualmente sem limites que viria a destruir o planeta e tudo que nele existe.

Prudência e responsabilidade diante da extrema vulnerabilidade da vida, em todas as suas formas. Tal é o que propõe Jonas em sua obra – somos, todos, corresponsáveis por todos e por toda a vida no planeta – e que Moura (2015) bem sintetiza ao dizer:

Jonas mostra que um recém-nascido encerra máxima facticidade do ser, máximo direito à existência, e máxima fragilidade do ser. É o melhor exemplo de lugar da responsabilidade: o ser mergulhado no devir, abandonado à impermanência e

ameaçado pela morte. Ele ainda nos lembra que ao longo da vida somos necessariamente responsáveis de alguém, bem como somos igualmente responsáveis por outros. Isso faz parte de nosso modo de ser. Mas essa capacidade não nos torna seres morais: ela nos permite ser morais ou imorais. O cuidado dos pais visa preservar a existência da criança e, depois, que ela venha a ser uma boa pessoa. Essa é exatamente a **razão de ser do Estado na visão aristotélica: ele existe para garantir a possibilidade da vida humana e para garantir a possibilidade de felicidade** (MOURA, 2015, p. 129, grifo nosso).

Garantir a possibilidade de felicidade: *Eudaimonia*, o fim último de um bom governo, como bem colocou Aristóteles. Martins (1994, p. 12), no entanto, observa que, a partir de Kant “tornou-se lugar-comum caracterizar toda a ética antiga como doutrina acerca da felicidade”. Observa o autor que o próprio Hegel teria ido “ainda mais longe ao definir este núcleo temático como o princípio geral de toda a filosofia ocidental pré-kantiana”. Por outro lado, afirma Martins, não é possível ignorar que em solo francês, nesse mesmo momento histórico, o “insuspeito Saint-Just” sustentava que a “felicidade era uma ideia nova na Europa”. O que Saint-Just, um entusiasmado iluminista, queria dizer com isso? Martins observa que:

Se tivermos em conta que Saint-Just, como, aliás, grande parte dos ideólogos da Revolução Francesa, conhecia suficientemente bem a história da cultura clássica dificilmente poderemos aceitar que estava a falar em sentido literal. A felicidade de que Saint-Just falava não era tradução da *eudaimonia* clássica, mas antes uma ideia realmente nova de felicidade, característica das Luzes. É esta ideia de felicidade que vai ser transformada, a partir de Bentham e do utilitarismo, em programa social e medida de todas as actividades e instituições políticas, jurídicas e sociais dos tempos modernos (MARTINS, 1994, p. 177).

A razão de ser do Estado – e do arranjo entre os Estados no cenário internacional – é garantir a possibilidade de “felicidade”? Para Aristóteles⁵⁴ há três estilos de vida: a vida dos prazeres, a contemplativa e a política. Em todos esses estilos, há, sempre, a busca de um fim. A decisão que nos leva a escolher e eleger o fim último da existência e, acima de tudo, o fim último da ação política precisa ser considerada. É o que observa Martins, ao afirmar:

O homem, nas mais diversas actividades – quer elas se integrem naquilo que ele chamava a actividade teórica, prática ou poética – persegue sempre um fim (*telos*). Assim, agir bem é agir de modo a alcançar o fim pretendido. A partir desta articulação entre as noções de bem e de fim, Aristóteles pode definir, pelo menos formalmente, o bem como *telos*, o fim que todas as acções visam. Aristóteles não pode, evidentemente, ignorar a pluralidade de fins e os conflitos que surgem frequentemente ao nível da acção humana. Por isso, a racionalidade característica da *praxis* humana impõe um esclarecimento que vá além daquela definição formal genérica. O próximo passo do Estagirita consiste em desenvolver um conceito formal de fim último (MARTINS, 1994, p. 182-183).

⁵⁴ *Ética a Nicômaco*, (1095M5-19).

Resta, então, questionar: o princípio da precaução pode ser colocado como “medida de todas as atividades e instituições políticas, jurídicas e sociais”, nos tempos atuais, como um “programa” orquestrado internacionalmente entre os Estados em busca de um *telos* virtuoso e justo? Tal é o que se propõe refletir na seção seguinte.

2.5. Princípio da precaução na esfera internacional

Conforme já dito no curso do presente trabalho, o princípio da precaução teve seu *locus* privilegiado de categorização na doutrina alemã, mais especificamente, no conceito de *Vorsorgeprinzip*⁵⁵⁻⁵⁶ contido no art. 5º da lei federal sobre o controle de emissões⁵⁷.

Porém, é na década de 1990 que o princípio começa a ganhar um reconhecimento mais amplo generalizado por parte dos doutrinadores, bem como passa, também, a ser recepcionado mais frequentemente em instrumentos de direito internacional.

Constata-se, no entanto, que até o presente momento, embora o princípio da precaução seja reconhecido como um dos princípios do direito internacional do meio ambiente, a autoridade do princípio como “norma costumeira internacional” ainda não tenha sido plenamente reconhecida. A esse fato alia-se sua “falta de previsão nos procedimentos de avaliação de impacto ambiental”, bem como a “falta de conteúdo e critérios claros para sua aplicação, carecendo de formulação legal precisa” (PEREIRA, 2014, p. 128).

Pereira (2014, p. 128) adverte que, em sua maioria, os princípios do direito internacional do meio ambiente têm sido chamados de “normas sem conteúdo determinado”, pois expressam um grau de abstração tão elevado que torna impossível deduzir deles obrigações precisas com algum nível de certeza. De fato, a autora (2014, p. 128) observa que se fossem considerados os

⁵⁵ Observe-se que o significado literal da palavra alemã *vorsorge* significa “cuidado e preocupação prévios”.

⁵⁶ Também na Alemanha, em 1974, a Lei Federal de Proteção Contra Emissões (*Bundes-Immissionsschutzgesetz*) consagra, pela primeira vez, o princípio da precaução no âmbito da poluição atmosférica.

⁵⁷ Observa Wolfrum (2004, p. 14) que: “Alguns dos críticos deste princípio, em particular aqueles que defendem que sua implementação será prejudicial aos futuros desenvolvimentos econômicos e tecnológicos, poderão descobrir, a partir da avaliação da experiência nacional com a aplicação do princípio da precaução, que nenhum dos efeitos negativos esperados ocorreram de fato” (WOLFRUM, 2004, p. 15). Prosseguindo em sua análise, Wolfrum sustenta que o princípio da precaução possui diversas características substantivas e procedimentais que devem ser observadas. Segundo o autor, o princípio em tela não requer medidas reguladoras particulares, pois se concentra na definição de quando as medidas conservadoras devem ser tomadas, o que muda significativamente a abordagem para as atividades que oferecem impactos potencialmente negativos sobre o meio ambiente: “Em vez de esperar até que haja prova de um impacto negativo sobre o meio ambiente, deve-se agir antes que tal impacto se materialize. Isso requer uma reconsideração de como as decisões políticas sobre o meio ambiente são tomadas em caso de incerteza científica” (WOLFRUM, 2004, p. 15-16).

“critérios ortodoxos para a análise do direito internacional costumeiro”, forçosamente, chegar-se-ia à conclusão de que seriam poucos os princípios do direito internacional do meio ambiente aptos a serem qualificados como costumeiros.

A autora esclarece que o princípio da precaução não se baseia em pesquisas sobre as práticas dos Estados, mas sim em “textos produzidos por atores não estatais tais como tribunais internacionais judiciais ou arbitrais, organizações internacionais e organizações não governamentais e juristas” (PEREIRA, 2014, p. 128).

Tais textos são, de acordo com Pereira (2014, p. 128-129), meramente “declaratórios”, não podendo ser considerados normas costumeiras, embora sejam úteis na resolução de conflitos pelos tribunais judiciais ou arbitrais. Pereira exemplifica recorrendo à própria redação do Princípio 15⁵⁸ da Declaração do Rio, em que podem ser constatados termos abertos, que “condicionam a aplicação do princípio da precaução a que o dano seja sério ou irreversível e ao custo-eficácia das medidas preventivas” (PEREIRA, 2014, p. 129).

Pereira afirma ser “difícil extrair daí [de tais textos] uma obrigação precisa para os Estados” e, assim sendo, os “Estados permanecem vinculados a sua legislação interna ou a instrumentos convencionais, mas que tampouco fornecem maiores esclarecimentos sobre a aplicação do princípio da precaução” (2014, p. 129). Por certo, em decorrência do que foi posto, a aplicação do princípio fica condicionada aos interesses em jogo. A autora destaca que, atualmente:

(...) a responsabilidade internacional do Estado em matéria de meio ambiente resume-se na obrigação de não causar danos graves ao território de outro Estado ou áreas fora de sua jurisdição, o que não representa nenhuma inovação da jurisprudência, eis que nada mais é do que a aplicação do princípio geral do não dano (...) Porém, em matéria de proteção do meio ambiente ou da saúde pretende-se ir mais além, com a imposição de obrigações concretas aos Estados para evitar que o dano ocorra efetivamente, sendo este, na maioria das vezes, irreparável e não suscetível de compensação financeira. Nesse aspecto, o princípio da precaução seria um dos mais eficientes princípios do direito internacional, embora tenhamos que reconhecer que permanece um princípio ainda em construção e que não conta com a ousadia dos tribunais internacionais (PEREIRA, 2014, p. 129).

Alexandra Aragão (2008, p. 11), professora da Faculdade de Direito da Universidade de

⁵⁸ De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (Declaração do Rio de Janeiro, Princípio 15).

Coimbra, por seu turno, afirma que, desde o início do presente século, no direito europeu, o peso do princípio da precaução é “esmagador”, pois proliferam menções, referências diretas e indiretas à precaução ou a estratégias precaucionais, em um número crescente de documentos oficiais em vigor.

Observa a autora que as referências ao princípio da precaução fazem dele “um princípio fundamental, não apenas de Direito Ambiental, mas de Direito Europeu, em geral” (2008, p. 11). Aragão sustenta que no “vasto conjunto de actos jurídicos de inspiração precaucional”, é possível encontrar:

Temáticas tão díspares como a segurança dos produtos, a protecção contra pandemias e epizootias, a conservação de espécies e ecossistemas, as nanotecnologias, as emissões poluentes, a gestão territorial de zonas sensíveis, avaliação ambiental de planos e programas, ou até doações de sangue (ARAGÃO, 2008, p. 11).

A autora reconhece que se trata de algo incontornável que, apesar de o princípio da precaução ter se originado num contexto ambiental, ele passou a ser invocado e aplicado em contextos muito diferentes, acabando por ir além dos temas mais próximos, como:

Saúde pública (em sentido amplo, abrangendo a saúde das pessoas, dos animais e ainda a protecção vegetal), a protecção dos consumidores ou a agricultura, tem sido invocado igualmente em matéria de comércio internacional (nomeadamente casos junto da Organização Mundial de Comércio, concretamente quanto aos acordos sobre medidas sanitárias e fitossanitárias e sobre barreiras técnicas ao comércio, a propósito de aditivos alimentares à base de hormonas, do amianto, dos organismos geneticamente modificados), no direito da família (por exemplo, no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a sua aparição em casos de regulação do poder paternal tem sido recorrente) e até em direito orçamental, aplicado ao cálculo das receitas (ARAGÃO, 2008, p. 11).

Constata Aragão que a proliferação das referências legais demonstra que o princípio da precaução passou a corresponder “tanto a uma vontade política como a uma necessidade jurídica” e que, sob o ponto de vista da doutrina, os desenvolvimentos teóricos sobre ele resultam da expansão da “riscologia” (ARAGÃO, 2008, p. 12).

A autora (2008, p. 12), contudo, adverte quanto à ação de juristas e agentes públicos e privados que, tanto em solo europeu quanto fora dele, pretendem “diluir o princípio da precaução no princípio da prevenção” ou, pior ainda, advogam a supressão do princípio ao qualificá-lo como vago e pleno de definições conflitantes. A autora evidencia sua preocupação ao manifestar incerteza quanto ao âmbito de aplicação do princípio da precaução:

(...) não termos certezas em relação à força de um princípio, cujo âmbito de aplicação é tão vasto, e cujos efeitos podem ser tão drásticos, é assustador, sobretudo em matéria ambiental e na Europa, onde o dever, imposto pela União Europeia, de prevenção de riscos, por parte dos Estados, abrange não só os riscos tecnológicos, mas também já os riscos naturais (ARAGÃO, 2008, p. 12).

Dando prosseguimento à sua análise, Aragão (2008, p. 13) ressalta que essa abrangência pouco criteriosa do princípio da precaução, que abarca riscos naturais e tecnológicos de forma imprecisa, acarreta inúmeras dificuldades e é fonte de insegurança e inquietação. A autora coloca que, “em regra, considera-se que os riscos naturais são riscos excepcionais, concentrados e heterogêneos e, por isso, mais dificilmente seguráveis”, enquanto os chamados riscos “tecnológicos” são “estatisticamente mais frequentes, mais disseminados no tempo e no espaço e relativamente homogêneos, logo, mais seguráveis” (2008, p. 13). Porém, afirma, “a distinção entre riscos de origem natural e riscos de origem humana é cada vez mais subtil”. Nesse sentido, Aragão coloca:

Existem diversas formas pelas quais causas naturais (físicas, meteorológicas, geológicas ou biológicas) podem potenciar riscos antrópicos e vice-versa, dando origem a acidentes mistos. Sendo os riscos climáticos o exemplo máximo dessa indistinção (ARAGÃO, 2008, p. 12).

A autora (2008, p. 13) aponta para a problemática da distinção entre precaução de riscos de origem natural e antrópica e alerta que tal distinção tende a diluir-se. Salienta que, em ambos os casos, existe o dever de precaução em relação a riscos evitáveis. A autora, ao tentar enfrentar a dificuldade de distinção entre riscos naturais e antrópicos, apresenta três exemplos baseados em fenômenos dessa natureza:

- a) Causas naturais extraordinárias: Um fenómeno natural nada habitual, que cria riscos tecnológicos. Por exemplo, a passagem de um furacão de escala 5, com ventos superiores a 249 km/h, que está na origem do risco de explosão de uma fábrica de indústria química (...)
- b) Causas naturais involgares: Um fenómeno natural ordinário, mas com uma intensidade surpreendente e que, por isso, potencia o risco tecnológico. O exemplo são chuvas diluvianas (...) que põem uma barragem (...) em risco de ruptura, por falta de capacidade do descarregador de cheias.
- c) Causas naturais ordinárias: Um fenómeno natural habitual, com uma intensidade dentro dos valores normais, mas cujos efeitos danosos são profundamente agravados por factores humanos intensificados ao longo do tempo (ARAGÃO, 2008, p. 12).

Por outro lado, Aragão explicita que o princípio da precaução não é um motivo de “estagnação ou bloqueio do desenvolvimento científico”, mas, pelo contrário, “uma fonte de progresso científico” (2008, p. 13). Entende a autora que o princípio não cria “insegurança jurídica na gestão do risco. Antes, pelo contrário, atenua-a” (ARAGÃO, 2008, p. 13).

Nesse sentido, Pardo (2003) adverte:

Detrás de los peligros y limitaciones naturales sólo podía advertirse el destino ineluctable y ninguna intervención ni, consiguientemente, responsabilidad humana. Por el contrario, detrás de cualquier tecnología se encuentran siempre – otra cosa es que se sea bien consciente de ello – decisiones humanas de las que se ha de ser responsable. No es, ni mucho menos, que el progreso tecnológico – como implícita y difusamente se alega en ocasiones desde sus propias instancias – se vea criminalizado, ni bajo sospecha; es, sencillamente, que con él se ha dilatado de manera extraordinaria el segmento de la decisión humana y también, obviamente, el de su responsabilidad (PARDO, 2003, p. 54).

Por fim, Aragão (2008, p. 16) sustenta que o princípio da precaução é um “princípio de justiça em sentido clássico”, na medida em que esse princípio “protege, sobretudo, a parte mais frágil, aqueles que não têm condições de se proteger a si próprios, e responsabiliza quem tem o poder e o dever de controlar os riscos”. Afirma a autora que, nos limites de uma sociedade de risco, o princípio da precaução “contribui determinantemente para realizar a justiça tanto numa perspectiva sincrónica como diacrónica ou, por outras palavras, justiça intrageracional e intergeracional” (2008, p. 16). A autora observa, também, que há a necessidade de clarificar as “condições de recurso ao princípio da precaução”, pois ele veio sem um “manual de instruções”, e parte, então, para a verificação de seus pressupostos de aplicação (ARAGÃO, 2008, p. 16).

2.6. Pressupostos de aplicação do princípio da precaução

De acordo com Aragão (2008, p. 19), os princípios da prevenção e da precaução são “manifestações modernas de uma ideia antiga – de defesa da prudência ambiental e da sustentabilidade”. No entanto, eles distinguem-se, tanto pelas condições de aplicação como pela natureza das medidas *evitatórias* que promovem⁵⁹. Há, no entanto, um ponto essencial a ser considerado, segundo a autora: a passagem da “regulação preventiva” para a “regulação precaucional” dos riscos. Aragão afirma que essa passagem representa uma mudança paradigmática que necessita de uma “definição muito clara dos pressupostos de intervenção do Estado e dos actores sociais (empresas, organizações não governamentais, cientistas, público

⁵⁹ Aragão observa que “a precaução destina-se a limitar riscos ainda hipotéticos ou potenciais, enquanto a prevenção visa controlar os riscos comprovados. Por isso, o princípio da precaução é proactivo, enquanto que o princípio da prevenção é reactivo. Por outro lado, as medidas precaucionais não são ‘um fim em si mesmas’. (...) enquanto as acções fundadas no princípio da prevenção têm como finalidade imediata evitar a ocorrência de um dano certo, as acções justificadas pelo princípio da precaução têm um duplo objectivo: por um lado, evitar imediatamente o ‘laissez faire’ em situações de incerteza legítima; por outro lado, e sobretudo, produzir o conhecimento sobre o risco em causa, seja para dar origem a uma acção preventiva – se a hipótese do risco se verificar – seja para ‘liberar’ a actividade afastando a hipótese de risco” (ARAGÃO, 2008, p. 16).

em geral)” (2008, p. 19).

Na gestão tradicional dos riscos, afirma Aragão, eram exigidas “provas científicas concludentes”, para que, então, fosse possível avançar para a regulação de um produto ou atividade que os implicassem (2008, p. 20). No entanto, com o advento do princípio da precaução – concebido como uma nova forma de gestão da incerteza –, Aragão defende ter ocorrido uma evolução no tocante à gestão preventiva, “em que os actores políticos e os operadores económicos podiam *usar e abusar* da divergência persistente entre os cientistas, como uma desculpa para não agir” (2008, p. 20). Como consequência de tal postura, Aragão observa que ocorreu a chamada “parálise pela análise”⁶⁰ (2008, p. 20). Pelo contrário, a “gestão precaucional implica a regulação urgente de riscos hipotéticos, ainda não comprovados”, sustenta Aragão (2008, p. 20).

A autora passa, então, a examinar os pressupostos fundamentais de aplicação do princípio da precaução, a saber: a existência de riscos ambientais e a incerteza científica quanto aos riscos. Nesse ponto, Aragão (2008, p. 20), ao analisar os “novos riscos”, considera que em sua gestão antecipatória não se deve aguardar para verificar se “estamos errados”, uma vez que os riscos são deveras preocupantes e suas consequências revestem-se de especial gravidade, de forma que não é aceitável, em suas palavras, “ficarmos à espera das provas irrefutáveis e do consenso científico geral, em torno delas”. Em decorrência, a autora sugere ser necessário “pensar o impensável”, imaginar, construir “cenários de ocorrências ambientais indesejáveis futuras, mesmo pouco prováveis”, pois o princípio da precaução tem por objetivo precípuo regular os chamados “novos riscos ambientais” cuja característica mais marcante é serem “globais, retardados e irreversíveis”⁶¹ (ARAGÃO, 2008, p. 21).

Convém, aqui, lembrar a lição de Kässmayer (2009):

Os riscos justificam as escolhas políticas e, por serem a elas indissociáveis, a regulamentação jurídica torna-se base das decisões da organização do território, da

⁶⁰ *Analysis Paralysis* – AP – é um termo que significa, literalmente, paralisa pela análise. Consiste na condição de analisar exageradamente uma situação e, dessa forma, procrastinar a tomada de decisões, ou mesmo, não tomar decisão alguma, pois, só se aceita a decisão perfeita e, por essa razão, prolonga-se indefinida e inutilmente o processo de análise em um ciclo repetitivo e vicioso que se encerra sobre si mesmo.

⁶¹ “Por serem globais e irreversíveis, mas, na maior parte dos casos, riscos futuros, que afectarão gerações que ainda não nasceram, é que o princípio da precaução é um princípio de justiça na sua acepção mais clássica. Já na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, se proclamava que ‘a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo’. Neste caso, o próximo são as gerações futuras” (ARAGÃO, 2008, p. 21).

repartição de bens, do uso de recursos e da precaução. Há uma distinção entre riscos naturais e tecnológicos (KÄSSMAYER, 2009, p. 78).

Prossegue Kässmayer observando que entre os riscos que desafiam a sociedade hodierna encontra-se o risco tecnológico, que, de acordo com a autora, envolve:

A probabilidade de falhas acidentais ou ameaças para a saúde e o meio derivados de um mau projeto, gestão ou funcionamento de atividades industriais ou de infraestrutura. Nas definições de risco tecnológico ressalta-se o caráter humano da origem do risco. Trata-se de uma ameaça que, ainda que involuntária, pode ser controlada por seus agentes causais (KÄSSMAYER, 2009, p. 78).

A autora supracitada (2009, p. 78) vai além e afirma que urge examinar os riscos ambientais, que “aglutinam os riscos naturais e os riscos decorrentes de processos naturais agravados pela atividade humana e pela ocupação de territórios”. Kässmayer enfatiza a questão da vulnerabilidade como um “componente fundamental na análise de risco” e alerta para a necessidade de regulamentação internacional:

Os riscos econômicos, geopolíticos e sociais relacionam-se à partilha e ao acesso a certos recursos renováveis ou não. Resultam em conflitos e inseguranças que clamam pela regulamentação internacional e remetem à segregação e a situações de desigualdade. O papel da política de gestão de riscos é preponderante na resolução destes conflitos. Lavell (1996, p. 33) conceitua risco como uma probabilidade de ocorrência de um dano à população e engloba neste conceito as ameaças e vulnerabilidades. A vulnerabilidade é um componente fundamental na análise de risco (KÄSSMAYER, 2009, p. 78).

De fato, a necessidade de uma regulamentação internacional, ainda não alcançada a despeito do hercúleo esforço dispendido, em especial, a partir da Conferência de Estocolmo, mais do que nunca, se justifica, pois, afinal, a magnitude dos riscos e ameaças que afligem a sociedade abrange o planeta como um todo.

Quanto aos riscos globais, Aragão (2008, p. 21) os define como aqueles que ocorrem em larga escala, com “magnitudes sem precedentes, abrangendo vastas regiões do Planeta”. O cenário em que se desenrola a civilização tecnológica – com seu consumismo desenfreado e em plena explosão demográfica, para muito além das previsões malthusianas mais pessimistas – acelera e intensifica o fenômeno da *massificação* dos riscos, que se tornam “riscos planetários” (2008, p. 21). Por esse motivo, aponta a autora, há a necessidade crescente e dramática de ampliar a aplicação do princípio da precaução (ARAGÃO, 2008, p. 21).

Prosseguindo com sua análise, Aragão (2008, p. 21) alerta para os riscos retardados, que

são aqueles que ocorrem lentamente ao longo das décadas ou séculos, que demoram “gerações para efetivamente materializarem-se, mas que assumem – a certa altura – dimensões catastróficas em virtude de sua extensão e irreversibilidade”. Tais riscos se desenvolvem em um crescimento exponencial e, observa a autora, é nesse padrão de crescimento que muitos fenômenos naturais e sociais se manifestam. Portanto, conclui, há a necessidade urgente e impostergável de adoção de medidas precaucionais (2008, p. 21). A autora invoca uma “charada” para enfatizar a gravidade desse “crescimento exponencial”:

Malthus foi o primeiro a escrever sobre este padrão de crescimento em relação às populações, com a publicação, em 1798, da obra *An essay on the principles of population as it affects the future improvement of society*. Mais recentemente, e no âmbito ambiental, o impressionante efeito do crescimento exponencial foi notavelmente ilustrado por uma charada citada por Donella e Denis Meadows e Jorgen Rangers: “suponhamos que se tem um lago em que cresce um nenúfar. O nenúfar duplica de tamanho todos os dias. Se deixasse a planta crescer livremente, ela cobriria completamente o lago em trinta dias, provocando a morte de todas as outras formas de vida aquática. Durante muito tempo o nenúfar parece pequeno, por isso você resolve não se preocupar com ele enquanto não ocupar metade do lago. Em que dia acontecerá isso?” A resposta é, à primeira vista, surpreendente: “No vigésimo nono dia. Fica-lhe só um dia para salvar o lago” (ARAGÃO, 2008, p. 21).

Aragão conclui ser esta a razão que justifica a urgência de uma atuação precaucional: “evitar enfrentar a magnitude do problema no penúltimo dia”, porquanto “o crescimento exponencial verifica-se nos mais diversos níveis” (ARAGÃO, 2008, p. 21). De fato, o que se vê, com uma frequência que ultrapassa os limites da sensatez, são posturas postergatórias e procrastinatórias aliadas a uma cegueira seletiva e a uma, pode-se dizer, “falta de pessimismo” temerária que beira à “polianice”. Constata-se, com pesar, que aqueles a quem incube decidir e agir parecem alimentar a expectativa de que os nenúfares parem de crescer como se vivessem na “Terra do Nunca”. “Assim caminha a humanidade”? Como um *puer aeternus* jogando o “jogo do contente”? Ou como as ovelhas do rebanho de Panurgo?

Talvez se faça necessário buscar as respostas na letra de “Blowin’ in the Wind”. Antes, porém, de catá-las no vento, imperioso enfrentar a irreversibilidade dos riscos que imprudentemente a civilização tecnológica produziu e alimentou⁶².

⁶² Em esclarecimento à autoconcedida liberdade poética dos dois últimos parágrafos: Pollyana é personagem da escritora Eleanor H. Porter, cuja característica central era sua credulidade, fé cega e otimismo; Terra do Nunca era a Ilha fictícia da peça teatral de J. M. Barrie, *Peter and Wendy*, para a qual iam os meninos que não queriam crescer; “Assim caminha a humanidade” é o título brasileiro para o filme *Giant* (1956) do diretor norte-americano George Stevens, cujo enredo mostra a luta entre a pecuária e a indústria do petróleo, bem como as condições

Nesse sentido, Aragão (2008, p. 22) aponta que riscos irreversíveis são aqueles que, caso uma vez concretizados, ocasionam consequências permanentes ou, ao menos, “tão duradouras que podemos considerá-las irreversíveis *à escala humana*”. Há, no entanto, segundo a autora, que atentar-se à sua novidade e relativa complexidade. A autora afirma que a irreversibilidade é “um aspecto fulcral da caracterização dos riscos, que comporta, para as gerações futuras, perda de oportunidades de realização” (2008, p. 22).

Contudo, adverte Aragão, a irreversibilidade significa apenas que é impossível voltar ao passado, por isso, “uma irreversibilidade não é, em si mesma, nem boa nem má; ela é neutra” (2008, p. 22). Explica a autora que as “irreversibilidades positivas” já existem, presentes em leis que foram aprovadas com o intuito de preservar “valores arqueológicos, artísticos, culturais ou paisagísticos, considerados patrimônio municipal, nacional ou até da humanidade” (2008, p. 22). De fato, sustenta Aragão, trata-se, no caso, de afirmar que “certos valores genéticos, biológicos ou ecológicos também justificam a proibição da sua destruição e o estabelecimento de uma irreversibilidade ambiental positiva” (ARAGÃO, 2008, p. 22).

Na análise das irreversibilidades, há, também, irreversibilidades negativas, afirma Aragão (2008, p. 22). Estas seriam “evoluções destrutivas irreversíveis”, ou seja, riscos que, uma vez concretizados, “se transformam em danos definitivos”. O exemplo paradigmático, afirma a autora, é a “extração de recursos não renováveis até à exaustão ou a exploração de recursos renováveis para lá da capacidade de renovação” (2008, p. 23). Mas, alerta, nem todas as irreversibilidades estão ligadas à conservação da natureza: “não há uma linha a separar claramente a reversibilidade da irreversibilidade. Há um *continuum* e não uma dicotomia. A questão não é saber se um efeito pode ser revertido, mas a que custo” (ARAGÃO, 2008, p. 23).

A autora adverte que a irreversibilidade pode até ser pensada como um conceito gradual, mas não é possível ignorar que há um limiar que, uma vez atingido, torna a irreversibilidade incontestável (2008, p. 23). Por outro lado, Aragão admite: há “irreversibilidades certas e

miseráveis de vida dos mexicanos cuja força de trabalho era explorada; *Puer Aeternus*, de acordo com a psicanalista Marie Lousie von Franz (1992), era o jovem eterno, o adulto pueril que se nega a crescer e assumir responsabilidades e compromissos. Nesse sentido, Morin constata: “a complexidade sociocultural faz pressão a favor de toda a mutação genética que venha retardar o desenvolvimento ontogenético da criança ‘o qual, no *sapiens*, demorará 13 anos a completar-se’. [...] o atraso do desenvolvimento ontogenético tende a manter nos adultos traços infantis ou juvenis, ou mesmo a deixar o processo inacabado” (MORIN, 1985, p. 82); Jogo do Contente era o jogo que Pollyana aprendeu a jogar com seu pai e que consistia em sempre ver o lado bom de todas as situações, mesmo as mais trágicas; Panurgo, personagem do livro *Pantagruel* do francês François Rabelais, cujo rebanho pulava, feliz, no precipício, seguindo a ovelha líder; por fim, *Blowin’ in the Wind* é a célebre música de Bob Dylan, ganhador do prêmio Nobel de literatura no ano de 2016.

incertas”. Por essa razão:

O princípio da precaução prescreve que há certos limiares que não podem ser ultrapassados para que não se materializem as irreversibilidades ambientais negativas certas. O contrário de irreversibilidade não é, portanto, a reversibilidade, mas a durabilidade dos recursos bióticos e abióticos, o respeito dos processos e dos ecossistemas, numa palavra, a sustentabilidade (ARAGÃO, 2008, p. 23).

Aragão, entretanto, esclarece que essa interpretação “*maximalista* do princípio da precaução” recebe inúmeras críticas por “facilitar excessivamente o recurso a um instrumento, cuja utilização permite a adopção de medidas bastante gravosas de restrição da iniciativa económica, em situações de incerteza científica, devendo, por isso, ser excepcional” (ARAGÃO, 2008, p. 24).

Como solução, a autora propõe que se faça “uma interpretação correctiva das condições de recurso ao princípio da precaução”, por meio da utilização de requisitos previstos no direito internacional, os quais conduzem à “exigência alternativa de, pelo menos, uma das características do dano potencial: gravidade ou irreversibilidade” (ARAGÃO, 2008, p. 24).

Dessa maneira, conclui Aragão, para justificar a aplicação do princípio da precaução, basta que o risco “seja grave, mesmo que não seja irreversível; ou que seja irreversível, mesmo que não seja muito grave. Nunca apenas um dano incerto” (ARAGÃO, 2008, p. 24). Como pode ser visto, há que, necessariamente, se levar em consideração a gravidade dos riscos, como sustenta a autora, e, para que isso ocorra, é indispensável avaliar os critérios de gravidade⁶³. Convém, portanto, considerar os critérios utilizados no Brasil. É o que se verá a seguir.

2.7. O princípio da precaução no ordenamento jurídico brasileiro

Antunes (2016) trata das fases de incorporação do princípio da precaução pelo ordenamento jurídico pátrio. Segundo o autor, o princípio vem sendo amplamente utilizado, porém, em sua visão, de forma aleatória e desmedida. Antunes (2016, p. 63) considera que, por ser um princípio novo, não tem sua definição suficientemente clara, havendo um

⁶³ A autora aponta os seguintes critérios: “(...) risco de danos não reversíveis (uma perda irreparável de biodiversidade ou funções do ecossistema), risco de dano alargado (impactes que se estendem para lá das fronteiras agrícolas, biológicas ou políticas), risco de danos cumulativos (acumulação ou exacerbação de riscos ambientais já existentes), risco de danos involuntários (sem consulta, notificação ou escolha por parte das vítimas); risco de danos injustamente distribuídos (quem suporta os riscos não é quem beneficia das vantagens); e risco potenciador (susceptível de provocar danos em cadeia)” (ARAGÃO, 2008, p. 24).

superdimensionamento na sua utilização pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal (STF), este atuando como moderador na aplicação do princípio.

Segundo Antunes (2016), há que se considerar o processo de incorporação do princípio ao direito brasileiro, posto que, desde a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92), o Brasil adota o princípio da precaução, entretanto, até o presente, não há diretrizes e regulamentações acerca de tal princípio (ANTUNES, 2016, p. 63). Disso decorre que o princípio em tela já deveria ser um instrumento apto a nortear as decisões do Judiciário, entretanto, mantém-se como um conceito difuso, pouco claro e gerador de incertezas, invocado excessivamente e empregado de modo ainda incipiente, em virtude da real incerteza científica, quase em via de banalização (ANTUNES, 2016, p. 66).

Em consonância com o exposto, percebe-se uma falta de apetite do legislador em regular o princípio da precaução. É de se questionar tal posicionamento, tendo em vista a relevância que ele tem para o direito ambiental. Atualmente, por não ter regulamentação e ser um princípio não expresso na Constituição Federal, ele é aplicado – na maioria das vezes – de maneira imprecisa e vaga. Seu conceito ainda não foi aclarado pela doutrina e para os recentes julgamentos, desrespeitando o núcleo do princípio – que determinada que seja utilizado diante de incertezas científicas e não de mera dúvida.

Prosseguindo com Antunes (2016), uma das grandes dificuldades na aplicação do princípio, segundo o autor, reflete a tradição jurídica de aplicar a hipótese ao caso concreto no qual a norma é omissa. Assim, um “princípio novo”, não positivado e incorporado ao ordenamento, dotado de *status* constitucional e de uma complexidade enorme, demanda tempo de pesquisa e compreensão adequada por parte do legislador, sob pena de banalizá-lo (ANTUNES, 2016, p. 66).

Ao examinar o princípio em tela, Antunes (2016) coloca em questão as circunstâncias em que se deve aplicá-lo e de que forma serão estabelecidas suas diretrizes, pois existe o risco de torná-lo um princípio excessivamente casuístico e incapaz de atender aos interesses ambientais (ANTUNES, 2016, p. 66).

O autor ainda faz apontamentos sobre a tendência do Judiciário de preencher a lacuna política em decorrência da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, ocorrendo a

transferência da incumbência da função de legislar e das decisões relativas a implementações de políticas ambientais, para o Judiciário (ANTUNES, 2016, p. 66). Há que se considerar que essa posição do Judiciário – em sua função atípica de legislar – é um risco para o Estado democrático de direito. A necessidade de estabelecer as diretrizes para o referido princípio urge, tendo em vista a tomada de decisão nos últimos anos.

Silva e Diz (2018, p. 39) apontam a necessidade de identificar e propor a utilização de critérios de aplicação do princípio da precaução, pois constatam que distorções no significado a ele atribuído abrem caminho:

(...) para a sua utilização como fundamento de decisões autoritárias e desprovidas de argumentos cientificamente consistentes, muitas vezes impregnadas de caráter ideológico e subjetivo, acarretando insegurança jurídica (SILVA; DIZ, 2018, p. 39).

Segundo os autores, é imperioso buscar amparo na razoabilidade, proporcionalidade, motivação expressa e na necessária reavaliação periódica, sendo estes alguns dos critérios sugeridos (SILVA; DIZ, 2018, p. 39). Os autores advertem que a inobservância de critérios para a aplicação do princípio pode ter como consequência a subjetividade nas decisões e, com isso, ferir o Estado democrático de direito.

Ao refletir sobre quais seriam “as balizas para orientar a adequada aplicação do princípio da precaução no Estado Democrático de Direito”, Silva e Diz (2018, p. 42) constatam a dificuldade de interpretação do princípio da precaução, não só pelos “órgãos da Administração Pública responsáveis pela gestão do patrimônio ambiental”, como também “pelos julgadores responsáveis pela análise e decisão definitiva dos casos concretos” (SILVA; DIZ, 2018, p. 42-43).

Nesse sentido, os autores lembram que o princípio da precaução também é conhecido como princípio da cautela, da prudência e que preconiza a implementação de medidas que visam impedir a degradação ambiental, em situações nas quais se identificou o perigo de dano “grave e irreversível”:

(...) decorrentes de atividades ou técnicas cujos impactos ainda não podem ser claramente identificados pela ciência. A cautela deve orientar as ações do poder público, sempre que houver incerteza científica em relação aos impactos ambientais de determinado empreendimento (SILVA; DIZ, 2018, p. 43).

Como se vê, o princípio traz para o primeiro plano a necessidade de cautela, diante de riscos potenciais que, tendo em vista o estado atual estágio do conhecimento, não têm como ser identificados. A constatação de um risco de dano grave ou irreversível impõe a tomada de medidas capazes de prever, minimizar ou, mesmo, evitar o dano. Esse entendimento é pacífico, entretanto, não é o que ocorre quando se considera a sua correta aplicação. Para compreender as razões que impedem a satisfatória aplicação do princípio da precaução, Silva e Diz (2018, p. 45) passam a considerar as origens e os objetivos do princípio da precaução, em sua perspectiva histórica, a partir das reflexões do filósofo francês François Ewald (1996), segundo o qual o princípio teria sido o resultado da “evolução sequencial de três regimes de organização de responsabilidade social que se sucedem” (SILVA; DIZ, 2018, p. 45-46).

Silva e Diz (2018, p. 46), em sua análise de Ewald (1996), afirmam que:

O primeiro regime, designado Estado-providência, teria sido estruturado a partir do conceito de responsabilidade e culpabilidade individual, vigorando em grande parte do século XIX. O segundo regime, da solidariedade, se desenvolveu durante o século XX, baseado na ideia de solidariedade social. O terceiro regime, por sua vez, está calcado no conceito de segurança, no qual o princípio da precaução apresenta-se como alternativa de gestão da incerteza (SILVA; DIZ, 2018, p. 43).

De fato, a segurança, conforme anteriormente mencionado, no curso deste trabalho, constitui, no tempo presente, um dos objetivos mais almejados pela sociedade e, ironicamente, aquele para o qual ela ainda não encontrou meios de realizar de forma satisfatória. Em relação a esse tema, Antunes (2016, p. 68) complementa, observando que uma das principais influências na utilização do princípio da precaução é o estado de permanente crise ecológica que – nos dizeres do autor – identifica a época presente como a “antessala do apocalipse” (ANTUNES, 2016, p. 68).

Silva e Diz (2018, p. 49), em sua busca por critérios válidos para uma aplicação segura e consequente do princípio da precaução, atentam para as distorções de seu significado como o principal desafio a ser enfrentado e observam que parcela considerável delas se deve ao fato de o referido princípio ter sido “objeto de inúmeras formulações no âmbito das normas nacionais e internacionais”. Aduzem os autores que “inexiste um enunciado único e uma interpretação uniforme – universalmente aceitos – para a precaução, o que dificulta a sua compreensão” (SILVA; DIZ, 2018, p. 49-50).

Em consonância com a avaliação dos autores acima citados, Antunes (2016, p. 68), em consideração ao princípio em tela, adverte que a desmedida expansão e “indefinição conceitual são elementos desestabilizadores da ordem jurídica, exatamente o contrário do que se espera de um princípio jurídico” (ANTUNES, 2016, p. 68). Silva e Diz (2018, p. 50), por seu turno, observam que não são raras as situações em que é possível reconhecer uma “confusão conceitual entre o princípio da precaução e o princípio da responsabilidade, idealizado por Hans Jonas (2006)”, e apontam para a necessidade de estabelecer as devidas distinções entre ambos.

De fato, colocam os autores (2018, p. 50) que o princípio da precaução precisa ser compreendido “numa perspectiva concreta de gestão de riscos, baseada no nexo de causalidade existente entre a atividade e o risco de dano grave e irreversível ao meio ambiente”, enquanto o princípio da responsabilidade “flerta com o abstrato, pois foi construído como exercício de antecipação a longo prazo”. Apontam os autores que o princípio da responsabilidade “busca o desejável em nome de uma ética da prudência, mas não se enquadra nas hipóteses passíveis de judicialização, apresentando-se inadequado para fundamentar uma ação na justiça” (SILVA; DIZ, 2018, p. 50).

Silva e Diz (2018, p. 51) apontam que o princípio da responsabilidade tem “maior alcance e amplitude”, enquanto o princípio da precaução “guarda objetivos práticos e bem definidos”. Para os autores, o princípio da responsabilidade funcionaria como “uma bússola em relação ao princípio da precaução”, porém “seus objetivos e seu modo de aplicação são distintos”. De tal forma são dessemelhantes, observam os autores, que o próprio idealizador do “princípio da responsabilidade, Hans Jonas, não abordou, em seu livro, o princípio da precaução” (SILVA; DIZ, 2018, p. 51).

Com relação à necessidade de interpretar e aplicar os princípios com o devido cuidado, Antunes (2016, p. 68) cita o art. 4º da LINDB⁶⁴, que indica que, em caso de omissão legislativa, o juiz decidirá de acordo com “a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. O autor observa que o Código de Processo Civil, embora não cite expressamente a utilização de princípios, complementa o enunciado da LINDB, determinando, em seu art. 140, que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. Isto, segundo o autor, evidencia que os princípios – como partes integrantes do ordenamento

⁶⁴ A nova LINDB e o primado do consequencialismo por ela consagrado serão abordados no penúltimo capítulo deste trabalho.

jurídico – são reconhecidos em seu papel relevante na ordem jurídica, o de “dotar o sistema de unidade, coerência e harmonia, servindo de guia para o intérprete” (ANTUNES, 2016, p. 67).

Antunes (2016, p. 68) salienta que a doutrina é responsável por uma hipertrofia dos princípios ambientais. Cita que, de acordo com Sarlet e Fensterseifer (2014, p. 18), a matéria inspira cuidados, pois, como ocorre em vários “campos sensíveis”, há excessos de “perfil fundamentalista”, o que acaba por ocasionar uma excessiva dose de “voluntarismo que procura se legitimar mediante invocação genérica – e, por vezes, mesmo *panfletária* – do discurso de princípios”. O autor esclarece que:

Por utilização panfletária dos princípios entende-se a busca de soluções para casos concretos de forma a inviabilizar a atividade econômica ou a negar eficácia a atos administrativos emitidos por agências ambientais (ANTUNES, 2016, p. 67).

Antunes (2016, p. 67) afirma, de forma exagerada, que o *principismo* é a “doença infantil do Direito Ambiental”, pois busca sempre a posição mais radical, como se ele fosse por si só sinônimo de maior legitimidade e legalidade, ou até mesmo de maior eficiência. Assim sendo, a utilização de princípios na seara ambiental não implica forçosamente que eles devam ser aplicados de qualquer forma com o intuito de proteger um bem maior – o meio ambiente. Por se tratar de um assunto tão importante, os princípios devem, na visão do autor, ser utilizados de forma correta e ponderada “sem inviabilizar a atividade econômica ou a negar eficácia a atos administrativos emitidos por agências ambientais” (ANTUNES, 2016, p. 67).

Antunes (2016, p. 68) enfatiza que o princípio da precaução não é imune a uma utilização genérica em decisões judiciais, transformando-o em um “espantalho guardando a horta”⁶⁵ das gerações futuras, ou seja, em, apenas, um princípio protetor das gerações futuras e uma medida utilizada como tentativa de evitar catástrofes. Tal procedimento, segundo o autor, o impede de ser utilizado como um instrumento racional de política ambiental e da gestão de riscos (ANTUNES, 2016, p. 68).

O autor (2016, p. 68) exemplifica a utilização errônea dos princípios, o que é importante salientar para que se possa entender a sua correta aplicação e dimensionamento:

Na verdade, o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, entende que a existência de **qualquer risco**, independentemente de sua dimensão é suficiente para a aplicação do

⁶⁵ Veja-se STJ, AgRg no REsp 1356449/TO.

Princípio da Precaução. Em recente decisão⁶⁶, a elevada Corte considerou que competia ao réu demonstrar que a sua atividade não gerou risco para pescadores, não qualificando a quantidade de risco, pois, como se sabe, não há risco zero (ANTUNES, 2016, p. 68).

Antunes (2016, p. 68) observa que o princípio da precaução é invocado nas mais diversas questões que vão “desde as mudanças climáticas, defesa do consumidor, da saúde pública, atentados terroristas e tantas outras”. De fato, constata Antunes (2016, p. 68), o “campo de abrangência do princípio é tão largo” que ele pode ser considerado “inquietante”. E o que se alcança com tal desmedida é a desestabilização da ordem jurídica:

A desmedida expansão do princípio da precaução e a sua indefinição conceitual são elementos desestabilizadores da ordem jurídica, ou seja, exatamente o contrário do que se espera de um princípio jurídico. É desestabilizador porque a sua aplicação é aleatória e, por conseguinte, um instrumento que não se presta para a tomada de decisão quando o administrador se vê diante de uma situação de incerteza científica, mas ao contrário – como demonstra a sua prática brasileira – se transformou em mecanismo de paralisia administrativa e obstáculo ao desenvolvimento do conhecimento científico (ANTUNES, 2016, p. 68).

Como se vê, Antunes enfatiza o caráter aleatório das decisões, o que se coaduna com a observação de Aragão (2008, p. 20), ao mencionar o fenômeno da “parálise pela análise”. O autor põe em relevo que sua aplicação de forma aleatória⁶⁷ o transforma em um mecanismo contraproducente (ANTUNES, 2016, p. 68).

Ressalte-se que Antunes (2016), como tantos autores que o precederam e que nele se fundamentam, remonta ao filósofo Aristóteles para compreender o referido princípio e, nesse sentido, menciona, como já é sabido, que a precaução origina-se da prudência (*phronesis*), sendo, sustenta o autor, uma “previsão de resultados futuros” e indicando “ações ou omissões para evitá-los” (2016, p. 60). Os resultados futuros são, segundo o autor, “hipoteticamente previsíveis”, na medida em que se assemelham a ações do passado, formando-se pelo hábito

⁶⁶ Veja-se STJ, AgRg no AREsp 183202/SP.

⁶⁷ Como pode ser percebido, o postulado constitucional deveria auxiliar a tomada de decisão do magistrado diante a incerteza científica. Hoje, ao que demonstra a prática brasileira, a sua aplicação é desmedida e o seu conceito é incerto, de tal forma que subutiliza um princípio de tal envergadura, como o é o princípio da precaução, para uma boa gestão de risco e proteção da sociedade e, conseqüentemente, impede o avanço de pesquisas, obras e tecnologias. De fato, Antunes salienta que a forma esdrúxula como o princípio vem sendo aplicado, ao chamar atenção para uma decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que suspendeu a licença ambiental para uma obra portuária na Amazônia, tendo em vista que o porto era um “visível escoamento de soja transgênica, na região amazônica, assim exposta ao desmatamento irresponsável e à disfarçada colonização alienígena” (TRF1, AC 1626120004013902) (ANTUNES, 2016, p. 69).

(ANTUNES, 2016, p. 70). Prossegue, diferenciando a prudência⁶⁸⁻⁶⁹ da precaução, destacando que a primeira é uma forma de conservação, de segurança, somente sendo infalível quando se lida com algo racionalmente previsível, e, não havendo previsibilidade, entra-se no campo do especulativo e do aleatório, enquanto a segunda é eminentemente uma atitude conservadora (2016, p. 70).

Do exposto, mais uma vez, é perceptível a necessidade de encontrar critérios que assegurem a aplicação adequada do princípio da precaução. Nesse sentido, pode-se afirmar que o advento da nova LINDB com sua exigência de justificação consequencialista sanou o problema?

Os critérios para a adequada aplicação do princípio existem. O que impede a sua correta utilização? Ou seriam eles insuficientes para estribar a sua aplicação? Silva e Diz (2018, p. 39) explanam que é impossível não reconhecer a relevância deste princípio como instrumento de gestão de riscos socioambientais. Os autores enfatizam, no entanto que, a despeito de sua relevância:

(...) em virtude das variações conceituais e da ausência de um enunciado único e de uma interpretação uniforme, foram operadas distorções em seu significado, que resultaram em decisões administrativas e judiciais dissociadas da atuação esperada em Estados Democráticos de Direito (SILVA; DIZ, 2018, p. 50).

Os autores propõem, portanto, que sejam identificados os limites para a aplicação do princípio da precaução, bem como a definição de “balizas” para sua utilização pelo poder

⁶⁸ Rissi, em suas reflexões sobre o pensamento kantiano, alerta para o alcance dos imperativos da prudência, explicitando sua ligação como o “fim real”: “Este ‘fim real’ é encontrado nos imperativos da prudência. Se, pelo lado dos imperativos da habilidade temos um princípio problemático e um fim possível, do lado dos imperativos da prudência temos um princípio assertórico e um fim real. Mas o que exatamente isso quer dizer? Ora, se o princípio da habilidade é problemático porque a finalidade desta pode ou não ocorrer, o princípio da prudência será assertórico porque a finalidade que este imperativo busca é real. Este fim é real tendo em vista o seu princípio assertórico, isto é, afirmativo, o que já exclui se este poderá ou não ocorrer. O princípio assertórico (ou assertivo) expressa o mandamento e afirmação da razão para um fim real; este princípio não é, então, problemático, pois a afirmação deste visa um fim real, e não possível” (RISSI, 2014, p. 199).

⁶⁹ Por seu turno, Aubenque esclarece o que, na matriz do pensamento aristotélico significa a prudência: “(...) A *phronêsis* da Ética Nicomaqueia somente é reconhecida nos homens cujo saber é ordenado para a busca dos ‘bens humanos’ e por isso sabem reconhecer ‘o que lhes é vantajoso’. Enfim, a *phronêsis* que era assimilada à *sophia*, aqui *lhe* é contraposta: a sabedoria diz respeito ao necessário, ignora o que nasce e perece, portanto, é imutável como o seu objeto; a *phronêsis* diz respeito ao contingente, é variável segundo os indivíduos e circunstâncias. Enquanto a sabedoria é apresentada, em outro lugar como uma forma de saber que ultrapassa a condição humana, a *phronêsis*, graças a seu caráter humano desce do primeiro nível: “é absurdo pensar que a prudência seja a forma mais elevada do saber, se é verdade que o homem não é o mais excelente do universo.” Ora, ele não o é: existem, de fato, seres muito mais divinos que o homem, por exemplo, para nos atermos aos mais manifestos, dentre eles, os Corpos dos quais o Universo é formado. Estes corpos são os astros” (AUBENQUE, 2008, p. 23-24).

público. Observam que muitos dos tribunais nacionais e internacionais, “como o Supremo Tribunal Federal, o *Conseil Constitutionnel* francês e a Corte Internacional de Justiça, já reconheceram a necessidade de delimitação de balizas claras para alinhar o princípio da precaução ao seu núcleo legitimador” (SILVA; DIZ, 2018, p. 50).

Os autores (2018, p. 50), mais uma vez, alertam para o cuidado na aplicação das “medidas de precaução”, pois elas necessitam de um suporte fático concreto, em que seja possível constatar o risco grave e irreversível ao meio ambiente e à saúde humana. O risco, defendem Silva e Diz, deve ser identificado como grave e irreversível, ao contrário do que foi colocado por Aragão (2008, p. 24), que, sustentada pelos requisitos previstos no direito internacional, aponta para a “exigência alternativa de, pelo menos, uma das características do dano potencial: gravidade ou irreversibilidade” como já explicitado anteriormente (ARAGÃO, 2008, p. 24).

Silva e Diz (2018, p. 50) também sustentam que o critério do risco “não pode estar dissociado dos demais elementos e/ou pressupostos que norteiam a própria definição do princípio”:

Presentes os pressupostos de aplicação da precaução, a sua incidência ao caso concreto deve observar os requisitos da proporcionalidade e da razoabilidade. A Administração Pública, sobretudo nos casos em que dispõe de espaços de discricionariedade em suas decisões, jamais pode se afastar da vedação de excesso (SILVA; DIZ, 2018, p. 50).

Os autores relembram a necessidade de motivação e fundamentação das decisões emanadas pelo poder público, em especial, sustentam, “aquelas calcadas no princípio da precaução” (2018, p. 51). Os autores consideram inadmissíveis as decisões, sejam elas administrativas ou judiciais, fundadas apenas em “alegações levianas que tenham hipóteses de causalidade estabelecidas por via dedutiva” (2018, p. 51). Segundo eles, essas decisões teriam por escopo “análises que flertam com o abstrato e que propõem exercícios de antecipação a longo prazo” teriam muito maior afinidade com o princípio da responsabilidade do que com o princípio da precaução (SILVA; DIZ, 2018, p. 51).

Silva e Diz pugnam pelo respeito ao princípio democrático, para o qual “restrições a atividades e tecnologias fundamentadas no princípio da precaução devem ser periodicamente avaliadas”, e sustentam que “a análise dos riscos ao meio ambiente não deve conduzir a uma

decisão imutável e definitiva. As descobertas científicas revestem-se do manto da transitoriedade” (SILVA; DIZ, 2018, p. 51).

De acordo com Silva e Diz (2018, p. 51), os fundamentos de validade das opções discricionárias – em sua totalidade – devem ser observados, tanto nas decisões administrativas quanto nas judiciais que tenham “o princípio da precaução como fundamento nuclear”, pois, segundo os autores, a inobservância desse cuidado promoveria a insegurança jurídica e a subjetividade das decisões e, como decorrência, suscitaria a necessidade de controle, interno e externo, nas esferas competentes (SILVA; DIZ, 2018, p. 52).

Os autores elencam como critérios para a correta aplicação do princípio da precaução: a constatação da existência de riscos graves e irreversíveis; a perspectiva democrática da precaução; a necessidade de reavaliação periódica das decisões tomadas com base na precaução; a motivação expressa e fundamentação; e a utilização da razoabilidade e proporcionalidade.

Com relação à necessária comprovação da gravidade e irreversibilidade dos riscos, Silva e Diz (2018, p. 52) sustentam que não são todos os riscos que demandam a aplicação de medidas de precaução. Para que seja justificável a aplicação das medidas, há que se comprovar a sua gravidade e irreversibilidade. A aplicação do princípio da precaução, de acordo com eles, sujeita-se, por conseguinte, a duas etapas “distintas e sucessivas”: na primeira, é necessário que se proceda à identificação da existência de risco; na segunda, deve ser feita a caracterização do risco como grave e irreversível (SILVA; DIZ, 2018, p. 52).

Os autores reconhecem que não há “um nível zero de risco ou de impacto”, já que todas as atividades humanas impactam, de alguma forma e em algum grau, o meio ambiente. Por conseguinte, Silva e Diz (2018, p. 52) alertam: “a aplicação do princípio da precaução a todo e qualquer tipo de risco originado de atividades antrópicas impediria o avanço científico e tecnológico”.

Lembram os autores que a aplicação do princípio da precaução não visa “estabelecer um nível zero de risco ambiental”, visto que isso seria impraticável. O seu objetivo, na verdade, limita-se a “gerenciar os riscos graves e irreversíveis decorrentes das atividades humanas” (SILVA; DIZ, 2018, p. 52). Os autores afirmam que:

o princípio da precaução não advoga uma política de risco zero; apenas exige que seja dada a devida importância à proteção da saúde pública e do meio ambiente, sempre que o número de informação científica disponível for insuficiente para uma segura tomada de decisão. Portanto, este critério, *per se*, e aplicado de forma individual, não deve ser considerado como único fundamento a amparar a aplicação da precaução (SILVA; DIZ, 2018, p. 52).

Silva e Diz (2018, p. 52) advogam que, diante da incapacidade de identificar e mensurar a gravidade e a irreversibilidade dos riscos potenciais, a sociedade ver-se-ia diante de uma “dúvida paralisante, caso o princípio da precaução fosse aplicado a todo e qualquer tipo de risco”, uma vez que não há, supostamente, como “provar que uma atividade ou uma ação não é suscetível de causar qualquer tipo de risco ao meio ambiente”. Necessário questionar os doutos autores quanto às suas colocações, que, infelizmente, encontram eco não apenas entre juristas e doutrinadores, mas, também, entre aqueles que têm por incumbência decidir. Há um longo e paulatino esforço em relativizar o princípio da precaução. Embora seja sabido que o princípio em questão carece de elementos que permitam uma aplicação adequada, não enfrentar o desafio de aprimorá-lo e vencer suas limitações, optando, pelo contrário, em fragilizá-lo, não parece ser a melhor escolha.

Em face da exigência de motivação expressa e fundamentação, Silva e Diz (2018, p. 56) advertem não serem admissíveis “alegações levianas”, que tenham “hipóteses de causalidade estabelecidas por via dedutiva” como justificativa para decisões, quer sejam de cunho administrativo ou judicial. Segundo os autores, medidas precaucionais não podem ser adotadas com fundamento em “hipotéticas alegações de risco”, sustentadas por “meras conjecturas sem qualquer verificação científica” (SILVA; DIZ, 2018, p. 56).

Os autores sustentam que a lógica dos indícios não é da mesma da causalidade tradicional, pautada pelo rigor científico. Nesse sentido, observe-se que, na teoria geral dos sistemas⁷⁰, não deve imperar apenas a lógica linear das relações entre causas e efeitos. Este, de fato, é um raciocínio limitado diante do cenário em que se desenrola a civilização atual. O

⁷⁰ A TGS é uma criação do biólogo húngaro Ludwig von Bertalanffy que tem por ideia central o desenvolvimento de uma teoria de caráter geral capaz de abarcar fenômenos semelhantes que ocorrem em uma diversidade de campos específicos de conhecimento. Há que se observar que na natureza existem três tipos fenomênicos conhecidos: o determinístico, o aleatório e o caótico. Por conseguinte, o comportamento de um sistema pode ser compreendido por meio desses três tipos. Diz-se que um sistema é determinístico quando é possível prever com exatidão o seu comportamento futuro. Um sistema caótico, por sua vez, é aquele em que uma ligeira alteração de condições iniciais pode conduzir a resultados futuros completamente disparatados. Por fim, o sistema estocástico é aquele em que é impossível prever exatamente a sua dinâmica e, por essa razão, esses sistemas só podem ser descritos pela teoria das probabilidades, que é a área da matemática que estuda as possibilidades dos eventos. Em teoria probabilística, o padrão estocástico é aquele cujo estado é indeterminado, com origem em eventos aleatórios.

mundo presente encontra-se infinitamente distante de Newton, embora as maçãs continuem caindo das árvores e seja possível, por meio da física clássica, até mesmo determinar sua trajetória de queda e especificar em que condições ela chegará ao solo. No entanto, há que se considerar que em um mundo dominado por algoritmos e controlado por inteligências não humanas, a ciência, em sua modelação clássica, tem seus limites e, em defesa da possibilidade de sobreviver no planeta, necessário se faz remodelar o pensamento humano – em especial, dos operadores do direito – tomando por base o pensamento sistêmico.

Nesse sentido, Silva e Diz (2018, p. 56) reconhecem que a fundamentação necessária não se reduz à “pura subjetividade”, mas, sim, de “probabilidade, seja a partir daquilo que pareça verdadeiro, seja do feixe convergente de dados disponíveis, capaz de fortalecer a hipótese emitida na síntese dessas pistas”. No entanto, sublinham que:

(...) os riscos graves e irreversíveis decorrentes da falta de certeza absoluta em relação aos impactos negativos de uma atividade devem ser apontados, em cada caso concreto, objetivamente, sob pena de se tornar uma discussão teórica e abstrata mais afeita ao princípio da responsabilidade, e não ao princípio da precaução (SILVA; DIZ, 2018, p. 56).

Os autores, portanto, reconhecem haver a possibilidade de “controle judicial de políticas públicas fundadas no princípio da precaução”, mas advertem que isso só ocorre quando possível a análise concreta dos elementos que justificam a sua aplicação (SILVA; DIZ, 2018, p. 56).

Quanto à exigência da perspectiva democrática da precaução, Silva e Diz (2018) aduzem que, nos limites de um Estado democrático de direito, é necessário assegurar a participação popular e o controle social “desde a elaboração até a implementação das políticas públicas, reconhecendo-se como elemento fundante para a própria concepção de Estado”. É imperioso garantir aos cidadãos meios para a participação efetiva no exercício do poder, mais especificamente, no controle do que os seus representantes fazem em seu nome. Isso coloca limites na atuação do poder público, que deve pautar suas ações e decisões pela observância das normas jurídicas. Os autores defendem que, “em respeito ao princípio democrático, o ‘viver junto’ exige que os riscos sejam aceitos ou descartados em conjunto” (SILVA; DIZ, 2018, p. 57).

Sustentam os autores que a “participação nas decisões relativas ao meio ambiente e à saúde humana torna-se corolário inafastável da concepção de democracia, especialmente quando se trata de promover a dialogicidade na relação público-privada” e que a “falta de

lucidez ou de vontade dos cidadãos é ínsita ao princípio da responsabilidade, mas não se adequa ao princípio da precaução, que exige o debate democrático” (SILVA; DIZ, 2018, p. 57).

Silva e Diz (2018, p. 58) colocam, como mais uma das exigências para a adequada aplicação do princípio da precaução, a necessidade de observar a reavaliação periódica das decisões tomadas tendo nele o seu escopo.

Os autores observam como intrínseca ao princípio da precaução a transitoriedade e advertem que a “interrupção de atividades com fundamento na precaução deve ser temporária”, ao mesmo tempo que reconhecem “necessária a realização de revisões periódicas do conhecimento científico, para que não reste configurado um período de espera estéril” (2018, p. 58).

Os autores apontam que o poder público deve, ao fim do período de “quarentena”, se posicionar, manifestando-se contrária ou favoravelmente à continuidade daquela atividade, tendo como fundamento de sua decisão os “estudos científicos e debates populares” que tiveram curso nesse interregno, uma vez que o princípio da precaução implica uma interrupção do desenvolvimento ou da implementação de uma dada tecnologia, o que sempre se reverte em um custo razoável para a sociedade. Portanto, há que se cuidar para que tais decisões não se tornem imutáveis, inquestionáveis e definitivas, o que inviabilizaria o desenvolvimento científico e tecnológico (SILVA; DIZ, 2018, p. 58).

Silva e Diz (2008, p. 58) reforçam a necessidade de buscar meios para evitar, por um lado, o “excesso de abstração e de subjetivismo na compreensão do princípio da precaução”, por outro lado, as decisões “discriminatórias ou incoerentes sobre as medidas de controle dos impactos de determinadas atividades sobre o meio ambiente”. Nesse contexto, os autores mencionam a decisão prolatada no Recurso Extraordinário n. 627.189/SP, do ano de 2016, na qual o STF sugere a adoção das seguintes premissas na aplicação do princípio da precaução:

- a) o princípio é um componente de gestão de riscos;
- b) a decisão política de atuar ou não há de decorrer da consciência da instância decisória sobre o grau de incerteza relativo aos resultados da avaliação dos dados científicos disponíveis; e,
- c) na hipótese de se decidir por atuar, as medidas a serem adotadas devem respeitar alguns pressupostos específicos (SILVA; DIZ, 2018, p. 58).

Os autores apontam que as singularidades que caracterizam o princípio da precaução impõem ao Estado a “observância de pressupostos para uma atuação leal e coerente com as

conclusões científicas vigentes na época de sua prática”, sem que isso implique a impossibilidade de revisão em seu conteúdo, “sempre que novos dados científicos” forem gerados (2008, p. 58).

Por fim, há que se considerar o que dispõe a exigência da razoabilidade e da proporcionalidade e, nesse sentido, Silva e Diz (2018, p. 52) afirmam que o princípio da proporcionalidade, em seus três subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, impõe-se como instrumento imprescindível na limitação dos atos do poder público, sobretudo “dos atos decorrentes do poder de polícia administrativa”, uma vez que esse princípio estabelece “parâmetros de avaliação e controle”, que permitem a “revisão dos atos estatais” (SILVA; DIZ, 2018, p. 52).

Como o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade atuam diante do princípio da precaução é o que se verá no capítulo seguinte.

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O presente capítulo aborda o princípio da proporcionalidade, considerando, preliminarmente, alguns aspectos do seu desenvolvimento histórico. Em seguida, serão apresentadas as críticas dirigidas ao princípio, tanto no que diz respeito à sua fundamentação teórica quanto ao seu método de aplicação. Por fim, serão apresentadas as razões que justificam a utilização do princípio.

3.1. A proporcionalidade em seu percurso histórico

Segundo Vicente (2014, p. 12), o conceito de proporcionalidade é um legado da Antiguidade Clássica que tem raízes na ideia peripatética de justiça como justa medida. Nesse sentido, observe-se que para Aristóteles a justiça se faz por meio da igualdade e da proporcionalidade e só se mantém enquanto busca preservá-las. O filósofo concebia a justiça como uma espécie de proporção e esta era, para ele, uma igualdade de razões que envolvia, ao menos, quatro termos:

(...) a linha A está para a linha B assim como a linha B está para a linha C: a linha B, pois, foi mencionada duas vezes e, sendo ela usada em duas posições, os termos proporcionais são quatro. O justo também envolve pelo menos quatro termos, e a razão entre dois deles é a mesma que entre os outros dois, porquanto há uma distinção semelhante entre as pessoas e as coisas. Assim como o termo A está para B, o termo C está para D; ou, alternando, assim como A está para C, B está para D (ARISTÓTELES, 1991, p. 101).

Aristóteles⁷¹ concebia a justiça como a maior das virtudes, ou como a virtude por excelência, porque ela estabelecia o meio-termo⁷², o equilíbrio entre os opostos. A virtude, para

⁷¹ *Ética a Nicômaco*, I, XII, 1103a1-10, 1139a1-10.

⁷² Quanto ao que Aristóteles entendia por meio-termo, veja-se: “a seguinte consideração da natureza específica da virtude lançará nova luz sobre o assunto. Em tudo que é contínuo e divisível pode-se tomar mais, menos ou uma quantidade igual, e isso quer em termos da própria coisa, quer relativamente a nós; e o igual é um meio-termo entre o excesso e a falta. Por meio-termo no objeto entendo aquilo que é equidistante de ambos os extremos, e que é um só e o mesmo para todos os homens; e por meio-termo relativamente a nós, o que não é nem demasiado nem demasiadamente pouco – e este não é um só e o mesmo para todos. Por exemplo, se dez é demais e dois é pouco, seis é o meio-termo, considerado em função do objeto, porque excede e é excedido por uma quantidade igual; esse número é intermediário de acordo com uma proporção aritmética. Mas o meio-termo relativamente a nós não deve ser considerado assim: se dez libras é demais para uma determinada pessoa comer e duas libras é demasiadamente pouco, não se segue daí que o treinador prescreverá seis libras; porque isso também é, talvez, demasiado para a pessoa que deve comê-lo, ou demasiadamente pouco – demasiadamente pouco para Milo e demasiado para o atleta principiante. O mesmo se aplica à corrida e à luta. Assim, um mestre em qualquer arte evita o excesso e a falta, buscando o meio-termo e escolhendo-o – o meio-termo não no objeto, mas relativamente a nós. Se é assim, pois, que cada arte realiza bem o seu trabalho – tendo diante dos olhos o meio-termo e julgando suas obras por esse padrão; e por isso dizemos muitas vezes que às boas obras de arte não é possível tirar nem acrescentar nada,

o estagirita, de fato, estava no meio entre dois extremos. A generosidade, por exemplo, não é o oposto da sovínice. O oposto da sovínice é a prodigalidade. Generosidade é a virtude que se encontra a meio caminho entre esses dois vícios. É o que observa Vicente (2014), ao considerar o pensamento clássico, para o qual a proporção consistia no equilíbrio que devia existir entre as partes e o todo, bem como na relação das partes entre si. Essa ideia emerge, originalmente, nos domínios da estética e da matemática e, segundo o que sustenta Vicente (2014, p. 12), invadiu o vocabulário da política, da ética e do direito por intermédio dos filósofos gregos. A autora observa que:

(...) o conceito da proporcionalidade nasceu com o tratamento do tema da igualdade, na qual os filósofos da Grécia Antiga viam a essência da justiça e o fundamento da democracia – porquanto o reconhecimento de que a igualdade estaria na base de qualquer tratamento justo terá sido acompanhado pela constatação (na qual se terá de ver uma actualidade imensa) de que a igualdade não é, nem pode ser, um conceito absoluto, implicando antes uma justa medida e obrigando a tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual (VICENTE, 2014, p. 12).

Vicente (2014) afirma que na foi na *Ética a Nicômaco* que se deu o primeiro aprofundamento da relação entre igualdade e proporcionalidade. Observa a autora que, para Aristóteles, a justiça⁷³ como virtude particular ou legal é identificada como igualdade⁷⁴, e subdivide-se em dois tipos: a justiça distributiva e a justiça comutativa. Quanto à justiça distributiva, Vicente (2014, p. 13) aponta que esta era:

(...) uma igualdade proporcional, implicando quatro termos e uma relação igual entre cada par de termos – ou seja, se tivéssemos duas pessoas e duas coisas partilhadas, o tratamento justo seria aquele que estabelecesse uma relação entre as coisas proporcional à relação que se estabelecesse entre as pessoas. Este tipo de justiça aplicar-se-ia claramente à distribuição de honras e cargos, que deveria ser feita de acordo com o – ou proporcionalmente ao – mérito. Do que se concluía que, se o justo é o igual, e o igual o proporcional, então também a justiça seria “uma espécie de

subentendendo que o excesso e a falta destroem a excelência dessas obras, enquanto o meio-termo a preserva; e para este, como dissemos, se voltam os artistas no seu trabalho –, e se, ademais disso, a virtude é mais exata e melhor que qualquer arte, como também o é a natureza, segue-se que a virtude deve ter o atributo de visar ao meio-termo. Refiro-me à virtude moral, pois é ela que diz respeito às paixões e ações, nas quais existe excesso, carência e um meio-termo” (ARISTÓTELES, 1991, p. 35).

⁷³ Tal é o que o próprio Aristóteles enuncia: “Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom. No caso do mal verifica-se o inverso, pois o menor mal é considerado um bem em comparação com o mal maior, visto que o primeiro é escolhido de preferência ao segundo, e o que é digno de escolha 1 bom, e de duas coisas a mais digna de escolha é um bem maior” (ARISTÓTELES, 1991, p. 101).

⁷⁴ “Ora, partindo da distinção entre justiça como virtude universal, a soma de todas as virtudes, e justiça como virtude particular ou legal, Aristóteles identificava esta última com a igualdade. Assim, afirmava que ‘a justiça é igualdade, coisa que é aceite por todos sem ser necessária demonstração’” (VICENTE, 2014, p. 13).

proporção” (VICENTE, 2014, p. 13).

A injustiça, por seu turno, era definida por Aristóteles seguindo a mesma lógica:

A injustiça, por outro lado, guarda uma relação semelhante para com o injusto, que é excesso e deficiência, contrários à proporção, do útil ou do nocivo. Por esta razão a injustiça é excesso e deficiência, isto é, porque produz tais coisas – no nosso caso pessoal, excesso do que é útil por natureza e deficiência do que é nocivo, enquanto o caso de outras pessoas é equiparável de modo geral ao nosso, com a diferença de que a proporção pode ser violada num e noutro sentido. Na ação injusta, ter demasiado pouco é ser vítima de injustiça, e ter demais é agir injustamente (ARISTÓTELES, 1991, p. 107).

É oportuno lembrar que, para Aristóteles, a Tragédia era um instrumento pedagógico cuja finalidade era incutir nos cidadãos os conceitos de *metron* – a medida – e *Hamartia* – erro de grandes proporções, erro que ultrapassa as medidas – causada pela *Hybris* – a desmesura, o descomedimento, a arrogância. Tal tinha por finalidade promover a formação do cidadão virtuoso, aquele que vive dentro dos limites que a sua medida lhe impõe, conforme constata Aggio (2017):

(...) para o virtuoso, o que é realmente prazeroso lhe aparece como tal. Nas palavras do filósofo: “as coisas que aparecerem a ele prazerosas são prazerosas e agradável é aquilo com o qual ele se deleita” (EN X 5: 1176a18-19), ou seja, o homem bom é o padrão (*kanon*) e a medida (*metron*) para o que é prazeroso e penoso; logo, o que é considerado penoso para o homem bom, mas prazeroso para alguns, assim o é por corrupções (*phthorai*) e por doenças (*lumai*); o que significa dizer que o vicioso sente prazer com o que não é realmente prazeroso, isto é, com o que sente o homem bom; todavia, não deixa de ter alguma sensação prazerosa (AGGIO, 2017, p. 23-24).

A ética das virtudes de Aristóteles pregava que a justa medida era alcançada pela razão e esta era a fonte da *phronesis*, da sabedoria prática, sem a qual não era possível viver uma vida virtuosa. A vida virtuosa é criteriosa, pautada pela medida – *metron* –, segundo a proporção e a ordem, como aponta Vilhena (2013):

Os significados mais comuns da palavra *metron*, cuja tradução consensual é medida, são quantidade, proporção e ordem, tanto no sentido matemático (as técnicas que quantificam), quanto no sentido normativo e ético (a medição da qualidade, da justa medida do conveniente, da justeza, do oportuno, do necessário). Como já mencionamos, no Teeteto, Platão sugere que o termo medida significa critério ou juiz, ora no sentido perceptivo ora no sentido da *doxa* e do juízo. Sexto Empírico, em sua interpretação céptica de Protágoras, afirma que por *metron*, o sofista quer dizer critério, mas que, por ter afirmado que “todas as aparências e todas as opiniões são verdadeiras e que a verdade é algo de relativo, pois que tudo o que é aparência ou opinião para um indivíduo existe desde logo para ele” (VILHENA, 2013, p. 27).

Para Aristóteles, o cidadão virtuoso era aquele capaz de, por meio da razão, reconhecer

os extremos do excesso e da carência para, no meio-termo, encontrar a medida da justiça. Ou seja, é aquele capaz de discernir, avaliar, julgar, decidir e agir conforme suas escolhas, sempre pautado por aquela que é a maior de todas as virtudes, a justiça, de tal forma que:

(...) temos, pois, definido o justo e o injusto. Após distingui-los assim um do outro, é evidente que a ação justa é intermediária entre o agir injustamente e o ser vítima de injustiça; pois um deles é ter demais e o outro é ter demasiado pouco. A justiça é uma espécie de meio-termo, porém não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária, enquanto a injustiça se relaciona com os extremos. E justiça é aquilo em virtude do qual se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que distribui, seja entre si mesmo e um outro, seja entre dois outros, não de maneira a dar mais do que convém a si mesmo e menos ao seu próximo (e inversamente no relativo ao que não convém), mas de maneira a dar o que é igual de acordo com a proporção; e da mesma forma quando se trata de distribuir entre duas outras pessoas (ARISTÓTELES, 1991, p. 107).

A ideia aristotélica de que justiça é, acima de tudo, proporção se perpetuou ao longo da História e pode ser flagrada nas obras de outros pensadores, como Cícero, o qual, observa Vicente (2014), defendeu a existência de uma lei eterna e universal, a “*recta ratio naturae congruens*”, isto é, a “proporção correcta (*recta ratio*) em conformidade com a natureza (*naturae congruens*)” (VICENTE, 2014, p. 13). Tal é o que destaca Vendemiatti (2003) ao analisar a obra ciceroniana *De natura deorum*, na qual a justa medida e a proporção são um princípio de racionalidade cósmica:

(...) Do éter, então, provêm inumeráveis chamas de astros, dentre os quais o principal é o sol que a tudo ilumina com luz muito brilhante, muitas vezes maior e mais amplo que a terra inteira, em seguida os demais astros de grandezas imensas. E esses tamanhos fogos e tão numerosos não só nada prejudicam a terra e as coisas terrestres, mas de tal modo são úteis que, se fossem movidos de sua posição, seria necessário que as terras se consumissem por tais labaredas, devido à suspensão da **justa medida e proporção** (VENDEMIATTI, 2013, p. 87, grifo nosso).

A proporcionalidade encontrou ressonância, posteriormente, na obra de São Tomás de Aquino. Segundo Vicente (2014), foi São Tomás que primeiro apresentou a decomposição do princípio abstrato da proporcionalidade colocado por Aristóteles. Vicente sustenta ser possível antever na obra tomasina a moderna classificação triádica do princípio da proporcionalidade (2014, p. 13). De fato, constata Vicente, em São Tomás encontra-se a defesa do argumento de que, para que uma guerra fosse justa e o uso da força legítimo, forçoso seria a observância de três requisitos essenciais: “a guerra deveria ser exercida por uma autoridade com legitimidade para tal; o uso da força deveria ter uma justa causa; e o uso da força não deveria ser excessivo, pois os ‘belligerantes devem ter uma boa intenção’” (2014, p. 15). A autora acredita que, mesmo

sem ter empregado explicitamente o termo proporcionalidade, é nessa passagem da obra tomasina que, pela primeira vez, a ideia subjacente ao moderno princípio da proporcionalidade (de que o uso da força deve ser necessário e não excessivo) encontra-se formulada (VICENTE, 2014, p. 15).

De acordo com Vicente (2014), essa teoria foi, posteriormente, retomada e aplicada ao direito internacional por Hugo Grócio, que a ela acrescentou um componente, o teleológico, o que conduz a autora a creditar-lhe a transição do conceito de proporcionalidade para a modernidade. Tal é o que pode ser constatado, segundo Vicente, na obra *De Jure Belli ac Pacis*, na qual Grócio defende a ideia de que os meios devem ser considerados em relação aos fins por eles conseguidos e que a proporção deve ser devidamente considerada, em todos os casos de deliberação, por meio da qual os meios e os fins se relacionam (2014, p. 15). Como consequência do exposto, Vicente constata que:

(...) a ideia clássica de justiça como proporção e a ideia medieval de guerra justa associam-se ao conceito moderno de equilíbrio de interesses, que viria posteriormente a desenvolver-se e a consolidar-se no seio do princípio da proporcionalidade. É este o pano de fundo ideológico que encontramos em vésperas da modernidade e que, aliado ao liberalismo de Locke, constituirá a base do princípio da proporcionalidade tal como o encontramos nos dias de hoje. Isto, sem embargo de reconhecer, na essência do princípio, a herança inestimável do Mundo Antigo e a ideia aristotélica de justiça como proporção, que enraízam o conceito de proporcionalidade nas origens da cultura ocidental (VICENTE, 2014, p. 15).

Prosseguindo em sua análise, Vicente (2014) sustenta que o princípio da proporcionalidade, na sua moderna acepção, tem a sua origem na ideia de necessidade, isto é, na exigência de que haja limitações das medidas lesivas àquilo que é estritamente necessário para se atingir um determinado fim, em respeito ao direito do cidadão de arcar com a menor desvantagem possível (2014, p. 15). A autora observa que, embora tal exigência estivesse inicialmente adstrita à limitação do poder executivo e ao direito administrativo, já era possível flagrá-la, ao final do século XVIII, no direito prussiano de polícia, que evoluiu para o “princípio geral do direito de polícia” na segunda metade do século XIX (2014, p. 15). Para que esse fenômeno ocorresse, sustenta Vicente, houve a contribuição não só do desenvolvimento do direito administrativo, mas também das ideias liberais que preconizavam a “limitação da intervenção estadual na esfera privada dos cidadãos” – observe-se que nelas é notória a influência de Locke (VICENTE, 2014, p. 15).

Vicente (2014, p. 15) menciona o caráter inovador do pensamento de John Locke, na forma como ele, tendo como ponto de partida as ideias tradicionais de estado natural e contrato social, ergue um Estado liberal e limitado em contraposição ao Estado absolutista e totalitário de Hobbes. A autora constata que a obra de Locke pressupunha que no estado de natureza todos os homens seriam livres, iguais e dotados de um conjunto de direitos inalienáveis. Dessa forma, Vicente afirma que a justificativa para a passagem para um estado civil por meio de um contrato social era assegurar o gozo livre e pacífico da propriedade, o que assinalaria a fundação do Estado com a geração de um corpo político ao qual se atribui o direito de criar leis dotadas de sanção (2014, p. 15). Por conseguinte:

O exercício do poder político estaria, desta sorte, eminentemente limitado pelo seu fim, não devendo ir para além dele; e, apesar de se reconhecer no poder legislativo um poder supremo ao qual os outros estariam subordinados, este não passaria de um “poder fiduciário” para a prossecução de certos fins, que poderia – e deveria – ser retirado pelo povo, se não fosse respeitado (VICENTE, 2014, p. 15).

Vicente (2014) adverte que por meio de Locke se deu a introdução do “elemento individualista” na filosofia do direito e do Estado. Ressalta a autora que, como consequência, advém uma “concepção teleológica” do Estado, traduzida na limitação dos meios que ele emprega tendo em vista o fim que lhe é reservado, de sorte que, com isto, encontram-se dadas as condições para a “afirmação da ideia de necessidade” na doutrina e na jurisprudência (VICENTE, 2014, p. 15).

De acordo com Vicente (2014), havia, no pensamento jurídico alemão do século XIX, um contexto específico: a doutrina do *Rechtsstaat*, o “Estado de direito formal” (2014, p. 16). A autora observa que a origem dessa doutrina repousa na obra de Kant e que o conceito de Estado de direito rapidamente se divorciou de qualquer “significação material” para, na segunda metade do século XIX, instalar-se como um requisito meramente formal da ação do Estado (VICENTE, 2014, p. 16).

Ressalta Vicente (2014) que a visão formalística do *Rechtsstaat* não reside nem no conteúdo, nem no objetivo do Estado, mas, sim, no método e na forma de realizá-los, chegando-se, dessa maneira, a um princípio cujo escopo é determinar que a ação do Estado passe a ser limitada por “leis prévias, claras e exequíveis”, sejam quais forem seus conteúdos (VICENTE, 2014, p. 17).

Prosseguindo, Vicente observa que foi, justamente, no espaço jurídico alemão do final

do século XIX que surgiram as primeiras referências à ideia de necessidade, já que esta também pode interpretada como um “requisito formal” da ação do Estado, isto é, uma espécie de “subprincípio do *Rechtsstaat*” (2014, p. 17). Vicente cita, então, Otto Mayer e Walter Jellinek, apontando que aquele defendia o “uso dos meios mais suaves possíveis para a manutenção da ordem pública pela polícia” e foi o primeiro autor a utilizar o termo *Verhältnismäßigkeit* (proporcionalidade), enquanto que este⁷⁵ foi quem introduziu a expressão *Übermaß* (excesso) (VICENTE, 2014, p. 17).

Vicente (2014, p. 18) lembra que a expressão *Verhältnismäßigkeit*, até os idos da década de 1950, embora utilizada correntemente, prestava-se a designar tão somente a exigência de necessidade. Foi no clima de pós-guerra dos anos 1950, afirma a autora, que as condições vigentes propiciaram a emergência do princípio da proporcionalidade (2014, p. 18). Em complemento, a autora aponta uma terceira influência da modernidade: o Estado-providência ou, como o chamam os americanos, o *Welfare State* – Estado de bem-estar. Lembra a autora (2014, p. 18) que o Estado social ou Estado-providência chama para a sua esfera de ação não somente a defesa da liberdade dos cidadãos, como também a promoção do bem-estar e da “felicidade”:

Assim, aquelas que eram tradicionalmente esferas de não ingerência do poder público na vida privada dos indivíduos volveram-se em necessários espaços de intervenção estatal, deslocando-se esta para um território pernicioso de arbítrios e excessos que impõem exigências acrescidas à relação entre os meios e os fins da acção. Por outro lado, sob o tecto do Estado-providência, os cidadãos adquiriram novos direitos económicos e sociais que careciam de protecção, facto que também terá contribuído para a emergência do conceito de proporcionalidade (VICENTE, 2014, p. 18).

Prossegue Vicente (2014, p. 19) ressaltando que, no contexto acima apontado, o princípio da proporcionalidade desvinculou-se de uma mera ideia de necessidade e desdobrou-se internamente em três dimensões. A autora destaca o papel do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) na distinção que seria mais tarde aceita pela generalidade da doutrina como as três dimensões do princípio: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito⁷⁶. A autora registra, outrossim, que, apesar de inicialmente circunscrito aos direitos fundamentais, rapidamente a jurisprudência passou a recorrer ao recém formulado princípio para além desse domínio e de forma cada vez mais frequente (VICENTE,

⁷⁵ Vicente observa que Jellinek se encontra “entre aqueles que, durante a República de Weimar, defenderam a existência de limites substantivos ao exercício do poder, opondo-se assim a uma visão puramente formal do *Rechtsstaat*” (VICENTE, 2014, p. 18).

⁷⁶ Respectivamente, *Erforderlichkeit, Geeignetheit e Verhältnismäßigkeit*.

2014, p. 19).

Assevera a autora que a classificação do princípio da proporcionalidade em três subprincípios provocou mudanças terminológicas que conduziram o termo *Verhältnismäßigkeit* – anteriormente uma simples ideia de necessidade – ao conceito atualmente pacificado (2014, p. 19). Como decorrência, Vicente sustenta que o termo proporcionalidade adquire duas acepções distintas: em sentido amplo, passa a ser o “macroconceito” da proporcionalidade que, por sua vez, se subdivide nos conceitos de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (VICENTE, 2014, p. 20).

Registre-se a observação de Vicente (2014, p. 20) sobre outro aspecto relevante do desenvolvimento terminológico da “proporcionalidade”: o seu acoplamento ao termo “proibição do excesso”. De acordo com a autora, para que isto ocorresse, a contribuição da doutrina – em especial, Lerche – foi decisiva. Vicente aponta que foi esse autor quem:

(...) avançou o princípio fundamental da proibição do excesso, que englobaria dois outros, o da proporcionalidade e o da exigibilidade, aos quais Lerche atribuiu a função de critérios de valoração de interesses, que devem servir de directrizes à acção do legislador. A sua obra é considerada “o ponto de ruptura literária entre a história e a pré-história do princípio”, pois, se a década de 50 se afirmara como uma época de transição, a de 60 viu completado o processo de formação do princípio na sua configuração moderna, abandonando também a perspectiva clássica que o vinculava ao direito administrativo de polícia (VICENTE, 2014, p. 20).

Segundo Vicente (2014, p. 21), a “carga ideológica” do princípio também sofreu alterações nas últimas décadas. Constata a autora que, como produto de movimentos filosóficos do século XX, a dimensão axiológica é inserida no princípio. Para ela, tal inserção se deve à crise do paradigma dominante do século em questão se adensa. Vicente refere-se ao positivismo jurídico e enfatiza que assistimos a uma tentativa de renovação da filosofia do direito e do Estado, por meio de propostas pós-positivistas. Esse movimento de virada paradigmática, segundo a autora, era, inicialmente, direcionado à metodologia, e só mais tarde à ética e à ontologia jurídicas (2014, p. 21). Vicente aponta a importância do pensador alemão Rudolf Stammler, cuja obra caracterizou-se pelo “abandono do positivismo” (2014, p. 21). Nesse sentido, observa que:

Esta viragem foi conseguida resolvendo uma questão deixada em aberto pelas obras de Jhering e de Heck – a da valoração dos fins. Pois se para estes autores os fins eram, simultaneamente, o objecto e o critério de valoração, Stammler deu um passo em frente ao propor como critério superior a

própria ideia de Direito⁷⁷ (VICENTE, 2014, p. 22).

Vicente afirma que a perspectiva positivista foi ultrapassada na sua premissa básica pelo reconhecimento de uma intenção axiológico-normativa ao Direito. Tal se constata com o nascimento da corrente metodológica da *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudência dos valores), baseada na convocação de elementos normativos como critérios de uma ponderação teleológica (VICENTE, 2014, p. 22).

Vicente (2014, p. 22) prossegue alertando que a própria teoria do Estado não ficou imune às mudanças apontadas, já que o reconhecimento dos “valores como elementos ordenadores dos fins” a serem perseguidos pela norma legal significava a superação do Estado de direito formal por um Estado de direito material:

(...) um Estado cuja ação estaria conformada pelo Direito não só na forma, mas também no conteúdo – numa palavra, o Estado estaria vinculado à prossecução de ideais de Justiça e deveria nortear-se pelos valores últimos do Direito (VICENTE, 2014, p. 23).

Essa exigência, assevera Vicente (2014, p. 23), se fez sentir, também, no princípio da proporcionalidade, já que esse princípio é em essência informador da ação estatal. Dessa forma, segundo a autora, houve uma transposição do momento axiológico para esse princípio por meio do último dos seus subprincípios, o da proporcionalidade em sentido estrito. A autora afirma que, para além do teste de necessidade e da adequação, há que se verificar se a relação entre os meios e os fins da ação mostra-se estritamente proporcional, isto é, em conformidade com os valores aos quais o próprio Estado e suas ações estariam vinculados (VICENTE, 2014, p. 23).

3.2. Críticas ao princípio da proporcionalidade

⁷⁷ Quanto à ideia de Direito como critério, veja-se o que diz Lima (2017): “Um dos aspectos mais importantes frisados pelos neokantianos foi o jurídico, representado principalmente pelo jusfilósofo alemão da metade do século XX, Gustav Radbruch, discípulo do filósofo da Escola de Baden Heinrich Rickert, para o qual os fundamentos neokantianos da Filosofia do Direito enveredariam a pesquisa do fenômeno jurídico calcados nos seguintes fatores: 1- Busca de um conceito *a priori* do Direito, capaz de atuar como unificador, sob sua definição, da multiplicidade das aplicações dos pressupostos normativos do Direito. 2- A construção de tal conceito somente é possível a partir da noção de um poder nomotético (ordenador e revelador do espírito subjetivo) em relação à cultura, percebendo na racionalidade ética dos fins axiológicos, uma incidência da teleologia da Cultura. O fato é que para os neokantinos existe uma ‘filosofia da consciência’, entendida como tal pelo conceito kantiano de poder de projeção de normas como expressão do ‘Reino dos Fins’, com a categoria nomotética (propagadora de normas) organizadora da Cultura que satisfaz a subjetividade com padrões de cognição correlacionados às estruturas de pensamento formalístico e preenche tais categorias com a atividade do pensamento racional-ordenador” (LIMA, 2017, p. 137-138).

Em sua dissertação de Mestrado pela Universidade de Santa Catarina – UFSC –, Mônica Sousa (2015, p. 17) afirma que, presentemente, é possível flagrar uma tendência à sobrevalorização do uso dos princípios jurídicos, o que, em sua opinião, se presta a sustentar argumentações retóricas que nada mais fazem a não ser justificar decisões subjetivas ao substituir leis válidas e democraticamente construídas, colocando em risco a segurança jurídica e permitindo a volta da discricionariedade. Sousa alerta para a necessidade de se efetuar uma análise exaustiva dos “paradigmas que informam e conformam a decisão jurídica”, pois se trata de uma garantia de segurança ao cidadão, que necessita ter acesso às condições necessárias para aferir se os fundamentos decisórios contidos na decisão estão ou não adequados ao direito (2015, p. 17). A autora sustenta que:

No contexto histórico da corrente jusfilosófica pós-positivista, com a ascensão do neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, ocorreu uma reaproximação entre ética e direito, materializada na positivação dos princípios jurídicos, que passaram a estar abrigados na Constituição e na legislação ordinária. Houve, por conseguinte, na prática jurídica brasileira uma tendência a superestimar os princípios, fator que impulsionou seu estudo no direito pátrio. Da abundância de fundamentações embasadas em princípios, percebeu-se seu recorrente uso de modo retórico, redundante, e até mesmo a criação de princípios para resolver casos específicos. Esse cenário provocou, e ainda provoca, uma inconsistência no sistema jurídico, produzida por um ativismo judicial desmedido, transformando os princípios em uma espécie de “remédio” capaz de solucionar qualquer “problema”, e que muitas vezes servem para afastar regras aptas para solucionar o caso concreto (SOUSA, 2015, p. 17).

Sousa (2015, p. 17) não só afirma a necessidade de impedir “fundamentos embasados em subjetivismos”, como também enfatiza que a fundamentação jurídica deve ser exaustiva. Para tanto, a autora julga necessário utilizar uma “teoria da decisão judicial” que possa atuar no controle dos decisionismos provocados pelo uso de pseudoprincípios – “princípios usados como fórmulas de redundância em justificações particularistas”. Para Sousa, essa teoria realizar-se-ia pela demonstração da relação “complementar, circular e reflexiva” entre princípios e regras, o que, segundo a autora, significaria que “o princípio condiciona o argumento disposto na regra e a regra delimita a aplicação do princípio”. Tendo sido esse o objetivo de sua pesquisa, Sousa (2015, p. 17) propõe:

(...) trazer os aportes iniciais de uma teoria da decisão que objetiva uma fundamentação exaustiva, com o intuito de superar a discricionariedade proveniente do uso de princípios jurídicos como se fossem **padrões interpretativos**, que adquirem foro de universalização dada a pompa com que são invocados (SOUSA, 2015, p. 17, grifo nosso).

A autora (2015, p. 17) alega que os princípios estão sendo usados como “fórmulas de

redundância” e que, com sua sobrevalorização em desfavor das regras, corre-se o risco de se atingir um “estado limite de insegurança jurídica”. Por essa razão, sustenta a autora ser necessário conter as “análises morais do direito” em que o intérprete, ao entender como “falha a regra posta”, desrespeita o enunciado legal e termina por “legislar” baseado em princípios. De acordo com a autora, os princípios devem ser examinados em consonância com o concreto, em conjunto com as regras, o que tem lugar no plano argumentativo da interpretação jurídica (2015, p. 17). Sousa aduz que:

A evolução dos princípios de diretriz interpretativa a mandamento que ultrapassa a normatividade das regras, sem o desenvolvimento de critérios de interpretação, leva a sua aplicação sem a devida responsabilidade democrática. (...) a hermenêutica jurídica brasileira parece não ter enfrentado o desafio exigido na aplicação dos princípios, facilitando o pronunciamento de decisões judiciais que reproduzem convicções particulares dos julgadores, em afronta ao dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (SOUSA, 2015, p. 17).

Sousa (2015, p. 17) questiona: “se qualquer coisa pode ser um princípio, como atribuir-lhes normatividade sem infringir a segurança jurídica dos cidadãos?”. A autora argumenta que tanto a superioridade dos princípios em relação às regras quanto a ênfase dada ao Poder Judiciário transformam os princípios em padrões, *standards* jurídicos, na medida em que a regra só pode ser considerada como tal caso não desobedeça aquilo que a institui e que lhe confere condição de sentido: o princípio (2015, p. 17). Sousa adverte que a norma jurídica decisória é uma decorrência do processo de concretização jurídica e, por essa razão, se diz que os princípios são elementos instituidores, elementos que existencializam a(s) regra(s) por eles instituída(s), e não sua “condição sua possibilidade” (SOUSA, 2015, p. 17).

Segundo Sousa (2015, p. 18), à medida que o Poder Judiciário se eleva institucionalmente, corre-se o risco de vê-lo atuar arbitrariamente, fora do controle democrático, de forma que é necessário que sejam criadas condições aptas a impedir decisões fundamentadas numa “retórica principialista” ou em convicções pessoais do magistrado. No Brasil hodierno, enfatiza a autora, há a necessidade de se construir uma teoria da decisão judicial destinada a impedir que o poder dos juízes se sobreponha ao próprio direito, uma teoria que possibilite a verificação de “coerência, fundamentabilidade e segurança jurídica das decisões” (SOUSA, 2015, p. 18).

Com sua pesquisa, Sousa buscou apontar a fragilização que vem sofrendo o Estado

Constitucional com o uso das “fórmulas de redundância” utilizadas para “dar aparência de legalidade aos argumentos mais esdrúxulos” (SOUSA, 2015, p. 183). A autora defende que o papel dos princípios nesse cenário precisa ser repensado em sua relação de complementariedade e reflexibilidade com as normas e que se deve buscar uma aplicação conjunta dos princípios e das regras jurídicas, numa decisão jurídica exhaustivamente fundamentada, uma vez que os princípios, por si só, não são aptos a solucionar os casos em que se pretende aplicá-los, nem, por seu turno, as regras, isoladamente, conseguem abarcar a “complexidade de casos hipercomplexos” (2015, p. 183). Sousa conclui que regras e princípios devem ser aplicados em conjunto, pois se complementam, sendo incabível sua cisão na prática jurisdicional:

Os efeitos práticos dessa assertiva mostram-se determinantes para o controle das decisões judiciais, uma vez que a explicitação do processo interpretativo, realizado pela fundamentação exauriente que toma como base regras e princípios, possibilita que seja verificado se não houve violação à coerência, à consistência e, sobretudo, à integridade do direito. Desse modo, a utilização dos princípios sobre as regras, seu uso redundante, ou sua criação irresponsável, como mecanismos de justificação de decisões subjetivas, substituindo leis válidas e democraticamente construídas, é nada menos do que permitir a ampla discricionariedade judicial, que tanto se tentou superar. Para que o Poder Judiciário tenha uma atuação em consonância com o paradigma do Estado Constitucional de Direito, é necessário encarar essas problemáticas, adentrando na construção de uma teoria da decisão livre de qualquer tipo de decisionismos judiciais (SOUSA, 2015, p. 184).

Sousa (2015, p. 184) afirma ser necessário pôr em questão os “contrassensos transformados em princípios”, pois essas ideias, uma vez convertidas em normas, são aplicadas em várias outras decisões, como se fossem elementos inovadores, “dando ares de justiça às fundamentações”. A autora observa que:

Assim, da mesma maneira que foi superado o positivismo normativista e a discricionariedade a ele intrínseca é preciso superar, também, a discricionariedade proveniente do pós-positivismo, o ativismo judicial realizado com o auxílio de princípios jurídicos, como se fossem padrões interpretativos, que adquirem foro de universalização dada a pompa com que são invocados. Esse cenário é inviável, pois fere de morte a autonomia do direito (SOUSA, 2015, p. 184).

A autora (2015, p. 184) frisa que os princípios servem como balizamentos das regras, tornando possível a formação legítima das decisões judiciais, enquanto as regras, por seu turno, dão à aplicação dos princípios jurídicos sua concretude. Ou seja, sustenta Sousa, “o princípio condiciona o argumento disposto na regra e a regra delimita a aplicação do princípio” (2015, p. 184).

Sousa (2015, p. 184) prega a necessidade de proporcionar maior previsibilidade quanto

ao conteúdo normativo dos princípios. Afirma a autora que o “paradigma da discricionariedade” do magistrado se mantém, ainda no tempo presente, em uma condição de total despreparo para enfrentar a problemática da interpretação na decisão judicial. Tal condição se mostra prejudicial à concretização dos direitos da sociedade, pois gera insegurança jurídica em decorrência de uma prática judicial confusa, baseada na utilização de princípios redundantes que funcionam como solução para fundamentar qualquer coisa (SOUSA, 2015, p. 17).

Por sua vez, Mastrodi e Steinberg (2014, p. 72) focalizam sua crítica no princípio da proporcionalidade. Em primeiro lugar, os autores alertam para as diferentes circunstâncias históricas que pautaram a emergência dos postulados da proporcionalidade e da ponderação. Apontam os autores que enquanto o primeiro se originou no âmbito do tribunal administrativo Prussiano, tendo por finalidade a inserção dos direitos individuais em um ordenamento jurídico extremamente autoritário, o segundo, por seu turno, teve origem no sistema jurídico norte-americano como limitador dos direitos individuais (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 73).

Considerando a realidade brasileira, os autores observam que a inserção desses postulados teve como pano de fundo o esforço de buscar-se a efetivação de valores e direitos fundamentais constantes da Constituição Federal de 1988, e que isso se deu de forma híbrida, com aspectos, de um lado, formais – decorrentes da proporcionalidade –, e de outro, materiais – decorrentes da ponderação (2014, p. 73). Os autores destacam o papel fundamental desempenhado pelo Poder Judiciário nessa questão, como decorrência da delegação dos poderes aos magistrados constitucionais, inseridos em uma nova fase do direito constitucional, em que há intensa necessidade de garantir a efetivação dos direitos fundamentais (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 73).

Segundo Mastrodi e Steinberg (2014, p. 73), a construção da teoria dos direitos fundamentais de Alexy depende de um intrincado caminho metodológico no qual é previsto, em acordo com a estrita obediência às suas regras internas, as três etapas consecutivas da teoria da ponderação – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – cada qual com seu teste específico. No entanto, alertam os autores (2014, p. 73), para que se dê a efetivação dos direitos fundamentais nos termos da lei alexyana de colisão entre princípios, é imprescindível que:

(...) o postulado da proporcionalidade se apresente na forma em que a discricionariedade do “ponderador” se revele com mais liberdade, situação que ocorre

na proporcionalidade em sentido estrito. Nessa etapa, há a observância na relação entre o núcleo do direito fundamental não respeitado e o bem da vida protegido pelo ordenamento jurídico ou, como afirma Grimm (2007, p. 393), “comparação entre a perda de um direito fundamental, por um lado, e por outro lado, o bem da vida protegido pelo Direito, devendo ter, na maioria das vezes, o reconhecimento constitucional” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 73).

Os autores (2014, p. 73) questionam o suposto aspecto “totalizante” da teoria proposta por Alexy, uma vez que essa suposição já restaria prejudicada se apenas um ou outro caso não lograssem resolução por seu método, mas, enfatizam, tal suposição é ainda menos credível ao se perceber que os casos que efetivamente podem ser resolvidos a partir de seus pressupostos são a minoria (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 73).

Os autores recorrem a Grimm (2007, p. 397), a quem, nos termos da teoria alexyana, a “próxima etapa só pode ocorrer se não falhou a etapa anterior”. Nesse aspecto, afirmam Mastrodi e Steinberg (2014, p. 73), se manifesta o “etapismo” inerente à aplicação eficaz da ponderação. Tal característica da proposta alexyana, segundo os autores, “asfixiou a intenção inicial de uma maior efetividade”, considerando que a teoria proposta por Alexy fornece elementos para decisões cujo critério de veracidade radica-se em sua própria “liturgia metodológica”, e não no “valor moral social” sedimentado na Constituição Federal, podendo, com isso, ocasionar resultados arbitrários e pouco previsíveis (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 73).

Outra questão posta por Mastrodi e Steinberg (2014, p. 73) envolve o conceito de “mandamentos de otimização”. Os autores observam que a partir desse conceito todos os segmentos da vida tendem a se desenvolver como “princípios otimizados e, portanto, passíveis de sopesamento”. Os autores, contudo, alertam que a “otimização”, como processo metodológico, reduz de forma drástica a “complexidade da efetivação dos direitos fundamentais” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 73).

De acordo com Mastrodi e Steinberg (2014, p. 73), a teoria alexyana não encontra sustentação nem mesmo como uma teoria de adjudicação, uma vez que nela não se observa a presença de critérios racionais de decisão, e:

(...) enquanto teoria geral do direito, que é a formulação original que lhe deu Alexy, o alto grau de formalismo metodológico para sua efetivação produziu efeito substancialmente inverso ao pretendido: criou uma ficção jurídica, cuja necessidade genérica de otimização abstrata dos fatos da vida tende a criar decisões arbitrárias,

sem critério racional, haja vista a impossibilidade de cumprir a metodologia teórica (etapas) da teoria da ponderação, ensejando a criação de decisões fundamentadas nos mais variados critérios (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 73).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 63) refutam a atual concepção do princípio da proporcionalidade como método presumido de resolução de conflitos entre os princípios constitucionais, por um lado, e de realização dos direitos fundamentais, por outro. Segundo os autores, a proporcionalidade não é apta a oferecer solução para um conflito real. Os autores constatarem que, na verdade, a “intrincada liturgia metodológica” – que se materializa nas três etapas da proporcionalidade – é o que legitima o alto grau de irracionalidade das decisões prolatadas sob a égide desse postulado. De acordo com os autores:

(...) toda decisão, desde que siga o método proposto, deveria ser entendida como proporcional. Sob esse enfoque, entendemos que o trânsito entre as três etapas da proporcionalidade – “etapismo” – cria uma concepção formalista e *a-histórica* dos direitos fundamentais, na medida em que os reais interesses em jogo são encobertos pela espessa estrutura metodológica que fundamenta a decisão (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 63).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 63) afirmam que a disseminação do postulado da proporcionalidade como instrumento de resolução de conflitos entre direitos, disseminado pelos inúmeros ordenamentos jurídicos dos Estados, constitui um fenômeno particularmente novo, decorrente de um “processo residual” que se insere no âmbito de um processo mais amplo, o da globalização do direito constitucional. Esse fenômeno, segundo os autores, é o que vem ensejando a utilização de teorias semelhantes em ordenamentos jurídicos distintos (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 63).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 63) sustentam ser necessário notar que, a despeito das diferenças históricas entre a proporcionalidade e a ponderação – “como métodos de efetivação de direitos” –, ambos os princípios têm sido confundidos entre si e, apesar de possuírem sutis distinções em suas “caracterizações teóricas”, percebe-se que as diferenças não estão sendo identificadas na prática. Disso decorre que esses princípios vêm sendo aplicados indistintamente, mesmo sabendo-se que, enfatizam os autores, as diferenças históricas entre eles “são abissais” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 64).

De acordo com os autores (2014, p. 64), a proporcionalidade, como método de resolução de conflitos, foi inicialmente utilizada na Alemanha, na área do direito administrativo, tendo sido fundamental no final do século XIX para introduzir os direitos individuais em um ordenamento jurídico “extremamente autoritário”. Foi nesse contexto que a Suprema Corte

Administrativa Prussiana (PSAC), no período de 1882 a 1914, julgou que “o excessivo poder de polícia” legitimado ao Estado feria os direitos políticos e econômicos dos cidadãos, e que, por essa razão, “eles deveriam ser construídos de forma proporcional” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 65).

Contudo, os autores supracitados sustentam que a metodologia empregada pelos juízes da Suprema Corte Administrativa da Prússia era “essencialmente formal”, e que, via de regra, esses magistrados se abstiveram de conduzir os casos por meio de uma “análise de custo-benefício”, realizando, ao invés, uma análise cuja base se edificava em uma relação estreita com ordenamento jurídico positivado, propiciando “meios menos abruptos” para a aplicação de determinado direito (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 65).

Afirmam os autores que essa tendência observada nos tribunais administrativos prussianos em se concentrar na “análise formal da proporcionalidade” estava alinhada com a “ciência jurídica formal alemã” (2014, p. 65). Ainda segundo os autores, o entendimento da Suprema Corte Administrativa Prussiana, buscando não mitigar os direitos individuais, relacionava-se de forma estreita com a “neutralidade estatal”, sendo:

(...) norteado implicitamente por interesses liberais em difundir anseios libertários econômicos e sociais em oposição ao excessivo poder governamental (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 65).

Por outro lado, Mastrodi e Steinberg (2014, p. 65) afirmam que o postulado da ponderação tem origens marcadamente diversas do postulado da proporcionalidade, pois, enquanto este foi criado para inserir a proteção aos direitos individuais em um “sistema legal autoritário”, aquele foi criado para um objetivo oposto. Os autores afirmam que o princípio da ponderação tem suas origens no direito privado e na negação ao formalismo. Sua criação se deu no ordenamento jurídico norte-americano, que carecia de instrumentos legais capazes de limitar a ampla gama de direitos individuais historicamente conquistados pelos cidadãos (2014, p. 65). Dessa forma, sustentam os autores, se por um lado a proporcionalidade servia à proteção dos direitos individuais, por outro a ponderação foi criada como um instrumento que objetivava o sopesamento dos direitos individuais já insculpidos no *Bill of Rights* com determinados interesses públicos (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 65).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 65) ressaltam que há uma sensível distinção entre ambos os princípios, originada pelos diferentes contextos históricos, propósitos e problemas que são

responsáveis pela construção e pelo desenvolvimento de cada um desses postulados, ainda que esses dois métodos de solução de conflitos tenham tendido a convergir no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Nesse período, apontam os autores, irradiou-se pelas democracias liberais um “constitucionalismo dinâmico e estabilizador de direitos”, em que:

Certos conceitos iluministas e da *common law* se tornaram basilares. Isto é, tratava-se de um marco institucional para o Poder Judiciário, conduzindo a realização de direitos fundamentais em uma sociedade notadamente em transformação (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 64).

No entanto, de acordo com os autores, a convergência desses dois postulados, historicamente antagônicos, teve como condão a “pasteurização dos contextos históricos em que a proporcionalidade e a ponderação foram criadas” (2014, p. 65). Os autores enfatizam que esses postulados, pertencentes somente à teoria geral do direito e não “ao próprio ordenamento jurídico em si”, já que foram declarados pela doutrina não mais como princípios teóricos, apenas, mas como “norma jurídica implícita”, sendo erguidos a um único princípio constitucional fundamental, a proporcionalidade (2014, p. 65). Os autores observam que o próprio Alexy, em sua teoria dos direitos fundamentais⁷⁸, sustenta que a incorporação do postulado da ponderação pelo da proporcionalidade “é uma ferramenta fundamental para a inclusão de um discurso moral no Direito” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 65).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 65) afirmam a necessidade premente de se proceder a uma análise minuciosa do postulado da proporcionalidade, uma vez que, por um lado, esse postulado pretende aprofundar a realização dos direitos fundamentais dos indivíduos inseridos no Estado Democrático de Direito, e por outro, pretende ser uma teoria jurídica formal. Os autores observam que essas “qualidades dialogicamente opostas são evidenciadas” no Brasil, pela:

Tendência do Supremo Tribunal Federal em enfatizar a ponderação como a terceira etapa da teoria da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito), indicando uma tendência por parte dessa corte constitucional em sopesar os princípios de uma maneira não formal, cuja marca fundamental é a ausência de critérios racionais de escolha (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 66).

⁷⁸ Os autores observam que “no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação desta teoria implicou a implantação implícita de elementos que remetem às origens da proporcionalidade e da ponderação, sendo notavelmente constante a negação ao formalismo excessivo e a falta de critérios racionais de decisão da Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal)” (MASTRODI & STEINBERG, 2014, p. 66).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 66) observam que, no contexto brasileiro, a teoria dos princípios fundamentais de Alexy desenvolveu-se com a “aplicação híbrida do postulado da ponderação” – manifestando tendências formais, em determinados casos, e de negação ao formalismo, em outros –, inserido em um momento histórico específico do país, constituindo-se como “importante ferramenta na efetivação dos direitos fundamentais no período de redemocratização”. De acordo com os autores, isso significa que, ainda que a utilização do sopesamento de princípios se mostrasse imprescindível para realizar os direitos fundamentais – sobretudo aqueles que se consideram inerentes à cidadania e à participação política efetiva –, a ausência de critérios – pelos quais os autores/ministros poderiam justificar a preterição de determinado princípio por outro – revela que o postulado da ponderação só seria empregado de forma eficaz em situações pontuais (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 66).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 66) sustentam que a aplicação do postulado da proporcionalidade é um fenômeno altamente complexo, pois envolve uma gama de “circunstâncias sociais mutáveis”, que se encontram fortemente relacionadas com “o contexto político e o ordenamento jurídico de cada país”. Disso decorre que a análise da estrutura metodológica desse postulado mostra-se fundamental para que se possa verificar se é possível, nos limites da teoria alexyana, construir decisões efetivamente proporcionais, tomando-se essa assertiva não no sentido de que uma decisão pode proporcionar determinado fim, mas, sim, de que pode proporcionar a “melhor efetivação possível entre todos os interesses em jogo” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 66).

3.2.1. A crítica ao “etapismo”

De acordo com Mastrodi e Steinberg (2014, p. 66), sob o condão do “sopesamento dos valores” contidos nos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade desdobra-se nas etapas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. De fato, reconhecem os autores, a teoria alexyana dos direitos fundamentais se baseia não só no postulado da proporcionalidade, como também na afirmação de que as normas jurídicas possuem distinção entre regras e princípios. No contexto dessa teoria, os autores observam que:

Os princípios, em tese, nunca podem ser declarados como razões definitivas, considerando que “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que os princípios podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (Alexy, 2011, p. 94). E somente pela

proporcionalidade seria possível, no entender de Alexy, resolver um conflito entre normas de natureza principiológica (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 66).

Os autores (2014, p. 66) lembram, conforme já dito no curso deste trabalho, que, em conformidade com a concepção alexyana, as regras devem ser aplicadas peremptoriamente, enquanto os princípios são “mandamentos de otimização”, ou seja, normas que devem ser realizadas na “maior medida possível” considerando-se as possibilidades fáticas e jurídicas presentes e que, segundo sua teoria dos direitos fundamentais, a realização de um ou outro princípio constitucional – direito fundamental – depende, forçosamente, do postulado da proporcionalidade (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 66).

Nesse sentido, Mastrodi e Steinberg (2014, p. 66) destacam que a teoria dos direitos fundamentais alexyana parte da premissa de que a positivação dos princípios fundamentais na Constituição do Estado reflete a cristalização de valores que se originam da própria sociedade e, por essa razão, são chamados “direitos fundamentais”, sendo, por conseguinte, imperioso que se busque a realização desses direitos “na maior medida possível”, observando-se as possibilidades jurídicas e fáticas existentes (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 66).

Os autores (2014, p. 66) asseveram que o postulado da ponderação perfaz-se, em larga medida, na proporcionalidade em sentido estrito⁷⁹, em que ausência de critérios racionais para que se possa decidir os “limites efetivos dos interesses em jogo” acaba por ocasionar a utilização de critérios formulados de acordo com as percepções e particularidades de cada magistrado. É nesse ponto que, segundo Mastrodi e Steinberg, reside a contradição da teoria dos direitos fundamentais (2014, p. 66). Os autores observam que a tendência em exagerar na ênfase à proporcionalidade em sentido estrito é decorrência da própria estrutura da teoria dos direitos fundamentais, uma vez que esta busca “legitimar o método” por meio de decisões em que houve, de fato, um “suposto sopesamento” entre princípios constitucionais, tomando-se em consideração que uma das partes em litígio “venceu o jogo”, sendo o “princípio vencedor” aquele que, de fato, se realiza (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 66).

Em razão disso, os autores sustentam que a análise proporcional não passa de uma “moldura argumentativa” na qual estão indicadas as “partes em confronto, os princípios de cada uma em jogo e o caminho para a decisão” (2014, p. 66). No entanto, afirmam os autores, é

⁷⁹ Segundo os autores, tal ocorre, sobretudo, no contexto brasileiro.

somente com a passagem para a etapa da proporcionalidade em sentido estrito que se encontra explicitada a ideia de que, embora as partes sejam, em igual medida, titulares de algum direito fundamental, a uma delas não reconhecerá a possibilidade de exercer seus direitos na prática, porque o princípio que lhe garantia tal direito, nos limites do caso concreto, foi preterido em atendimento a outro princípio constitucional em jogo (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 66).

Por conseguinte, Mastrodi e Steinberg (2014, p. 66) aduzem que não se trata de impor uma “racionalidade *lato sensu*”, que vise excluir por completo qualquer subjetividade na decisão judicial. No entanto, afirmam, não há como não reconhecer que a teoria proposta por Alexy, em especial em sua última etapa, não apresenta um método ou mesmo algum tipo de procedimento capaz de justificar ou limitar a discricionariedade de cada ponderador que atua no “procedimento de preterição de determinada garantia fundamental”, de tal forma que não se observa, em momento algum, os “critérios racionais e/ou objetivos” capazes de legitimar o(s) direito(s) do ganhador, inseridos na moldura argumentativa que fundamenta a decisão proporcional (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 67).

Os autores constatarem que, no momento em que o STF enfatiza a última etapa desse postulado, realiza, segundo a teoria alexyana,

Uma solução “proporcional” ou “ponderada”. Entretanto, a subjetividade subjacente a essa decisão afasta qualquer grau de racionalidade da proporcionalidade. Nesse processo decisório, alinhados a uma interpretação supostamente “proporcional” dos direitos das partes, todos os envolvidos no conflito se contentam com a realização “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (Alexy, 2011, p. 90) dos princípios, pois, em última instância, seu direito fundamental foi, ao menos, reconhecido (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 67).

Contudo, Mastrodi e Steinberg alertam que houve, sim, uma parte perdedora:

Esta teve, na prática, seus direitos mitigados ou desprezados por uma análise particular, ou em grupo, dos juízes constitucionais, cuja falta de critério para preterir determinado princípio ensejou o uso de concepções de naturezas diversas, sejam particulares, a-históricas e/ou muitas vezes extrajurídicas. Todo esse processo de suposta eficácia da ponderação sedimenta-se pela cega aceitação desta teoria como real realizadora dos direitos fundamentais, considerando a suposta interlocução de todos os interesses em jogo e eficácia metodológica de suas três etapas (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 67).

Os autores (2014, p. 67) sustentam que, entretanto, no tocante às etapas inerentes à teoria dos direitos fundamentais, é possível perceber nas duas primeiras – adequação e necessidade –

a “conexão empírica e lógica” entre os meios e os fins pretendidos, ou seja, constata-se a existência de possibilidades fáticas (2014, p. 67). A primeira etapa é onde se busca demonstrar se um dado direito desloca ou exclui outro. Por sua vez, na segunda etapa, o objetivo é sempre buscar a realização daquela medida que se mostre menos gravosa à parte submetida à aplicação do princípio contrário. Por fim, os autores sustentam que, na terceira etapa, a da proporcionalidade em sentido estrito, encerra-se o “trânsito metodológico da teoria da proporcionalidade” e, como decorrência lógica, o conflito deve ser resolvido por meio do “sopesamento entre os interesses conflitantes” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 67).

Em razão do exposto, os autores argumentam que a preponderância da proporcionalidade em sentido estrito – terceira etapa da proporcionalidade – resulta:

(...) na iminente aplicação “custo-benefício”, como afirma Grimm (2007), sedimentando o alto grau de irracionalidade de todo processo, considerando que, na ausência de critérios racionais, decisões podem ser tomadas segundo critérios altamente subjetivos, baseados na noção de bem ou de justiça próprias do julgador e não do ordenamento jurídico (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 67).

É nesse exato ponto, alertam os autores, que se radica um dos maiores paradoxos da teoria da proporcionalidade, qual seja: a decisão “nunca” estará errada e “nunca” haverá um perdedor. Isso pode ser entendido quando se percebe a “irracionalidade da proporcionalidade”, condição consolidada pela sua “intrincada metodologia”, exatamente, o fator que cria a legitimação formal da teoria, “provando” a própria decisão. Tal procedimento, segundo os autores, se mostra extremamente prejudicial ao Direito (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 67).

Os autores (2014, p. 67) observam que, segundo o próprio Alexy (2011, p. 593), pode-se definir a proporcionalidade em sentido estrito como “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação de outro”. Para Mastrodi e Steinberg, a questão relevante e problemática se materializa nesse momento, levando-se em conta que a proporcionalidade, como teoria de realização de direitos, não fornece subsídios aptos à cristalização de um critério coerente e racional de decisão (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 67).

Mastrodi e Steinberg sustentam que, ao invés de aplicar um critério único e efetivo no conflito de princípios constitucionais, a proporcionalidade fornece ao juiz inúmeros critérios,

“normalmente extralegais”, para fundamentar sua decisão (2014, p. 67). Destacam, ainda, que a metodologia que o princípio da proporcionalidade emprega – em suas três etapas – define o que a teoria dos princípios chama de “otimização”, ou seja:

As três etapas da teoria de Alexy legitimam o processo de “otimização” dos comandos, pois circunscritos dentro (*sic*) das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. No entanto, segundo a linha argumentativa proposta por Ralf Poscher, a otimização não é uma condição inerente aos princípios, pois “nem sempre os princípios são otimizáveis” (Poscher, 2009, p. 438). Isto significa que o postulado da proporcionalidade tem por característica a universalização da proporcionalidade, na medida em que todos os princípios, mesmo não otimizáveis, podem ser objeto de uma decisão “proporcional” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 68).

Mastrodi e Steinberg avaliam que, para Alexy, a metodologia da teoria da proporcionalidade mostra-se suficiente para fornecer todos os elementos aptos a legitimar o processo de otimização dos comandos, isto é, ela é apta a realizá-los nos limites das condições fáticas e jurídicas existentes (2014, p. 68). Entretanto, os autores constataam que se está diante de um processo cuja “premissa é equivocada”, uma vez que os princípios nem sempre são otimizáveis nem, por outro lado, se diferenciam logicamente das regras. Então, como decorrência de sua própria natureza ontológica, “a teoria dos princípios é uma teoria sem objeto” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 68).

Os autores mencionam Alexy (2011, p. 116) quando este afirma que “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela” para esclarecer que, de fato, tal afirmação condiciona, visceralmente, a natureza dos princípios ínsitos em um determinado ordenamento jurídico, ao postulado da proporcionalidade, considerando que só poderia realizar “na maior medida possível tais princípios se efetuar-se a ponderação entre eles”. Isso porque, de acordo com o que dispôs Alexy (2011, p. 117), a máxima da proporcionalidade é uma decorrência lógica da natureza dos princípios, ou seja, a proporcionalidade pode ser deduzida dessa natureza. Portanto, Mastrodi e Steinberg (2014, p. 68) sublinham que Alexy condiciona a proporcionalidade em sentido estrito à “tarefa de otimizar os princípios colidentes”. Considerando-se que o sentido da palavra otimizar é “tirar o melhor rendimento de algo”, os autores observam que, no entanto, não se trata de tirar o “melhor proveito de eventuais princípios constitucionais colidentes”, já que, em última instância, os direitos fundamentais são “legitimados por uma intrincada base deontológica” que se origina, unicamente, do próprio tecido social e de suas específicas condições históricas (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 68).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 68) apontam que na teoria alexyana há uma predisposição generalizante para que tudo se torne “mandamento de otimização”, inclusive elementos reais como a vida e a saúde. Nesse sentido, os autores apontam a crítica realizada por Poscher (2009), que ressaltou a necessidade de que o processo de “otimização”:

Preceda o objeto da ponderação, na medida em que tende a impedir a otimização compulsória de diversos valores, partindo da premissa ontológica de que os princípios sempre serão passíveis de “otimização”, e/ou que sempre serão distintos das regras (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 68).

Os autores lembram que entre as premissas fundamentais da teoria alexyana destaca-se a que sustenta que os princípios insculpidos na Constituição são “imbuídos de valoração”, verdadeiros valores inalienáveis, cuja positivação foi resultado de processos históricos e sociais (2014, p. 69). Nesse sentido, Mastrodi e Steinberg observam que, ainda que leve em conta que a referida teoria seja uma “tentativa de abertura ao discurso moral”, a otimização das normas precipuamente deontológicas não é o melhor método para realizar os princípios fundamentais, pois as características que dizem respeito à realização desses princípios por meio da proporcionalidade possibilitam decisões que têm por característica única a otimização de algum comando, independentemente da “forma em que foi materializada”, ou seja, carente de critérios específicos, o que abre caminho para decisões arbitrárias (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 69).

Em outras palavras, afirmam os autores (2014, p. 69), a proposta alexyana passa por uma suposta “teoria totalizante”, pois acredita que todos os interesses em jogo podem ser resolvidos por meio de seu “arcabouço metodológico”. Os autores sublinham que tal aspiração tem como motivação a vontade de impedir qualquer decisão injusta, pois, supõe-se, com a aplicação das três etapas do postulado da proporcionalidade seria possível atestar que a decisão, seria “a mais proporcional possível”. Ou seja, aduzem Mastrodi e Steinberg, bastaria seguir o procedimento “etapista” para legitimar a “suposta justiça e precisão da decisão sobre o caso concreto”. Os autores explicam que:

Nesse aspecto, fica evidente o caráter tautológico dessa teoria, que fundamenta a prova dos resultados obtidos exclusivamente ao cumprimento de seu método. E a formulação das etapas corresponde a uma tentativa de realizar os direitos fundamentais sem um critério racional de decisão (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 69).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 69) frisam o aspecto totalizante que Alexy⁸⁰ atribui à teoria dos direitos fundamentais e lembram que ele buscou a criação de uma teoria “ideal” dos direitos fundamentais, considerando seu aspecto “integrativo”, cujo fundamento está na pressuposta diferenciação entre princípios e regras (2014, p. 69). Em sua crítica, Mastrodi e Steinberg alegam que Alexy norteou-se por uma “vã tentativa de reinserir a moral” no direito positivo⁸¹ e observam que, em sua teoria dos direitos fundamentais, em “nenhum momento” foi clarificado qual critério deveria ser utilizado para resolver determinado caso, sendo que, de acordo com os autores, Alexy limitou-se a fazer referência “à lei do sopesamento nos termos da lei de colisão”, em que se decidiria qual entre os princípios constitucionais em jogo – que abstratamente estariam no mesmo nível – teria maior peso no caso concreto, “considerando uma relação de precedência condicionada ou incondicionada entre os princípios” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 69).

Os autores (2014, p. 69), então, questionam em que consiste tal critério de decisão e deduzem que há, evidentemente, “uma contradição imanente”, uma vez que não se pode encontrar nessa teoria nenhum critério por meio do qual algum princípio constitucional possa ser preterido por outro. Dessa forma, observam os autores, segundo a proporcionalidade, sobretudo em sentido estrito, há uma obrigação direcionada aos magistrados de sopesar a própria moral, uma vez que, por serem “valores positivados na Constituição Federal, os direitos fundamentais não passam de condições historicamente construídas, inerentes à politização da moral” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 69).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 69) afirmam que é, justamente, desse aspecto que decorre a necessidade de realizar os direitos fundamentais por meio de “critérios claros e racionais para os cidadãos”, em especial quando considerados na condição de jurisdicionados. A estratégia de encobrir a inexistência de critérios por meio de uma espessa estrutura metodológica – “otimizando os comandos sob a premissa ontológica que diferencia regras dos princípios” – é reforçar um sistema que ignora a historicidade dos direitos fundamentais, o que pode ser

⁸⁰ “A concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma teoria integrativa, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada. Em relação a uma tal teoria, pode-se falar em uma ‘teoria ideal dos direitos fundamentais’. Toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas aproximação deste real” (ALEXY, 2011, p. 39).

⁸¹ “Nesse âmbito, será demonstrado que a positivação de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais” (ALEXY, 2011, p. 29).

flagrado na “latente adjudicação do poder de sopesamento aos juízes constitucionais” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 69).

Segundo Mastrodi e Steinberg (2014, p. 69), Alexy buscou desenvolver uma teoria expurgada de suposições insustentáveis ao delimitar sua teoria dos direitos fundamentais. Os autores supõem que, em seus anseios, Alexy acreditava poder edificar sua teoria de tal forma que nela os valores socialmente cristalizados como direitos fundamentais não fossem valorados diferentemente, à medida que fossem realizados. O único limitador colocado por Alexy, observam os autores, foi a colisão entre eles (2014, p. 69).

Os autores não negam os méritos da teoria dos direitos fundamentais em alguns dos seus pontos, como a “abertura ao pluralismo jurídico e à possibilidade da prevalência de direitos sociais”, mas destacam que a aplicação dessa teoria, como método, é dependente da “observância minuciosa” de todas as etapas da ponderação, uma vez que, em consonância com as restrições colocadas por Grimm (2007, p. 397) e considerando o clichê por eles enfatizado – o “etapismo” – ao criticar Alexy, “a próxima etapa só pode ocorrer se o direito conflitante não falhou na etapa anterior” (2014, p. 70). Disso decorre, segundo os autores, o seu caráter “excessivamente metodológico”, refém de uma estrutura “hermética” e “etapista”, já que o seu êxito depende da observância, em minúcias, desse procedimento (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 70).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 70) defendem que todas as teorias com aplicação prática, contextualizadas em uma ordem social vigente, “**devem ser reinterpretadas à luz das condições históricas e sociais**” (grifo nosso⁸²), evitando colocações “excessivamente genéricas”⁸³. Os autores, contudo, sublinham que a proporcionalidade, como postulado principal da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, “não nasceu de uma quimera”, e sim da busca por um critério isonômico entre “os valores deontológicos insculpidos na Constituição Federal alemã na qualidade de direitos fundamentais”. No entanto, explicam os autores, ao

⁸² Observe-se, quanto a isso, que faz sentido a proposta de aplicação da sinepeia jurídica de Fikentscher exposta por Ferreira (2005), conforme será visto adiante.

⁸³ Os autores exemplificam lembrando que no contexto pós-ditatorial brasileiro “a proporcionalidade foi, por inúmeras vezes (mas não em todas), fundamental para a realização dos valores democráticos, tendo, para tanto, se transformado em uma teoria não formal, materializando-se pela última etapa do postulado da ponderação, a proporcionalidade em sentido estrito, cuja aplicação decorre de uma ‘análise custo-benefício’ (GRIMM, 2007, p. 387), etapa que se materializa com elevado grau de subjetividade, solapando a inserção de qualquer critério racional na ‘moldura argumentativa’ criada pela proporcionalidade” (MASTRODI & STEINBERG, 2014, p. 70).

mesmo tempo em que ecoam a crítica de Grimm (2007, p. 397), sua utilização significa a cristalização de um sistema de resolução de conflitos que tende à arbitrariedade ao se considerar a impossibilidade de sopesar valores que se originam de um processo de construção histórica dos direitos fundamentais e de edificação de uma moral politizada, pois “fruto inalienável do tecido social” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 70).

Nesse ponto, Mastrodi e Steinberg (2014, p. 70) insistem:

(...) trata-se de um problema de ordem metodológica e deontológica. O “ponderador” fica prisioneiro da análise metodológica das três etapas inerentes ao postulado da ponderação, acreditando residir nesse trânsito entre etapas a real efetividade da teoria dos princípios fundamentais e a legitimidade para qualquer decisão. No entanto, essa instrumentalidade nega a real efetividade dos direitos fundamentais historicamente construídos, sendo apenas uma maneira de materializar decisões baseadas na discricionariedade de cada juiz, na medida em que há uma “delegação massiva dos poderes aos juízes constitucionais” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 64).

Isso significa que, aduzem os autores (2014, p. 70), a metodologia proposta pela proporcionalidade – a observância das três etapas que a conformam – coloca o juiz constitucional preso à necessidade de realizar este ou aquele direito fundamental “a qualquer custo”, sejam quais forem os critérios utilizados, bastando, tão somente, que seja observada a referida metodologia (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 70).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 70) não negam que a criação da teoria dos direitos fundamentais, tendo como base a teoria dos princípios, constitui uma proposta cuja importância não pode ser menosprezada. Essa teoria, de fato, marca o processo decisório das cortes constitucionais internacionais, tornando-se, como bem observa Grimm (2007, p. 384) um sistema eficaz de revisão judicial em inúmeros países, “na medida em que sua aplicação tenderia a realizar os direitos fundamentais na maior medida possível” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 70).

Defendem os autores (2014, p. 70) a importância da observação histórica dos direitos humanos para a realização eficaz dos direitos fundamentais e apontam a especial relevância desse tema no âmbito da teoria da proporcionalidade, tendo em vista que os direitos humanos, positivados ou não, são criações humanas, “condicionadas ao processo histórico” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 70).

Observam os autores, no entanto, que há, ainda hoje, uma insistência em enfatizar-se o

caráter “natural” dos direitos humanos, impondo a todos o mesmo tratamento genérico, baseado em um “modelo genérico de homem, num universal abstrato, válido para todos os tempos” (2014, p. 70). Disso decorre, segundo os autores, que “os próprios direitos humanos são projetados como válidos para todos os tempos, enquanto existir um homem abstrato e universal” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 70).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 70) denunciam que esse “processo de negação dos direitos fundamentais enquanto construção histórica” alimenta as teorias que se dispõem a analisar tais direitos “sob o viés interpretativo”, uma vez que essa compreensão genérica e abstrata dos direitos fundamentais faz com que eles sejam percebidos de “forma descolada da realidade social” e, conseqüentemente, dos valores que lhe são inerentes, ou seja, a teoria dos direitos fundamentais tem como premissa que todos os princípios fundamentais positivados historicamente numa dada constituição estariam, sob o argumento da validade jurídica, igualmente assegurados. Tal premissa ignora que os critérios de decisão invocados nos casos concretos se fundamentam em valores diversos, sejam histórica, sejam pessoalmente construídos pelo magistrado (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 70).

Disso decorre, segundo os autores, que os princípios – uma vez compreendidos como valores construídos socialmente e cristalizados na Constituição – possuem o mesmo critério de validade, sob a ótica da ciência do Direito, na medida em que foram obedecidas as “mesmas condições formais e materiais para a integração ao ordenamento jurídico” (2014, p. 71). Nesse sentido, aduzem os autores, poderiam possuir, ao menos em tese, a mesma eficácia (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 71).

Isso se refere ao duplo caráter dos direitos fundamentais, afirmam Mastrodi e Steinberg (2014, p. 71), que, apesar de terem sido historicamente construídos e positivados, encontram-se na dependência de sua realização pelas cortes por meio das leis alexyanas de sopesamento, o que acarreta um nível de abstração altamente elevado, ou seja, a abstração decorrente do postulado da ponderação subsidia a intensificação do “processo de abstração dos direitos do homem, pois, enquanto abstratos, sua violação não será possível”, uma vez que não se verifica violação em tese, mas, tão somente, no caso concreto (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 71).

Os autores denunciam que é nesse “duplo fator constitutivo dos direitos fundamentais” que se dá a simulação da existência de um “critério racional” para a definição do direito a ser aplicado, apresentando a ponderação como “o” critério apto a evitar as “arbitrariedades impostas pelas formas de decisão historicamente construídas” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 71).

Mais uma vez, insistem Mastrodi e Steinberg (2014, p. 71), a metodologia da teoria da proporcionalidade acaba por modelar os direitos fundamentais de forma genérica e a-histórica, na medida em que provoca entre os princípios em conflito uma luta que não se condiciona à realidade social, mas que se adequa exclusivamente aos “cânones da própria teoria”, efetuando a ponderação por meio das etapas, uma vez que se chegue ao ilusório resultado em que, supõe-se, ninguém é “perdedor”. Os autores asseveram que, em que pesem os elementos trazidos em relação à ausência de um “critério racional de decisão” no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, o próprio Alexy admite que:

O sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco (Alexy, 2011, p. 164), mas essa constatação não fornece elementos suficientes para deduzir que o sopesamento é um procedimento irracional (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 71).

Em relação à falibilidade do sopesamento, os autores (2014, p. 71) afirmam que Alexy reconhecia que sua racionalidade decorria, apenas, da “fundamentação racional dos enunciados condicionados de preferências” e que, portanto, supunha-se, a irracionalidade seria afastada se o “enunciado condicionado de preferência” fosse fundamentado racionalmente, frente ao princípio prevalente, nos termos da argumentação de que se lançou mão⁸⁴ (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 71).

Do que foi exposto, é possível perceber o caráter redundante e autorreferente do sopesamento e, também, sustentam Mastrodi e Steinberg (2014, p. 71), a ausência de critérios para a escolha dos “enunciados de preferências condicionadas”, o que tem por resultado que tanto se pode recorrer à vontade do constituinte quanto às “consequências negativas de alternativa” ou a “consensos dogmáticos”. Ou seja, segundo os autores, não se observa

⁸⁴ A esse respeito, o próprio Alexy sustenta que: “(...) assim, para a fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas e, com isso, para a fundamentação que a ele corresponde, pode-se recorrer à vontade do constituinte, às consequências negativas de uma fixação alternativa das preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas” (ALEXY, 2011, p. 166).

racionalidade na decisão em nenhuma dessas hipóteses apontadas, pois, na hipótese de se recorrer “à vontade do constituinte”, decorre a possibilidade de decisões irracionais, já que a “vontade do constituinte não se confunde com o comando normativo insculpido na Constituição”. O mesmo ocorre quando se lança mão da doutrina – “consensos dogmáticos” – ou da teoria dos precedentes, isto é, se recorre às decisões passadas. Em todos esses casos, observam os autores, exclui-se a utilização da racionalidade porque, em nenhum deles, ela é necessária (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 71).

Em vista de tudo o que foi levantado, Mastrodi e Steinberg (2014, p. 71) indagam: como uma “teoria alheia a critérios racionais de decisão prevaleceu como teoria constitucional implícita no âmbito do conflito entre princípios?”. Os autores sustentam que a teoria dos direitos fundamentais possui como fundamentação um “procedimental metodológico” que conduz a uma “suposta teoria totalizante, desconectada das condições historicamente construídas”. Disso decorre a necessidade de se desenvolver um minucioso procedimento que tem por único critério legitimador suas “etapas/subtestes, através de uma eloquente metalinguagem, cuja fundamentação inserida no âmbito das três etapas da teoria da ponderação bastaria para considerá-la válida e inegavelmente eficaz” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 71).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 71) acreditam haver um “problema de ordem procedimental” que converte a teoria dos direitos fundamentais em:

Uma teoria autorreferente, alheia aos valores historicamente construídos, fundamentando a escolha deste ou daquele princípio através de uma ferramenta procedimental que depende exclusivamente de seu desdobramento em etapas, o que pode gerar “resultados arbitrários e menos previsíveis” (Grimm, 2007, p. 397). Dessa forma, a ausência de critérios racionais de decisão culminou na determinação de um critério particular, intrínseco ao próprio processo, isto é, o único critério disponível passou a ser a metodologia desenvolvida por meio das etapas da teoria de Alexy, que se basta para legitimamente preterir, em cada caso concreto, um princípio em favor de outro (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 71).

Os autores ressaltam que não criticam a metodologia procedimental em si, mas, sim, a forma como tal metodologia efetiva a legitimação do próprio processo real, por meio da proporcionalidade (2014, p. 72). Esse processo de autolegitimação, que os autores, conforme já visto, denominam “etapismo”, nega a historicidade dos direitos fundamentais, pois considera que todos os conflitos entre direitos fundamentais, das mais variadas naturezas, deverão, igualmente, percorrer as etapas da teoria de Alexy como “adequações gerais e genericamente impostas a todas as hipóteses de colisão”, sejam quais forem as circunstâncias históricas,

políticas e sociais de determinada sociedade (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 72).

Dessa forma, Mastrodi e Steinberg (2014, p. 72) acreditam ser exatamente essa liturgia procedimental o ponto em que ocorre a legitimação do postulado da proporcionalidade, uma vez que é desse procedimentalismo que se aufere os elementos criadores de uma, em suas palavras, “ficção jurídica”⁸⁵. Observam os autores que a característica mais essencial da teoria dos direitos fundamentais é a “realização dos princípios na maior medida possível”, ou seja, é no âmbito dos direitos inerentes aos seres humanos que se busca o “justo” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 72).

No entanto, observam os autores, é necessário reconhecer que o postulado da proporcionalidade confere a própria conceptualização do que pode ser considerado justo ou injusto, bom ou mau ao juiz constitucional, já que sua decisão está baseada em “critérios os mais variados possíveis, fundamentada no trânsito metodológico entre as etapas do próprio postulado”. Tal argumento evoca a denúncia de Sousa (2015, p. 17), já apontada neste trabalho, que afirma ser a discricionariedade do juiz inapta a enfrentar o problema da interpretação na decisão judicial. De fato, como foi dito, a autora sustenta que tal condição se mostra prejudicial à sociedade, pois gera insegurança jurídica em decorrência, repita-se, de “uma prática judicial confusa, baseada na utilização de princípios redundantes que funcionam como solução para fundamentar qualquer coisa” (SOUSA, 2015, p. 17).

É, segundo Mastrodi e Steinberg (2014, p. 72), “exatamente através do rito procedimental do modelo proposto por Alexy”, com os três subtestes da teoria da ponderação, que se constata o quanto a proporcionalidade se mostrou “inadequada para absorver a moralidade intrínseca a cada ordenamento jurídico”, na medida em que, nos diferentes ordenamentos jurídicos, constatou-se a predominância desta ou daquela etapa da ponderação (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 72).

Os autores (2014, p. 72) ressaltam outra grande questão problemática, desta feita, na etapa da adequação, e, portanto, colocam o questionamento: “o que pode ser adequadamente inserido na interpretação *prima facie* de um princípio?”. Normalmente, afirmam, muitos são os

⁸⁵ Afirmam os autores que, segundo Grimm (2007, p. 386), sua criação e aplicação foi considerada uma “invenção não legítima pelo tribunal constitucional”.

conceitos que podem ser interpretados na “condição de *prima facie*, cuja limitação só irá ocorrer na última etapa”, qual seja, na proporcionalidade em sentido estrito. Destacam que é nessa etapa que os valores morais construídos socialmente são nivelados, ignorando-se não só a complexidade de cada um deles, como também a complexidade que existe entre eles. Contudo, frisam, é exatamente nessa etapa que ocorre a avaliação “custo-benefício” dos interesses que se encontram em jogo, pois, frequentemente, trata-se da busca de um interesse ou direito que já se especificou na primeira etapa da teoria da proporcionalidade, a da “necessidade”⁸⁶ (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 72).

Mastrodi e Steinberg (2014, p. 72) entendem que a discricionariedade do “ponderador” é inerente ao sopesamento entre princípios e que dela decorrem decisões baseadas em “morais”, isto é, cujo escopo se encontra nas:

(...) condições particulares de cada juiz, muitas vezes descoladas da realidade social. Por outro lado, entendemos que a “politização da moral” deveria ser materializada na observância de um ou mais critérios – racionais, definidos, explícitos – que indicassem a fundamentação da ponderação, elemento que acreditamos estar ausente na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 72).

Os autores defendem que a teoria dos direitos fundamentais tem como único critério legitimador aquele criado por ela mesma, “através de uma metalinguagem entre a teoria e suas três etapas inerentes” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 72).

3.2.2. O princípio da proporcionalidade segundo Pulido

Segundo Pulido (2014, p. 220), o princípio da proporcionalidade constitui-se como um critério jurídico de ampla utilização em todo o mundo, tendo como escopo a proteção dos direitos fundamentais. Em consonância com o que já foi dito na introdução deste trabalho, o autor lembra que o princípio em tela teve seu nascedouro na Alemanha, tendo, no entanto, migrado para outros sistemas jurídicos e para as mais diversas áreas do direito. De acordo com o autor, ainda que não haja univocidade quanto ao conceito de proporcionalidade, juízes e juristas, em sua maioria, concordam que “se trata de um princípio estruturado por três

⁸⁶ Mastrodi & Steinberg (2014, p. 72) citam Tsakyrakis, cujo entendimento bem sintetiza o que foi exposto: “Em todos os momentos o ‘ponderador’ pode apontar para as estruturas da ponderação como uma rede segura, mas a etapa da ponderação existe suspostamente para legitimar a própria relação problemática criada pelo ‘ponderador’” (TSAKYRAKIS, 2009, p. 481).

subprincípios, a saber: adequação, necessidade e ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito” (PULIDO, 2014, p. 220).

O autor prossegue afirmando que “cada subprincípio estabelece uma exigência que qualquer limitação de direitos fundamentais deve satisfazer”:

O subprincípio da adequação exige que a limitação seja apropriada para contribuir para a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo. O subprincípio da necessidade exige que a limitação seja a menos gravosa entre todas aquelas que possuem, pelo menos, a mesma adequação para contribuir para o alcance do objetivo proposto. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito exige que a limitação atinja o fim proposto, em um grau que justifique o grau de limitação do direito (PULIDO, 2014, p. 220).

Ainda segundo Pulido (2014, p. 228), a justificação subjacente ao princípio da proporcionalidade “é que as limitações aos direitos fundamentais não podem ser excessivas”, ou seja, “as limitações não podem ir além do que é estritamente necessário”. Pulido sustenta que o surgimento dessa ideia se deu, originalmente, no campo da filosofia política iluminista, “nos momentos em que se discutia a origem do Estado e a justificação da coerção”, uma vez que “os filósofos que defendiam a teoria contratualista do direito natural afirmavam que os seres humanos tinham sido dotados de liberdade e que essa liberdade antecedia a toda associação política” (PULIDO, 2014, p. 228).

Pulido (2014, p. 228) afirma que, na visão de John Locke, cada ser humano, no estado de natureza, é senhor de si e dono de suas posses, de forma que todo indivíduo pode exercer sua liberdade sem ser submetido a qualquer forma de restrição. Ocorre que, segundo o autor, esse pensamento encontra como complemento a visão de Kant, para o qual “a liberdade dos seres humanos é suscetível de uma constante usurpação pela lei da sobrevivência do mais forte” (PULIDO, 2014, p. 228).

Disso decorre, segundo Pulido (2014, p. 228), que os indivíduos “se veem na necessidade de aderir a um pacto civil, por meio do qual submetem o exercício de sua liberdade ao império da lei”, tendo como contrapartida que “o Estado se veja obrigado a proteger suas vidas, sua liberdade e suas propriedades” (PULIDO, 2014, p. 228).

Nesse ponto, Pulido (2014, p. 228) identifica os “três elementos político-filosóficos” que, segundo ele, “fundamentam o princípio da proporcionalidade e se depreendem dessa

conhecida justificativa do Estado”, quais sejam:

Primeiro, a liberdade pessoal deve ser protegida na sociedade civil como algo inerente a cada indivíduo. Segundo, o Estado tem a faculdade de restringir a liberdade para satisfazer os direitos de outros e o interesse comum. Esses dois elementos dão lugar a um paradoxo. Aqui será denominado paradoxo da liberdade. De acordo com esse paradoxo, o Estado está autorizado a limitar a liberdade e, simultaneamente, a liberdade deve ser protegida das limitações estatais. O paradoxo pode ser solucionado por meio de um terceiro elemento. O Estado tem o poder de limitar a liberdade somente quando for necessário e na medida em que essa limitação seja destinada a satisfazer exigências que emanem dos direitos de outros indivíduos ou do bem comum (PULIDO, 2014, p. 228).

Prossegue o autor enfatizando que o corolário das três premissas acima citadas é a “regra geral do maior gozo possível da liberdade” e que as limitações estatais à liberdade, estas sim, devem ser a exceção, devendo limitar-se apenas a alcançar o fim por elas perseguido. Pulido identifica nesses elementos “a base da exigência⁸⁷ de que as limitações estatais às liberdades individuais devem ser proporcionais” e afirma que um dos primeiros exemplos dessa exigência ética foi a observação do Marquês de Beccaria, “segundo a qual as penas devem ser proporcionais aos delitos” (PULIDO, 2014, p. 228).

Contudo, observa Pulido, foi apenas no direito prussiano do século XVIII, no qual se deu a regulação sobre o uso da força policial (*Polizeirecht*), que “o princípio da proporcionalidade se configurou como um critério jurídico – e não mais apenas como um princípio político-filosófico para resolver o paradoxo da liberdade” (PULIDO, 2014, p. 228). O autor destaca o artigo § 10 da Seção II do Título 17 do Código Civil Prussiano⁸⁸ de 1794, onde restou estabelecido que: “a polícia adotará as medidas necessárias para manter a paz pública, a segurança e a ordem” (PULIDO, 2014, p. 228).

De acordo com o autor, foi a obra de Carl Gottlieb Svarez⁸⁹ que “assentou as bases

⁸⁷ Posteriormente, segundo Pulido, “a Assembleia Nacional da França reconheceu essa exigência como um direito no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi aprovada em 26 de agosto de 1789” (PULIDO, 2014, p. 228).

⁸⁸ *Allgemeines Landrecht für die PreuRischen Staaten*.

⁸⁹ Em artigo publicado no jornal do instituto Max Planck, Kuhli (2013, p. 21) avalia o papel histórico de Svarez e explicita a importância de suas ideias: “Carl Gottlieb Svarez was an advocate of the new school of natural law and thus convinced of the possibility of every circumstance in life to be governed by rules. At the same time, however, he felt deep loyalty towards the absolute monarch, which was not only due to his position as civil servant. The tension between the law and the ruler’s power entailed by these convictions shall be the topic of the present analysis. Svarez’ approach to the relation between law and power shall be analyzed on two different levels. Firstly, on a theoretical level, the reformist’s thoughts and reflections as laid down in his numerous works, papers and memorandums (...) Secondly, on a practical level, the question of the extent to which he implemented his ideas in Prussian legal reality shall be explored”.

gerais do princípio da proporcionalidade” (2014, p. 228). A obra em tela, segundo Pulido, foi “extremamente relevante para a aprovação e a interpretação dessa disposição, que depois seria considerada como a pedra angular do direito administrativo prussiano” (PULIDO, 2014, p. 228).

Pulido (2014, p. 228) explica que, para Svarez, “o Estado está autorizado a limitar a liberdade pessoal somente quando for necessário para tornar compatíveis a liberdade e a segurança”, e que este constitui “um princípio essencial do direito público”. O autor observa que, para Svarez, só há legitimidade de qualquer limitação estatal às liberdades individuais quando se considera “sua intensidade e adequação para alcançar o fim perseguido pela autoridade pública” (PULIDO, 2014, p. 228).

Pulido (2014, p. 229) lembra que, no final do século XVIII, “os direitos naturais exigiam que o uso da força policial executada pelo governo” fosse proporcional. Prossegue o autor, observando que:

Com o objetivo de controlar esse tipo de proporcionalidade, os tribunais começaram a proteger a liberdade, como uma forma de direito natural. A criação de uma Jurisdição Administrativa independente, o Tribunal Superior Administrativo prussiano (*Obverwaltungsgericht*), foi outro elemento que contribuiu para a expansão do princípio da proporcionalidade. Esse tribunal começou a funcionar em 1875 e constantemente invocava a violação ao princípio da proporcionalidade como razão para anular medidas coercitivas que limitavam os direitos individuais de forma excessiva. **O Tribunal Superior Administrativo prussiano compreendeu o princípio da proporcionalidade nos termos do subprincípio de necessidade**, ou seja, como um critério para garantir que as liberdades sejam limitadas, na realidade, pelo meio menos gravoso. Graças a esses elementos, no fim do século dezenove e começo do século vinte, o princípio da proporcionalidade já era um princípio geral do direito administrativo alemão (PULIDO, 2014, p. 229).

Pulido (2014, p. 229) destaca que, após a aprovação da Lei Fundamental alemã, “Von Krauss, pela primeira vez, analisou o princípio da proporcionalidade como um conceito formado por subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”. Prossegue, afirmando que, posteriormente, Lerche (1961) desenvolveu essa concepção acerca da estrutura desse princípio e que:

(...) denominou a proporcionalidade como “proibição do excesso” e dividiu sua estrutura em apenas dois subprincípios: necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Lerche considerava que as exigências do subprincípio da adequação se encontravam implícitas nos outros dois subprincípios. Essas bases conceituais da proporcionalidade seriam de suma relevância para jurisprudência de diversos países (PULIDO, 2014, p. 229).

Dando prosseguimento à sua análise da proporcionalidade, Pulido destaca que, de acordo com a visão de diversos teóricos, existe uma “relação necessária entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade”, de tal maneira “que esse princípio deve ser utilizado sempre e em todos os contextos em que se interpretem e se apliquem os direitos fundamentais” (PULIDO, 2014, p. 226).

Pulido acredita que o “emprego contínuo do princípio da proporcionalidade” dará, por fim, lugar a “resultados previsíveis”. O autor sustenta que:

(...) com o tempo, as decisões judiciais que utilizam este critério constroem uma rede de precedentes que fornecem as razões pelas quais certos tipos de medidas são inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito (PULIDO, 2014, p. 257).

Segundo Pulido (2014, p. 257), isso permitirá que os direitos fundamentais sejam aplicados de forma “consistente e coerente”. Cabe indagar se a consistência e coerência invocadas por Pulido podem ser harmonizadas com as considerações a respeito das consequências das decisões pautadas por esse princípio. Por outro lado, não se pode olvidar que as bases, hoje ruídas, do mundo contemporâneo foram urdidas pelo ideário liberal burguês oitocentista, o que implica, em primeiro plano, a defesa da liberdade de mercado, da livre-iniciativa, antes de considerar as liberdades políticas dos cidadãos. Nesse contexto, há que se considerar de que forma o princípio da proporcionalidade pode equacionar a liberdade (do mercado) e a segurança (da vida humana e de toda comunidade biótica) ao mesmo tempo que garante a liberdade (dos cidadãos) e a segurança (das atividades econômicas).

Nesse sentido, Pulido (2014, p. 245) assevera que para Alexy nem todo controle de constitucionalidade pode reduzir-se a uma análise de proporcionalidade, pois ele reconhece a existência de normas de direitos fundamentais cuja aplicação pode ser realizada por um mero exercício de subsunção. Pulido lembra, no entanto, que para Alexy há, sim, uma implicação necessária entre o princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais, e que, ainda que Alexy “não classifique essa implicação como uma conexão conceitual”, é possível observar em alguns de seus argumentos que tal implicação possui esse caráter (PULIDO, 2014, p. 245).

Pulido (2014, p. 245) atenta para os dois elementos centrais da tese alexyana, afirmando que, em sua primeira parte, encontra-se o postulado que afirma a existência de uma classe de normas constitucionais, os princípios, os quais possuem uma “conexão necessária com o

princípio da proporcionalidade” e que, por sua vez, em sua segunda parte, “há uma conexão necessária entre princípios e direitos fundamentais” (PULIDO, 2014, p. 245-246).

Se esse segundo elemento da tese alexyana for demonstrado, sustenta Pulido (2014, p. 246), como consequência, chegar-se-á à conclusão de que os direitos fundamentais implicam conceitualmente a utilização do princípio da proporcionalidade, ou seja, não é possível “controlar a constitucionalidade das limitações aos direitos fundamentais sem utilizar a proporcionalidade”. Segundo Pulido (2014, p. 246), a existência de uma conexão conceitual necessária entre direitos fundamentais e princípios:

Implicaria que, em qualquer momento e em qualquer lugar em que existam direitos fundamentais, necessariamente alguns deles teriam a estrutura normativa de princípios e deveriam, então, ser aplicados por meio do princípio da proporcionalidade (PULIDO, 2014, p. 246).

Pulido (2014, p. 246) sustenta que da simples existência dessa conexão tem-se como decorrência que a teoria dos princípios de Alexy tem o caráter de uma “teoria metodológica universal” sem a qual não é possível defender os direitos fundamentais⁹⁰. Nesse sentido, Pulido (2014, p. 247) ressalta que, embora Matthias Jestaedt (2012, p. 159) reconheça em algumas práticas concernentes aos direitos fundamentais a existência da necessidade de ponderação, esse autor, não obstante, afirma que “disso não se conclui que os direitos fundamentais sejam, em sua própria essência, princípios” (PULIDO, 2014, p. 246).

Pulido (2014, p. 247) afirma que, por seu turno, ao contestar Jestaedt, Alexy alega que esse autor propõe uma “tese da contingência”, segundo a qual a conexão entre proporcionalidade e princípios, por um lado, e entre princípios e direitos fundamentais, por outro lado, “depende exclusivamente da decisão específica das autoridades políticas – sobretudo, dos autores da Constituição”. Dessa forma, os direitos fundamentais só teriam a estrutura de princípios se assim fossem definidos no direito positivo pelos autores da Constituição, ou se estes determinassem a obrigatoriedade do uso do critério da proporcionalidade para a proteção dos direitos (PULIDO, 2014, p. 247).

Pulido (2014, p. 247) observa que Alexy põe em questão a tese da contingência com um

⁹⁰ Pulido observa que Matthias Jestaedt (2012, p. 159): “reconhece que, em algumas práticas concernentes aos direitos fundamentais, existe uma necessidade de ponderar. Não obstante, de acordo com seu entendimento, disso não se conclui que os direitos fundamentais sejam, em sua própria essência, princípios” (PULIDO, 2014, p. 246).

argumento que sustenta a “versão fraca da tese da necessidade conceitual”. Segundo Pulido, o raciocínio elaborado por Alexy destaca que os direitos fundamentais possuem uma dupla natureza, pois tomam parte do direito positivo. Por outro lado, também possuem uma natureza ideal que se mantém, “além de sua positivação”. No tocante à sua natureza ideal, são direitos humanos morais e abstratos, ou seja, “princípios substantivos” convertidos em direito positivo pelo poder constituinte. Como direitos abstratos, cuja referência pura e simples são os objetos como “liberdade e igualdade, vida e propriedade, liberdade de expressão e a proteção da personalidade”, esses objetos, inevitavelmente, colidem entre si (PULIDO, 2014, p. 247).

Pulido (2014, p. 247) adverte que, para Alexy, isso explicaria a razão em virtude da qual a prática da aplicação dos direitos fundamentais deveria necessariamente solucionar as colisões entre esses direitos humanos abstratos com *status* ontológico de princípios substantivos. Pulido observa que Alexy entende que o princípio da proporcionalidade é necessário para resolver tais colisões e que são essas razões – as que dizem respeito à própria natureza dos direitos humanos, entendidos como “princípios abstratos substantivos transformados em direito positivo” –, que fazem com que a utilização da proporcionalidade seja necessária para qualquer prática de aplicação dos direitos fundamentais (PULIDO, 2014, p. 247).

Nesse ponto, Pulido (2014, p. 247) assevera que essa posição, defendida por Alexy, abre espaço para duas críticas e que ambas são dirigidas à segunda parte de sua tese. Pulido as denomina, respectivamente, crítica ontológica e crítica metodológica. De acordo com o autor, a crítica ontológica aponta que a posição de Alexy se baseia na existência de princípios substantivos por trás dos direitos fundamentais. Pulido acredita que a existência desses princípios substantivos pode provar a existência de uma conexão conceitual necessária entre princípios e direitos fundamentais e que, além disso, existiriam razões linguísticas a favor da existência de tais “princípios substantivos” (PULIDO, 2014, p. 247).

O autor (2014, p. 248) entende que pelo fato de as disposições constitucionais se referirem a conceitos como os de “igualdade, liberdade ou devido processo legal” seria possível justificar que efetivamente exista algo chamado “princípio substantivo de igualdade, liberdade ou devido processo”. Tais princípios, segundo Pulido, seriam o “objeto das proposições expressas pelas disposições constitucionais”, algo que se assemelharia ao “Terceiro Reino de

Frege”⁹¹ (PULIDO, 2014, p. 248).

Contudo, alerta Pulido (2014, p. 248), a tese alexyana não convence aqueles que não acreditam na “existência dos direitos humanos como entidades morais abstratas pré-positivadas e substantivas”. Pulido observa que, em sua maioria, os teóricos dos direitos humanos defendem que esses direitos não existem objetivamente, mas são o “objeto de proposições éticas que promovem perspectivas acerca de quais direitos devem ser protegidos juridicamente”. Por outro lado, sustenta Pulido, a tese de Alexy também não se mostra apta a convencer esses teóricos, de modo que deveria se encontrar uma justificativa para o uso da proporcionalidade capaz de atingir um consenso mais amplo. Tal tese, segundo Pulido, poderia fornecer uma “base mais robusta para a tese da necessidade do princípio da proporcionalidade” e, desse modo, para justificar a migração desse princípio (PULIDO, 2014, p. 248).

Quanto à crítica metodológica, Pulido (2014, p. 248) explica que esta consiste em sustentar que, mesmo sendo consensual a existência dos “princípios substantivos subjacentes às disposições constitucionais”, isso não teria como decorrência forçosa e necessária que as colisões devessem ser solucionadas por meio da proporcionalidade, pois, poderia haver, e de fato há, segundo o autor, “práticas constitucionais que utilizam ferramentas metodológicas alternativas para resolver essas colisões”. Desta feita, reconhece, o princípio da proporcionalidade não pode ser considerado o “único instrumento jurisprudencial disponível para a aplicação dos direitos fundamentais” (PULIDO, 2014, p. 248).

Pulido (2014, p. 248-249) elenca, entre os critérios alternativos:

A análise categórica utilizada em casos relativos à primeira emenda da Constituição estadunidense, a análise concernente à existência de um conteúdo essencial de direitos fundamentais (*Wesensgehalt*), as chamadas teorias internas dos direitos fundamentais desenvolvidas por parte da doutrina constitucional alemã e utilizada por um setor da jurisprudência, a doutrina britânica referente à irrazoabilidade e outros critérios do direito de igualdade utilizados no direito constitucional estadunidense (PULIDO, 2014, p. 248-249).

A existência dessas práticas, segundo Pulido (2014, p. 249), poderia provar o fato de não haver uma “conexão conceitual necessária entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade”. O que pode haver, e efetivamente há, afirma, é a “proteção dos direitos

⁹¹ O “terceiro reino” (*drittes Reich*) de Frege diz respeito à percepção esposada por esse filósofo sobre os pensamentos não serem nem coisas do mundo externo nem representações. Porta observa a esse respeito que: “(...), por conseguinte, deve-se aceitar um ‘terceiro reino’, que coincidirá com as representações por não ser sensível e com os objetos físicos por não precisar de um portador” (PORTA, 2009, p. 136).

fundamentais sem o uso do princípio da proporcionalidade”. No entanto, reconhece Pulido, o princípio da proporcionalidade é “normativamente necessário para a proteção dos direitos fundamentais” e é possível sustentar esse argumento observando-se a “migração do princípio da proporcionalidade através de diferentes contextos”, pois se constata que nos casos em que ela se deu há um ponto em comum, qual seja o emprego da proporcionalidade “com o objetivo de resolver várias expressões do paradoxo da liberdade” (2014, p. 250). Esse paradoxo filosófico-político, esclarece Pulido:

(...) ocorre no direito administrativo, no direito constitucional, no direito europeu de direitos humanos e no direito europeu comunitário. Em todas essas áreas, está permitido às autoridades limitar os direitos e, ao mesmo tempo, proteger esses direitos de limitações. Os juízes utilizam o princípio da proporcionalidade para garantir que as limitações sejam legítimas, adequadas, necessárias e moderadas (PULIDO, 2014, p. 251).

Indubitavelmente, segundo o autor (2014, p. 254), também é possível que se recorra a critérios alternativos para a resolução do paradoxo da liberdade. No entanto, dadas essas circunstâncias, alega Pulido, não é possível conceber a existência de “algum critério objetivo para a proteção dos direitos fundamentais”, isto é, um critério que ofereça respostas que não suscitem incertezas ou desacordos. Isso não se aplica apenas ao princípio da proporcionalidade, mas também aos critérios alternativos (PULIDO, 2014, p. 254).

Não obstante, sustenta Pulido (2014, p. 254), isso não significa que só o que resta é arbitrariedade ou decisionismo, já que, tanto nos sistemas jurídicos europeus quanto em outras nações, a proteção constitucional dos direitos fundamentais encontra-se atrelada a certos valores que emanam do “constitucionalismo, da democracia deliberativa e do Estado de Direito”. Esses valores, tão caros à sociedade, são: imparcialidade, racionalidade, não arbitrariedade, previsibilidade das decisões futuras, legitimidade no exercício do controle de constitucionalidade, respeito à separação dos poderes e prioridade dos direitos fundamentais (2014, p. 254). Como corolário, o autor afirma que a democracia deliberativa implica:

Os valores de racionalidade e imparcialidade. As decisões políticas que resolvem problemas de coordenação social e moral são legítimas quando são adotadas mediante um processo de deliberação que leva em conta todos os argumentos relevantes. Dentro de tal processo, é necessário justificar todas as decisões políticas e adotá-las dentro de um intercâmbio público de argumentos “defendidos por todos os participantes que defendem os valores de racionalidade e imparcialidade”, e em que todos os afetados pela decisão possam participar de forma direta ou indireta por meio de seus representantes (PULIDO, 2014, p. 254).

Segundo Pulido (2014, p. 254), é necessário considerar que, nesse contexto, o princípio da imparcialidade impõe uma “adequada consideração aos interesses de todos os possíveis afetados” e o princípio da racionalidade deve referir-se a “certas exigências que as decisões judiciais devem cumprir”. Observa o autor que, ainda que não haja um “consenso acerca dessas exigências”, geralmente, admite-se que, “para ser racional, uma decisão judicial deve ser justificada conforme o Direito”. Tal ocorre quando a justificação se manifesta de maneira conceitualmente clara e consistente, e quando as exigências de apoio são cumpridas com premissas completas e exaustivas (PULIDO, 2014, p. 255).

A ideia de um Estado de Direito contém em sua essência, afirma Pulido (2014, p. 255), o princípio da não arbitrariedade, da previsibilidade das decisões dos magistrados e das autoridades políticas, o respeito à separação de poderes e a imparcialidade. De acordo com o primado do Estado de Direito, as decisões judiciais que concedem proteção aos direitos fundamentais não podem ser arbitrárias, ao contrário, é imperioso que elas devam ser fundamentadas em “razões plausíveis”. Além disso, “devem ser previsíveis”, de maneira que, tanto os indivíduos quanto as autoridades possam “conhecer o direito aplicável”. Para que isso ocorra, é fundamental o respeito à “integridade das competências das autoridades políticas” (PULIDO, 2014, p. 255).

Em particular, as decisões judiciais devem ser o resultado do exercício legítimo de um poder judicial que respeite as margens de discricionariedade dos representantes do povo na tomada de decisões políticas, afirma o autor (2014, p. 255). Pulido observa que o argumento no qual se sustenta a “necessidade normativa do princípio da proporcionalidade” tem como base a justificação em abstrato de sua utilização e a crítica aos instrumentos alternativos. O autor assevera que o princípio da proporcionalidade “protege a prioridade dos direitos fundamentais em maior grau que o princípio britânico da razoabilidade” e que, além disso, de forma diversa do critério de razoabilidade, o princípio da proporcionalidade possui uma estrutura argumentativa “racional e transparente”. Para Pulido, o princípio da proporcionalidade é também “mais imparcial e transparente do que as análises categóricas e as teorias internas dos direitos fundamentais” e, como tal, apresenta-se como um critério possuidor de uma estrutura que, de “forma aberta”, considera não apenas todas as razões jurídicas, metodológicas e morais a favor e contra a constitucionalidade das limitações aos direitos fundamentais, mas também os interesses afetados a todas as partes afetadas por tal limitação (PULIDO, 2014, p. 255-256).

Dessa forma, Pulido (2014, p. 256) argumenta que o princípio da proporcionalidade possibilita a crítica esclarecida às decisões judiciais e, também, impede “decisões arbitrárias atinentes aos direitos”, pois juízes e autoridades políticas devem “justificar as limitações aos direitos fundamentais” uma vez que tenham levado em consideração todos os argumentos e os interesses em jogo (PULIDO, 2014, p. 256).

Sustenta Pulido (2014, p. 256) que o princípio da proporcionalidade é o que melhor observa a “separação de poderes e a democracia representativa”, possibilitando que as autoridades judiciais efetuem o controle de constitucionalidade de forma mais legítima que os critérios alternativos. Por outro lado, prossegue Pulido, a estrutura do princípio possibilita a “inclusão de uma análise das margens de discricionariedade das autoridades políticas”, além de estimular o diálogo entre juízes, legisladores e o executivo. Por fim, aduz o autor, o emprego contínuo do princípio da proporcionalidade:

Dá lugar a resultados previsíveis. Com o tempo, as decisões judiciais que utilizam este critério constroem uma rede de precedentes que fornecem as razões pelas quais certos tipos de medidas são inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Isso permite que os direitos fundamentais sejam aplicados de forma consistente e coerente.

Finalmente, ressalta o autor, a “natureza estrutural do princípio da proporcionalidade” torna possível a emergência de diferentes concepções desse princípio, aptas a ajustarem-se a contextos distintos. Isso possibilita o reconhecimento de “margens nacionais de discricionariedade específicas de cada jurisdição”, assim como também permite a utilização desse critério juntamente com “outros critérios e conceitos jurídicos locais que não lhe sejam incompatíveis” (PULIDO, 2014, p. 256).

3.2.3. A crítica vicentina ao princípio da proporcionalidade como método jurisdicional de resolução de conflitos

De acordo com Vicente (2014), a proporcionalidade é um princípio geral de direito, que se encontra constitucionalmente consagrado e apto a conformar os atos do poder público – bem como, em certa medida, de entidades privadas – de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjetivos deve revelar-se “idónea e necessária para atingir os fins legítimos e concretos que cada um daqueles actos visam” (VICENTE, 2014, p. 50)

Vicente (2014, p. 50) defende que o princípio da proporcionalidade oferece ao juiz

elementos que permitem a construção de um “método desonerador” para a resolução de conflitos de direitos fundamentais e outros bens, interesses e valores. Para explicitar sua proposta, Vicente (2014, p. 50), primeiramente, caracteriza o método jurisdicional da proporcionalidade, para, então, passar a considerar sua aplicação prática e sua atualidade.

3.2.3.1. Análise crítica da proporcionalidade em Robert Alexy

A *Theorie der Grundrechte* de Alexy serviu de ponto de partida para Vicente (2014, p. 50) explicitar sua compreensão do método jurisdicional da proporcionalidade. Ao examinar as duas premissas iniciais da teoria alexyana – “os direitos fundamentais são princípios e os princípios são exigências ou mandamentos de otimização” –, a autora avalia que, da “natureza dos princípios enquanto exigências de otimização, Alexy deduz o princípio da proporcionalidade”, passando, então, a considerá-lo.

Vicente (2014, p. 51), ao analisar os três subprincípios que compõem o princípio da precaução, observa que a adequação e a necessidade são tidas como exigências de otimização dos princípios relevantes num caso concreto “dentro daquilo que é empiricamente possível”, enquanto que, ao considerar a proporcionalidade em sentido estrito, a autora destaca que esta será, também, uma exigência de otimização dos princípios relevantes, “porém relativo àquilo que é legalmente permitido” (VICENTE, 2014, p. 51).

Vicente (2014, p. 51) afirma que o princípio da necessidade também deriva da natureza dos princípios e que Alexy o entende como a exigência do “recurso ao meio menos lesivo possível”, o que, de acordo com a autora:

Colocando-nos perante uma situação inicial o mais simples possível, teremos o Estado, que visa prosseguir o interesse I exigido pelo (ou equivalente ao) princípio P₁, e que para tal sacrifica o princípio P₂, referente ao indivíduo. Imaginemos que existem dois meios, M₁ e M₂, ambos igualmente adequados à prossecução do interesse estatal I; e que o meio M₂ é menos lesivo para os direitos fundamentais do indivíduo que tomam a forma do princípio P₂. Para o princípio P₁, é indiferente qual dos meios se emprega, visto serem ambos igualmente adequados à satisfação de I. Mas como o princípio P₂ exige a sua otimização, e como o seu grau de satisfação, de um ponto de vista empírico, é maior com o recurso ao meio M₂, apenas pode ser este o escolhido. O princípio da adequação, por seu turno, pode ser subsumido a este teste: os meios M₁ e M₂ só podem ser considerados necessários se forem idóneos à prossecução do interesse I, pelo que este princípio fixa os limites dentro dos quais a otimização da satisfação dos princípios à luz das condições factuais se realiza. No entanto, de um ponto de vista empírico, existe ainda a possibilidade de a satisfação óptima de P₂ corresponder àquela situação na qual nenhum dos meios é empregue. Na verdade, o

princípio da necessidade nada nos diz sobre se M_2 deve ou não ser escolhido, apenas nos permitindo distinguir entre ele e outros meios alternativos (VICENTE, 2014, p. 51).

É nesse ponto, segundo Vicente (2014, p. 52), que entra o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. A autora afirma que, para Alexy, a “adopção ou não do meio M_2 deve ser uma questão daquilo que é legalmente possível, isto é, uma questão de ponderação (*‘balancing’*) entre o princípio P_1 e P_2 ”. De acordo com Vicente, esse teste rege-se pela *Law of Balancing*, o qual estabelece que “quanto maior for o grau de sacrifício de um princípio em detrimento de outro, maior deve ser a importância da satisfação daquele” (VICENTE, 2014, p. 52).

Da caracterização isolada de cada um dos subprincípios da proporcionalidade, sustenta Vicente, tem-se como decorrência lógica a delimitação da proporcionalidade no seu todo como um mandamento de otimização “à luz daquilo que é empírica e legalmente possível”, sendo, dessa maneira, algo inerente à própria natureza dos direitos fundamentais (2014, p. 52). De tal sorte, segundo a autora, chega-se às características centrais da teoria dos direitos fundamentais alexyana no tocante à proporcionalidade (VICENTE, 2014, p. 52).

3.2.3.2. Subprincípios da proporcionalidade

Como é sabido, o princípio da proporcionalidade é formado por três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Vicente (2014, p. 27) inicia suas considerações com o “teste da adequação ou idoneidade”, que consiste em uma forma de controle meramente empírico da “relação de adequação medida-fim”. Dessa forma, ressalta a autora, o questionamento para a qual se busca resposta com esse teste é: “a medida proposta é capaz de atingir o fim com ela visado?” (VICENTE, 2014, p. 27).

A autora sublinha que essa avaliação se desenvolve em “territórios estranhos a quaisquer aspectos normativos”, pois se utiliza, antes de tudo, de “critérios empíricos e qualitativos” (2014, p. 27). Vicente pontua que no referido teste a racionalidade utilizada é aquela proposta pelo Douto jurista lusitano, Catanheira Neves, qual seja o “discurso de referência objectiva”, no qual se sobressai a “modalidade técnico-finalística”, sendo que essa racionalidade teórica, “que se confunde com a racionalidade finalística weberiana (*Zweckrationalitat*)”, caracteriza-se por adotar uma perspectiva funcional da realidade, “que se organiza segundo um esquema

técnico meio-fim” (VICENTE, 2014, p. 27).

Outra questão apontada por Vicente (2014, p. 27) é saber se cabe na adequação “um juízo acerca do grau de eficiência da medida proposta”, uma vez que, sob essa perspectiva, não só “se avaliaria se a medida seria capaz de atingir o fim, mas se o faria conseguindo resultados ótimos”. Nesse ponto, a autora argumenta que:

(...) a resposta parece-nos ser negativa. Escapa à intenção do princípio da proporcionalidade a otimização da relação meio-fim, pelo que uma medida é considerada idónea desde que se revele capaz de atingir o seu objectivo, ainda que o faça de forma pouco eficiente (VICENTE, 2014, p. 27).

Concluindo sua avaliação do subprincípio da adequação, Vicente (2014, p. 27) sustenta que, por certo, encontra-se subentendida a compreensão de que os fins colimados pela norma devem ser legítimos. No entanto, afirma Vicente, alguns autores sustentam a “legitimidade dos fins como um momento autónomo, anterior ao da adequação”, não considerando que esse requisito se encontra implícito na própria aplicação do princípio da proporcionalidade (VICENTE, 2014, p. 28).

Quanto ao subprincípio da necessidade, a autora (2014, p. 28) aponta que a medida julgada adequada na etapa anterior – adequação – passa, em seguida, pelo teste da necessidade ou da exigibilidade. Vicente lembra que a ideia da necessidade se radica na origem do próprio princípio da proporcionalidade, como decorrência do direito do cidadão à “menor desvantagem possível”. Isso significa que o Estado, na medida do possível, deve empregar as medidas “menos lesivas ou onerosas para o cidadão”. Esse princípio objetiva, dessa maneira, assegurar que os meios empregados são absolutamente necessários à perseguição dos fins, procurando responder à pergunta: “a medida proposta é a medida menos lesiva possível?” (VICENTE, 2014, p. 28).

Desta feita, a operação principal será, portanto, a operação da comparação, sublinha a autora (2014, p. 29). O juízo da necessidade “faz-se, não em termos absolutos, mas em termos relativos”, pois tem como pressuposto a comparação “entre uma medida adequada e outras medidas também adequadas”, aduz. Isso significa que uma medida será considerada necessária – quando comparada com outras “medidas idóneas”, aptas a alcançar o mesmo fim – caso se revele a menos lesiva. Por outro lado, destaca Vicente, tal medida será desnecessária se não for

capaz de resistir a essa comparação, chegando-se, por conseguinte, à conclusão de que “existiriam outros meios que atingiriam o mesmo fim com menor desvantagem para o cidadão”, pelo que, observa Vicente:

A avaliação da necessidade se afigura mais complexa do que a da adequação. Com efeito, a comparação do grau de lesividade de duas medidas não se basta com critérios empíricos e quantitativos, sendo necessário recorrer a instrumentos de ordem qualitativa que atendam à natureza dos direitos e interesses em causa e, quando aquelas sacrifiquem bens, interesses ou valores idênticos, critérios de ponderação valorativa que permitam optar entre eles (VICENTE, 2014, p. 29).

A autora (2014, p. 29) destaca que, diante do caráter relativo dessa operação, a doutrina elaborou “critérios densificadores” que permitem uma maior operacionalidade prática, o que conduz a máxima da necessidade a desdobrar-se em quatro requisitos:

(...) a necessidade material, que exige que as restrições aos direitos fundamentais sejam mínimas; a necessidade espacial, que limita o âmbito de intervenção da medida; a necessidade temporal, respeitante à delimitação da medida no tempo; e a necessidade pessoal, exigindo que as pessoas afectadas sejam apenas aquelas cujos interesses devem ser efectivamente lesados (VICENTE, 2014, p. 29).

Vicente (2014, p. 29) aponta que alguns autores incluem no teste da adequação a “medida da eficácia da norma”, ou seja, “uma medida seria desnecessária se houvesse outra menos lesiva e igualmente eficaz na prossecução do fim visado”. Tal é a posição do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, lembra a autora, o que não significa que esse posicionamento não seja polêmico, e que de fato o é. Vicente observa que há autores que admitem a inclusão da medida a depender do contexto concreto, enquanto outros negam a hipótese de incluir no teste da necessidade juízos de eficiência, sob pena de sujeitar o princípio da proporcionalidade a uma racionalidade instrumental (VICENTE, 2014, p. 30).

Prosseguindo em sua avaliação dos subprincípios da proporcionalidade, Vicente (2014, p. 30) tece suas considerações a respeito do terceiro e último deles: a proporcionalidade em sentido estrito. A autora destaca que, depois de se concluir os testes da adequação e necessidade, dá-se prosseguimento, então, ao teste da proporcionalidade em sentido estrito, também denominado da racionalidade, que objetiva aferir sua validade material, perguntando: “o sacrifício imposto pela medida proposta é admissível à luz de parâmetros normativo-axiológicos?” (2014, p. 30). A autora observa que:

(...) o jogo do princípio da proporcionalidade em sentido estrito já não se fará, por

isso, entre meios e fins, mas sim entre bens, interesses e valores. Com efeito, coloca-se em confronto os bens, interesses e valores perseguidos pela medida, e que esta atingiria – sendo a medida considerada proporcional em sentido estrito se a satisfação dos interesses conseguida for proporcional ao sacrifício exigido. A proporcionalidade assume, então, o significado de “justa medida”; numa palavra, pretende-se saber se os resultados obtidos estão numa relação de “medida” ou de “desmedida” com a carga lesiva que acarretam (VICENTE, 2014, p. 30).

Quanto ao juízo de proporcionalidade em sentido estrito, Vicente (2014, p. 30) sustenta ser esse um juízo de “ponderação normativa” e que a racionalidade que lhe dá suporte “não pode ser outra senão a racionalidade axiológica (*Wertrationalitat*) de Weber”. A autora observa que a racionalidade axiológica (*Wertrationalitat*) opõe-se à racionalidade finalística (*Zweckrationalitat*), pois, enquanto “uma acção *zweckrational* orienta-se segundo meios, tidos subjectivamente por adequados para alcançar fins subjectiva e claramente concebidos”, por sua vez, uma acção *wertrational* será determinada pela “crença consciente no próprio valor incondicionado, em sentido ético, religioso ou outro, de um determinado comportamento puramente como tal e independentemente do resultado” (VICENTE, 2014, p. 30).

Algumas considerações são tecidas por Vicente (2014, p. 31) quanto à ordem de apreciação dos subprincípios da proporcionalidade. A autora observa que a aplicação dos testes de cada um dos subprincípios do princípio da proporcionalidade não obedece a uma ordem rigorosa, no entanto, é necessário colocar duas restrições lógicas:

(...) a impossibilidade de aferição da necessidade sem um controlo prévio da adequação (uma medida necessária tem de permitir atingir o fim); e a impossibilidade de avaliação da proporcionalidade em sentido estrito sem um controlo prévio da adequação ou da adequação e necessidade (também não faz decerto sentido averiguar se o sacrifício de um interesse é proporcional à satisfação do interesse perseguido se estes não estiverem numa relação meio/fim) (VICENTE, 2014, p. 31).

Concluindo, Vicente (2014, p. 31) afirma que todas as demais hipóteses⁹² são admissíveis, e a opção por uma delas dependerá da interpretação da norma.

3.2.3.3. Proporcionalidade e método

De acordo com Vicente (2014, p. 60) o princípio da proporcionalidade oferece ao juiz um método, um esquema procedimental que permite desenvolver um juízo de ponderação acerca de bens, interesses e valores “duplamente fundamentado – no sistema e no problema”.

⁹² Quais sejam: a apreciação dos três subprincípios; apreciação da adequação; apreciação da adequação e necessidade; e apreciação da adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Com tal assertiva, a autora sustenta, primeiramente, que o princípio da proporcionalidade se traduz num “esquema decisório”; em segundo lugar, que esse esquema permite a “fundamentação da decisão no sistema e no problema” (VICENTE, 2014, p. 60).

Quanto à primeira colocação, a autora (2014, p. 60) esclarece que esta diz respeito ao problema do caráter do princípio da proporcionalidade, ou seja, é necessário identificar se esse um princípio é de índole material ou tão somente formal-procedimental. Nesse sentido, Vicente sustenta que o princípio da proporcionalidade se traduz num:

Complexo de regras ou instrumentos que visam a obtenção de uma verdade que lhe é exterior, isto é, oferece uma estrutura formal a um exercício de ponderação normativa que terá todavia de encontrar os seus critérios materiais fora dele. Um exemplo ilustrativo encontramos-lo na *Law of Balancing* de Alexy – esta diz-nos que quanto maior for o grau de sacrifício de um princípio em detrimento de outro, maior deve ser a importância da satisfação daquele; porém nada nos diz sobre como determinar a importância da satisfação dos princípios⁹³ (VICENTE, 2014, p. 60).

Uma vez reconhecida sua natureza procedimental, Vicente (2014, p. 60) propõe-se a esclarecer qual o procedimento que prescreve. Para tanto, considera o que acima foi exposto, que o princípio permite a “fundamentação da decisão no sistema e no problema”. Recorre, então, ao esquema da proposta metodológica do jurisprudencialismo do Jurista português Castanheira Neves⁹⁴, para sustentar que o princípio da proporcionalidade:

(...) tem uma função semelhante à que encontramos no momento da questão de direito em concreto, que consiste na experimentação do critério seleccionado na questão de direito em abstracto e cujo sentido foi determinado aquando da interpretação. A questão de direito em concreto é o “problema do próprio juízo concreto que há de decidir”, sendo por isso o momento no esquema metódico onde se manifesta a *voluntas* do juiz que é reconduzida à *ratio* pelo tal juízo normativo. Também o princípio da proporcionalidade experimenta a norma em avaliação em vários níveis, revertendo a *voluntas* do juiz à *ratio* do sistema, diremos através da dupla fundamentação (VICENTE, 2014, p. 61).

⁹³ A autora esclarece que não espousa a tese da neutralidade axiológica do princípio da proporcionalidade, com todos os perigos que dela decorrem ao “abrir caminho para a arbitrariedade na decisão (...) bastará atentar na sua história para reconhecer que o princípio leva implícita uma certa ideia de justiça, sendo mesmo impensável num ordenamento jurídico que não visse nele consagrado o valor da dignidade da pessoa humana e nele reconhecidos os seus direitos fundamentais, pois que será por eles convocado” (VICENTE, 2014, p. 60).

⁹⁴ António Castanheira Neves, filósofo do direito português, professor jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Borges descreve a teoria jurisprudencialista construída por Castanheira Neves como uma alternativa teórica para a realização do direito que: “(...) envolve a consideração, primeiro, do ser humano como pessoa, que é, ao mesmo tempo, sujeito de direito e sujeito de deveres, com responsabilidades firmadas em um conteúdo axiológico construído. Acrescenta a dimensão da práxis, onde o indivíduo deve ser sempre percebido como sujeito comunitário. A problemática jurídica se estabelece neste sistema sempre com a conjugação axiológica comunitária, via legislação estabelecida, e o universo prático onde histórico e culturalmente o ser humano está integrado” (BORGES, 2018, p. 3213).

A chave para a compreensão dessa dupla fundamentação pode ser encontrada, segundo Vicente (2014, p. 61), no desdobramento do princípio da proporcionalidade nos seus três subprincípios. A autora afirma que no teste da adequação e da necessidade reside a “fundamentação empírico-factual da decisão no problema e nas circunstâncias que o compõem”, enquanto do teste da proporcionalidade em sentido estrito emana a “fundamentação normativa no sistema enquanto precipitação da validade comunitária”. Dessa forma, afirma Vicente:

São também de assinalar duas diferenças em relação à tese de Alexy – aquilo que se pretende é a fundamentação e não a optimização; e o teste da proporcionalidade em sentido estrito não se reporta à legalidade, mas sim ao sistema e à normatividade (VICENTE, 2014, p. 61).

Quanto à primeira diferença, Vicente esclarece que ela está ligada à concepção particular dos princípios enquanto “exigências de optimização”, proposta por Alexy (2014, p. 62). A autora observa que essa compreensão tem recebido inúmeras críticas, sendo que a principal é a que rejeita a tese dos princípios como exigências de optimização por considerar que ela retira deles a sua “força normativa”. Vicente sustenta que ao afirmar os princípios como mandamentos de optimização se quer dizer que “estes podem ser aplicados com vários graus de satisfação, desde a sua não satisfação à sua satisfação plena”. Essa colocação levaria à admissão de que princípios como o da dignidade humana pudessem ser “preteridos em favor de interesses colectivos”. É nesse ponto que, segundo a autora, acirram-se as críticas que questionam, também, a “irracionalidade do método de ponderação”, uma vez que este abre caminho à arbitrariedade (VICENTE, 2014, p. 62).

Vicente (2014, p. 62), ao reconhecer a “perniciosidade da concepção dos princípios como mandamentos de optimização”, volta-se para a proposta de Castanheira Neves e afirma que este concebe os princípios como “objectivações dos compromissos práticos da validade comunitária (naquela praxis de estabilização que caracteriza a experiência do sistema)”, por isso mesmo ocupando “a posição privilegiada de um primeiro estrato do sistema”. São, pois, segundo essa visão:

Os princípios que realizam a intenção que se atribui à validade de uma ordem normativa regulativa da prática – e isto através do seu tratamento metodológico como fundamentos. Os fundamentos são justificações racionais de uma decisão, que orientam o juiz sem lhe imporem uma única solução; e opõem-se aos critérios, operadores técnicos que podem ser mobilizados directamente por anteciparem

problemas e proporem soluções. Assim, os princípios são objectivações normativas da validade, que vinculam, não obstante, a prática, impondo-se como fundamentos das decisões (VICENTE, 2014, p. 62).

A segunda diferença, segundo Vicente (2014, p. 63), é uma decorrência da “necessidade de fundamentação da decisão na validade normativa”, ou seja, na “dialéctica que se estabelece entre o sistema e o problema”. Sabe-se, pontua a autora, como a validade se manifesta na prática através dos juízos normativos, por meio dos quais o sistema se realiza e as decisões são racionalmente fundamentadas. Por esse motivo, sustenta a autora, ainda é possível flagrar algo de positivista “presente na compreensão do teste da proporcionalidade em sentido estrito enquanto exigência de optimização dos princípios à luz das possibilidades legais, apenas para substituir a legalidade pelo sistema” (VICENTE, 2014, p. 63).

Nesse sentido, Vicente adverte que a experiência histórica do positivismo legalista serviu para ensinar que “não podemos mais pretender esgotar todo o direito na legalidade, pois que esta sempre falhará em responder aos problemas que se colocam na prática numa mutação inelidível” (2014, p. 63). De fato, afirma Vicente, quando o direito falha em acompanhar a constante evolução da práxis, certo é que também falhará no exercício do seu papel constitutivo de um “horizonte normativo de integração comunitária” (VICENTE, 2014, p. 63).

Vicente (2014, p. 63) defende a necessidade de buscar-se “algo que se terá de encontrar muito para além do legalismo”, no entanto, ao mesmo tempo, “suficientemente aquém de uma qualquer ordem metafísica intangível”, de forma que se alcance uma satisfatória regulação da práxis. Tal esforço talvez seja, diz a autora, visionário, uma “quimera do pós-positivismo” para a qual busca respostas na obra de Castanheira Neves, ao lhe pedir de empréstimo “a solução do sistema enquanto unidade normativa estabilizadora da validade” e que, enquanto tal, acredita Vicente, “desempenha um luminoso papel desonerador da tarefa do juiz”. Dessa forma, sustenta Vicente (2014, p. 63):

O teste da proporcionalidade em sentido estrito não se pode reconduzir apenas à legalidade – isto é, ao estrato das normas legais –, mas sim ao sistema no seu todo, pois que só desta sorte logrará o seu objectivo de aferir a validade material da decisão (VICENTE, 2014, p. 63).

Para descrever o método do princípio da proporcionalidade, Vicente (2014, p. 64), primeiramente, afirma que esse é um método que se aplica às “decisões jurisdicionais resolutivas de conflitos de bens, interesses e valores que acarretem um sacrifício para uma ou

ambas as partes”, e que sua maior relevância radica-se no tratamento dos conflitos entre direitos fundamentais, principalmente aqueles para os quais não há “concretização normativa – por exemplo, casos em que esteja em causa um conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra” (VICENTE, 2014, p. 64).

A autora (2014, p. 64) não endossa que o princípio da proporcionalidade seja uma decorrência lógica da natureza dos princípios. Vicente sustenta que o juiz, quando posto diante da tomada de tais decisões, tem de ponderar os bens, interesses e valores em conflito, e a sua decisão, sempre, ocasiona “em maior ou menor medida”, o sacrifício de um bem, interesse ou valor em detrimento de outro, “isto é, a violação de uma exigência normativa”. Vicente observa que, em determinados casos, este problema coloca-se mesmo na forma de um conflito entre direitos fundamentais, de modo que a “decisão do juiz traduz-se na violação de uma norma constitucional”. A autora adverte: para que sejam materialmente admissíveis, de acordo com as “exigências da validade comunitária”⁹⁵, tais decisões necessitarão de uma fundamentação mais sólida (2014, p. 64). É neste ponto que o princípio da proporcionalidade atua, já que fornece uma “estrutura formal tripartida à ponderação” de bens, interesses e valores que “fundamenta a decisão no sistema e no problema”, suprimindo, deste modo, a necessidade de uma “fundamentação mais sólida para as decisões violadoras de exigências normativas capitais como são as normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais” (VICENTE, 2014, p. 64).

3.2.3.4. O princípio da proporcionalidade e a racionalidade argumentativa

Vicente (2014, p. 67) questiona: “pode a fundamentação sozinha explicar o apelo prático do princípio da proporcionalidade ante a complexidade institucional do processo jurisdicional?”. Em outras palavras, esse método pode ser traduzido na prática? A autora reconhece que a resposta tende a ser negativa, mas afirma que isso não refuta sua tese, apenas demonstra sua incompletude (VICENTE, 2014, p. 67).

Nesse sentido, Vicente (2014, p. 67) acrescenta que o apelo prático do método do

⁹⁵ Para melhor entendimento da validade comunitária segundo as concepções de Castanheira Neves, sugere-se o artigo “validade comunitária e contextos de realização anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema”, do ilustre professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, José Manuel Aroso Linhares. Disponível em: <http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/3430/2966-10258-1-PB.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 abr. 2019.

princípio da proporcionalidade não reside apenas na fundamentação que este permite, mas também “na medida em que esta fundamentação se traduz em argumentação”. A autora observa que, no que toca à argumentação, duas posições são imediatamente possíveis: a primeira é aquela que é partilhada pela teoria da argumentação, e a segunda a que se articula com a proposta jurisprudencialista de Castanheira Neves (VICENTE, 2014, p. 67).

Vicente (2014, p. 68) põe-se, então, a discorrer sobre a primeira posição e afirma que a teoria da argumentação surge em conjunto com a tópica e a retórica, seguindo a linha das “racionalidades prático-jurídicas de índole procedimental” que se desenvolveram ao longo do século XX. Tais racionalidades compartilham a tentativa de “legitimar a validade da prática no procedimento”. Para elas, aponta Vicente, “um enunciado normativo é válido ou verdadeiro se puder ser o resultado de um determinado proceder, o proceder do discurso racional”⁹⁶ (2014, p. 63). Portanto, a teoria argumentativa, alega a autora (2014, p. 68), concentra-se, na estrutura discursiva do procedimento, “nas condições e nos princípios da argumentação” – que, tomando de empréstimo a Bronze (2008, p. 335), Vicente define como:

O “exercício de mobilização de razões intersubjectivamente significativas, contextualmente pertinentes e intencionalmente relevantes, susceptíveis de fundamentar a resolução, em termos entimematicamente adequados, de uma certa controvérsia prática” (VICENTE, 2014, p. 68).

A validade de um enunciado, sustenta Vicente (2014, p. 68), depende, então, de “dois requisitos: do nível de partilha intersubjectiva e da obediência às regras do discurso racional”. Dessa forma, segundo a autora, os autores que melhor representam essa teoria são Habermas e Alexy. Quanto ao primeiro, Vicente observa que, “confrontado com a pretensão de se encontrar uma racionalidade universal ou transcendental”, Habermas “se recusa encontrá-la no sistema, pois que este estará dominado – hoje mais do que nunca – por uma racionalidade instrumental”. A autora adverte que, em consonância com o pensamento habermasiano:

A racionalidade universal estará por isso no mundo da vida, o horizonte integrante de sentidos da comunidade e que permite que os sujeitos se relacionem com base no consenso, isto é, através da acção comunicativa. Ela encontra-se, não no seu conteúdo, visto que nas sociedades pluralísticas de hoje este será assaz diverso, mas antes nas regras da própria acção comunicativa. A universalidade destas regras é conseguida através da referência a uma situação discursiva ideal. Esta situação ideal corresponde a uma situação de discurso livre alcançável através da atribuição de um conjunto de direitos aos sujeitos intervenientes no discurso, reciprocamente reconhecidos: a não exclusão de nenhum sujeito, a igualdade entre os intervenientes, e a ausência de forças coercivas ou manipulativas. Tal conjunto de direitos assegura que a única força a

⁹⁶ Nesse sentido, Vicente (2014, p. 69) adverte que a relação entre validade e procedimento é característica de todas as teorias procedimentais.

influenciar a aceitação pelos sujeitos das afirmações de validade sustentadas pelos outros é a força da argumentação, que Habermas considera numa lógica de probabilidade ou plausibilidade. Assim, as afirmações de validade – diremos agora, as normas e os princípios – serão válidas se lograrem reconhecimento de acordo com os requisitos da situação discursiva ideal, isto é, se a argumentação em torno delas for suficientemente plausível (VICENTE, 2014, p. 69).

Voltando-se, então, para Alexy, Vicente (2014, p. 69) ressalta que a tese principal da teoria argumentativa alexyana é a que a prática humana tem estrutura discursiva, o que significa que “a racionalidade prática será necessariamente uma racionalidade discursiva”. Todavia, observa a autora, para Alexy, a racionalidade da ação prático-discursiva radica-se, como na proposta habermasiana, “não no seu conteúdo, mas antes nas regras da argumentação”, sendo assim, a racionalidade prática pode ser definida como a capacidade de, obedecendo-se a esse conjunto de regras, alcançar decisões práticas. Assim, aduz Vicente:

Se compreende que “um enunciado normativo é válido ou verdadeiro, se puder ser o resultado de um determinado proceder, o proceder do discurso racional”. Ora, o discurso legal é um caso especial – nisto consiste a sua “tese do caso especial” (*special case thesis*) – do discurso geral, pois que a argumentação legal está necessariamente vinculada a exigências dogmáticas. Não obstante sujeitar a racionalidade argumentativa legal a certas exigências, o autor não supera a sua tese inicial, e a validade do direito aparece-nos, uma vez mais, sujeita ao procedimento (VICENTE, 2014, p. 70).

Essa posição, esclarece Vicente (2014, p. 70), que afirma que a racionalidade jurídica é uma racionalidade argumentativa e “esgota a validade do direito na observância de regras argumentativas”, deve de ser rejeitada. Com efeito, sustenta a autora, a racionalidade jurídica não pode resumir-se ao aspecto puramente procedimentalista, pois que “o reconhecimento de uma validade normativa regulativa da praxis, que foi o triunfo do pós-positivismo, sujeita a validade do direito a essa mesma validade e impõe que esta se realize no juízo decisório” (2014, p. 70). Por esse motivo, o juízo não pode ser apenas “argumentativamente concludente”, mas, também, “normativamente fundamentado”. Tal é o que se depreende do pensamento de Castanheira Neves, para o qual “a racionalidade jurídica será uma racionalidade material e de fundamentação” (VICENTE, 2014, p. 70). Dessa forma, Vicente argumenta que sua posição é outra que não aquela que esgota a racionalidade jurídica nos limites da racionalidade argumentativa, mas sim:

(...) aquela que a convoque como uma sua dimensão necessária. Isto porque a metodologia vai para além da argumentação, como já acentuámos, conquanto não a dispense – pois se a racionalidade jurídica é uma racionalidade prática e intersubjectiva (centrada na resolução do caso concreto), esta reclama

necessariamente um discurso argumentativo no qual os critérios e fundamentos chamados à resolução da controvérsia se vejam objecto de uma exposição dialéctica. Mas esta exigência de exposição decorre também de uma outra: a da experimentação dos critérios e fundamentos no caso concreto (superado o normativismo do positivismo do século XIX, sabemos que estes não podem mais ser pensados em abstracto, cobrando antes o seu sentido no caso concreto). Voltando ao nosso problema, dissemos que o apelo prático do método do princípio da proporcionalidade se compreende na medida em que a fundamentação se traduz em argumentação. Com efeito, ao oferecer um conjunto de regras que permitem a dupla fundamentação da decisão, o princípio da proporcionalidade permite também a mobilização estruturada de argumentos que a justifiquem. O método da proporcionalidade é, nesta perspectiva, um procedimento argumentativo, isto é, um complexo de regras argumentativas cuja observância levará a uma argumentação racionalmente concludente (VICENTE, 2014, p. 71).

Entretanto, adverte Vicente (2014, p. 71), esse posicionamento não se traduz numa tentativa de “apagar a fundamentação para afirmar a argumentação”. Na verdade, o que se sustenta é que o juízo decisório baseado no princípio da proporcionalidade “será argumentativamente concludente apenas na medida em que for também normativamente fundamentado”. Ou seja, segundo a autora, a argumentação é a “exposição dialéctica da fundamentação”, e os argumentos “só são válidos enquanto se revelarem objectivações dos fundamentos” (VICENTE, 2014, p. 71).

Das colocações acima apontadas, Vicente (2014, p. 72) assinala que é necessário considerar-se qual a importância da argumentação. A autora sustenta que, “para além do discurso prático intersubjectivo que a racionalidade jurídica convoca, e da institucionalização formal a que o decidir jurídico está sujeito”, a exigência da argumentação “reside no facto de esta oferecer uma instância prática de controlo da fundamentação”. Ou seja, a argumentação, considerada como a “exposição dialéctica dos fundamentos”, torna possível o conhecimento das razões que justificam a decisão, e, dessa maneira, “assegura aos particulares a justiça (enquanto fundamentação normativa) e a justeza (fundamentação empírica) da mesma” (VICENTE, 2014, p. 72).

Sustenta Vicente (2014, p. 72) que essa exposição dialéctica dos fundamentos, a qual permite conhecer as razões que justificam a decisão, tem considerável relevância nas decisões em sede de conflito de direitos fundamentais que, como foi visto, não apenas necessitam de uma maior e mais consistente fundamentação normativa, como também, ao lesar os direitos dos sujeitos (o que, de fato, ocorre com uma frequência bem maior que se desejaria admitir), devem ser adequadamente justificadas.

Consideradas as vantagens e as desvantagens do princípio da proporcionalidade, suas fragilidades conceituais, suas limitações metodológicas, bem como sua atuação da resolução de conflitos entre os direitos fundamentais, concluir-se-á este capítulo para dar início às discussões sobre o consequencialismo jurídico e a nova LINDB. O tema do princípio da proporcionalidade retornará no sexto capítulo, no qual, por meio da análise sinepeica, será utilizado para examinar-se o conflito entre a Eletropaulo – companhia de energia do estado de São Paulo – e duas associações de moradores que questionaram os efeitos lesivos das ondas eletromagnéticas na saúde humana e no meio ambiente.

3.3. Análise sinepeica e proporcionalidade

Como foi exposto, o princípio da proporcionalidade recebe inúmeras críticas. No entanto, sua importância é inquestionável, o que põe diante da sociedade em geral e dos juristas, em particular, a necessidade de robustece-lo. Neste sentido, este trabalho de pesquisa deparou-se com a obra de Wolfgang Fikentcher, a partir da qual será, no quinto capítulo, proposta uma protoanálise sinepeica dos princípios da precaução e da proporcionalidade com a matriz consequencialista.

Synepeia é a palavra grega para *consequência*. Uma análise sinepeica é aquela cujo foco reside nas consequências de um dado saber ou conhecimento que, entre outras implicações, instrui o processo decisório. Nesse sentido, Ferreira (2005) realizou um trabalho de fôlego analisando o pensamento do jurista alemão Wolfgang Fikentscher em sua dissertação de mestrado em Direito na Universidade de Brasília.

4. O CONSEQUENCIALISMO E A LEI DA SEGURANÇA PARA A INOVAÇÃO PÚBLICA – LEI N. 13.655/2018

Este capítulo se propõe a analisar as relações entre a Lei n. 13.655/2018, também conhecida como Lei da Segurança para a Inovação Pública, ou, como popularmente é chamada, nova LINDB, e o consequencialismo jurídico. Para tanto, abordar-se-ão alguns aspectos da filosofia do pragmatismo, as ideias de alguns dos seus ilustres pensadores, para, então, considerar, especificamente, o pensamento posneriano e as críticas a ele dirigidas. Após essas considerações, serão apresentadas as inovações propostas pela nova LINDB a partir da obra de

um de seus idealizadores, o jurista Floriano de Azevedo Marques Neto. Por fim, serão consideradas as críticas e objeções do Ministério Público Federal.

4.1. Pragmatismo

Segundo García (2010, p. 223), o pragmatismo é uma corrente filosófica de cunho subjetivista e idealista que considera a verdade sob o ponto de vista de sua utilidade social. Observa García que William James e Charles Sanders Peirce são considerados os pais dessa corrente filosófica, sendo que, para James, no entanto, o pragmatismo não deve ser concebido propriamente como uma teoria filosófica, mas sim um modo de pensar, formado por teorias e enfoques, que pode e deve aplicar-se a diferentes disciplinas (GARCÍA, 2010, p. 223).

García (2010, p. 223) lembra que o vocábulo pragmatismo tem sua origem na palavra grega *pragma*⁹⁷, cujo significado é ação. Observa a autora que, na perspectiva do pragmatismo, não são as ideias dos sujeitos e sim seus atos que importam, sendo que estes últimos devem ser avaliados cientificamente, o que, portanto, indica que essa corrente filosófica se afasta das “abstrações, das soluções verbais, da retórica e dos sistemas fechados absolutos”, direcionando-se à ação e aos feitos concretos (GARCÍA, 2010, p. 224).

Prosseguindo em sua análise, García (2010, p. 224) sustenta que o pragmatismo abre caminho para uma nova lógica do significado e que percebe que a função do pensamento “deve ser a de impor uma regra de ação, um hábito de comportamento, uma crença ou cosmovisão compartilhada”. De acordo com a autora, para o pragmatismo, uma ação motiva uma mudança da realidade, na medida em que move coisas físicas que a compõem (GARCÍA, 2010, p. 224).

A autora (2010, p. 224) sustenta que, em termos gerais, o pragmatismo tem como ponto de partida algumas ideias essenciais. Primeiro, García aponta a premissa de que não existe uma verdade única, pois cada ser humano a possui por si mesmo, e é isso que lhe permite resolver seus problemas. Em decorrência, percebe-se que, para o pragmatismo, a verdade é “aquilo que funciona bem ou que melhor convém ao homem” (GARCÍA, 2010, p. 224).

⁹⁷ Complementando García (2010), observe-se o que dizem Eisenberg & Pogrebibinschi a esse respeito: “No grego clássico, aliás, os termos *'pragma'* e seu plural, *'pragmata'*, significavam a realidade concreta, os fatos em questão, um ato ou um feito” (EISENBERG & POGREBINSCHI, 2002, p. 107).

García (2010, p. 224) assevera que o pragmatismo “não entende por utilidade prática a confirmação da verdade objetiva mediante o critério da *práxis*, senão aquele que satisfaz os interesses subjetivos dos indivíduos”. Ou seja, aquilo que é tomado como o verdadeiro, o satisfatório e o útil coincidem no mesmo ponto. De fato, a divisão sujeito-objeto, observa García, se estabelece unicamente nos limites da experiência, visto que o conhecimento é um conjunto de verdades subjetivas (GARCÍA, 2010, p. 224).

Na visão pragmática, assevera García (2010, p. 224), o ser humano é capaz de orientar sua atividade segundo fins que foram, em certa medida, criados ou decididos por ele individual ou coletivamente. Por outro lado, sustenta a autora, para o pragmatismo, o conhecimento mesmo é um tipo de atividade, pois é exclusiva do ser humano a capacidade de atuar reflexiva e intelectualmente. Quanto às ações e aos fins, García indica que, para o pragmatismo, estes constituem o “eixo em que se sustenta a atividade interpretativa”, e o processo do conhecimento, embora se encontre vinculado ao que o homem faz, ao mesmo tempo influi no que ele pode ou tenciona fazer (GARCÍA, 2010, p. 224).

García (2010, p. 224) sustenta que não é característico do pragmatismo subordinar o pensamento à ação, mas sim buscar a redefinição da expressão do pensamento nas teorias que tratam de desvendar a realidade. A autora também observa que, para a forma pragmática de ver e pensar a realidade, a ciência se ergue e se mantém como “busca incondicional de teorias cada vez mais corretas” e estabelece uma relação indireta com a ação. Por fim, García anota, como mais três ideias subjacentes ao pragmatismo, que a “prova da verdade de uma proposta é sua utilidade prática”, bem como o “propósito do pensamento é guiar a ação” e o “efeito de uma ideia é mais importante que sua origem” (GARCÍA, 2010, p. 224).

Andrade (2010), por seu turno, em sua tese de doutoramento na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), afirma que o pragmatismo desenvolveu-se originariamente na experiência norte-americana e enraizou-se na cultura e na política estadunidense de tal forma que pode ser nelas flagrado, desde o final do século XIX até o momento presente, ainda vivo e produzindo inúmeras reflexões sobre as consequências práticas da ação. Seus principais filósofos foram Charles Sanders Peirce, George Hebert Mead, John Dewey e William James (ANDRADE, 2010, p. 33).

Andrade (2010, p. 30), tomando como escopo os estudos de Pogrebinsch (2005), aponta que o pragmatismo surgiu como uma alternativa ao racionalismo então em voga, buscando desvencilhar-se da “verdade” e dos dogmas da época que predominavam na vertente lógica do conhecimento. Nesse sentido, segundo o autor, o pragmatismo pode ser compreendido a partir de algumas ideias principais, destacando-se o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo (ANDRADE, 2010, p. 30).

Eisenberg e Pogrebinschi (2002, p. 107-108) lembram que, de acordo com Charles Sanders Peirce, considerado fundador do pragmatismo, este consistia “em ver as crenças humanas como hábitos da mente, algo que move as pessoas à ação”. Segundo os autores, a mente seria “simplesmente um termo ‘guarda-chuva’ para as capacidades dirigidas à ação do corpo humano”, portanto, asseveram, o conhecimento acerca do funcionamento da mente ampliaria a compreensão sobre “quais hábitos dela são gerados e mobilizados para quais ações humanas” (EISENBERG; POGREBINSCHI, 2002, p. 107-108).

Prosseguindo, os autores avaliam a necessidade, colocada por Peirce (1958), de considerar o “contexto” e explicam que o filósofo acoplava o consequencialismo ao contextualismo, uma vez que, em sua avaliação, as capacidades de adaptação e de transformação são as que melhor definem o “âmago da mente”, sendo que, dessa forma, o ambiente sociocultural deveria ser encarado como a principal variável explicativa das configurações de personalidades humanas. Os autores apontam que, para Peirce, o processo de conhecimento sempre se inicia a partir do estado mental no qual os seres humanos se encontram, em conformidade com um contexto determinado, “inevitavelmente tomado de uma enorme massa de cognição já formada e não questionada” (EISENBERG; POGREBINSCHI, 2002, p. 107-108).

Observa Andrade (2010, p. 31) que, em seus primeiros esforços, o pragmatismo tornou possível a ruptura com as teorias racionalistas e normativas da ação e que, em suas mais recentes propostas, devido ao acúmulo de diversas influências, desenvolveram-se, entre outras vertentes de pensamento, o neopragmatismo ou o pragmatismo analítico. Andrade dedica especial atenção às obras do magistrado norte-americano Richard A. Posner⁹⁸, que serviram como

⁹⁸ Especialmente o capítulo final do livro *Problemas de filosofia no direito* e os livros *Direito, pragmatismo e democracia* e *Como os juízes pensam*.

referencial teórico para a construção de sua tese, nas quais buscou reunir informações sobre a aplicação do pragmatismo jurídico na experiência norte-americana, expondo suas possibilidades e potenciais vantagens (ANDRADE, 2010, p. 32).

Interessante notar a respeito das relações entre o pragmatismo filosófico e o jurídico que, o que Posner, de fato, buscou foi estabelecer uma abordagem pragmática do direito, mais que, propriamente, propor uma teoria pragmática do direito. Para esse pensador, o termo pragmatismo não possui um significado preciso e não é possível saber ao certo o que está em jogo quando se discute sobre ele. Posner alerta que os simpatizantes do pragmatismo tendem a defini-lo como sinônimo de sensatez e que seus inimigos o tomam como sinônimo de irracionalidade e autocontradição. Dessa forma, Posner emprega de maneira parcimoniosa alguns adjetivos para caracterizar seu ponto de vista pragmático, tais como: experimental, prático, instrumental, ativista, empírico, cético, antidogmático. Adverte, contudo, que tais adjetivos nem sempre são encontrados nas obras de outros autores que tratam do pragmatismo (POSNER, 2009, p. 11).

Andrade (2010, p. 32) também reconhece que não há um conceito concreto para definir o que é o pragmatismo, sendo considerado uma atitude ou um modo de ver as interpretações e aplicações do direito em vez da utilização de regras claras e objetivas. Nesse sentido, complementando Andrade (2010), Arruda (2011) sustenta que o pragmatismo vem se tornando “atraente” no direito, na proporção em que assume o compromisso de contornar o “caminho espinhoso dos bens inarticulados em direção a interpretações jurídicas mais adaptáveis à estrutura social e econômica de nossa sociedade” (ARRUDA, 2011, p. 25).

Andrade (2010), no entanto, observa que é necessário destacar as diferenças entre o pragmatismo jurídico, o consequencialismo e outras doutrinas, como a deontologia e o utilitarismo. O autor destaca que William James – um dos principais expoentes do pragmatismo – entendia que essa corrente de pensamento voltava-se para “o concreto e o adequado, para os fatos, a ação e o poder” (ANDRADE, 2010, p. 31). Por sua vez, James (2005, p. 47) partia da ideia de que a primazia do dogma, da artificialidade e da pretensão de finalidade deveria dar lugar à abordagem empírica, pois o pragmatismo, pensava o filósofo, era simplesmente um método pelo qual o significado dos conceitos seria depurado pelos fatos, pela experiência. Nesse sentido, James (2005, p. 113) indagava: “o que, porém, significam as palavras verificação

e validação, pragmaticamente falando?”, e esclarecia que essas palavras significavam “certas consequências práticas da ideia verificada e validada”. Para James, a frase que melhor caracterizava essas consequências, sua “fórmula ordinária de concordância”, era: “essas consequências são justamente o que temos em mente sempre quando dizemos que nossas ideias concordam com a realidade” (JAMES, 2005, p. 113).

Complementando as observações de Andrade (2010), García (2010, p. 226) considera que o pragmatismo não é apenas um método de análise, mas também uma “teoria genética da verdade” – já que a concebe como algo que nasce, vive e morre –, o que traduz a insatisfação dos pensadores pragmáticos com uma “teoria da verdade”, bem como com uma “concepção milenar de conhecimento” que se caracteriza por sua unicidade e linearidade. A autora, em considerações acerca do empirismo radical de James⁹⁹, afirma que este se fundamenta em três ideias básicas, quais sejam, o postulado segundo o qual as únicas questões “debatíveis” na filosofia são aquelas que podem ser definidas em termos extraídos da experiência; a constatação empírica de que as relações que se dão entre as coisas, sejam elas conjuntivas ou disjuntivas, são objeto de experiência direta, “nem mais, nem menos que as coisas mesmas”, e, por fim, a conclusão generalizada segundo a qual as relações também fazem parte da experiência e que, destarte, “não são necessários os ofícios de nenhum suporte unificante, transempírico” (GARCÍA, 2010, p. 226).

García (2010) prossegue dizendo que o centro do pensamento de James tem como *locus* o tema da verdade. Segundo a autora, James considerava que a epistemologia comum se concentrava na afirmação vaga e imprecisa de que as ideias devem corresponder ou estar de acordo, ao passo que o pragmatismo afirma ser fundamental a busca do concreto. Segundo García (2010, p. 226), o pragmatismo argui o que significa, em detalhes, tal “acordo” e, nesse sentido, a autora defende que, para James, a partir da visão esposada pelo empirismo radical, a verdade pode ser explicada como a “experiência pragmática da verdade”, que é, sobretudo, a experiência radical de sua historicidade (GARCÍA, 2010, p. 226).

García recorre, então, à análise de Rodríguez (1990, p. 99), para quem o “conjunto da experiência humana é o resultado instável da mútua modificação que tem lugar entre as velhas

⁹⁹ Em especial, James (1975, p. 6-7).

verdades e os novos descobrimentos” e, sendo assim, a estabilização desse ajuste, que é sempre relativa, é o que James denomina “a nova verdade” (RODRÍGUEZ, 1990, p. 99). Em síntese, aponta García (2010, p. 226-227), o significado da verdade é adequação à realidade, e sublinha que essa adequação não se baseia em relações estáticas ou inertes, e sim em processos dinâmicos constantes. Complementando, García parafraseia James e afirma que qualquer ideia que nos “conduz de forma próspera e bem-sucedida de uma parte de nossa experiência a outra, simplificando e poupando-nos trabalho, é uma ideia verdadeira”, o que, em sua visão, significa que a verdade é uma “espécie de roteiro¹⁰⁰ para a ação social” (GARCÍA, 2010, p. 227).

Por essa razão, aponta García (2010, p. 227), James considerava o conhecimento conceitual um simples substituto, “cujo sentido consiste em servir de meio para nos conduzir às realidades sensíveis”. O primeiro tipo de conhecimento é aquele que concede ao sujeito as condições que o permitem atuar sobre a realidade – é um conhecimento da “intuição empírica”. O “conhecimento sobre”, por seu turno, é o que permite refletir a realidade e não atuar sobre ela, pois se trata de um conhecimento representativo, intelectual. Em tudo isso, a prática não é mais que a atividade que permite conectar o pensamento conceitual à sensação, ao vivido e experimentado diretamente pelos sujeitos (GARCÍA, 2010, p. 226-227).

Complementando as considerações de García (2010), Andrade (2010) sustenta que o pragmatismo surgiu como antítese ao racionalismo¹⁰¹ corrente à época, buscando focar sua análise nas diferentes possibilidades e incluindo as consequências práticas de cada decisão. Sendo assim, o pragmatismo fala “as verdades no plural” (2010, p. 33). Explica o autor que há três condições para que uma afirmação seja considerada verdadeira – estar de acordo a) com a realidade e os objetos da experiência; b) com as relações de índole puramente mental; e c) com o conjunto de outras verdades já verificadas. O autor entende que a realidade atual é resultado da realidade passada medida pela experiência (ANDRADE, 2010, p. 34).

¹⁰⁰ Neste ponto convém registrar que Rodríguez (1990, p. 96) estabelece uma distinção entre o “conhecimento de familiaridade” – *acquaintance*: que se constitui de preceitos, das realidades que conhecemos – e o “conhecimento sobre” (*knowledge about*), formado por conceitos, mapas mentais ou planos que se esgotam ao nos conduzir até os preceitos, carecendo de uma “missão cognoscitiva distinta ou específica” (RODRÍGUEZ, 1990, p. 96).

¹⁰¹ O racionalismo pregava que a análise se apegava à lógica e ao empírico e entendia a realidade como algo previamente pronto e completo.

Sustenta Andrade (2010) que o cerne do pensamento pragmático reside na busca e identificação dos principais pontos para a aplicação no campo das teorias social e política. Tendo como base os ideais dos pensadores do pragmatismo norte-americano, identifica-se um ponto de encontro em comum, que consiste na matriz pragmática, dividida em três ideias principais: o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo (ANDRADE, 2010, p. 35).

Andrade (2010, p. 35) assevera que uma das principais “consequências do pragmatismo” é o antifundacionalismo, o qual nega veementemente que o pensamento possa ter uma fundação estática e imutável. Ao contrário, o antifundacionalismo consiste na “permanente rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, princípios perpétuos e dogmas” (2010, p. 35). Está presente, também, na ideia de submeter os conceitos tradicionais de certeza, realidade e verdade a um “novo método”. Com isso, a racionalidade do pragmatismo relaciona-se a sua própria autocorreção, e não com a certeza de suas conclusões, como se dava com o racionalismo (2010, p. 35). Por sua vez, Pogrebinschi (2005, p. 26) considera que o antifundacionalismo é a característica que mais corrobora a percepção de que o próprio pragmatismo somente pode ser compreendido pragmaticamente, ou seja, “através do teste de suas consequências” (POGREBINSCHI, 2005, p. 26).

Arruda (2011, p. 25-26) complementa a avaliação de Andrade (2010) e Pogrebinschi (2005), ao considerar que o pragmatismo busca identificar o “estado de espírito” dos estudiosos que rechaçam as “reivindicações fundacionais” da teoria jurídica, porém continuam comprometidos com a percepção de que o “método experimental” possa se mostrar profícuo para a resolução de problemas jurídicos. Os pragmáticos, segundo Arruda, consideram que a teoria é uma ferramenta útil para os juízes resolverem tais problemas. Ou seja, assevera a autora, a teoria será usada “se funcionar para a proposta de seu investigador” (ARRUDA, 2011, p. 26).

Andrade (2010) observa que, ao considerar as orientações filosóficas comuns ao pragmatismo, Pogrebinschi (2005, p. 25) destaca o afastamento da metafísica, a rejeição ao nominalismo e a proximidade com o realismo. Segundo a autora, o afastamento da metafísica foi pregado pelo próprio Peirce, quando afirmou que a razão de ser do pragmatismo é demonstrar como quase a totalidade das proposições da metafísica ontológica é sem sentido ou manifestamente absurda (POGREBINSCHI, 2005, p. 25).

Pogrebinschi (2005, p. 25) sustenta que essa mesma atitude, a rejeição do nominalismo, também se verifica em James e Dewey, já que, de acordo com o pragmatismo, este era uma filosofia em auxílio do egoísmo, já que negava o social, reconhecendo, apenas, a realidade dos indivíduos. Outro ponto apontado pela autora é a proximidade com o realismo, ainda que os três pragmatistas aceitassem que tanto a realidade quanto a percepção dos objetos prescindem de mediações. A única ressalva possível, nesse ponto, seria definir qual realismo está em jogo, já que Peirce era um adepto do realismo escolástico e James advogava o realismo direto (POGREBINSCHI, 2005, p. 25).

Andrade (2010), mais uma vez tendo como objeto de análise o trabalho de Pogrebinschi (2005), elucida que o homem médio tende a se apegar ao que pode lhe trazer uma sensação de certeza – destaque-se, nesse sentido, que se trata, apenas, de uma sensação, já que a própria certeza é inalcançável. O autor salienta que o método pragmático rejeita o dualismo e recusa a ideia de que valores possam ser superiores ou inferiores uns em relação aos outros¹⁰² (ANDRADE, 2010, p. 35).

Prosseguindo com Pogrebinschi (2005), Andrade (2010, p. 35) sustenta a importância da postura antifundacionalista do pragmatismo, que impõe uma “recusa contundente” no que diz respeito à certeza e à segurança, não só na esfera filosófica, como também na prática de vida. Isso ecoa nas considerações de Pogrebinschi, ao afirmar que é a prática, mais especificamente, a ação prática, que deve servir de fundamento para a filosofia. É um fundamento que nem sequer pode ser denominado como tal, pois se encontra assentado nas ideias de “variação, de mutação e de incerteza” (POGREBINSCHI, 2005, p. 38).

Pogrebinschi (2005, p. 26) esclarece o que é o antifundacionalismo ao dizer que se trata de uma “permanente rejeição” a quaisquer espécies de “entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais, dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento”. Consiste, afinal, na negação de que o pensamento seja “passível de uma fundação estática, perpétua, imutável”. O antifundacionalismo pragmatista, assevera a autora, é exercido, também, na recusa

¹⁰² Observe-se que, ao mesmo tempo, Andrade (2010, p. 35) concorda com Pogrebinschi (2005, p. 29), para a qual é necessário que a filosofia olhe para a prática como o único meio pelo qual “tudo o que for julgado como admirável e louvável possa ser mantido na existência experimentável e concreta” (POGREBINSCHI, 2005, p. 29).

à certeza e aos “tradicionalis conceitos filosóficos de verdade e realidade”. Pogrebinschi esclarece que não se trata de negar a existência nem da verdade, nem da realidade, mas sim de submeter seus “conceitos tradicionais” ao crivo de um novo método. Por fim, a autora observa que o antifundacionalismo pragmatista é uma forma de “crítica incessante”, pois, em vez de uma crítica determinada e direcionada a um objeto concreto, constitui-se como um desejo permanente de crítica, da “crítica enquanto método de pensamento” (POGREBINSCHI, 2005, p. 26).

Pogrebinschi (2005, p. 29-32) aponta que, de acordo com as considerações de Dewey, a filosofia precisava passar por uma mudança profunda e modificar sua atitude depreciativa no que concerne à ideia de prática. Ele defendia a necessidade de a filosofia atentar para a prática como único meio pelo qual “tudo o que for julgado como admirável e louvável possa ser mantido na existência experimentável e concreta”. É o que sustenta Pogrebinschi (2005), ao garantir que é a ação prática dos homens o que deve servir como fundamento para a filosofia, ainda que seja difícil compreender a ação prática como fundamento, já que ela se encontra no campo da variabilidade, mutação, incerteza (POGREBINSCHI, 2005, p. 35-36).

O pensamento antifundacionalista, complementa Andrade (2010), é aberto e sempre sujeito às verificações, ou seja, não é um pensamento que se fecha no condicionamento à subsunção do fato concreto a uma verdade anteriormente dada. O autor salienta que a máxima pragmática é uma espécie de teste para verificar se as concepções e teorias se relacionam definitivamente com a experiência. Andrade salienta que a realidade deve ser compreendida como uma decisão da comunidade. Decisão que deveria ser tomada quando a sociedade atingisse um estado de completa informação (ANDRADE, 2010, p. 36).

Considerando essas orientações acerca da realidade como decisão comunitária, Andrade (2010) aponta que também se encontra inserido nesse cenário o instrumentalismo – por meio do qual o direito assume uma espécie de orientação construtiva para a conduta social, visto que interfere diretamente na realidade. O alcance do instrumentalismo, ressalta Andrade, se dá entre as partes em conflito, ao mesmo tempo em que o pensamento é voltado às consequências de ordem prática (ANDRADE, 2010, p. 37).

Em verdade, como constata Valle (2009, p. 110), esse aspecto instrumental aponta para o “viés político do direito”. Nesse sentido – o da instrumentalização¹⁰³ do direito para garantir a participação da sociedade no processo político de tomada de decisões –, Valle (2009, p. 168) sustenta que o funcionamento de um Estado democrático necessita de mecanismos asseguradores da integração da sociedade civil no processo político decisório para que seja possível o aperfeiçoamento dos modelos de administração pública.

Pogrebinschi (2005, p. 38), por sua vez, aponta que o consequencialismo – ou instrumentalismo – talvez represente a característica mais conhecida do pragmatismo. Segundo a autora, o consequencialismo é a “insistência de olhar para o futuro, e não para o passado”, pois, constata, a referência ao passado não é um dever para o pragmatista, devendo ser feita apenas nas condições e ocasiões nas quais for “metodologicamente interessante” para o próprio estabelecimento do futuro (2005, p. 38). A autora reafirma que é no futuro que pousa o olhar do pragmatista e que é para lá que ele se direciona. Disso decorre, segundo Pogrebinschi, que ambas, a teoria da significação e a teoria da verdade, levadas a cabo pelo pragmatismo, têm como característica a submissão permanente ao “teste” consequencialista, ou seja, o significado de uma proposição, bem como sua veracidade, “apenas podem ser conhecidos se forem verificados a partir do teste de suas consequências” (POGREBINSCHI, 2005, p. 38).

Pogrebinschi (2005, p. 38-39) enfatiza que é nesse ponto que se coloca a conhecida questão pragmatista sobre quais as diferenças que as consequências desta ou daquela escolha, decisão ou atitude podem acarretar. É, portanto, nesse ponto, sustenta a autora, que, ao antecipar as consequências futuras, se produz conhecimento no âmbito do pragmatismo. E, observa, essas “consequências futuras” precisam ser antecipadas permanentemente para que então se possa conhecer qual delas é “a melhor, a mais satisfatória, a mais útil e a mais benéfica” (POGREBINSCHI, 2005, p. 38-39).

¹⁰³ No que se refere à instrumentalização do direito, Valle observa que “A conclusão é de que o modelo de administração pública desejável é de se relacionar – evidentemente – com as necessidades sociais, econômicas e políticas do Estado a que ele serve, entendido na sua localização histórica; o que não admite atitude de subordinação acrítica, mas de instrumentalização. Significa dizer que qualquer desenho de boa administração que se venha a propor já nasce datado, carecendo de reavaliação permanente – em tempo que por vezes, pode se revelar inferior àquele necessário ao desenvolvimento por inteiro de um ciclo de maturação daquele mesmo modelo” (VALLE, 2009, p. 157).

Para Pogrebinschi (2005, p. 39), a perspectiva consequencialista necessita de um método capaz de resolver “confusões conceituais” equacionando o significado dos conceitos e suas consequências, pois, afirma a autora, se o significado das proposições assenta-se no futuro, também os raciocínios devem a ele se dirigir, já que se refere à conduta prática – e a única conduta passível de controle é a conduta futura.

Tanto o trabalho de Eisenberg e Pogrebinsch (2002) quanto o de Pogrebinschi (2005) apontaram que a primeira geração de pensadores pragmáticos contribuiu significativamente para a ruptura das teorias racionalistas e normativas da ação e, a partir dessa ruptura, introduziram o “conceito de criatividade”. É o que se constata em Dewey (2008), em cujo pensamento percebe-se a implicação metafísica do pragmatismo, pois, segundo o autor, a doutrina do valor das consequências implica levar o futuro em consideração, o que, quase automaticamente, impõe a concepção de “um universo que ainda está em feitura”, que se encontra no processo de vir a ser e ainda conserva sua plasticidade (DEWEY, 2008, p. 126).

Dewey (2008, p. 126) prossegue em suas considerações e coloca que, por consequência, a razão, ou o pensamento, tem uma “função real, embora limitada, uma função criativa, construtiva”. De acordo com o autor, quando formamos ideias gerais e as colocamos em ação, são produzidas consequências que não poderiam ser produzidas de maneira diversa. Disso decorre que o mundo seria diferente do que tem sido se o pensamento não houvesse intervindo. Dewey conclui que essa consideração “confirma a importância moral e humana do pensamento e de sua operação refletiva na experiência” (DEWEY, 2008, p. 126).

Ao considerar a criatividade do pragmatismo, Pogrebinschi (2005, p. 44-45) afirma que as questões que se colocam são: a soma das novas experiências que vão sendo adquiridas com as já existentes “fazem com que a nossa experiência geral aumente ou diminua de valor? Estes acréscimos são valiosos ou não? Eles valem a pena ou não?”. Segundo a autora, esse tipo de consequencialismo foi percebido por James como uma espécie de “criatividade inerente ao pragmatismo” (POGREBINSCHI, 2005, p. 44-45).

Nesse ponto, a autora enfatiza, mais uma vez, o quanto o pragmatismo se caracteriza como uma filosofia “eminentemente prospectiva”, voltada para o futuro. Pogrebinschi afirma que o pragmatismo encara não apenas a “verdade, mas a realidade, o mundo”, como algo

totalmente maleável, à disposição das nossas mãos para receber sua forma final. Afinal, sustenta a autora, “quando somos nós mesmos a dar forma à nossa verdade e realidade, esta forma será sempre uma que vale a pena, e que nos é benéfica” (POGREBINSCHI, 2005, p. 44-45).

Observe-se que Dewey, por ordem cronológica, é o terceiro dos mais influentes pragmatistas, no período clássico desse movimento filosófico. Ele foi responsável pelo amadurecimento da filosofia pragmática, bem como por sua expansão para âmbitos sociais e políticos. Dewey era um libertário, o que, por conseguinte, o levou a defender uma ordem social que rejeita dogmas e não só tolera, como também deseja a mudança. Por outro lado, há que se destacar que as ideias libertárias de Dewey sugerem que o pragmatismo se alia à concepção de Estado liberal. De fato, os ideais de James e Dewey passam pelo pluralismo e a tolerância em assuntos públicos e privados.

Quanto à relação do pragmatismo com o Estado liberal em Dewey, Pogrebinschi (2005, p. 152) destaca que a ideia de democracia é tão ampla que, de acordo com ele, não é possível exemplificá-la por meio de nenhum Estado, nenhuma hipótese de Estado, pois, por melhor que seja esse Estado hipotético, seria sempre insuficiente para “exemplificar a ideia de democracia em sua integridade”. A razão para que isso ocorra se deve ao fato de a realização da democracia transcender o Estado, uma vez que ela “se encontra e afeta, simultaneamente, todos os modos de associação humana dentro da comunidade” (2005, p. 152). Pogrebinschi aduz que a ideia de democracia não tem que se adaptar às instituições, sobretudo as instituições políticas. Ao contrário, enfatiza a autora, são estas que devem se adaptar àquela. Em outras palavras, a “democracia política deve se subordinar à ideia de democracia” (POGREBINSCHI, 2005, p. 165).

Complementando as observações de Pogrebinschi e estendendo a análise ao pensamento de Posner, Jacobson e McCormick (2005, p. 3) observam que o magistrado norte-americano defende sua “teoria pragmática da democracia” como fundamentalmente realista e seu objetivo é basear as ações nos fatos e na consideração a respeito de suas consequências, mais do que em “conceitualismos e generalidades” (JACOBSON; McCORMICK, 2005, p. 3).

Andrade (2010, p. 41), por sua vez, afirma que Posner reconhece o direito e a democracia como pilares básicos do Estado liberal. De fato, observa o autor, Posner empenhou-

se em compreender a democracia e o sistema judicial norte-americanos para, com isso, demonstrar sua visão da relação entre o pragmatismo, o direito e a democracia¹⁰⁴ (ANDRADE, 2010, p. 41).

4.1.2. O pragmatismo jurídico de Richard Allen Posner

Posner (2010, p. 42) propõe que os operadores do direito, já que precisam analisar situações concretas, recorram a critérios não filosóficos, ou seja, evitem critérios abstratos, e, em vez disso, busquem fundamentar suas análises em termos consequencialistas. Observe-se que tal recomendação, embora direcionada a todos os operadores, destina-se especialmente aos magistrados (POSNER, 2010, p. 42).

Por seu turno, Andrade (2010), em sua análise do pensamento de Posner, aponta que ele reconhece a existência de sistemas formais, cuja importância não pode ser olvidada. Por certo, assevera Andrade, Posner defende que a lógica tem um papel importante a desempenhar na tomada de decisões jurídica, mas é enfático em sua crítica ao formalismo jurídico “exagerado”, quando este considera que as relações entre as ideias jurídicas traduzem a essência do direito e do pensamento jurídico. Por isso mesmo, para o ilustre magistrado norte-americano, o formalismo é, frequentemente, visto como uma “posição desacreditada no direito”. Nesse sentido, é de se observar que Posner (2007) rejeita o formalismo por este se encontrar dissociado das práticas sociais, embora não desconheça sua importância. De fato, Posner afirma não rejeitar o formalismo *tout court* (POSNER, 2007, p. 608).

De acordo com Andrade (2010, p. 39), Posner enfatiza a quantidade de opções de resolução das causas que é colocada à disposição dos magistrados nos tribunais, inclusive não adstrito ao âmbito jurídico, destacando que, com frequência, o magistrado se vê diante de situações em que não tem outra opção a não ser a de “ponderar sobre o resultado através de métodos não jurídicos extraídos de materiais não jurídicos” (ANDRADE, 2010, p. 39). É o que observa Brickner¹⁰⁵ (2009), em sua resenha do livro *How judges think*, ao colocar que o objeto

¹⁰⁴ Observe-se que, apesar de ser direcionado ao direito norte-americano, o Brasil adota o seu sistema de controle difuso de constitucionalidade.

¹⁰⁵ “The legal profession is interested not in how judges think in general, but how they think in deciding cases. We are concerned with those decisional thought processes that are the cornerstone of the judicial process at the trial and appellate levels” (BRICKNER, 2009, p. 794).

de investigação não é como os juízes pensam em geral, mas como eles decidem os casos sob sua análise. A preocupação é entender como ocorrem os processos de cognição decisional que são a “pedra angular do processo judicial nos níveis de julgamento e apelação” (BRICKNER, 2009, p. 794).

Brickner¹⁰⁶ (2009, p. 799) afirma que Posner tinha consciência dos limites da ciência e da racionalidade, pois viu que, embora em seu apogeu na Alemanha dos anos 1930, elas não conseguiram impedir os horrores do nazismo. Brickner também observa que Posner reconhecia a existência de “maus juízes”, envolvidos conscientemente na falsificação e distorção dos fatos. No entanto, frisa Brickner, a ideia que se eleva acima de todas essas constatações adversas é a de que o “raciocínio jurídico e a análise levam a um julgamento mais perfeito” (BRICKNER, 2009, p. 799).

Não se pode olvidar que Posner é o principal teórico da Análise Econômica do Direito (AED). Por essa razão, sua teoria se desenvolve buscando o equacionamento da prática de determinadas condutas com os custos a elas inerentes e as consequências que nelas têm origem. Percebe-se, por conseguinte, que a matriz do pensamento posneriano é alimentada por uma lógica mercadológica e, portanto, pode-se flagrar sua intenção em subsidiar o sistema jurídico com os meios necessários a esse equacionamento. Há que se destacar que, ainda que o direito regulamente inúmeras atividades que se encontram para além do mercado, a proposta posneriana tende a colocá-las sob o paradigma mercadológico. Posner acredita que, assumindo uma postura pragmática pautada pela percepção mercadológica, é possível chegar a um ponto de vista imparcial sobre “temas politicamente controversos” (POSNER, 2011, p. 11 e 45).

4.1.2.1. O pragmatismo cotidiano

Segundo Andrade (2010, p. 42), Posner tomou como ponto de partida o reconhecimento de que o direito e a democracia são os pilares fundamentais do Estado liberal, dedicando-se,

¹⁰⁶ “Judge Posner, a scholar of a different generation, knows that science and reason, although at a peak in Germany, did not prevent the horrors of Nazism. Although he speaks of judges wanting to be good judges, he seems to imply that there are bad judges who engage in conscious falsification and twisting of facts. Although he does not emphasize these unsavory aspects of the judicial process, he at least recognizes that they exist, although they can be attributed often to error and mistake. He writes of Holocaust deniers as a type of irrational thinkers. Business school scholars have written about errors in management. We can learn from our mistakes, but error and mistake do not appear to mesh with the idea that legal reasoning and analysis lead to more perfect adjudicating” (BRICKNER, 2009, p. 794).

então, a explicitar de que modo o pragmatismo se relaciona com ambos. Andrade observa que ele buscou desenvolver a teoria do direito e da democracia sob o ponto de vista pragmático e, para tanto, concentrou sua análise na democracia e no sistema judicial norte-americanos, advertindo, destaca Andrade, que “sistemas jurídicos e políticos são – na visão pragmática – relativos às respectivas culturas nacionais”¹⁰⁷, o que o conduziu a renunciar a qualquer “pretensão de explorar as possíveis aplicações de seu olhar para outros países” (ANDRADE, 2010, p. 42).

Andrade (2010, p. 42) explica que Posner contrapõe o pragmatismo filosófico (*philosophical pragmatism*) ao pragmatismo cotidiano (*everyday pragmatism*) e que é este último que ele aplica à teoria do direito e da democracia. Por conseguinte, observa Andrade, tanto a teoria do direito como a da democracia são, no pensamento posneriano, avaliadas sob a perspectiva do pragmatismo cotidiano (ANDRADE, 2010, p. 42).

O pragmatismo filosófico, explica Andrade, é recorrentemente criticado pelo autor no que toca às práticas políticas e jurídicas, em decorrência da falta de conexão que há entre a doutrina filosófica e a prática cotidiana. Nesse sentido, entende que há pouco interesse prático para que políticos e juízes apreendam os conceitos filosóficos do pragmatismo (2010, p. 42). Isso posto, o autor explana que o pragmatismo cotidiano usa o senso comum para a resolução dos conflitos e esta é a opção teórica que Posner acredita ser a melhor para juízes e políticos refletirem sobre as consequências de suas decisões, sem serem cerceados pela retórica do formalismo e “pelo tom acadêmico do pragmatismo filosófico” (ANDRADE, 2010, p. 43).

Andrade (2010, p. 42) destaca que, em sua teoria pragmática sobre a democracia, Posner buscou resgatar, reelaborar e aplicar a teoria de Joseph Schumpeter¹⁰⁸ da “democracia elitista”,

¹⁰⁷ Destaque-se que essa constatação de Posner a respeito da especificidade das culturas nacionais quanto à formação, estrutura e funcionamento dos seus respectivos sistemas jurídico-políticos converge com o que será visto adiante a respeito do pensamento e da proposta de Wolfgang Fikentscher.

¹⁰⁸ Joseph Schumpeter foi um crítico da teoria clássica da democracia, o que o levou a desenvolver uma concepção mais realista da democracia em sua teoria econômica da democracia, que, sinteticamente, pode ser resumida em dez características: “(...) a concepção de Joseph Schumpeter sobre a democracia significou uma profunda revolução na teoria política. Não só por ter praticamente invertido alguns postulados da teoria clássica, como, por exemplo, o da soberania popular, mas, também, por ter estabelecido certos pressupostos básicos, que, se não são aceitos pelos estudiosos em alguns de seus aspectos, servem, ainda hoje de base para novas análises e abordagens sobre a democracia. Esses pressupostos podem ser esquematicamente reduzidos a dez tópicos: 1. não existe o chamado bem comum, isso pelo simples fato de que, para indivíduos, grupos e classes diferentes, o bem comum significa coisas diferentes; 2. o chamado governo pelo povo é uma ficção; o que existe, na realidade, ou pode existir, é governo para o povo; 3. o governo é exercido por elites políticas; 4. essas elites competem no mercado político pela preferência dos eleitores; 5. a concorrência no mercado político, tal como no mercado econômico, é imperfeita, isto é, oligopólica; 6. partidos políticos e eleitores atuam no mercado político de maneira semelhante à atuação das empresas e consumidores no mercado econômico; 7. o voto é a moeda através da qual o eleitor compra

a qual considerava mais adequada à realidade norte-americana. Andrade aponta, então, quais seriam as principais contribuições da teoria pragmática do direito, as distinções entre “pragmatismo filosófico e cotidiano; entre consequências da decisão judicial, seja no caso concreto, seja de forma sistêmica; entre pragmatismo e consequencialismo”, e, por último, o esforço em “reconciliar o pragmatismo com o positivismo” (ANDRADE, 2010, p. 43).

Andrade assevera que a teoria pragmática posneriana da democracia tem como fundamentos os fatos e as consequências. Com isso, sustenta o autor, Posner pretendia afastar do processo de tomada de decisões oficial as teorias de matizes filosóficas e morais que, apenas, trazem ao debate “conceitualismos, generalidades, falsos moralismos e slogans” (ANDRADE, 2010, p. 44).

Sendo assim, reflete Andrade, o juiz que pensa como um pragmático, segundo Posner, não deve e não pode simplesmente negar as “virtudes dos padrões (*standards*) do Estado de direito – generalidade, previsibilidade e imparcialidade”. Deve, apenas, se “recusar a sacralizá-las”, e sim aplicá-las com ponderação, fazendo as adaptações necessárias na decisão do caso concreto (ANDRADE, 2010, p. 46).

Por outro lado, prossegue Andrade (2010, p. 47), faz-se necessária a distinção entre pragmatismo e formalismo. O primeiro tem como vertente a experiência prática, já o segundo focaliza a lógica e nega o componente político-ideológico do direito. A essa distinção aplica-se a relação do direito com o ambiente social, compreendida pelos formalistas como uma disciplina autônoma e isolada, e pelos pragmáticos como um campo de conflito social¹⁰⁹

os bens políticos ofertados pelos partidos; 8. a soberania popular, embora não seja nula, é reduzida, visto que são as elites políticas que propõem os candidatos e as alternativas a serem escolhidas pelo eleitor; 9. o objetivo primordial dos partidos políticos é conquistar e manter o poder. A realização do bem comum é um meio para atingir este objetivo; 10. a necessidade de maximizar votos impede que os partidos e os políticos sirvam exclusivamente a seus interesses grupais ou de classe. Como diz Bobbio (1986), os controladores são controlados” (AMANTINO, 1998, p. 137-138).

¹⁰⁹ Observe-se que Posner (2003, p. 47-48) propõe o seguinte rol de princípios do julgamento pragmático: “1. Pragmatismo jurídico não é apenas um termo sofisticado para a adjudicação *ad hoc*; ele envolve considerações sobre as consequências sistêmicas e não se limita às consequências do caso específico. 2. Todavia, somente em circunstâncias excepcionais, o juiz pragmático atribuirá às consequências sistêmicas um peso maior, como o formalismo legal atribui, isto é, só raramente o formalismo legal funcionará como uma estratégia pragmática. Por vezes, as circunstâncias do caso específico dominarão completamente o processo decisório. 3. O critério fundamental da adjudicação pragmática é a razoabilidade. 4. Assim, apesar da ênfase sobre as consequências, o pragmatismo jurídico não é uma forma de consequencialismo, um conjunto de doutrinas filosóficas (mais predominantemente o utilitarismo) que avalia ações em relação ao valor de suas consequências: a melhor ação é aquela com as melhores consequências. É mais certo haver bolsos formalistas no sistema pragmático de adjudicação, especialmente nas decisões por regras do que por padrões. Ademais, por razões tanto práticas como jurisdicionais ao juiz não é exigido ou até mesmo permitido levar em consideração todas as consequências possíveis de suas decisões. 5. O pragmatismo jurídico é progressivo e considera a adesão às decisões passadas como uma necessidade (qualificada) mais do que um dever ético. 6. O pragmatista jurídico acredita que nenhum

(ANDRADE, 2010, p. 47).

Andrade (2010, p. 49) sustenta que Posner reconhecia que o pragmatismo jurídico não detém nenhuma fórmula específica para efetuar o sopesamento das consequências do caso concreto e as consequências sistêmicas da prestação jurisdicional. Dessa forma, o juiz pragmático teria como principal atribuição adotar a medida mais razoável possível, considerando todas as circunstâncias (2010, p. 49). Andrade destaca que, para Posner, a adjudicação pragmática confere aos juízes um papel consistente com a segunda noção de democracia, aquela proposta por Schumpeter, de cunho elitista e pragmático. Nesse contexto, observa Andrade, Posner acreditava que “quaisquer dúvidas sobre sua legitimidade não são específicas da adjudicação pragmática”, mas produziriam efeitos indesejáveis, fazendo pairar dúvidas e desconfianças sobre todo o sistema político (ANDRADE, 2010, p. 50).

4.1.2.2. O pragmatismo no comportamento judicial

Andrade (2010, p. 50-51) lembra que Posner se mostrava bastante cético acerca do legalismo, principalmente por considerá-lo inapto a propor soluções para alguns casos particularmente difíceis. Andrade aponta que o pragmatismo é uma característica comportamental marcante nos juízes norte-americanos e observa que Posner¹¹⁰ acreditava que o juiz pragmático era um “pragmático constrangido”, pois se encontrava enquadrado por normas que impõem aos juízes a “imparcialidade, a consciência da importância do direito sendo previsível o suficiente para orientar a conduta dos jurisdicionados” (ANDRADE, 2010, p. 50-51).

Andrade (2010, p. 51) destaca que Posner (2008) considera nove teorias diferentes que tentam explicar as decisões dos juízes – atitudinal, estratégica, sociológica, psicológica, econômica, organizacional, pragmática, fenomenológica e legalista. Todas, segundo Andrade,

procedimento analítico geral distingue o argumento jurídico de qualquer outro argumento prático. 7. O pragmatismo jurídico é empírico. 8. O pragmatismo jurídico não é contrário a teoria em si. De fato, ele é mais receptivo a algumas formas de teoria do que o formalismo legal, principalmente teorias que regulam a investigação empírica. O pragmatismo jurídico é contrário à ideia de se usar teorias moral e política abstratas para regular a tomada de decisão judicial. 9. O juiz pragmático tende a priorizar os fundamentos de decisão estritos sobre os amplos nos estágios iniciais da evolução de uma doutrina legal. 10. O pragmatismo jurídico não é um complemento ao formalismo e, por conseguinte, distinto do positivismo de H.L.A. Hart. 11. O pragmatismo jurídico simpatiza com a concepção sofisticada e aristotélica de retórica como uma forma de argumento. 12. O pragmatismo jurídico difere tanto do realismo legal como também dos estudos legais críticos” (POSNER, 2003, p. 47-48).

¹¹⁰ Veja-se Posner (2008, p. 13).

são incompletas, mas funcionam como elementos para a teoria da tomada de decisões. Quanto à teoria pragmática, Andrade (2010, p. 52) elucida que Posner concebia que o pragmatismo, compreendido segundo os parâmetros da teoria pragmática do comportamento judicial, necessitava ser definido de forma criteriosa, sendo possível, no entanto, em uma aproximação preliminar, observar que o termo diz respeito à tentativa de fundamentar os julgamentos (legais ou diferentes) nas consequências, em vez de buscar sua fundamentação na dedução de premissas por meio do silogismo. O pragmatismo, segundo Andrade, guarda semelhanças com o utilitarismo, mas “sem o comprometimento quanto aos meios específicos pelos quais estas filosofias avaliam as consequências” (2010, p. 52). Andrade anota que, na visão de Posner¹¹¹, o pragmatismo no direito refere-se ao “fundamento da decisão judicial nos efeitos que a própria decisão parece ter, em vez da linguagem de uma lei ou de um caso, ou mais genericamente numa regra preexistente” (ANDRADE, 2010, p. 52).

Andrade analisa que, para Posner (2008, p. 54), aparentemente os magistrados só legislam após a tentativa falha de julgar o caso concreto com base em rígidos textos legislativos e em precedentes normativos. De acordo com o autor, ao bom juiz pragmático cabe a função de equilibrar as diferentes consequências – a sistêmica e a do caso concreto, incluindo em sua decisão as diferentes motivações (POSNER, 2008, p. 56).

Andrade (2010, p. 57), em decorrência, observa que a utilidade local do pragmatismo depende do quão a sociedade é normativamente homogênea. Ou seja, quanto mais homogênea, maior o entendimento acerca de quais circunstâncias são boas e quais são ruins e melhores as direções fornecidas pelo pragmatismo (ANDRADE, 2010, p. 57).

O autor salienta que existem dois modos de entender se há confluência entre um caso novo e uma regra. Primeiro, examina-se o alcance da regra e depois se há a subsunção. O segundo modo é analisar qual o propósito da regra e se o possível resultado realizará o que está descrito na norma (ANDRADE, 2010, p. 57).

¹¹¹ Segundo Posner, a palavra pragmatismo: “refers to basing judgments (legal or otherwise) on consequences, rather than on deduction from premises in the manner of a syllogism. Pragmatism bears a family resemblance to utilitarianism (...) but without a commitment to the specific ways in which those philosophies evaluate consequences. In law, pragmatism refers to basing a judicial decision on the effects the decision is likely to have, rather than on the language of a statute or of a case, or more generally on a preexisting rule” (POSNER, 2008, p. 40).

Um princípio fundamental do pragmatismo jurídico, reitera Andrade (2010, p. 57), é que não há procedimento analítico geral que diferencie o raciocínio jurídico de outros raciocínios práticos, portanto, reconhece, não se deve sobrevalorizar o pragmatismo. Afinal, não se trata de um mecanismo que produz respostas automáticas, confiavelmente corretas, para as questões jurídicas. Da mesma forma que não se pode transformar o julgamento político na ciência política, de igual modo não se pode entender o julgamento jurídico como ciência do direito, pois nem os juízes podem ser encarados como peritos administradores e tampouco o direito ser reduzido à mera análise de custo-benefício (ANDRADE, 2010, p. 57).

Esclarece o autor que é inevitável que alguns casos sejam decididos de modo diverso, porque os juízes pesam as consequências diferentemente, dependendo da vivência, temperamento, treino, experiência e ideologia que os modelam e, por conseguinte, condicionam sua resposta aos argumentos e evidências postos em exame (ANDRADE, 2010, p. 57).

4.1.2.3. Distinções entre o pragmatismo jurídico e o consequencialismo

Andrade (2010, p. 59) observa que o consequencialismo se apresenta como uma teoria que possibilita verificar até que ponto “uma escolha particular é a certa para um agente que deve tomar uma decisão a partir das suas consequências relevantes”. Ou seja, a partir de uma análise consequencialista é possível avaliar os efeitos relevantes da decisão na realidade. Nesse sentido, o autor esclarece que o consequencialismo distingue-se da deontologia e a ela se opõe, “na medida em que esta busca explicar a escolha pelo ponto de vista das obrigações do agente e aquele busca explicá-la unicamente do ponto de vista de suas consequências” (ANDRADE, 2010, p. 59).

Segundo Andrade (2010, p. 59), no gênero consequencialismo, diferentes espécies de grupos podem surgir quando se consideram os tipos de consequências substantivas que interessam no processo de tomada de decisão na esfera judicial. Assim, a melhor alternativa deve vir da ponderação das alternativas relevantes para a situação. Observa o autor que o consequencialismo é uma “teoria do certo, e não do bom”, ou seja, é uma teoria que busca alcançar a “opção certa para um agente ou uma agência na tomada de decisão, e não necessariamente uma teoria útil para ser aplicada nela”. Disso decorre que a escolha da melhor opção ao alcance do agente no curso do processo decisional deve vir da consideração das

alternativas relevantes para a situação. “Assim, evita-se focar nas opções decisórias A e B quando, na realidade, a C seria melhor para o caso” (ANDRADE, 2010, p. 59-60).

Observando esses apontamentos, Andrade (2010, p. 61) pontua que, no consequencialismo, fundamenta-se a decisão judicial com a adoção das melhores consequências, após exaustivo sopesamento dos resultados. Sendo que a decisão tomada deverá ser a mais razoável possível. O autor coloca que, para Posner, o juiz pragmático não utiliza a análise de custo-benefício como dogma. Ele a usa apenas na medida em que o ajuda a identificar e ponderar sobre as consequências de uma decisão alternativa (2010, p. 61). Portanto, sustenta Andrade, percebe-se que Posner reconhece que pragmatismo e consequencialismo não são a mesma coisa. Além do mais, cumpre ressaltar que o utilitarismo “defende o alcance de bens e valores previamente acertados, justamente distribuídos e aptos a serem consumidos”. Em contraposição, o pragmatismo estabelece que “a utilidade aparece como um ‘valor volátil’” (ANDRADE, 2010, p. 61).

Assim sendo, informa Andrade (2010, p. 62), o argumento pragmático pode abranger tanto o argumento prático quanto o consequencialista, ou seja, “o argumento pragmático é gênero do qual o prático e consequencialista constituem espécies” (2010, p. 62). Destaque-se que, segundo o autor, é necessário reconhecer que a justificativa das decisões judiciais é frequentemente impossível e os casos difíceis não são decididos de maneira objetiva. Além disso, é preciso questionar sobre a maleabilidade do que pode ser considerado argumento em direito e sobre a funcionalidade do direito e do uso de métodos não jurídicos e extraídos de materiais não jurídicos para as decisões que precisam ser tomadas pelos agentes do Estado (ANDRADE, 2010, p. 63).

Há de se ressaltar, em consonância com o que dispôs Andrade (2010, p. 65), que o ponto nevrálgico a ser considerado a respeito do pragmatismo jurídico assemelha-se à inquietação judicial acerca das consequências do julgamento político que o juiz desempenha no exame do caso concreto. O que conduz o autor a sugerir a seguinte definição, como ponto de partida para uma provocação:

O pragmatismo cotidiano de Posner busca o melhor resultado na tomada de decisão judicial restrita, levando em consideração todas as circunstâncias e a maior razoabilidade possível, compreendido como aquele que melhor solucionará o caso e melhor repercutirá junto ao sistema. Para ele, a compreensão do que seria o “melhor”

resultado (para o caso e do ponto de vista sistêmico) é compartilhada pela homogeneidade normativa da sociedade na qual está inserido (convergência nos interesses perseguidos) (ANDRADE, 2010, p. 65-66).

Andrade (2010, p. 65) observa que, devido à variedade existente na realidade norte-americana, o pragmatismo cotidiano se sobressaiu como a teoria do direito mais adequada. Somente é possível essa colocação, ressalta, em função da “homogeneidade quanto ao consenso já alcançado naquela sociedade sobre determinados aspectos básicos da vida” (2010, p. 63). O autor assevera que é necessário levar em consideração que cada consequência deve ser valorada, todavia, sem que haja um “padrão de critérios” para tanto (ANDRADE, 2010, p. 65).

Pogrebinschi (2005, p. 38), por seu turno, aponta que o consequencialismo – ou instrumentalismo – representa a “característica talvez mais conhecida do pragmatismo”. Segundo a autora, o consequencialismo é a “insistência de olhar para o futuro, e não para o passado”, pois:

A referência ao passado não é um dever para o pragmatista, ela deve ser feita apenas quando for metodologicamente interessante ao próprio estabelecimento do futuro. É para o futuro que o pragmatista olha e é para lá que ele se direciona. Disto decorre que tanto a teoria da significação, como a teoria da verdade, levadas a cabo pelo pragmatismo, caracterizam-se pela submissão permanente ao “teste” consequencialista: o significado de uma proposição, bem como a sua verdade, apenas podem ser conhecidos se forem verificados a partir do teste de suas consequências (POGREBINSCHI, 2005, p. 38).

Pogrebinschi (2005, p. 38-39) enfatiza que é nesse ponto que se coloca a “famosa questão pragmatista”: quais as diferenças que “as consequências disto ou daquilo podem acarretar?”. Disso, segundo a autora, decorre que:

(...) é antecipando consequências futuras que se produz conhecimento no âmbito do pragmatismo. E estas consequências futuras devem ser permanentemente antecipadas para que se possa conhecer qual delas é melhor, a mais satisfatória, a mais útil e a mais benéfica (POGREBINSCHI, 2005, p. 38-39).

Para Pogrebinschi (2005, p. 39), a perspectiva consequencialista necessita de um método capaz de “resolver confusões conceituais relacionando o significado dos conceitos às suas consequências”, pois, se o significado das proposições “reside no seu futuro, por conseguinte, também os raciocínios devem dirigir-se ao futuro, pois seu significado se refere à conduta prática – e a única conduta passível de controle é a conduta futura” (POGREBINSCHI, 2005, p. 39).

Nesse sentido, Andrade (2010, p. 59) sustenta que o consequencialismo foi concebido como uma teoria que possibilita inferir se uma escolha no âmbito particular é a correta para um agente que deve tomar decisões a partir de suas consequências relevantes, ou seja, se há efeitos relevantes da decisão no mundo (ANDRADE, 2010, p. 59). Para este autor, o argumento pragmático pode abarcar tanto a dimensão prática quanto a utilitarista.

Andrade (2010) avalia que, internamente, o consequencialismo, como vertente do pragmatismo, entende que diferentes subgrupos podem surgir quando se investigar quais os tipos de consequências relevantes para uma decisão judicial. Assim, a melhor alternativa deve vir da ponderação das alternativas relevantes para a situação (ANDRADE, 2010, p. 59).

Observando esses apontamentos, Andrade (2010) aponta que, no consequencialismo, fundamenta-se a decisão judicial com a adoção das melhores consequências no geral, após exaustivo sopesamento dos resultados. Sendo que a decisão a ser tomada deverá ser a mais razoável possível (ANDRADE, 2010, p. 60).

O autor observa, ainda, que, nos limites da proposta posneriana, o juiz pragmático não utiliza a análise de custo-benefício como dogma. Este a utiliza apenas na medida em que esta o ajuda a identificar e ponderar sobre as consequências de uma decisão alternativa. Além disso, observa Andrade, o utilitarismo “defende o alcance de bens e valores previamente acertados, justamente distribuídos e aptos a serem consumidos”. Em contraposição, o pragmatismo estabelece que “a utilidade aparece como um ‘valor volátil’” (ANDRADE, 2010, p. 61).

Por essa razão, afirma Andrade, o argumento pragmático pode abranger tanto o argumento prático quanto o consequencialista, ou seja, “o argumento pragmático é gênero do qual o prático e consequencialista constituem espécies” (ANDRADE, 2010, p. 61). O autor justifica a adoção do pragmatismo jurídico como a teoria mais adequada a ser aplicada na tomada de decisões, com as constatações a seguir:

Do reconhecimento de que a justificativa das decisões judiciais é frequentemente impossível e de que os casos difíceis não são decididos de maneira objetiva, do questionamento sobre a maleabilidade do que pode ser considerado argumento em direito e da possibilidade de que o direito não seja simplesmente interpretativo, da funcionalidade do direito e do uso de métodos não jurídicos e extraídos de materiais

não jurídicos (ANDRADE, 2010, p. 63).

Aprofundando sua abordagem, Andrade (2010) sustenta que, devido à variedade existente na realidade norte-americana, o pragmatismo cotidiano coloca-se como a teoria do direito mais adequada ao enfrentamento do processo de tomada de decisões que afetam a dinâmica da vida social. Somente é possível essa colocação devido à “homogeneidade quanto ao consenso já alcançado naquela sociedade sobre determinados aspectos básicos da vida” (ANDRADE, 2010, p. 63).

Dessa forma, permite-se concluir que a seara ambiental encontra um campo fértil para a aplicação do pragmatismo. Tal percepção acentua-se sobremaneira em decorrência de testemunhar-se em solo pátrio, em um lapso temporal reduzido, dois desastres ambientais – Mariana e Brumadinho – que, por sua gravidade e magnitude, colocam o país em prontidão diante da real e concreta possibilidade da ocorrência de outros com a mesma amplitude.

Há de se destacar, em consonância com o que dispôs Andrade (2010, p. 65), que o ponto nevrálgico a ser considerado com relação ao pragmatismo jurídico assemelha-se à inquietação judicial acerca das consequências do julgamento político que o juiz desenvolve no exame do caso concreto. Nesse ponto, Andrade (2010) comenta:

O pragmatismo cotidiano de Posner busca o melhor resultado na tomada de decisão judicial restrita, levando em consideração todas as circunstâncias e a maior razoabilidade possível, compreendido como aquele que melhor solucionará o caso e melhor repercutirá junto ao sistema. Para ele, a compreensão do que seria o “melhor” resultado (para o caso e do ponto de vista sistêmico) é compartilhada pela homogeneidade normativa da sociedade na qual está inserido (convergência nos interesses perseguidos) (ANDRADE, 2010, p. 65-66).

O que pode ser considerado, de acordo com o que foi acima exposto, é que a utilização de argumentos consequentialistas nas decisões dos gestores prima pelo tecnicismo e racionalidade. Ocorre que não se pode olvidar que o pano de fundo de tais decisões é uma questão política. De fato, quando a argumentação consequentialista é flagrada na atuação do judiciário, muitas são as críticas em razão de uma alegada “politização” das sentenças, pois os juízes são acusados de levar para a interpretação das leis seus valores e suas ideologias. A decisão dos juízes é percebida como fator de “insegurança jurídica”.

As ações humanas podem ser enquadradas nos limites da previsibilidade, mas não do determinismo. Estamos no campo das probabilidades estatísticas – no campo dos sistemas

estocásticos –, o que insinua o grau de complexidade com que tais decisões são pautadas. Por isso mesmo, a necessidade de revesti-las de “confiabilidade”, uma vez que a “certeza” é uma incógnita.

A confiança mútua é a base da organização social. Sem os laços de solidariedade e confiança não é possível projetarmos um futuro em comum. Tal percepção encontra-se enraizada nas bases da modernidade e podemos flagrá-la em Jean Bodin. Nos seus *Seis Livros da República*, ele fala sobre a importância da amizade. Sem essa “amizade” que nos dá um mínimo de garantia, segurança e certeza, não seria possível produzirmos os valores tangíveis dos quais se ocupa a economia. Tal concepção também pode ser encontrada em autores como Galbraith (1996) e Sen (1999). Ambos sustentam que não se pode alterar significativamente o sistema econômico sem mudar a moralidade.

Como construir um mínimo de *Sicherheit* nos limites de uma sociedade ao mesmo tempo tecnológica e de risco? Como dar um mínimo de segurança aos gestores, órgãos de controle, judiciário e, acima de tudo, aos cidadãos, a respeito de decisões que impactam diretamente suas vidas, seus interesses e seus direitos? Há que se desvelar o substrato ideológico¹¹² não enunciado do consequencialismo.

O consequencialismo é uma técnica decisional que emerge em meio a um momento histórico conturbado em função de acontecimentos altamente impactantes: a crise do petróleo, a tensão no Oriente Médio, a guerra do Vietnã, o relatório do Clube de Roma, enfim, um cenário marcado por uma das periódicas crises do sistema capitalista. Ele revela uma estrutura discursiva pautada pela lógica empresarial na qual podem ser flagrados a visão de mundo e os valores de uma concepção de Estado voltada para o atendimento de uma classe social específica.

A adoção do modelo decisional consequencialista é, em si mesma, um risco. Pode, no entanto, com adequação e controle, mostrar-se útil se as variáveis de ordem econômica forem contrabalançadas pelas de ordem ecológica, social e cultural. Observe-se que, para minorar os efeitos não desejáveis que tal modelo decisional pode ocasionar, este trabalho se propõe a

¹¹² Para tanto, este trabalho de pesquisa procurou investigar a possibilidade de utilizar-se a análise sinepeica proposta por Fikentscher (2009), conforme será visto adiante.

investigar de que forma a equação entre precaução e proporcionalidade pode trazer segurança jurídica sob uma perspectiva garantista.

4.1.2.4. Críticas ao pensamento posneriano

Entre as críticas e objeções que o pragmatismo jurídico tem recebido, Andrade (2010, p. 58) destaca: carece de seriedade moral (*lacks moral earnestness*); estimula certo cinismo sobre o direito, induzindo preguiça mental nos estudantes, professores, advogados e juízes; e convida, ou até mesmo obriga, os juízes a decidirem os casos da maneira que melhor lhes aprouver. O autor ressalta que um trabalho elaborado em torno do ato de julgar dos magistrados tem sido negligenciado e que ele, particularmente, pretende enfatizá-lo. Reconhece, em seguida, que não haveria nada de errado se isso fosse um ponto de partida, já que os juízes são demasiadamente humanos e, por conseguinte, sujeitos a toda sua idiosincrasia e preconceito (ANDRADE, 2010, p. 57).

Especificamente em relação ao pensamento posneriano, Arruda (2011, p. 269) afirma que esse pensador se propôs a compreender como os juízes decidem os casos difíceis. De acordo com a autora, Posner promoveu uma “guinada” em sua AED, conduzindo-se a uma perspectiva pragmática muito particular, resultante de suas releituras do pragmatismo na filosofia e no direito, somadas à influência das ciências econômicas. Ele se dedicou a “repensar as possibilidades e os limites da economia em geral e a sua aplicação ao direito”, ao mesmo tempo em que ressaltou a importância de outras abordagens – tais como psicologia e antropologia (ARRUDA, 2011, p. 269).

A autora (2011, p. 269) observa que Posner utilizou-se de diferentes abordagens interdisciplinares acerca das questões jurídicas e que sua proposta visava integrar a abordagem econômica do direito em uma teoria mais ampla, no entanto, esclarece que a “virada pragmática de Posner” não foi total, mas apenas parcial, pois, “embora tenha excluído a maximização da riqueza como elemento fundante do direito, manteve os métodos típicos da teoria microeconômica, especialmente a análise de custo e benefício”. O pragmatismo de Posner, assevera Arruda, compõe-se, portanto, de um “*pastiche* de teorias e concepções jusfilosóficas” que, reunidas em seus trabalhos, tomaram a forma de um “pensamento particular e rico em autocontradições” (ARRUDA, 2011, p. 269).

Segundo Arruda (2011, p. 269), são dois os pilares a partir dos quais Posner sustenta o pragmatismo como teoria interpretativa do direito: a objetividade e a rejeição à autonomia do direito. Quanto à autonomia, Posner a rejeita e esforçou-se para demonstrar que não havia mais como o direito continuar a ser tratado como disciplina autônoma, ao contrário, ele deveria ser compreendido como “parte das ciências das humanidades em um sentido mais amplo”. Segundo a autora, a própria AED já lhe havia indicado essa possibilidade de “trânsito de conhecimentos de outras áreas do saber”, em especial no que tange às técnicas de resolução de conflitos. Por essa razão, Posner sustentava não ser mais possível que os juristas se mantivessem alheios e isolados em suas “torres de marfim”, de modo que não se poderia mais falar em um “raciocínio jurídico, mas simplesmente em razão prática” (ARRUDA, 2011, p. 269).

Quanto à objetividade, Arruda (2011, p. 270) afirma que Posner suscitou a “impossibilidade de caracterização total do direito enquanto empreendimento objetivo na forma esperada pelas ciências exatas”, uma vez que estas são capazes de “garantir resultados mais claros e menos refutáveis”, enquanto o direito é limitado por seu próprio “desenho institucional” e não consegue, por conseguinte, lograr os mesmos resultados. Segundo a autora, Posner reconhecia ao direito, como atividade interpretativa e argumentativa, a possibilidade de uma “objetividade frouxa”, que ele chamava de “objetividade conversacional”. Tal objetividade se dava apenas no “âmbito do debate jurídico” e dela dependia o “estabelecimento e a fixação de conceitos jurídicos”, ou seja, o consenso (ARRUDA, 2011, p. 270).

O papel do consenso, para Posner, ressalta Arruda, se dá pela “intangibilidade da prática interpretativa dos estudiosos do direito”. Posner, segundo a autora, toma o consenso como “tábua de salvação da objetividade jurídica” e, com isso, mesmo sem perceber, acabou tratando o direito de forma tão metafísica e volátil quanto aquela que emerge dos conceitos vagos, imprecisos e indeterminados que pretendeu rejeitar, tais como a “justiça” e a “liberdade” (ARRUDA, 2011, p. 270).

Nesse sentido, Arruda (2011, p. 270) observa que a justificação que Posner elaborou para seu “ceticismo em relação a teorias morais e filosóficas”, paradoxalmente, se assentava nas seguintes premissas:

- i) as pessoas divergem e divergirão infinitamente sobre temas morais sobre “justiça”, “igualdade”, “liberdade”, temas estes recorrentes da filosofia e das teorias da moral;
- ii) dada a inatingibilidade de consenso, não se pode falar em objetividade moral, quanto menos em objetividade da filosofia moral, porquanto a objetividade seja desejável para o direito;

iii) logo, se as diferentes teorias morais impossibilitam a criação de uma base firme e objetiva em que se possam fundar as decisões judiciais por não serem capazes de determinar uma resposta correta para a questão jurídica, há de se desconsiderar a sua utilização que não sirva apenas como guia de uma abordagem mais empírica e experimental do direito (ARRUDA, 2011, p. 271).

Dessa maneira, argumenta a autora, nesse ponto, desfaz-se o vínculo que fora, anteriormente, assentado pelo pragmatismo clássico “entre teoria e prática”, uma vez que se assume indiretamente a existência de “balões metafísicos” advindos dos “dualismos modernos” e contidos, agora, em um “desejo de consenso, tão abstrato e intangível quanto os ideais metafísicos modernos que se propõe a combater”. A autora afirma que tal propósito se encontra “contido na reificação de valores morais em fatos brutos”, os quais, seguindo a mesma compreensão da modernidade, expõem uma “concepção fisicalista da realidade” (ARRUDA, 2011, p. 271).

Nesse ponto, Arruda (2011, p. 271) atenta, criticamente, para a “bandeira do pragmatismo cotidiano”, acusando-o de ser “semelhante àquele que os jornalistas expressam quando descrevem como um ‘político pragmático’, isto é, alguém que não deixa ‘os princípios jurídicos atrapalharem o caminho da decisão judicial’”. A autora observa que o pragmatismo cotidiano proposto por Posner ergue-se sobre princípios, por exemplo, a preservação das consequências sistêmicas, mas entende que eles não devem ser seguidos à risca. Arruda adverte que Posner também disse respeitar a lógica, “mas não tem nenhuma afinidade com as pessoas que tomam ideias sensatas ‘para sua conclusão lógica’, o que é algo impraticável diante da inarticulação de nossas narrativas e da própria metanarrativa jurídica” (ARRUDA, 2011, p. 271).

Arruda (2011, p. 271) prossegue em sua avaliação crítica, apontando que o “flexível pragmático cotidiano”, embora respeite os princípios e a lógica como instrumentos que “são, por vezes, úteis para resolver problemas”, não hesita em descartá-los quando já não são úteis. O mesmo se aplica, segundo a autora, ao tratamento dos precedentes, no qual adentra “o cálculo de custo e benefício indicado pela abordagem em quatro passos, mais em razão de sua utilidade e autoridade política do que por sua força epistêmica” (ARRUDA, 2011, p. 271).

Considerando sua concepção de direito como atividade dos juízes, Posner, aduz Arruda (2011, p. 271), assentou o pilar central do seu pragmatismo jurídico na decisão judicial, argumentando que:

(...) decisões judiciais *devem ser* fundamentadas em uma comparação de custo e benefícios, realista, empiricamente informada e preferivelmente quantitativa. As decisões jurídicas *devem* se referir ao bem-estar da sociedade de sorte que integridade ou elegância intelectual doutrinária são desejáveis apenas se contribuírem para este bem-estar. A teoria jurídica, o corpo sistematizado de conceitos jurídicos deverá igualmente ser realista, informado empiricamente e desvinculado de pressões intelectuais por sua própria sobrevivência. Deve ser, ao mesmo tempo, contextual e adaptável ao sistema; deve preferir as consequências a argumentos teóricos e abstratos. Em suma, deve se ater aos meios para realização dos fins sociais do que para a própria definição destes, dado o seu caráter eminentemente divergente (ARRUDA, 2011, p. 271).

Arruda (2011, p. 271), mais uma vez, criticando a proposta posneriana, observa que o formalismo foi o “espantalho” contra o qual Posner opôs seu pragmatismo, caracterizando-o “pela crença de que o direito consiste em um sistema fechado de regras e precedentes, capaz de atribuir respostas corretas a todos os problemas jurídicos”. Nesse ponto, Arruda destaca que o próprio Posner o reconhecia como um “inimigo” que não tinha sequer uma feição e que compunha, ao longo de sua obra, a “grande área do direito” sobre a qual repousava o consenso (2011, p. 272). O mesmo consenso, afirma Arruda, que:

(...) pretende atribuir a todo o ordenamento, minando o próprio sentido da existência do pragmatismo jurídico, já que ele se concentrará em certas áreas do direito, especialmente áreas que se aproximam da economia e do liberalismo norte-americanos, como o direito contratual, antitruste, regulação de mercados, entre outras. São áreas a que se atribui um consenso sobre valores e, assim, sobre os fins sociais a serem perseguidos (ARRUDA, 2011, p. 272).

E, quando necessário solucionar casos difíceis, “situados na área de indeterminabilidade do direito, ausente o recurso à dimensão filosófica e à teoria moral”, Arruda (2011, p. 272) argumenta que Posner propôs que a “razoabilidade, a intuição e o senso comum” atuassem como “guias” da decisão judicial. Quanto a isso, autora denuncia ser esta a única resposta disponível para alguém que, como Posner, “rejeita a noção de objetividade como incompatível com o próprio direito”. A razoabilidade, aduz Arruda, se refere, pois, às características pessoais e às preferências políticas de cada juiz, e não tem qualquer pretensão persuasiva que não seja do próprio sujeito julgador (ARRUDA, 2011, p. 272).

Ocorre, sustenta Arruda, que, nesses casos difíceis, Posner acredita que as convicções políticas de um juiz serão “determinantes do processo decisório, mas não serão ilimitadas”, uma vez que os juízes são constrangidos pela “possibilidade de uma intervenção”, em função dos “limites de conhecimento e de competência dos Tribunais”, como também pelos “efeitos sobre a estabilidade do direito e até mesmo sobre a reputação do Tribunal, caso sua atitude para com o texto das normas e dos precedentes seja considerada arrogante”. E, considerando a

“diversidade de posicionamentos ideológicos dos juízes que compõem as Cortes”, caberia, então, à sociedade buscar um melhor conhecimento a respeito dos seus magistrados, escolhê-los de forma mais criteriosa, bem como garantir-lhes a “formação acadêmica e pessoal mais adequada aos propósitos da sociedade”, e isso “não cabe ao pragmatismo jurídico definir ou defender” (ARRUDA, 2011, p. 272).

Arruda ressalta que a exclusão da dimensão teórico-moral do direito adotada por Posner traz severas dificuldades, já que os métodos experimentais interdisciplinares propostos – estatística, análise de custo-benefício – apenas produzem resultados inconclusivos, isto é, “consequências que dependeriam de ampla discussão e valoração moral, principalmente a respeito de que fins ou consequências eram, de fato, desejados pela sociedade” (2011, p. 272). Nesse sentido, destaca Arruda, a pretensão antiteórica esposada por Posner em sua “teoria da adjudicação” impõe limites radicais à discussão sobre o direito que “é” com base no que “deve ser”. Arruda afirma que suas ideias deixam transparecer sua própria “ideologia liberal econômica, ganhando uma aparência de pragmatismo de meios especiais para permitir uma perspectiva diferente sobre alguns fins” (ARRUDA, 2011, p. 273).

Arruda (2011, p. 273) suscita algumas questões sobre pragmatismo jurídico posneriano: que aparência pode ter o direito, se ele é concebido apenas como uma “lógica de meios” que renuncia a qualquer busca de sentido ou finalidade? Afinal, considerando a “realidade do processo decisório” almejada por Posner, percebe-se ser extremamente difícil o mero esforço de “encarar uma filosofia do direito positivo, sem direcionamento substantivo”. Essas características evitariam qualquer possibilidade de compreensão sistemática do direito? Indaga a autora (ARRUDA, 2011, p. 273).

É nesse ponto que Arruda (2011, p. 273) invoca a crítica de Dworkin ao pragmatismo posneriano, lembrando que a controvérsia entre os dois autores resta evidente no cerne de suas matrizes teóricas. A autora afirma que, enquanto Posner propõe, mesmo de forma velada, que “o direito *deve ser* objetivo”, para Dworkin, “o direito deve ir além deste postulado já guerreado na Modernidade; *deve ser*, sobretudo, coerente”. A autora ressalta que Dworkin apresentou um considerável contraponto à “moda pragmática”, observando que:

Se, por um lado, Posner acredita que há no direito uma área aberta e indeterminada, a qual deve ser preenchida pelas preferências pessoais e de políticas públicas dos juízes, Dworkin, tomando em consideração sua concepção de direito como integridade,

amalgamou o sistema jurídico com princípios morais, fazendo desnecessário o apelo posneriano a métodos externos ao empreendimento jurídico e à figura do juiz legislador, armado de suas preferências sobre políticas públicas (ARRUDA, 2011, p. 273).

Da mesma forma, assevera Arruda (2011, p. 274), quando Dworkin propõe a “coerência do sistema jurídico” em lugar da “ultrapassada busca pela objetividade científica no direito, almejada desde a Modernidade”, esse pensador embasou-se em “argumentos filosóficos mais consistentes” atestando que a busca pela objetividade em uma área como a jurídica, na qual o “dissenso lhe é indissociável não é algo interessante, favorecendo apenas a conservação do *status quo*” (ARRUDA, 2011, p. 274).

Arruda (2011, p. 274) aponta, então, as duas grandes críticas que Dworkin dirigiu a Posner. A primeira ataca seu “consequencialismo de regras”, decorrente da “gradual aproximação entre pragmatismo e formalismo jurídico”, que ameaça, segundo Dworkin, reduzir o pragmatismo a uma mera avaliação da adoção das regras jurídicas e precedentes como a melhor estratégia possível para o sistema jurídico. A autora aduz que Posner também estava consciente dessa dificuldade, mas mantinha sua confiança na “caracterização pragmática de decisões claramente formalistas” (ARRUDA, 2011, p. 274).

A segunda e mais importante crítica, segundo Arruda (2011, p. 274), é a que aponta a “inviabilidade de uma abordagem antiteórica do direito” e a dependência que a busca de solução para os casos mais difíceis tinha em relação às preferências políticas e pessoais do juiz. Arruda argumenta que Dworkin conseguiu demonstrar que “mesmo na esfera da razão prática e da razoabilidade sustentadas por Posner há teoria moral, ainda que esta esteja subentendida na aparência inarticulada do raciocínio do juiz” (2011, p. 274). Nesse ponto, a autora manifesta, com veemência, suas reservas quanto à teoria posneriana:

Não se pode pensar, portanto, como Posner dá a entender ao rejeitar o papel da teoria moral e da filosofia no direito, que um juiz decida invocando Kant ou mesmo Mill, nem tampouco que se busque o consenso sobre a aplicação de uma única teoria moral, qualquer que ela seja, para todos os casos que se lhe apresentam, ou mesmo que os juízes, por desconhecerem as peculiaridades da linguagem filosófica possam relegá-la a um plano externo do direito. (...) a filosofia é o desenvolvimento de métodos críticos e reconstrutivos, direcionados à compreensão dos problemas da experiência por nós vivida. Filosofia é algo que todo mundo faz, ou pelo menos pode fazer, não se restringindo somente àqueles isolados na torre de marfim das Academias. Ela mostra, portanto, que antes de dar solução a algo, é preciso saber o que é este algo e, assim, lhe dar um fim digno, o que *dever ser* (ARRUDA, 2011, p. 274).

Arruda (2011, p. 274) assevera que pragmatistas como Posner são antifilosóficos, e isso não por razões teóricas, já que, para tanto, deveriam assumir “uma postura teórica semelhante àquela que rejeitam”, mas, simplesmente, porque carecem de um dos “impulsos mais básicos do filósofo”, qual seja: aproveitar todas as oportunidades disponíveis para a reflexão e “impulsioná-la para encontrar um conjunto coerente de princípios que organizem a experiência intelectual” (ARRUDA, 2011, p. 274).

Arruda (2011, p. 275) observa que Posner reconhece alguns de seus excessos e equívocos, por exemplo, a imposição da maximização de riqueza como “o fim último da sociedade”, que, admite, foi um engano. No entanto, não consegue conceber um “substituto claro para os fins sociais”, preferindo continuar insistindo na utilização de métodos economicistas, mesmo para a solução dos *hard cases*. Nem mesmo as respostas às críticas de Dworkin, assegura a autora, mostraram-se suficientes para dar sustentação ao pragmatismo como metateoria. Arruda adverte que Posner segue sustentando a indeterminabilidade das questões morais, com sua conseqüente “rejeição das teorias morais e da definição *a priori* de fins sociais” (ARRUDA, 2011, p. 275).

Posner, assevera a autora (2011, p. 275), não se conscientizou de que a “própria indeterminabilidade é, por si só, um posicionamento substantivo”. Dessa forma, permanece rejeitando termos como “justiça”, “liberdade” e “igualdade” por concebê-los como parte da metafísica, “desconsiderando a lição do pragmatismo clássico sobre a construção experimental do conhecimento a respeito desses conceitos”. Forçoso reconhecer, afirma Arruda, que não é a metafísica, com suas “verdades objetivas”, que direciona a ação, mas sim a própria filosofia, “sem a qual o pensamento e a ação tornam-se um fim em si mesmo, sem qualquer significado” (ARRUDA, 2011, p. 275).

Arruda (2011, p. 275) sustenta que a mudança realizada por Posner apenas propôs uma forma “mais adequada de compreensão da evolução do direito do que foi o modelo de eficiência mecânica social”. Em particular, a autora aponta que o destaque conferido à heterogeneidade e à multiplicidade das “fontes de aprendizagem” – jurídicas e extrajurídicas – poderia ter se tornado uma forma de reinserir um “entendimento econômico de uma reflexão pragmática jurídica”, evitando o “formalismo mecânico do modelo social de maximização da riqueza” (ARRUDA, 2011, p. 275).

Arruda (2011, p. 273) reconhece que há, na visão pragmática de Posner, possibilidade de inovações e melhorias. No entanto, para além de reconhecer as potencialidades da utilização de instrumentos econômicos para estudar o fenômeno jurídico, é preciso assumir que a crença naquilo que a economia pode fazer já não é mais a mesma. Como o próprio Posner admitiu, seu pragmatismo “não é panaceia para os problemas do direito norte-americano”, sendo, unicamente, capaz de direcionar os juízes a “considerarem as consequências de suas decisões”, cujo sopesamento resulta da “interação de fatores como razoabilidade, inclinações políticas e ideológicas, experiência profissional e outras regras implícitas no jogo judicial, tais como as constrições institucionais da profissão” (ARRUDA, 2011, p. 276).

A autora aponta que a “ideia pragmática inescapável”, colocada por Posner – os juízes devem ter a “mente aberta e descompromissada da adesão a um único raciocínio mecânico como o formalismo” –, serve, tão somente, para afirmar que “os juízes são *práticos* no sentido comum do termo” e que, por certo, se preocupam com “as consequências de suas decisões”, mas, ressalta Arruda, isso não significa, forçosamente, “que as tomem como o meio pelo qual avaliam os fins decisórios” (ARRUDA, 2011, p. 276).

Arruda (2011, p. 276) acredita que, na hermenêutica contemporânea, não há “nem quem defenda a completa liberdade do juiz nem quem encare sua atuação como resultado irretorquível da lógica da aplicação da lei”. De acordo com a autora, nem o próprio Dworkin, com seu “arquétipo de juiz hercúleo”, ignora que cabe apenas ao juiz “interpretar e escrever o rumo de nossa história jurídica”. Segundo Arruda, tal interpretação é, antes de tudo:

(...) pessoal e intransferível, devendo respeito aos princípios que o guiam e lhe dão os limites. Imaginar que possa haver uma teoria única e objetiva que explique tudo o que é “jurídico” é, de fato, lutar contra moinhos de vento, e não é preciso ser um adepto do pragmatismo para enxergar essa dificuldade. Pressupor que os juízes devessem solucionar objetivamente controvérsias morais e, porque não tem esse dom não podem utilizar da teoria moral é, no mínimo, um olhar contraintuitivo e metafísico de seu próprio papel na construção do direito que não nos leva muito longe. De qualquer modo, Posner nos diz como decide enquanto juiz, mas sua matriz pragmática não fornece muita ajuda ou orientação sobre como os juízes que não o próprio Posner decidem. Sua prolixa abordagem é, mais do que qualquer outra coisa, uma defesa de sua própria concepção de julgar. Não é suficiente sugerir que os juízes são realmente diferentes entre si e que julgam de forma diferente do que apregoam ser (ARRUDA, 2011, p. 276).

Por fim, Arruda (2011, p. 273) assevera que, sem que se consiga definir de forma clara o “significado do próprio empreendimento jurídico a que os juízes se propõem”, o pragmatismo jurídico não logrará êxito em seu propósito de “estar sempre voltado para o futuro”. Na verdade,

sustenta a autora, pode-se constatar o oposto, pois o pragmatismo jurídico, divorciado de seus matizes filosóficos, “compra a sua independência à custa de condenar-se à insignificância” (ARRUDA, 2011, p. 276).

4.1.2.5. A argumentação consequencialista

Morais e Zolet (2018, p. 513) apresentam alguns elementos fundamentais da argumentação consequencialista, o que é essencial compreender ao se considerar sua relação com as novas exigências de fundamentação judicial advindas da nova LINDB. Os autores defendem a necessidade de se conceber e propor um modelo de consequencialismo jurídico que permita “uma investigação avaliativa dos resultados práticos de uma decisão” (MORAIS e ZOLET, 2018, p. 498-499).

Morais e Zolet (2018, p. 513) advogam que a utilização de argumentos consequencialistas é, certamente, um desafio, em especial, para a jurisdição constitucional. Explicam os autores que se trata de um desafio porque “a problemática destes argumentos versa sobre em que medida as decisões judiciais podem ser justificadas por meio das suas consequências”. Os autores alertam que essa concepção de argumentação “envolve um conjunto complexo de diferentes tipos interpretativos que decorrem em uma prática chamada de consequencialismo jurídico” (MORAIS e ZOLET, 2018, p. 513).

Argumentos consequencialistas, segundo os autores supracitados, podem “determinar questões relevantes para o enfrentamento de casos controversos”, contudo, alertam, não é sempre que suas “fundamentações práticas podem ser corroboradas pelas práticas sociais”. Dessa forma, argumentam, há que se considerar que algumas decisões judiciais “podem avançar para um espaço de argumentação moral sem qualquer linha demarcatória do Direito”.

Nesse sentido, Moraes e Zolet (2018, p. 513) entendem que a alteração realizada na LINDB dificilmente conseguirá estabelecer uma “sistematização majoritária da argumentação jurídica”. Ou seja, segundo os autores, o “cenário da prática argumentativa judiciária não será significativamente impactado” quanto a um possível incremento na racionalidade e na coerência de “modelos que procurem expor com maior clareza e determinação dos seus fundamentos” (MORAIS e ZOLET, 2018, p. 507).

Com tais considerações, proceder-se-á à análise da Lei n. 13.655/2018, a Lei da

Segurança para a Inovação Pública, ou, como é mais conhecida, a nova LINDB.

4.2. A nova LINDB

Nohara (2018, p. 9) esclarece que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, LINDB, atua como guia na interpretação¹¹³ das demais leis que integram o ordenamento jurídico pátrio, orientando a aplicação do direito, além de prever critérios de interpretação voltados para o direito internacional privado. A autora afirma que esse diploma legal contempla conteúdo metanormativo, servindo, portanto, para esclarecer aspectos de interpretação, vigência e eficácia das “normas”. A autora observa que a LINDB – Lei n. 12.376/2010 – adveio da alteração da LICC – Lei de Introdução ao Código Civil –, o antigo Decreto-lei n. 4.657, de 1942 (2018, p. 9). A alteração foi oportuna, pois, segundo Nohara, ela disciplina assuntos que não se restringem a aplicação do direito (NOHARA, 2018, p. 9).

Gonçalves (2015) sublinha que a LINDB é uma norma sobre normas, a qual dispõe sobre o modo de aplicação e entendimento das normas do direito brasileiro, no tempo e no espaço, ou seja, disciplina as próprias normas do ordenamento jurídico pátrio. São, assevera o autor, normas de “sobredireito” ou apoio, que têm como objetivo legislar sobre a própria lei, sendo consideradas como um “Código de Normas” (GONÇALVES, 2015, p. 48-49).

Embora a Lei n. 13.655/2018 tenha se tornado conhecida popularmente como a “nova LINDB”, segundo Oliveira (2018, p. 1) ela poderia ser nomeada de “Lei da Segurança Hermenêutica da Administração Pública”, pois o seu intuito é garantir maior estabilidade na interpretação de normas pelos agentes públicos e principalmente para os atos administrativos, evitando “surpresas provocadas pela superveniência de interpretações jurídicas advindas especialmente de órgãos de controle” (2018 p. 1). Segundo o autor, os novos artigos têm por intuito trazer maior segurança jurídica para o ordenamento jurídico pátrio, mas para isso,

¹¹³ Ora, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro trata de leis sobre leis, nas quais figuram conceitos que concretizam as normas aplicáveis ao ordenamento jurídico pátrio, sendo interessados a uma coletividade. Por outro lado, as novas medidas inseridas nesse “Código de Normas” tratam de conceitos jurídicos abstratos e imprecisos, particularizando o destinatário, como no caso do art. 28, ao tratar da responsabilidade pessoal do agente público. Ao realizar uma rápida leitura dos primeiros 19 artigos da LINDB, percebe-se que trata apenas da própria norma jurídica, ou seja, elaboração, vigência, aplicação no tempo e no espaço, fontes etc.

primeiramente, é necessário reconhecer que a “indeterminação do Direito” é algo normal e ao mesmo tempo inafastável (OLIVEIRA, 2018, p. 1).

Não há como negar que o Direito é um conhecimento plástico e dinâmico, resultando em diferentes decisões aplicadas em uma pluralidade de casos concretos, de modo que, independentemente da existência de regras que limitem e conduzam a hermenêutica, sempre haverá uma flexibilidade e uma coexistência de soluções jurídicas diversas a depender do caso concreto e das inclinações dos juristas que interpretarem a norma (OLIVEIRA, 2018, p. 2).

Oliveira (2018, p. 12) divide, então, os novos artigos em três grupos temáticos: 1) clareza normativa: arts. 29 e 30; 2) responsabilização do agente por infração hermenêutica: arts. 22 e 28; 3) invalidade de ato administrativo.

O último dos três grupos, afirma Oliveira (2018, p. 12) – a invalidade de ato administrativo –, pode ser dividido em quatro subgrupos, quais sejam: 1) princípio da motivação concreta (arts. 20 e 21, *caput*); 2) regime de transição (art. 23), princípio da menor onerosidade da regularização (art. 21, parágrafo único) e irregularidade sem pronúncia de nulidade (arts. 21, parágrafo único, e 22, *caput* e § 1º); 3) convalidação por compromisso com ou sem compensações (arts. 26 e 27); e 4) invalidade referencial (art. 24).

Marques Neto e Freitas (2019, p. 7), por seu turno, observam que a substituição da antiga LICC pela Lei n. 12.376/2010 reflete seu amplo espectro de incidência. Contudo, seu conteúdo permaneceu “restrito aos problemas de interpretação do século passado”. Os autores enfatizam que o direito atual é bastante diferente daquele praticado no século XX. Esse é um fato para o qual não se pode haver desconsideração, até mesmo porque o cenário geopolítico, as transformações sociais e tecnológicas que tomaram de assalto o cotidiano dos indivíduos, empresas e instituições geram novas demandas e necessitam de novas respostas, impondo ao sistema jurídico o ônus de se redesenhar e ressignificar seus postulados e suas práticas (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 7).

Nesse contexto, Marques Neto e Freitas (2019, p. 7) destacam três fatores que devem ser considerados para se alcançar uma compreensão mais aprofundada do momento histórico em que a sociedade brasileira se encontra. Primeiramente, apontam que a legalidade contemporânea vai muito além da lei em sentido estrito. De fato, na atualidade, convive-se com

uma quase infinita pluralidade de fontes normativas – “leis, decretos, resoluções, portarias, etc...” – e com o próprio “viés normativo” que passou a ser reconhecido à Constituição, sendo, por conseguinte, mais adequado falar-se em um “bloco de legalidade”, ressaltam os autores (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 7).

Marques Neto e Freitas (2019, p. 8) reconhecem que, outrora, bastava-se tão somente a observância dos quadrantes da “legalidade simples”, que trazia limites para as atividades privadas, por um lado, e da “legalidade qualificada”, que guiava a atuação da administração pública, por outro. Tal cenário mudou, observam, sendo que, atualmente, o “espectro de controle da conformidade normativa” dissemina sua incidência em todo o conjunto normativo (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 8).

Os autores (2019, p. 7) sustentam que, nos dias de hoje, a produção normativa infralegal ultrapassa, em muito, o “poder regulamentar¹¹⁴ atribuído ao Presidente da República” e que, de fato, hoje possuímos:

Normas editadas no âmbito de subsistemas jurídicos e que ora preenchem de conteúdo molduras definidas por leis-quadro, normas editadas no âmbito do processo de deslegalização (como ocorre, por exemplo, com as agências reguladoras) ou ainda, normas de concretização, editadas no âmbito de núcleos de competência normativa reservada, como ocorre com a Receita Federal (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 8).

Marques Neto e Freitas (2019, p. 8) observam que são todas fontes de normatividade própria, constituindo diversos subsistemas no interior do ordenamento jurídico, formando o que – já no início do século passado – o célebre Hauriou denominava “bloco de legalidade” e que, contemporaneamente, ressaltam, adquiriu grande importância (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 8).

Disso decorre, afirmam os autores (2019, p. 9), uma crescente fragilização do conteúdo normativo, o que pode ser constatado nas mais variadas manifestações desse processo. A lei, de acordo com os autores, “passa não mais a limitar, a fixar competências e a prescrever meios para atingir finalidades públicas”. Ela, na verdade, vai além e passa a “incorporar bases, normas gerais, normas objetivas, dentro da ordem jurídica entendida não apenas como legislação

¹¹⁴ Veja-se art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988.

ordinária, mas também como base constitucional” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 9).

Em decorrência, hodiernamente, pode-se verificar, sustentam os autores, que a textura normativa, “para além de plurissêmica, é pontuada por termos técnicos e em grande medida impregnada de conceitos indeterminados, de forte conotação axiológica”. Isso não ocorre tão somente porque o “legislador em si perdeu a técnica”, mas, fundamentalmente, porque, de um lado, tanto os temas quanto os conflitos sobre os quais se normatiza “são mais complexos e intrincados” e, de outro, o “arbitramento de interesses exige concessões normativas ou o recurso a prescrições abertas que deslocam a decisão do legislador para o intérprete” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 8).

Daí, observam os autores (2019, p. 9), surgirem prescrições, como “o direito de moradia, ao lazer, a vida saudável, ao meio ambiente equilibrado”, entre outros. Por essa razão, aduzem, o direito passa, de forma crescente, a lançar mão de “conceitos jurídicos indeterminados” – tais como a “urgência” para uma contratação direta; “perigo iminente”, para a prática de ato de polícia; cláusulas gerais, como a “boa-fé objetiva”; “função social do contrato”, entre outras. Os autores advertem que, como resultado de tal “processo de normatização crescente da vida social”, vê-se, também, crescer de igual forma as “contradições entre pautas normativas não solúveis” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 10).

Some-se a isso, destacam Marques Neto e Freitas (2019, p. 10), que, em razão da complexidade da regulação, as prescrições se tornam “mais abertas, menos precisas”. Por outro lado, verifica-se, também, uma mudança da forma como o Estado intervém no domínio econômico (de uma intervenção direta para uma intervenção indireta), o que acaba por contribuir para ampliar dos seus “lindes normativos” (2019, p. 10). De fato, asseveram, não se pode incorrer no erro de acreditar que a delegação de atividades para a iniciativa privada, por meio de “contratos de longo prazo (concessões, parcerias público-privadas, arrendamentos, entre outros)”, por um lado, e da “desestatização de empresas estatais”, por outro, fez com que o estado se desincumbisse da sua “função normativa”. Ao contrário, o que se observa é uma acachapante profusão normativa que retrata o “excesso interventivo (e muitas vezes, intrusivo) da função reguladora” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 10).

O terceiro fator apontado por Marques Neto e Freitas (2019, p. 11) é a “multiplicidade de polos legitimados para aplicar o direito”, uma vez que, ao tempo do Decreto-lei n. 4.657/42, era o judiciário que detinha a competência para interpretar o direito, com força vinculante. Hoje, a realidade é assaz diferente, pois existem inúmeras esferas com “atribuição jurídica para interpretar e aplicar as normas de modo mandatório”, tais como as agências reguladoras, os tribunais administrativos, o CADE, a CVM, entre outras. Além disso, há os “órgãos de controle (Tribunais de Contas, Controladoria e Corregedoria), Tribunais Arbitrais, o Ministério Público”, entre outras instâncias, que interpretam e aplicam o direito diariamente, em decisões das quais emanam efeitos concretos (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 11).

Dessa forma, constata-se que, por um lado, a Constituição de 1988 abriu um caminho para a redemocratização “disciplinando, com grande detalhamento, instrumentos de participação popular, como o voto secreto, o plebiscito e o referendo” e, de outro, semeou a “incidência de múltiplos controles”. E esse fato, destacam Marques Neto e Freitas (2019, p. 11), em nada se altera em decorrência da “inafastabilidade da jurisdição judicial” prevista na Constituição (art. 5º, XXXV). Segundo os autores basta, como exemplo, citar:

A rejeição das contas de um administrador público, pelo Tribunal de Contas, gera, automaticamente, a sua inelegibilidade por força da aplicação da chamada Lei da Ficha Limpa. E isso importou no fim do protagonismo da Administração Pública, que é quem – à luz do ainda em vigor adágio da separação de poderes – dispõe de capacidade institucional para gerir a coisa pública (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 11).

Na verdade, o que Marques Neto e Freitas (2019, p. 12) observaram é que o mencionado “fim do protagonismo da Administração Pública” teve como causas as “sobreposições de controles” que, somadas à “crise de legitimação democrática”, conduziram à “substituição do administrador público pelo controlador”, em especial no exercício de sua atividade-fim (2019, p. 12). Sublinham os autores que, nesse particular, é de se notar atuação do Ministério Público. A “Doutrina do promotor natural”, por exemplo, confere ao promotor de justiça a possibilidade de “escolher, discricionariamente, quais situações, entendimentos, interpretações ou interesses públicos serão privilegiados em detrimento de outros”. Na verdade, aduzem os autores, trata-se de uma forma de afrouxar o caráter institucional do Ministério Público, “outorgando uma individualização para cada membro, que, para além de não ter amparo na Constituição, gera entendimentos contraditórios dentro da própria instituição, em prejuízo da segurança jurídica” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 12).

Marques Neto e Freitas (2019, p. 12) expõem um exemplo ilustrativo de tais “entendimentos contraditórios”:

Em São Paulo, determinado empreendedor imobiliário, com o objetivo de conferir segurança jurídica ao seu empreendimento, antes de aportar vultosos investimentos, houve por bem celebrar um termo de ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público. Anos mais tarde, outro membro do *parquet*, arvorado no referido princípio do princípio do “promotor natural”, ingressa com ação civil pública, tendo por objeto anulação do referido compromisso negocial. Daí que, se, de um lado, a garantia de autonomia funcional garante a neutralidade de uma instituição, de outro, pode fomentar a insegurança jurídica (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 12).

Por certo, asseveram Marques Neto e Freitas (2019), a segurança jurídica assenta-se sobre três pilares. Primeiramente, tem-se a estabilidade, que pretende conferir perenidade aos atos jurídicos e aos efeitos deles decorrentes, mesmo quando houver mudanças nas normas ou na compreensão que se tem delas. Em segundo lugar, deve-se atentar para a previsibilidade, evitando-se mudanças abruptas, armadilhas e surpresas. E, em terceiro lugar, deve ser observada a proporcionalidade – bem como a ponderabilidade –, pois, que a aplicação do direito “não pode ser irracional, nem desproporcional”. São, segundo os autores, “precisamente esses os três quadrantes que deverão orientar a interpretação da Lei n. 13.655/2018” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 18).

Em face desse cenário, Marques Neto e Freitas (2019) acreditam que a Lei n. 13.655/2018 poderá incorporar a segurança jurídica ao direito público pátrio. De fato, Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld redigiram o anteprojeto de lei que originou a “Lei da Segurança para a Inovação Pública”, popularmente conhecida como “nova LINDB”.

Sendo a “segurança jurídica” o *leitmotiv* da referida lei, Marques Neto e Freitas (2019, p. 165) esclarecem que ela não é um “valor abstrato” e “não decorre de ensinamentos doutrinários”, tendo origem na “necessidade concreta de estabilizar as relações jurídicas”. Observam os autores que é da essência do direito buscar a estabilização das relações, bem como “prever seus efeitos e equalizar suas consequências”. Assim é que, segundo os autores, “se de tal racional já são caudatárias as relações privadas, com muito mais razão devem deferência a tal valor as relações travadas entre o poder público e os administrados” (2019, p. 165). É que, defendem os autores, não se pode mais conceber, nos limites das constituições democráticas, que os administrados ocupem uma “posição subalterna em Face do Estado”. O próprio advento do Estado Social, afirmam, com o “plexo de deveres prestacionais” que ele impõe ao poder

público, reforçou esse novo modelo de relações entre o Estado e seus cidadãos. Disso decorre a necessidade do estabelecimento de “relações consensuadas, estáveis e que proscurem práticas oportunistas” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 165).

Mas, alertam, de nada vale erguer-se em defesa da segurança jurídica apenas nas circunstâncias e ocasiões em que ela se compatibiliza com os interesses próprios de cada indivíduo. De fato, observam, nesse campo não se pode tolerar uma “cisão entre o discurso e a prática”. Para se falar em segurança jurídica devem ser mantidas as “regras do jogo”. Para isso, aduzem os autores, é que se deu todo o esforço para a aprovação da Lei n. 13.655/2018, que, com os novos dispositivos acrescentados à LINDB, procurou se consagrar “não a segurança jurídica das conveniências”, mas, sim, “a segurança jurídica em concreto” (2019, p. 165). Para tanto, sustentam Marques Neto e Freitas, buscou-se a racionalização das decisões nas esferas administrativas, controladora e judicial. Com esse processo de racionalização, consagrou-se o “dever da observância de um iter procedimental que respeite a segurança jurídica nos seus vetores de estabilidade, da previsibilidade e da proporcionalidade” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 165).

A inclusão do art. 20¹¹⁵, explicam Marques Neto e Freitas (2019, p. 165), objetivou conferir “estabilidade e previsibilidade para decisões que vinham sendo tomadas com base em valores abstratos e prescrições abertas”. De acordo com os autores, não há nada que provoque mais insegurança jurídica do que uma “decisão que, infensa de controles, suprima direitos ou constitua relações jurídicas sem lançar mão dos fatos e do direito posto” (2019, p. 166). Os autores observam que a imprevisibilidade gera arbitrariedade, daí a instituição de um “devido processo regulador para as decisões tomadas com base em conceitos vagos, no qual seja explicitada, para além de suas consequências, a forma mais proporcional de equalizar seus resultados” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 165).

Em complemento, Justen Filho (2018) aponta que este artigo busca combater os efeitos nocivos da indeterminação jurídica. O autor sublinha que o dispositivo não só consagrou como

¹¹⁵ “Artigo 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (BRASIL, 2018).

reforçou os deveres de “transparência¹¹⁶, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas de qualquer órgão ou Poder” (2018, p. 14). Como bem observa o autor:

O art. 20 da LINDB é orientado a reduzir a indeterminação das decisões estatais, que muitas vezes restringem-se a invocar princípios abstratos. O processo decisório exige a concretização de normas e valores ideais, o que impõe tomar em consideração as situações da realidade. Se uma norma pode propiciar diferentes conclusões para o caso concreto, é indispensável analisar os potenciais efeitos pertinentes a cada qual. Essa exigência é ainda mais relevante em vista do princípio da proporcionalidade. É inviável aplicar a proporcionalidade sem tomar em vista os efeitos que a opção hermenêutica produzirá. O parágrafo único do art. 20 admite, além disso, adotar soluções alternativas à simples invalidação de um provimento administrativo, nas hipóteses de vícios ou defeitos (JUSTEN FILHO, 2018, p. 14).

Justen Filho prossegue, lembrando que as inovações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 têm como preponderante finalidade promover a redução de “práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal” (2018, p.15). Sobre a finalidade do artigo em tela, o autor destaca:

O art. 20 relaciona-se a um dos aspectos do problema, versando especificamente sobre as decisões proferidas pelos agentes estatais e fundadas em princípios e valores de dimensão abstrata. A finalidade buscada é reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões, impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade (JUSTEN FILHO, 2018, p. 15).

Justen Filho (2018) lembra que a “competência da autoridade estatal para proferir decisão relativa a um caso concreto envolve a ‘aplicação’ do direito”, e, nesse sentido, destaca que a expressão “aplicar o direito” é comumente usada para “indicar a atividade de editar um ato para disciplinar uma situação concreta, tendo por fundamento as normas de hierarquia mais elevada” (JUSTEN FILHO, 2018, p.15).

O autor aduz que tal concepção pode ser qualificada como “mecanicista”, pois entende que “todas as soluções a serem concretamente adotadas já se encontram previstas (ainda que de modo implícito) nas normas gerais”, o que significa que a “atividade de aplicação do direito

¹¹⁶ É relevante registrar que a exigência de que todos os atos da administração pública devam ser públicos é um pressuposto da democracia, de maneira que o dever de transparência precisa ser encarado como uma garantia dos cidadãos quanto às ações e decisões do Estado. De fato, como bem coloca Bernardes (2015, p. 36), o dever de transparência é uma “ferramenta que garante a continuidade da relação de confiança existente entre os administradores e os administrados. Dessa relação de confiança, nascem, portanto, direitos e deveres tanto dos cidadãos quanto dos agentes públicos, sendo, pois, ‘a confiança um verdadeiro axioma constitucional que permite a paz e segurança no tráfego jurídico’, e considerando-se que na concepção moderna do direito administrativo a boa-fé do administrado-cidadão exerce papel central” (BERNARDES, 2015, p. 26).

não envolveria qualquer inovação por parte do agente investido da competência decisória” (2018, p.16). Justen Filho adverte que este enfoque é “idealista” e que está fundado em uma pressuposição questionável, a de que as “todas as circunstâncias da realidade estão previamente contidas e exaustivamente disciplinadas nas normas jurídicas abstratas”. O autor esclarece que há outro enfoque, o qual reconhece que:

(...) a disciplina normativa consagra um conjunto de padrões abstratos, sendo insuficiente para contemplar (mesmo implicitamente) todas as soluções para os casos concretos. A dinâmica da realidade é insuscetível de previsão antecipada, nem o legislador nem a lei são omniscientes. Por isso, a aplicação de normas gerais e abstratas envolve escolhas a serem realizadas pelo sujeito investido da competência decisória. Ainda que tais escolhas não sejam livres, a norma geral e abstrata produzirá apenas balizas delimitadoras da autonomia do titular da função decisória. Em muitos casos, haverá uma grande dificuldade em identificar tais limites (JUSTEN FILHO, 2018, p.p. 16-17).

Essa é a concepção, segundo Justen Filho (2018), que se mostra mais adequada para delinear a forma que se processa a aplicação do direito. O autor afirma que a “abstração e a generalidade das normas gerais propiciam dificuldades relevantes para a determinação da solução efetiva a ser adotada no caso concreto”, e aponta que tais dificuldades decorrem da “pluralidade de soluções possibilitadas pelas normas gerais a serem aplicadas” (2018, p.16). Justen Filho observa que a “autoridade investida da competência para aplicar a norma de hierarquia superior tem o dever de adotar a solução mais compatível com o conjunto do ordenamento jurídico”. Contudo, reconhece o autor, “é muito problemático determinar, em cada caso, qual seria a solução mais satisfatória” (JUSTEN FILHO, 2018, p.p. 16-17).

Por outro lado, assevera o autor, a proliferação de normas gerais e abstratas intensifica as dificuldades acima apontadas. Justen Filho adverte que há uma verdadeira “tendência à proliferação de normas superiores dotadas de elevado grau de abstração e generalidade” (2018, p. 17). Portanto, aduz o autor, “se o conjunto das normas de hierarquia mais elevada é caracterizado pela preponderância de soluções abstratas e gerais”, há que se ter como consequência a ampliação da “quantidade de soluções, que podem até ser contraditórias entre si”. Disto evidencia-se que a decisão concreta, aquela que será adotada, efetivamente, para o caso concreto acaba por revestir-se de total imprevisibilidade (JUSTEN FILHO, 2018, p. 17).

Segundo o autor, vários são os fatores que conduzem a essa tendência à proliferação de normas hierarquicamente superiores com grau elevado de abstração e generalidade. Uma delas

é resultado da percepção de ser esta uma solução para “reduzir o risco da obsolescência do direito” (2018, p. 19). Essa, dentre outras circunstâncias, conduz “ao surgimento de normas jurídicas dotadas de elevado grau de incerteza”. Outro ponto a ser considerado, pontua Justen Filho, é a “proliferação de normas principiológicas”, uma vez que estas acarretam a “elevação do grau de indeterminação da disciplina jurídica” (2018, p. 20). Observa o autor que:

A generalidade e a abstração do princípio e a multiplicidade de princípios (muitos deles contraditórios entre si) gera incerteza quanto à solução apropriada para uma situação concreta. Mais precisamente, a multiplicidade de princípios dá oportunidade à multiplicidade de soluções decisórias. Numa dimensão puramente principiológica, é impossível extrair uma solução determinada para disciplinar a vida social (JUSTEN FILHO, 2018, p. 21).

Justen Filho (2018) esclarece que a indeterminação acima apontada também pode ocorrer com as regras jurídicas e que, portanto, não é acertado admitir que “exista uma única solução hermenêutica para cada regra”, já que esse tipo de norma comporta, também, “graus variáveis de indeterminação”. Além disso, enfatiza, a “aplicação das regras também envolve valores e circunstâncias fáticas”. De fato, o autor atenta para a existência de casos concretos em que “existem alternativas decisórias distintas, até contraditórias entre si”, lembrando que se trata de “situações em que há normas muito genéricas, não sendo viável reconhecer uma solução como evidente”. Em circunstâncias tais, “surge o risco de variações de entendimento, de modo que cada agente estatal formula decisão distinta a propósito de situações fáticas similares e sujeitas às mesmas normas jurídicas” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 21).

Justen Filho (2018, p.21) também destaca o problema das simplificações, apontando que, nas situações acima mencionadas, “surge a oportunidade para o simplismo decisório”:

Diante da dificuldade do caso, pode ocorrer de a autoridade optar por uma decisão superficial, que não reflete a complexidade do problema, nem traduz uma avaliação efetiva quanto à solução mais adequada. É nesse sentido que Carlos Ari Sundfeld aludiu à “preguiça” do agente investido da competência decisória, numa linguagem provocativa. Trata-se não necessariamente de uma ausência de dedicação do agente estatal, mas também de uma espécie de ceticismo quanto à viabilidade ou utilidade de aprofundamento. A decisão simplista supera a controvérsia mediante invocação a normas abertas – tão abertas que poderiam conduzir a conclusões até opostas àquela efetivamente adotada (JUSTEN FILHO, 2018, p. 21).

O autor destaca que, em tal cenário, é certo que se dará uma significativa elevação da insegurança jurídica, pois, “a generalidade e abstração das normas de hierarquia superior implica grandes dificuldades para a atividade de aplicação do direito” (2018, p.21):

A autoridade investida da competência para aplicar as normas abstratas e para produzir uma decisão para o caso concreto deve escolher entre soluções diversas e contraditórias. A experiência brasileira evidencia que essa situação conduziu a soluções simplistas, que produzem grande insegurança jurídica (JUSTEN FILHO, 2018, p. 21).

Outro fenômeno apontado pelo autor é a “invocação de fundamentos genéricos e indeterminados para respaldar a decisão adotada num caso concreto”. Essa prática encontra-se presente “nas diversas esferas estatais brasileiras” e é, segundo Justen Filho, “extremamente grave porque esses fundamentos genéricos são aptos a legitimar decisões distintas e de conteúdo oposto”. De fato, o autor aponta que é comum verificar-se no direito público a “invocação de fórmulas verbais destituídas de conteúdo determinado e que podem conduzir a resultados muito diversos” (2018, p. 23). O autor apresenta como exemplo a fórmula “interesse público” e diz que, “independentemente de qualquer disputa sobre o próprio conceito de ‘interesse público’, é irrefutável que nenhuma decisão concreta pode ser extraída diretamente dessa fórmula” (2018, p. 23). Tal vale, segundo Justen Filho, para “muitas outras fórmulas adotadas rotineiramente em decisões de autoridades estatais” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 21).

A ausência de avaliação dos efeitos concretos da decisão é outro elemento a ser considerado, aponta Justen Filho (2018), uma vez que “toda decisão fundada em normas gerais e abstratas pressupõe um processo de ponderação relacionado de modo inafastável com o universo fático existente”. Isso exige considerar, pondera o autor, as “consequências práticas de uma decisão, inclusive para evitar a consumação de danos irreparáveis aos próprios valores invocados como fundamento para decidir” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 23).

O autor adverte para a necessidade de considerar-se a possível ocultação de escolhas subjetivas potencialmente arbitrárias. Justen Filho aponta que, nesses casos, a “invocação a fórmulas gerais e imprecisas funciona como uma solução para encobrir uma preferência subjetiva da autoridade estatal” (2018, p. 23). O sujeito investido da competência, observa o autor, “formula uma escolha segundo processos psicológicos indeterminados”, e, em inúmeros casos, essa “decisão até pode se configurar como arbitrária”. Por essa razão, Justen Filho adverte que a utilização de fórmulas genéricas encontra-se eivada de uma “dimensão retórica,

destinada a impedir a crítica e a ocultar a solução arbitrária¹¹⁷ adotada” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 23).

Justen Filho esclarece que o artigo 20 não impede que a decisão se fundamente em valores abstratos, contude exige sua “concretização em vista das circunstâncias verificadas no mundo dos fatos” (2018, p. 25). Nesse sentido, o autor aponta que:

O direito é composto por valores, que se apresentam inclusive numa dimensão genérica e abstrata, destituída de conteúdo determinado, tais como “Justiça”, “Bem Comum”, “Liberdade”, “Interesse Público”, “Dignidade Humana” (...) A dimensão abstrata dos valores não impede a sua utilização em formulações genéricas, que não traduzem um sentido único e inquestionável. (...) Assim, por exemplo, pode-se afirmar que “o direito é orientado à realização da Justiça”. Nessa oração, o vocábulo “Justiça” apresenta-se como um “valor abstrato”. Assim se passa porque não há nenhum conteúdo próprio, que permita extrair uma orientação específica quanto aos padrões necessários para que o direito seja considerado como “justo”. Ou seja, a expressão “Justiça” – numa dimensão abstrata – não fornece um padrão para avaliação de situações concretas. Outro exemplo é “a Administração Pública deve promover a realização do interesse público”. Essa afirmativa não indica concretamente o tipo de conduta a ser adotado pela Administração Pública. Nesses dois exemplos, não existe um padrão de avaliação da validade de condutas, que seja extraído diretamente do valor referido (JUSTEN FILHO, 2018, p. 25).

Justen Filho adverte que a invocação a valores abstratos, sob certos aspectos, se apresenta como solução puramente retórica, destinada a “obter a aprovação para uma decisão pessoal da autoridade”, já que decisões arbitrárias podem ser legitimadas “mediante a invocação a fórmulas gerais e abstratas, que se referem a valores considerados de modo teórico” (2018, p. 26). O autor observa que se trata de expediente assaz preocupante, pois está disponível a cada pessoa aplicar essas “fórmulas verbais” para, com elas, justificar quaisquer soluções que lhe pareça adequadas e satisfatórias. O pior, coloca o autor, “é que decisões contraditórias entre si podem ser justificadas mediante a invocação das mesmas fórmulas verbais” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 26).

Quanto à dimensão axiológica da decisão como concretização de valores, Justen Filho (2018) afirma que “toda decisão a um caso concreto resulta de um processo de aplicação de

¹¹⁷ O autor exemplifica: “Assim, suponha-se o caso de desapropriação de imóvel de propriedade de um inimigo político, adotada como solução para retaliar a oposição no cenário político. Essa conduta é antijurídica e seria objeto de imediata invalidação, se os motivos reais fossem trazidos a público. Uma prática imaginável para impedir o reconhecimento da invalidade do ato consiste em invocar o ‘interesse público’ na desapropriação e afirmar que os interesses do particular não podem ser invocados para impugnar os atos administrativos – que se presumem como legítimos e orientados a promover o bem de todos” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 24).

valores abstratos”, o problema, contudo, radica-se em não haver uma “exposição clara e evidente do processo de concretização dos valores realizado pela autoridade competente” (2018, p. 27). O autor também reflete sobre a determinação do conteúdo do valor na decisão concreta, advertindo que:

O processo de concretização do direito envolve, de modo inafastável, a determinação (inclusive) do conteúdo dos valores abstratos. A solução adotada no mundo dos fatos é orientada por valores. Mas isso envolve a determinação do conteúdo do valor em face das circunstâncias da situação examinada. Então, o valor abstrato compreende uma multiplicidade de sentidos e uma pluralidade de soluções relativamente à vida real. A autoridade investida de competência para proferir a decisão relativamente a um caso real necessita indicar o modo como o valor abstrato se aplica para dar fundamento a uma dentre diversas soluções possíveis (JUSTEN FILHO, 2018, p. 27).

Outro problema relevante identificado por Justen Filho (2018, p.27) encontra-se na falta de transparência “quanto ao processo de formação da decisão por parte da autoridade competente”. O autor adverte que o apelo a valores abstratos “pode ocultar os valores que realmente informaram o processo decisório”. De fato, há o “risco de que a autoridade emita uma decisão fundando-se em um valor negativo, altamente reprovável, não tutelado pelo direito e merecedor de integral repulsa” (2018, p. 27). O autor observa que:

A revelação dessa circunstância conduziria à invalidação do ato praticado. Para tentar legitimar uma decisão incompatível com a ordem jurídica, uma prática reprovável seria a autoridade de invocar valores abstratos – que não foram por ela efetivamente tomados em consideração – para impedir a identificação dos valores reprováveis que fundamentaram a decisão. Então, a autoridade omite o valor concreto realmente consagrado e se reporta a valores abstratos destituídos de qualquer pertinência (JUSTEN FILHO, 2018, p. 27).

Justen Filho também chama a atenção para o problema da valoração inconsciente através do processo de racionalização. O autor observa que pode ocorrer, em outras hipóteses diversas das já apontadas, um “processo valorativo intuitivo e não consciente”, portanto:

Existe um processo de formação da vontade decisória que é produzido de modo espontâneo e aleatório. A autoridade atinge uma conclusão sobre o caso, sem seguir um percurso consciente predeterminado. Tendo formado a sua decisão, a autoridade desenvolve um processo de racionalização. Isso significa dar uma aparência de racionalidade a uma decisão fundada em impulsos, vontades e outras manifestações de subjetivismo¹¹⁸ (JUSTEN FILHO, 2018, p. 28).

¹¹⁸ Quanto ao uso da racionalização, o autor exemplifica: “suponha-se um litígio entre a Administração Pública e um particular. Imagine-se que a autoridade competente para decidir repute, mesmo que de modo inconsciente, que os atos praticados pelo Estado devem ser prestigiados de modo irrestrito, independentemente da efetiva observância das regras legislativas aplicáveis. Desse modo, pode ocorrer de a autoridade decidir em favor da Administração mediante a invocação genérica da “supremacia do interesse público”. Nesse cenário, não haverá a

O autor reforça que a “previsão dos efeitos práticos da decisão é indispensável para determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado” e aponta que os valores, em sua dimensão abstrata, comportam uma “pluralidade de significados” e compreendem “decorrências variadas” (2018, p. 29). Segundo Justen Filho, a concretização do valor é um processo que envolve “não apenas a escolha de um dentre esses diversos significados, mas também exige a ponderação quanto ao resultado prático que será produzido pela decisão adotada” (2018, p. 29). O autor afirma que há a necessidade de prever os efeitos práticos da solução adotada e que isso é de todo “indispensável para verificar a compatibilidade entre a dita decisão e o próprio valor invocado de modo abstrato”, o que significa, em suma, que o “processo de concretização do valor exige uma estimativa quanto aos efeitos práticos da decisão” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 29).

Quanto à previsão dos efeitos práticos da decisão a ser adotada, para fins de ponderar os valores escolhidos, Justen Filho (2018, p. 29) sustenta que consiste num “processo mental de natureza lógica, fundado no conhecimento técnico e na experiência”. De fato, o autor lembra que o dispositivo em tela exige que a autoridade competente:

Formule uma projeção quanto aos possíveis cenários resultantes da decisão adotada. Essa projeção é uma atividade fundada no raciocínio lógico, refletindo um processo de causa e efeito. A decisão é considerada como um evento apto a produzir efeitos. Esses efeitos são identificados segundo juízos mentais que projetam relações de causalidade. Esses juízos fundam-se no conhecimento técnico-científico e na experiência da vida social (JUSTEN FILHO, 2018, p. 28).

A exigência do art. 20, no entanto, aduz o autor, não implica atribuir à autoridade competente a capacidade de prever o “imprevisível” ou “conhecer aspectos impossíveis de serem avaliados da realidade” (2018, p. 30) Ou seja, “não se impõe à autoridade uma condição sobre-humana”, pois o que o dispositivo exige é, apenas, que “autoridade tome em consideração a relevância política, social e econômica das decisões que adotará”. Justen Filho pondera que o “juízo estimativo quanto ao futuro” é algo que caracteriza a própria condição humana e se

subsunção dos fatos concretos ao direito aplicável ao caso, nem se procederá à identificação do interesse público concretamente existente. Haverá uma decisão predeterminada em favor de uma das partes, produzida sem vínculo efetivo com o direito vigente. A invocação ao ‘interesse público’ destina-se a reduzir o risco do controle da regularidade da decisão” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 28).

relaciona com o “reconhecimento de que a autoridade tem o dever de considerar os efeitos práticos do exercício de suas atribuições” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 30).

Outro ponto essencial abordado por Justen Filho (2018, p. 30) diz respeito à estimativa dos efeitos práticos e a proporcionalidade. O autor sustenta a indispensabilidade de uma avaliação prévia quanto aos efeitos práticos da decisão para que a proporcionalidade seja, de fato, observada. Passa então a considerar suas particularidades.

Quanto à proporcionalidade-adequação, Justen Filho (2018, p. 30) esclarece que consiste na “aptidão da decisão adotada para atingimento de um fim buscado”. Em decorrência, adverte, a “ausência de estimativa quanto aos efeitos práticos de uma decisão significa infringir a proporcionalidade-adequação”, pois, afinal, não havendo projeção “quanto aos efeitos práticos da decisão” não pode haver “avaliação quanto à aptidão dessa decisão produzir os efeitos pretendidos”. Entretanto, esclarece o autor, há que se considerar que “toda e qualquer decisão da autoridade estatal deve ser compatível com a proporcionalidade-adequação”, de tal modo que o art. 20 da LINDB “apenas tornou inquestionável uma exigência que era implicitamente reconhecida como inafastável requisito de validade” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 30).

A proporcionalidade-necessidade “significa a ausência de validade de uma decisão que produza restrições superiores ao mínimo necessário à realização do fim buscado” aduz o autor (2018, p. 31), de modo que a autoridade competente “deve tomar em vista os efeitos causados pelas diversas alternativas decisórias, sendo obrigatório escolher aquela solução que acarretar as restrições menos intensas aos interesses e valores em jogo”. Em decorrência, tem-se que a “ausência de previsão dos potenciais efeitos de uma decisão infringe a proporcionalidade-necessidade, cuja aplicação é impossível se a autoridade não formular uma projeção quanto aos efeitos práticos de sua decisão (JUSTEN FILHO, 2018, p. 31).

No tocante à proporcionalidade em sentido restrito, Justen Filho (2018, p. 31) sustenta que, também a ela, é indispensável a estimativa quanto aos efeitos, pois é “proibida a solução que acarrete o sacrifício de valores protegidos constitucionalmente”. Para o autor:

(...) na maior parte dos casos, há uma pluralidade de valores aplicáveis em face do caso concreto. A decisão deve ser o resultado de um processo estimativo realizado pela autoridade competente, que leve em consideração todos os valores envolvidos,

as suas diversas acepções abstratas e as suas implicações concretas em face da realidade. O atendimento à proporcionalidade em sentido restrito depende de formulação de estimativas quanto aos efeitos práticos das diversas soluções possíveis (JUSTEN FILHO, 2018, p. 31).

De acordo com os autores, o art. 21¹¹⁹ incluiu a racionalidade consequencialista na lista dos “processos invalidadores”, interditando, pois, a “prolação de decisões invalidadoras inconsequentes, ou inexequíveis”. Os autores afirmam que decisões, nas quais não se vislumbra de modo claro e expresso suas consequências jurídicas e administrativas, violam os vetores da previsibilidade e da proporcionalidade. Além disso, aduzem, esse artigo impôs uma racionalidade decisória convalidadora para os processos que decretam “a invalidade de atos administrativos”, mediante a qual sejam “equalizados os interesses gerais”, de maneira que não se imponham “ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais e excessivos para determinado agente” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 165).

Segundo Oliveira (2018, p. 23), os arts. 20 e 21, *caput*, trazem o princípio da motivação, exigindo que as decisões e os atos administrativos devam ser motivados e ainda realize a análise das consequências práticas advindas da solução proposta. Para isso, a decisão não poderá se limitar a citar valores abstratos, é necessário explicar quais serão as consequências concretas da solução imposta (OLIVEIRA, 2018, p. 23).

Oliveira (2018, p. 23) aduz que, ao analisar de forma concreta as consequências daquela decisão, deve-se ir além dos aspectos materiais (como a possibilidade de recuperação de um dinheiro despendido) e buscar avaliar, também, as questões jurídicas e administrativas (como o dever de indenização ou a eventual paralisação da prestação de um serviço público). Ainda, à luz do princípio da motivação, o parágrafo único do art. 21 estabelece que, mesmo que um determinado ato seja irregular, será permitido que a norma seja validada no caso de graves consequências derivarem de sua invalidação. Assim, se a invalidade de um ato irregular gerar prejuízos excessivos, o ato irregular deverá ser preservado (OLIVEIRA, 2018, p. 24).

¹¹⁹ “Artigo 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos” (BRASIL, 2018).

Contudo, é importante ressaltar que no Direito Constitucional essa situação de conservação de atos irregulares já era conhecida, sendo admitida a declaração de inconstitucionalidade de uma lei sem a pronúncia de sua nulidade. Ainda, no direito civil, há o princípio da conservação do negócio jurídico e conceitos como da propriedade aparente e usucapião que preservam as situações fático-jurídicas criadas por atos jurídicos irregulares (OLIVEIRA, 2018, p. 24).

Segundo Mendonça (2018), o artigo 21, trata da invalidação e das condições para a regularização de situações inválidas. O autor resalta a necessidade de se definir o que são consequências jurídicas e administrativas, de que forma indicá-las e, principalmente, como fazer uma “regularização proporcional” (MENDONÇA, 2018, p. 45).

Mendonça avisa que o consequencialismo chegou ao Direito Público brasileiro “de modo que nos é bem característico: reagindo, por artigo de lei, a algo” (2018, p. 45). Segundo o autor, tal se dá, pois:

(...) parte das alterações trazidas pela lei nº 13.655, de abril de 2018, ao Decreto-lei nº 4.567/42 – a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) –, pretende reagir à *cultura do hipercontrole público* que tomou conta do Brasil dos últimos tempos. Como toda cultura, a cultura do hipercontrole não é só o que está nas normas, mas é, especialmente, um modo de se compreender e de se fazer algo. (MENDONÇA, 2018, p. 45).

Mendonça (2018, p. 58) adverte que são diversos os dispositivos da LINDB que incorporam exigências da consideração de consequências. “Tal propósito se dá de modo reativo à cultura do hipercontrole público que tomou conta do Brasil”, afirma e resalta:

Como toda cultura, ela não é só o que está nas normas, mas é, antes de tudo, um modo de se compreender e de se fazer o controle público a partir de cinco aspectos: o controle como (i) vagueza; como (ii) opinião; como (iii) performance; como (iv) disputa; e, afinal, como (v) incremento. O hipercontrole não parece ser bom para a sociedade, e é em parte contra ele que se afirma a alteração recente da Lei de Introdução (MENDONÇA, 2018, p. 45).

Mendonça (2018, p. 58) sustenta que o caput do artigo em tela impõe que “toda decisão que decretar a invalidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar expressamente suas consequências jurídicas e administrativas”. Disto decorre, segundo o autor, a necessidade de se identificar e discernir o que são consequências jurídicas e consequências administrativas:

Consequências não são palpites do julgador; são estados de fato e de Direito (i) admissíveis pela Constituição de 1988 e exequíveis; (ii) certos e prováveis, mas não apenas plausíveis; (iii) imediatos e imediatamente futuros, mas não remotos no tempo; e para os quais se possa indicar (iv) alguma base, lógica ou empírica, de evidenciação. Consequências jurídicas estão associadas à interpretação ou à aplicação do Direito; consequências administrativas referem-se à atuação pública (MENDONÇA, 2018, p. 58).

A norma, segundo o autor, "exige que as consequências sejam expressamente indicadas pelo julgador. contudo, o autor reconhece, o julgador não tem como indicar “todas as consequências jurídicas e administrativas da invalidação, mas, apenas, as mais importantes, seja em termos econômicos, político-administrativos e/ou sociais” e, caso elas não existam, deverá informá-lo. Mendonça adverte que:

Como instituições distintas possuem expertises distintas, espera-se que sua indicação reflita isso. Claro que, para cumprir adequadamente a norma, o julgador poderá, a depender da complexidade do caso, socorrer-se de técnicas intra e extra processuais de diálogo. A indicação das consequências pode ocupar capítulo final na decisão; decisões em massa podem justificar argumentações em série, mas o que importa é que sejam evidenciadas com suficiente base empírica, rigor lógico, ou técnica jurídica (MENDONÇA, 2018, p. 58).

Mendonça (2018, p.p. 58-59), ao analisar o parágrafo único do artigo 21, percebe que ele propicia a construção de duas normas:

A primeira, norma que impõe dever formal quanto à fundamentação de certas decisões administrativas ou judiciais (o julgador deve indicar as condições para a regularização pós-invalidade); a segunda, norma a respeito do conteúdo dessas decisões (o próprio dever de regularização). Regularização é identificação, para envolvidos e terceiros, dos efeitos pós-invalidação; ou é a construção das condições de possibilidade da validade jurídica do ato, negócio, processo ou norma. O dever de regularização filtra-se pelo dever de proporcionalidade; uma das formas mais imediatas de seu exercício é pela criação de períodos de transição (MENDONÇA, 2018, p.p. 58-59).

Mendonça (2018, p. 59) aponta três difíceis questões em relação à interpretação e a aplicação do caput do artigo em tela, bem como de seu parágrafo único:

(i) será que órgãos e tribunais administrativos, cortes de contas e o Judiciário são capazes de adiantar consequências? (ii) Será que, por força de exigência suprarrogatória, o cumprimento do art. 21 tornar-se-ia mera retórica? (iii) Como poderá ser feito o controle judicial do art. 21? (MENDONÇA, 2018, p. 59).

O autor propõe como resposta ao primeiro questionamento “o fato é que a exigência não será suprarrogatória se se esperar que o julgador indique consequências relativamente imprecisas (e, assim, relativamente precisas)”, pois, de fato, “diversas normas exigem que

autoridades julgadoras considerem e adiantem consequências – e os resultados têm sido, na média, aceitáveis” (MENDONÇA, 2018, p. 59).

Em relação ao segundo questionamento, Mendonça (2018, p. 59) considera que no “cumprimento retórico do dever consequencialista”, há, em verdade, uma “falsa dicotomia entre ‘consequências inteiramente precisas’ e ‘consequências meramente retóricas’”. De fato, sustenta o autor, “existem consequências que, se escapam à retórica, também não chegam à exatidão”. Segundo Mendonça, são as consequências exigidas pelo artigo em tela. Além disso, sustenta o autor, “há ganho, mesmo com a simples alteração do estilo da decisão. A retórica das consequências é melhor do que a retórica dos princípios, pois, como apela a estados da realidade, pode ser verificada/falseada” (MENDONÇA, 2018, p. 59).

Quanto ao terceiro questionamento, pontua Mendonça (2018, p.59) que este versa sobre o controle judicial do artigo 21, portanto, há que se perguntar, de pronto, se “as consequências foram indicadas (ou justificadas)”, para, então, verificar se “em relação à qualidade do prognóstico, deve incidir controle fraco, como se houvesse presunção relativa a favor da validade das consequências indicadas na decisão”. Tal se dá em virtude da revisão judicial possuir “status epistêmico qualificado em relação à decisão de invalidação”: considera o autor que, “quem vê depois, vê melhor – e é injusto julgar os pioneiros com os óculos da experiência”. O autor adverte que, além disso, é certo que “consequências manifesta ou deliberadamente erradas invalidam a invalidação”. Quanto ao controle do exercício do dever imposto pelo parágrafo único do artigo em questão, Mendonça sustenta que se deve, da mesma forma, “perquirir-se se, sendo hipótese, foi exercido”. Se o foi, “controla-se, sob critério fraco, a proporcionalidade das condições oferecidas para seu exercício” (MENDONÇA, 2018, p. 59).

O art. 22¹²⁰, aduzem Marques Neto e Freitas (2019, p. 166), traz “quadrantes de realidade e de temporalidade” para instruir o juízo de validade dos atos praticados pelo gestor

¹²⁰ “Artigo 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato” (BRASIL, 2018).

público. Segundo os autores, com ele, se impõe um “viés de empatia do controlador para o gestor”, pois, para apreciar sua conduta, aquele deverá se colocar no lugar deste, de modo que possa ter como “considerar as dificuldades reais e as exigências contidas nas políticas públicas” que orientaram o gestor em seu processo decisional (2019, p. 166). Além disso, sustentam os autores, o referido dispositivo consagrou a “proporcionalidade na aplicação das penalidades” (2019, p. 166). Marques Neto e Freitas pontuam que o artigo em tela impõe que o processo administrativo sancionador seja pautado “pela instrumentalidade das sanções”, equilibrando os “interesses enredados em concreto e prospectados os seus efeitos sistêmicos”. Os autores também destacam que o artigo objetivou “minorar os efeitos do *bis in idem*, proscrevendo que o agente apenado, em razão da independência das instâncias, sofra os efeitos (econômico-jurídico) de sanções decorrentes do mesmo fato” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 166).

Oliveira (2018, p. 23) observa que o art. 22 determina que o julgador analise o contexto em que determinado ato ou ação questionados foram realizados pela administração, de modo que os obstáculos e as dificuldades reais enfrentadas pelo gestor possam afastar ou atenuar a responsabilização do agente. Assim, deverão ser analisadas as circunstâncias fáticas do momento da prática do ato administrativo que poderão servir como formas de excludente de ilicitude ou de atenuar a responsabilização do agente público.

De acordo com Jordão (2018, p. 65), em sua avaliação do artigo 22, o novo dispositivo veio para “reforçar o pragmatismo e para combater o idealismo dominante no direito brasileiro”. O autor observa que:

Apesar de comumente associado à promoção da segurança jurídica, o objetivo do projeto de lei que inseriu dez artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é mais amplo: contribuir para aprimorar a gestão pública nacional. Este objetivo não é exatamente novo. Quando comparado com outros projetos de lei que tiveram finalidades semelhantes, no entanto, o seu aspecto curioso (e distintivo) está em que ele não enfoca aspectos orçamentários, físicos ou de pessoal – entraves conhecidos da nossa gestão pública. O seu cerne consiste em enfrentar um obstáculo diferente e menos discutido: o gargalo jurídico (JORDÃO, 2018, p. 65).

Segundo Jordão (2018, p. 65), os autores do projeto dão mostra de terem entendido que a “forma como o direito brasileiro vem sendo interpretado e aplicado – principalmente, mas não exclusivamente, pelos controladores – tem gerado ineficiências gerenciais importantes”, e,

portanto, o projeto que fundamenta o advento do novel diploma foi “uma tentativa de contribuir para reduzir estes entraves jurídico-culturais” (JORDÃO, 2018, p. 65).

Mas, indaga Jordão, “qual é esta percepção dos autores do projeto sobre como funciona o direito no Brasil e como eles pretendem contribuir para aprimorá-lo?” o autor considera que o “projeto é antirromântico ou anti-idealista, e que o seu grande objetivo é introduzir uma boa dose de pragmatismo e contextualização na interpretação e operação das normas de direito público” (2018, p. 65). De fato, o autor aponta as duas principais “teorias românticas” que o projeto buscou combater:

(i) a suposta completude e determinação do direito; (ii) a presunção de existência de um cenário fático ideal para a concretização dos ambiciosos objetivos do direito público nacional. Enquanto uma destas teorias idealiza o direito, a outra idealiza os fatos. As duas produzem consequências gerenciais negativas relevantes, mas ainda são largamente dominantes no direito brasileiro (JORDÃO, 2018, p. 66).

Jordão (2018, p. 66) destaca que o projeto teve como um dos pressupostos fundamentais é indeterminação do direito e que esta indeterminação é uma constatação objetiva, um dado, tanto do ponto de vista científico, quanto doutrinário. No entanto:

(...) ela é também uma inevitabilidade, dadas as características do processo legislativo e da complexidade do mundo moderno. Não é possível produzir, por meio do processo legislativo, um direito substancialmente diferente, em que se garanta a precisão dos comandos normativos e se eliminem todas as fontes de subjetividade interpretativa. Acontece que, enquanto esta indeterminação é assimilada e encarada naturalmente em diversas jurisdições, ela ainda não está totalmente incorporada na cultura jurídica nacional. Dogmas irrealistas como o da completude do ordenamento jurídico ainda têm bastante força no Brasil e conduzem muitos operadores a supor ser sempre possível identificar, entre princípios e regras explícitos ou extraíveis da Constituição, das leis e das normas infralegais, a solução específica determinada pelo direito para qualquer problema social ou questão prática (JORDÃO, 2018, p. 66).

Esta supervalorização do direito (como técnica para ou inventário de solução dos diversos problemas sociais), avalia Jordão (2018), “favorece os bacharéis em direito, na medida em que os empodera”, pois, afinal, a eles cabem atuar como “os oráculos, capazes de desvelar a determinação escondida e específica do ordenamento jurídico, da qual ninguém poderia se afastar licitamente” (2018, p.66). No entanto, reconhece o autor, essa posição é:

Socialmente problemática, por afastar soluções igualmente possíveis de acordo com outra leitura razoável do direito, bem como por minimizar o input que outras expertises, não jurídicas, podem dar para a melhor aplicação das regras jurídicas (JORDÃO, 2018, p. 66).

Jordão (2018, p. 67) adverte que, tanto para os gestores públicos, quanto para as instituições administrativas, esta “cultura jurídica idealizada e irrealista consiste num grande problema”, uma vez que os “encarregados de interpretar o direito para aplicá-lo ao caso concreto, veem-se posteriormente submetidos ao controle realizado por outras instituições”. Como o direito é, segundo o autor, “frequentemente indeterminado”, não é raro que:

Os órgãos de controle possuam interpretações diferentes da do administrador a propósito de qual seria a solução específica a ser adotada em determinado caso. E, com base nesta teoria idealizada e irrealista, mesmo que a interpretação da administração tenha sido razoável, acham que há espaço para anulações, suspensões, punições e repressões (JORDÃO, 2018, p. 67).

Desta feita, observa Jordão (2018, p. 67), o “projeto preocupou-se em enfrentar o dogma da completude e da determinação do direito em vários dos seus dispositivos”, como, por exemplo:

As determinações para que sejam consideradas as consequências de decisões (art. 20) e invalidações (art. 21) fazem sentido num contexto em que se considera que os textos normativos frequentemente dão ensejo a mais de uma interpretação razoável (algo que é explicitado no parágrafo único do art. 20, na menção a “alternativas”) – e que, portanto, a escolha entre elas pode ser pautada pelos efeitos concretos que tendem a produzir. É este mesmo espaço de indeterminação jurídica que torna viável e natural a mudança de interpretação ou orientação ao longo do tempo, que o projeto se preocupa em regular no art. 23. Também é ela que justifica a admissão generalizada ao recurso à consulta pública, prevista no art. 29 (JORDÃO, 2018, p. 68).

Jordão (2018, p.68) pontua que, em diversos países, em decorrência da “assimilação da indeterminação¹²¹ jurídica” e da compreensão de que a “administração pública muitas vezes criará o direito” deu-se a “proliferação de instâncias de participação popular, como forma da ampliação da legitimidade e da qualidade destas inovações jurídicas” (JORDÃO, 2018, p. 68).

A segunda idealização observada por Jordão (2018, p.68) é a que diz respeito às “condições materiais, factuais e objetivas para que a administração pública realize os ambiciosos projetos do direito público nacional”. O autor afirma que isso se evidencia “tanto no momento de consagração e enunciação destes objetivos (basta ver o rol de direitos e de finalidades sociais previstos constitucionalmente), como no momento de cobrança dos agentes

¹²¹ Segundo o autor: “Era a ideia de indeterminação jurídica e o risco de diferentes interpretações do direito por diferentes instituições públicas (e controladoras) que explicava ainda o art. 25, vetado, que previa uma ação para que a administração pública obtivesse do Poder Judiciário uma espécie de ‘certificado’ de licitude de um determinado projeto, para evitar contestações posteriores” (JORDÃO, 2018, p. 68).

públicos responsáveis por implementá-los” (2018, p. 68). Como exemplo, Jordão aponta a judicialização da saúde, na qual:

(...) brados do “direito à saúde” tem para muitos operadores do direito, mais relevância do que as condições materiais para implementá-lo. Chega-se mesmo a defender que estas condições materiais são juridicamente irrelevantes e que o operador do direito não deve se preocupar com elas. Os resultados são liminares para concessão de tratamentos caros, que impactam o orçamento governamental de maneira significativa – e prejudicam o próprio oferecimento de outros tratamentos médicos para outros cidadãos (JORDÃO, 2018, p. 68).

As consequências deste modo de pensar, sustenta Jordão (2018, p.69), são nefastas para a gestão pública, pois “geram grande pressão sobre o gestor público, que acaba sendo responsabilizado por ineficiências ou limitações que fogem do seu controle”. O autor observa que a própria doutrina administrativa “vem denunciando este cenário de aperto do gestor público”, ao referir-se, por exemplo, ao “administrador assombrado pelo controlador”, “gestores perplexos” e “direito administrativo do inimigo”. Jordão identifica decorrências preocupantes deste cenário:

(i) a resistência da mão-de-obra mais qualificada de atuar no setor público; (ii) a atração para estes postos principalmente de indivíduos propensos a riscos; (iii) a resistência dos gestores a inovações e a atuações que fujam do protocolar, entre outras (JORDÃO, 2018, p. 69).

Por estas razões, aduz Jordão, a Nova Lindb buscou colocar no núcleo central das preocupações do direito administrativo estas “limitações materiais e os contextos fáticos que informam a implementação das normas de direito”. O autor sustenta que esta parece ser a “forma mais realista (e, portanto, mais eficaz) de tirar as promessas jurídicas do discurso, para levá-las à realidade”. No entanto, questiona: De que maneira a Nova LINDB fará isto? E responde: primeiramente, exigindo a “contextualização na interpretação do direito, na anulação de atos administrativos, na aplicação de sanções e na responsabilização dos gestores públicos”. Uma vez respeitada esta contextualização, será possível dar a “devida importância às condições materiais que permitiriam uma aplicação mais realista do direito público brasileiro” (JORDÃO, 2018, p.69)

Ao examinarem o art. 23¹²², Marques Neto e Freitas (2019, p. 166) afirmam que este consagra os “vetores da previsibilidade e da proporcionalidade da segurança jurídica”, pois objetiva proceder à equalização dos “efeitos das mudanças de interpretação que impõem novos condicionamentos de direitos”. Nos quadrantes do artigo em tela, considera-se que a “interpretação jurídica, quando proferida por entidades públicas, tem força normativa”, sendo esse o motivo pelo qual se impõe o “estabelecimento de um regime de transição entre a interpretação superada e a nova interpretação”. Busca-se, segundo os autores, com a aplicação do referido regime, “a gradual adaptação do administrado ao condicionamento imposto pela nova interpretação das entidades públicas”. Mais que isso, a fim de contemplar a “vertente da proporcionalidade da segurança jurídica”, prescreve que tal regime deve “equalizar o cumprimento do condicionamento, sem prejuízo dos interesses Gerais” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 166-167).

Quanto ao art. 24¹²³, Marques Neto e Freitas (2019, p. 167) sustentam que ele, tomando-se em consideração a mesma racionalidade “da força normativa das interpretações, impõe que seus efeitos se submetam a garantia de irretroatividade”, cuja previsão assenta-se no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Desta feita, argumentam os autores, se a própria lei se submete ao limite da irretroatividade, com “muito mais razão as interpretações das entidades públicas lhe devem deferência”. Além disso, o dispositivo em tela impõe que a referida irretroatividade tenha o condão de interditar que atos que já tenham completado os seus efeitos sejam declarados inválidos com lastro na nova interpretação. E, para equalizar tal garantia, impõe que tal irretroatividade incida tão somente em interpretações consolidadas, as quais podem ser veiculadas em ato normativo ou jurisprudência judicial ou administrativa com eficácia *erga omnes* e vinculante (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 167).

¹²² “Artigo 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais” (BRASIL, 2018).

¹²³ “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público” (BRASIL, 2018).

Oliveira, por sua vez, considera que o art. 24 determina que ao se analisar a validade de um ato administrativo já concretizado deve-se levar em consideração as “orientações gerais da época”. Assim, deve-se respeitar o entendimento razoável que existia na época, de modo que a nova interpretação só deva ser aplicada a casos futuros, ou seja, com eficácia *ex nunc* (OLIVEIRA, 2018, p. 27).

O fenômeno da “invalidade referencial” não é novidade no ordenamento jurídico. Consiste na modulação da interpretação no tempo, algo que já é conhecido no direito brasileiro, especialmente nos casos de controle concentrado de constitucionalidade (art. 27 da Lei n. 9.868/99) e no caso de mudança da jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores (art. 927, § 3º, do CPC). Em todos os ramos do direito, essa prática é admitida, embora seja mais comum no direito constitucional. Esse instituto, inclusive, é amplamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência, pois se baseia no princípio da segurança jurídica, da proporcionalidade e da boa-fé (OLIVEIRA, 2018, p. 27).

De acordo com Câmara (2018, p. 115), no que diz respeito à aplicação do direito público, “a invalidação (ou anulação) de deliberações tomadas pela administração pública” é um dos fatores que apresentam maior instabilidade, já que se trata de “remédio amargo para combater a ilegalidade no exercício da atividade administrativa”. Neste sentido, Câmara aponta que a “forma mais efetiva de se assegurar a segurança jurídica está no cumprimento fiel da lei e da Constituição”, por isso que, em se constatando atuação administrativa ilegal, é prevista a “invalidação, ou seja, a extinção do ato viciado, com possível desconstituição dos efeitos que tenha produzido” (CÂMARA, 2018, p. 115).

É sabido que as decisões administrativas, afirma Câmara (2018, p. 115), gozam de presunção de legalidade. Essa presunção, no entanto, “não constitui mera peroração doutrinária nem pode ser vista apenas como instrumento de efetivação da supremacia do interesse público”, já que “retrata uma expectativa real do administrado diante da atuação aparentemente regular de autoridade pública”. Quando tal deliberação é proveniente de “órgão legitimado para decidir”, espera-se que a sociedade receba essa manifestação como “legítima, ou seja, como conforme ao direito”, ou seja:

A partir do reconhecimento dessa presunção em favor da legalidade das deliberações administrativas, cria-se a legítima expectativa de conformidade ao direito dos efeitos

produzidos a partir dessas decisões. Desconstituir tais efeitos, por isso, constitui de certa maneira uma perda para a noção de estabilidade jurídica, mesmo que seja para corrigir decisão contrária à lei (CÂMARA, 2018, p. 115).

Câmara (2018, p. 115) recorre ao velho brocardo jurídico “ato nulo não produz efeitos” para indicar que as circunstâncias mudaram, pois se admite que “a declaração de nulidade de ato administrativo, dependendo do caso, se atingir situação concreta já constituída, para o bem da segurança jurídica e da proteção da confiança do administrado, invalide o ato, mas preserve os efeitos já produzidos” (CÂMARA, 2018, p. 115).

A racionalidade contida no art. 26¹²⁴, aduzem Marques Neto e Freitas (2019, p. 167), visa garantir, por meio do consenso, estabilidade ao “vetor da segurança jurídica”. Atua como “um permissivo genérico” voltado para a “celebração de compromissos negociados pela administração pública”¹²⁵. Além disso, sustentam, ele confere “publicidade aos atos negociados (tornando-os permeáveis pelos interesses da sociedade), bem como estabilidade, pois seus termos serão avaliados pelos órgãos jurídicos das entidades públicas. Mas, por outro lado, estabelece limites para tal ajuste negocial, interditando a celebração de acordos liberatórios que sejam incompatíveis com os interesses gerais (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 167).

O art. 26, segundo Oliveira, prevê que, em caso de uma situação irregular ou que a regularidade seja objeto de controvérsia ou de dúvida jurídica, a Administração Pública poderá firmar termo de compromisso com os particulares interessados com o objetivo de regularizar a sua situação. O termo de compromisso deverá ser precedido de oitiva do órgão jurídico e, caso seja necessário, poderá ser realizada consulta pública quando houver razões de interesse geral. Entretanto, o inciso III do § 1º do art. 26 deixa expresso que não se poderá exonerar o particular

¹²⁴ “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II - (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento” (BRASIL, 2018).

¹²⁵ Observam os autores, “especificamente, para celebração de acordos substitutivos, de integração e de complementação” (MARQUES NETO & FREITAS, 2019, p. 167).

dos deveres ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral (OLIVEIRA, 2018, p. 25).

Segundo Guerra e Palma (2018, p. 136), o artigo 26 “desenhou novo regime jurídico de negociação com a administração pública”, regime esse que tem por objetivo “aumentar a segurança jurídica e a garantir compromissos mais eficientes para a sociedade, e não apenas aos diretamente envolvidos” (GUERRA; PALMA, 2018, p. 136).

Guerra e Palma (2018, p. 136) destacam que essa nova visão, de uma “função da Administração Pública fundamentada na consensualidade”, já se encontra disseminada em “diversas áreas (ambiental, infraestrutura, antitruste etc.) como instrumento de promoção do interesse público”. Contudo, asseveram os autores:

A prática demonstrou que a falta de segurança jurídica decorrente da ausência de regras gerais, como agora surge com a LINDB, constituíam obstáculo à efetiva realização de acordos substitutivos em matéria que vai além da simples penalidade compensatória e alcança outras situações, como a incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público (GUERRA; PALMA, 2018, p. 136)

Quanto ao art. 27¹²⁶, de acordo com Marques Neto e Freitas (2019, p. 167), este tem por objetivo tutelar o “vetor da proporcionalidade da segurança jurídica”. Por essa razão, proscreeve o “abuso do Direito de processar”, estabelecendo as consequências advindas do exercício abusivo desse direito. O artigo busca, afirmam os autores, possibilitar uma compensação endoprocessual, para o agente que “angariar benefícios indevidos ou sofrer prejuízos anormais resultante das atividades do processo”. Além disso, contempla os vetores da estabilidade e da previsibilidade da segurança jurídica, pois “prescreve que a imposição de tal compensação de forma motivada, bem como que o seu procedimento seja negociado” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 167).

Oliveira (2018, p. 26), por seu turno, reforça que o art. 27 autoriza a Administração Pública a impor compensações por benefícios auferidos indevidamente. Tal compensação está associada ao compromisso firmado em consonância do art. 26 da LINDB, permitindo à

¹²⁶ “Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. § 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos” (BRASIL, 2018).

Administração regularizar uma situação irregular mediante a obtenção de compensações, ainda que a situação irregular seja censurada por orientações gerais. As compensações poderão ocorrer mesmo quando não houver compromisso, situação em que o gestor público, de ofício, poderá condenar os particulares em situação irregular a indenizar (compensar) os danos causados ao Poder Público ou em razão dos benefícios recebidos indevidamente pelo particular (OLIVEIRA, 2018, p. 26).

No tocante ao artigo 27, Sundfeld e Voronoff (2018) explicam que:

Os processos estatais, com seus custos e externalidades, envolvem risco para os direitos dos envolvidos e é por essa razão que a nova norma impede que sirvam de instrumento anômalo para obtenção de vantagens indevidas ou para a imposição de prejuízos anormais ou injustos (SUNDFELD; VORONOFF, 2018, p. 173)

Segundo os autores, embora o dispositivo não tenha um “caráter revolucionário”, já que “suas soluções se vinculam a valores e regras cuja recepção já é forte no direito público”, seu impacto pode, no entanto, ser relevante, pois, se tratando de uma norma geral para o “direito público processual de todas as esferas (judicial, administrativa e controladora), e estando inserido em lei de alto simbolismo, o art. 27 pode colocar um fim à inércia que vem permitindo um uso cada vez mais distorcido dos processos” (2018, p. 173). De fato, colocam os autores, o dispositivo, ao clarificar o regime jurídico da responsabilidade processual, “combate sua parcial ineficácia, além de suprir lacunas pontuais nas regras e facilitar procedimentos que podem prevenir ou garantir a responsabilização efetiva, o que não é pouco” (SUNDFELD; VORONOFF, 2018, 173).

Os autores reconhecem que “corrigir padrões de conduta, combater vícios da burocracia e fazer nascer uma nova cultura jurídica são tarefas desafiadoras” e que as normas que emergem com a Nova LINDB – como é o caso do artigo em tela – buscam “acelerar essas mudanças, produzindo incentivos que sensibilizem aqueles que deflagram ou conduzem processos e tomam decisões” (2018, p. 174). Sundfeld e Voronoff sustentam ser necessário “coibir a irracionalidade gerada pelo comodismo, pelas soluções aparentemente mais fáceis ou mesmo pela assunção pouco responsável de riscos em jogos com a Justiça”. De acordo com os autores, o artigo em tela mira o cenário dos “processos estatais” nos quais se verifica “um descompasso relevante entre custos assumidos por quem processa ou por quem decide nos processos, e os custos suportados pelos afetados” (SUNDFELD; VORONOFF, 2018, 173).

O art. 28¹²⁷ objetiva garantir os vetores da previsibilidade e da proporcionalidade da segurança jurídica, asseveram Marques Neto e Freitas (2019, p. 167). O dispositivo oferece garantias ao “administrador honesto e responsável”, protegendo, da mesma maneira, os agentes públicos que emitem opiniões técnicas, livrando-os da “inércia aflitiva” e abolindo do sistema jurídico o “crime de hermenêutica”, uma vez que, “para efeito de penalização do agente público”, deverá ser comprovado o seu elemento subjetivo (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 167).

O artigo em tela, de acordo Binenbojm e Cyrino (2018, p. 217), estabelece a “responsabilidade dos agentes públicos por dolo ou erro grosseiro”. Para os autores, trata-se de cláusula geral do erro administrativo, para “oferecer segurança jurídica ao gestor com boas motivações e para incentivar a inovação e a atração de pessoas capacitadas para a função pública”. Neste sentido, observam que:

A adoção da categoria de *erro grosseiro* nos parece uma legítima opção legislativa, que respeita os limites de livre conformação estabelecidos pelo constituinte. Em outras palavras, o erro grosseiro é um código dogmático que exprime como a culpa deve ser valorada para que o agente público possa ser responsabilizado. E isso atende a objetivos concomitantes que o legislador pretendeu harmonizar ao fazer a sua escolha: de um lado, a repressão aos casos de negligência, imprudência e imperícia graves, e, de outro lado, a promoção da segurança jurídica e de uma certa abertura experimental a soluções inovadoras pelo agente público. O dever de boa administração será cumprido pelo agente público que se mantiver no limite entre os deveres de prudência e inovação, sem desbordar para os extremos (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 217).

Segundo os autores, com a “responsabilização do agente público nos casos de dolo e erro grosseiro” obtém-se o efeito de “reprimir e desestimular os casos de corrupção, fraude e culpa grave”. Por outro lado, observam os autores, “admitir o erro, salvo quando grosseiro, faz sentido num regime jurídico que pretenda viabilizar soluções inovadoras e impedir que as carreiras públicas se tornem armadilhas para pessoas honestas, capazes e bem intencionadas” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 217).

Marques Neto e Freitas (2019, p. 168) afirmam que o art. 29¹²⁸ consagra o “viés da previsibilidade da segurança jurídica”, pois impõe que o “exercício normativo da administração

¹²⁷ “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro (BRASIL, 2018).

¹²⁸ “Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. Vigência § 1º A convocação conterá a

pública seja permeado pelos interesses dos administrados”. Argumentam os autores que, “na medida em que o administrado participa da formação da vontade normativa do poder público e que suas contribuições são consideradas na decisão final, tal função passa a ter maior previsibilidade”. Como decorrência dessa participação, verifica-se uma maior eficácia da normatização, “seja porque foi construída mediante uma decisão consertada, seja porque, em razão desse conserto de vontades os administrados lhe prestaram maior deferência” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 168).

Oliveira (2018, p. 12) interpreta que, de acordo com o art. 29, é facultado ao legislador considerar a participação popular na edição de atos normativos. A norma prevê a realização de consulta pública para tratar de qualquer assunto desde que não sejam sobre a organização interna do órgão ou Poder. Para isso deverá ser feita convocação pública. Nesse sentido, o art. 30 determina que as autoridades públicas devam atuar de forma proativa para aumentar a segurança jurídica na aplicação da norma. Assim, devem divulgar, ao máximo, o entendimento sobre determinada norma jurídica pelas mais diferentes formas com caráter vinculante, como portarias, regulamentos, provimentos (OLIVEIRA, 2018, p. 13).

Observa Monteiro (2018, p.226), ao considerar o artigo em análise, que este versa sobre os processos de consulta pública na edição de atos normativos administrativos e que “esses processos se vinculam ao dever de motivação dos atos normativos e sua realização é um dever cuja inobservância afeta a própria validade dos atos editados”. Monteiro enfatiza que a realização da consulta pública é um dever que encontra seu fundamento no devido processo legal. A autora afirma que embora o tema não seja novo, sua “previsão em norma de caráter geral para o direito público” mostra o dever por parte da “autoridade administrativa responsável pelo ato” em “consultar os interessados, avaliar as manifestações recebidas e respondê-las para cumprir o dever de motivar o ato normativo” (MONTEIRO, 2018, p. 226).

Segundo Marques Neto e Freitas (2019, p. 168), o art. 30¹²⁹ impõe “um dever para que o poder público confira previsibilidade e estabilidade às suas interpretações, pela edição de

minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver” (BRASIL, 2018).

¹²⁹ “Artigo 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação

regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”. Os autores observam que esse dispositivo é mais um a incorporar o *stare decisis* ao ordenamento jurídico brasileiro. De fato, a racionalidade dos precedentes objetiva “garantir a previsibilidade a propósito dos entendimentos administrativos” e, por outro lado, impedir a violação da isonomia, evitando que situações iguais sejam tratadas de forma distinta (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 168).

Oliveira observa que os arts. 29 e 30 prezam pela máxima clareza normativa, pois as normas, segundo o autor, não são apenas um texto a ser lido, exigem a interpretação adequada do contexto em que foi criada e que busca normatizar (OLIVEIRA, 2018, p. 13).

Segundo Moreira e Pereira (2018, p. 245), o artigo 30 é a “chave de abóbada desse novo sistema de aplicação das normas de Direito Público”, pois “consolida a racionalidade dos antecedentes e permite sua eficácia prospectiva”. Os autores aduzem que o artigo 30 instituiu o dever de “atuação positiva para aumentar a segurança jurídica” para as autoridades públicas. Os autores sustentam que o preceito, “ao viabilizar uma administração autovinculante, é a peça fundamental da coerência e sustentabilidade da nova lei”.

Moreira e Pereira (2018, p. 245) destacam já se foi o tempo em que “a resolução dos problemas jurídicos se circunscrevia a aplicar textos constitucionais e legislativos a partir do silogismo jurídico (e seu critério dedutivo)” e que à Administração Pública cabia a “tarefa de emitir decisões executórias”, bem como, aos “órgãos de controle o seu exame formal”. Tudo se dava, de acordo com os autores, de modo “aparentemente automático e objetivo”. No entanto, na atualidade, destacam, essa “compreensão simplista do Direito produziu resultados bastante insatisfatórios, sobretudo em termos de segurança jurídica e estabilidade” (MOREIRA; PEREIRA, 2018 p.245).

Por fim, observe-se que, segundo Marques Neto e Freitas (2019, p. 168), a antiga Lei de Introdução ao Código Civil foi de tal maneira inserida no cotidiano do operador do direito a

demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (BRASIL, 2018).

ponto de “nem mais ser citada”, muito embora esteja sempre presente, balizando sua atividade hermenêutica diária. Com as inovações que lhe foram acrescentadas, acreditam os autores, a nova LINDB necessitará passar uma série de movimentos sucessivos, em um processo longo de adaptação, para, então, amoldar-se à rotina dos operadores (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 168).

4.3. Nota técnica do Ministério Público Federal

O Ministério Público Federal (MPF) emitiu Nota Técnica Conjunta n. 1/2018, manifestando-se pelo veto integral do Projeto de Lei n. 7.448/2017, cujo teor objetivava acrescentar os arts. 20 a 30 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), de autoria do Senador Antônio Anastasia em conjunto com os advogados e professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto (MPF, 2018, p. 1).

A justificativa para o Projeto de Lei (PL) era combater o aumento da incerteza jurídica causada pela abstração e pela indeterminação do conteúdo de normas públicas. Os juristas entendem que esse problema causará decisões imprevisíveis (MPF, 2018, p. 2). A norma disciplina não só a atuação do administrador público, dos órgãos de controle da Administração Pública e do Poder Judiciário, mas também impõe condições às decisões por eles emanadas, adentrando no princípio da motivação das decisões judiciais e da persuasão racional (MPF, 2018, p. 3). De início, ataca-se a controvérsia apresentada pelo PL ao apresentar em seu texto termos abstratos, abertos e de livre interpretação quando este condena a utilização desses termos em decisões proferidas em todas as esferas de poder (MPF, 2018, p. 3).

Ressalte-se que para a discussão de um tema tão complexo foi realizada apenas uma única audiência pública, da qual participaram exclusivamente o ex-Consultor-Geral da União e Procurador da Fazenda Nacional, o consultor da Confederação Nacional dos Municípios e o assessor da Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda. Importantes representantes de órgãos que poderiam contribuir ao debate foram preteridos (MPF, 2018, p. 3). O MPF realizou a análise de cada artigo e apresentou as justificativas necessárias que acredita serem suficientes para vetar o PL 7.448/2017.

Estabelece o art. 20 que as decisões judiciais, administrativas e controladoras não podem ser decididas tendo como fundamento conceitos e valores jurídicos abstratos sem que sejam

consideradas as consequências práticas da decisão. Consta em seu parágrafo único que a motivação da decisão deverá conter a necessidade e a adequação da decisão imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, levando em consideração as possíveis alternativas (MPF, 2018, p. 4). Ao analisar o art. 20, concluiu-se que este “desprestigia a prolação da decisão judicial, com base em princípios”. E, além disso, o prolator da decisão deve considerar todas as decorrências da tomada de decisão. Assim, ao entender que uma decisão com base em princípios traria menor efetividade, o PL nega veementemente a “densidade normativa dessa fonte do direito”¹³⁰ (MPF, 2018, p. 4).

Dando continuidade à análise do dispositivo, este dispõe que o tomador da decisão deverá considerar as consequências práticas da decisão. Assim, transfere-se o ônus e as responsabilidades do gestor público ao magistrado. Além disso, possibilita que seja aplicado em decisões que não tenham como objeto o controle do ato administrativo (MPF, 2018, p. 5). O MPF acredita ser inimaginável pensar que o próprio magistrado o órgão controlador analise e examine o que o artigo entende como significando “todas as alternativas possíveis para o caso concreto”¹³¹, como se vê:

¹³⁰ Observe-se que surge com o neoconstitucionalismo a supremacia das normas constitucionais atribuindo aos princípios *status* de norma jurídica fundamental. O art. 20 proíbe que decisões sejam tomadas com base em valores jurídicos abstratos. Ora, uma das características dos princípios é o seu alto grau de abstração, possibilitando serem aplicados de acordo com o caso concreto e a ponderação dada pelo intérprete da norma (LENZA, 2018, p. 82). Pois bem, de acordo com Lenza (2018, p. 166), a evolução constitucional permitiu que os princípios fossem aplicados de forma gradual, com ponderação e balanceamento, consagrando-se assim os valores predominantes no Estado Democrático de Direito, o qual pertence o Brasil hoje (2018, p. 166). Assim, ao se tratar de normas jurídicas, deve-se lembrar que estas são abstratas e não se referem a um só caso concreto, sujeitas a interpretação do intérprete da norma. Segundo Gonçalves, “*Interpretar* é descobrir o sentido e o alcance da norma jurídica. Toda lei está sujeita a interpretação, não apenas as obscuras e ambíguas” (GONÇALVES, 2015, p. 79). Portanto, o intérprete deve se basear na *voluntas legis*, ou seja, segundo a vontade da lei, e não *voluntas legislatorum* – segundo a vontade do legislador. Deve-se sempre alcançar o melhor sentido da norma. A corrente da teoria da interpretação objetiva e da livre pesquisa do direito entende que o juiz tem a “função criadora na aplicação da norma”, sendo um dever – quase uma obrigação – ser entendida de acordo com as concepções de cada época (GONÇALVES, 2015, p. 79). Ressalte-se que a utilização da hermenêutica é primordial para o direito. Assim sendo, o art. 5º da LINDB (Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum) estabelece uma linha de equilíbrio entre a interpretação da norma e a subversão ao direito alternativo da ordem jurídica atual. Nada mais é do que a ponderação e a modulação dos efeitos de cada decisão.

¹³¹ Observe-se que nem a ciência do direito nem o legislador podem prever todas as situações aplicáveis ao caso concreto, principalmente pelo fato de o direito ser dinâmico e não conseguir acompanhar a evolução da sociedade – a sociedade evolui e logo após vem o direito, trazendo novos fatos, novas normas, novos conflitos, novos entendimentos (GONÇALVES, 2015, p. 70-71). Desse modo, os magistrados não podem escusar-se em proferir decisões com a justificativa de que a lei é omissa – a própria LINDB, no art. 4º, dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso concreto de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Este deve basear suas decisões em instrumentos já disponíveis pelo direito, visto que o próprio já apresenta as soluções para o caso concreto, suprimindo as lacunas e promovendo a integração do sistema e das normas jurídicas. Igualmente, depende-se da análise das doutrinas supracitadas que os princípios gerais são fontes normativas do

Parece impensável, do mesmo modo, supor que o magistrado ou o órgão controlador possa analisar o exame das “alternativas possíveis”, como quer o parágrafo único, porque essa atividade é essencialmente do gestor. Resultado dessa situação esdrúxula seria o desvirtuamento da função judicial, por exemplo, para atividade de consultoria do administrador, perscrutando alternativas e consequências em seu benefício (MPF, 2018, p. 5).

Nesse caso, ocorrerá o “desvirtuamento da função judicial” e também a atribuição de consultoria jurídica aos órgãos de controle e judiciais (MPF, 2018, p. 5).

O art. 21 traz que ao decretar a invalidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deve-se indicar as consequências jurídicas e administrativas de modo expreso. Essa decisão indicará como deverá ser feita a regularização de modo proporcional e equânime, sem prejudicar o interesse geral (MPF, 2018, p. 5). A Nota Técnica entende que os termos utilizados são dotados de abstração e generalidade, contradizendo o que a PL diz combater (MPF, 2018, p. 6).

Diferentemente do art. 20, que traz o entendimento de consequências práticas¹³², o art. 21 aborda as consequências jurídicas e administrativas. Assim, o MPF entende que é pertinente aludir ao art. 3º da LINDB (*Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a*

direito, capazes de suprir as lacunas da lei, que o Poder Legislativo ainda não conseguiu preencher. Essa norma coíbe a atuação do magistrado nesses casos sem a devida ponderação de todas as consequências práticas da situação.

¹³² Um dos princípios utilizados como norteador das decisões judiciais é o da proporcionalidade e da razoabilidade. É inviável a aplicação do princípio sem antes avaliar as consequências práticas da decisão (LENZA, 2018, p. 177), de tal modo que a medida aplicável só será tomada se for indispensável e não puder ser substituída por outra menos gravosa. Outro ponto importante desse princípio é atingir o objetivo da norma pelo meio escolhido para o caso concreto, levando em consideração a pertinência da norma na aplicação. Superado isso, o princípio questiona se a decisão possui a máxima efetividade e a mínima restrição, ou seja, a decisão tomada com base em uma norma supera a restrição de outra. Não é competência dos magistrados analisar as consequências práticas de sua decisão. Além disso, pleitear a desconstituição da decisão tomada por falta de análise das implicações práticas fere o Princípio da Separação dos Poderes. O que ocorre na prática é a suspensão dos efeitos da decisão do magistrado. Ou seja, esses artigos são combatidos com institutos e instrumentos já existentes na ordem jurídica atual. Um dos reflexos na atuação do magistrado é o consequencialismo jurídico, pois para cada fato deverá prever uma consequência, demonstrando em sua decisão que avaliou e ponderou todas as alternativas até optar pela decisão final. Esse consequencialismo deve ser adotado pelos magistrados – se já não o é –, entretanto, sempre deve ser pensado nos limites proporcionais e razoáveis, respeitando sempre as prerrogativas do ato decisório. Entretanto, ao tratar de princípios e normas fundamentais, que são abstratas e estão em constante evolução, é de se considerar a ponderação das consequências na decisão. Ocorre que os direitos fundamentais não são normas concretas, pois necessitam de interpretação em conjunto com outros dispositivos constitucionais, infraconstitucionais, e principalmente dos objetivos visados pela Carta Democrática. Tal é o que se depreende de Gonçalves: “Tais regras de caráter genérico orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não incluídas no direito positivo. (...) Para que possam ser empregados como norma de direito supletório, os princípios gerais do direito devem ser reconhecidos como direito aplicável, dotados assim de juridicidade” (GONÇALVES, 2015, p. 76-77).

conhece), pois “parece excessivo exigir-se do órgão que exerce o controle, manifestação expressa das consequências jurídicas de sua decisão” (MPF, 2018, p. 5).

No art. 22, mais uma vez, o “legislador recorreu a expressões abertas, lacunosas, propensas a subjetivismos e, portanto, passíveis de levar os processos de responsabilização por caminhos insondáveis”. O dispositivo propõe-se a afrouxar os mecanismos de controle da Administração Pública e dificultar o controle sobre os atos praticados pelo administrador, além de querer inaugurar um microssistema jurídico específico do gestor público, distante dos comandos constitucionais contidos, especialmente, no art. 37, § 6º, da Constituição da República (MPF, 2018, p. 6).

O comando do § 2º aduz que as sanções serão aplicadas de acordo com a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos para a administração pública, as circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes. O § 3º do artigo supracitado alude que as sanções aplicadas serão consideradas na dosimetria de demais sanções da mesma natureza e fato (MPF, 2018, p. 6). O MPF entende que isso inviabilizaria a responsabilidade do administrador, além de apresentar orações, mais uma vez, abertas, sujeitas à interpretação, como “dificuldades reais do gestor”, podendo acarretar irregularidades e ilegalidades nos processos de responsabilização. Sendo assim, o PL traz ainda mais insegurança jurídica e instabilidade ao ordenamento (MPF, 2018, p. 6).

O art. 23 veicula que a decisão administrativa, controladora ou judicial, ao estabelecer nova interpretação ou orientação sobre conteúdo indeterminado, deve prever regime de transição para que seja cumprido de modo proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais. O parágrafo único traz uma importante consequência se o regime de transição¹³³ não for preestabelecido: o sujeito poderá negociá-lo com a autoridade competente, conforme o caso (MPF, 2018, p. 7). Segundo o MPF, a decisão judicial não pode “impor novo dever. O dever é anterior à decisão judicial, por isso não faz sentido, ao menos na esfera judicial, a previsão de um ‘regime de transição’” (MPF, 2018, p. 7).

¹³³ Quanto ao regime de transição, entende-se que esse instituto há muito é utilizado. Trata-se da modulação dos efeitos da decisão, limitando os efeitos retroativos ou fixando tempo para que a lei perdure. Outro exemplo são os princípios da anterioridade e da capacidade contributiva no direito tributário. Esses princípios modulam os efeitos da tomada de decisão do Poder Legislativo em razão da instituição, do aumento e da redução de tributos.

O art. 24 aduz que a revisão de validade do ato, contrato, ajuste, norma administrativa ou processo já completado levará em conta as orientações gerais da época, vedada a invalidação de situações plenamente constituídas (MPF, 2018, p. 7). O parágrafo único do artigo considera como orientações gerais “as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público” (MPF, 2018, p. 7). Portanto, de acordo com o MPF, o texto da norma utiliza de novo expressões vagas e indeterminadas. Embora o parágrafo único traga a definição do que é orientação geral, ainda é uma expressão genérica (MPF, 2018, p. 8).

Depreende-se da Nota Técnica que se permite, com isso, a convalidação de atos e contratos inexistentes ou nulos, abrindo espaço para que, “considerando a passagem do tempo, a estabilidade das relações, a ‘orientação geral’ que não foi à época contestada, ou o ato nulo se tornem válidos. Assim, esses atos não seriam mais considerados inexistentes ou nulos com efeitos *ex tunc*” (MPF, 2018, p. 8).

O art. 25 propõe que, quando necessário, o ente poderá propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa em razão de segurança jurídica e a sentença possuirá efeitos *erga omnes*. O rito da ação será o mesmo da ação civil pública (MPF, 2018, p. 8).

O Ministério Público sempre será citado para compor a ação para abster-se, contestar ou aderir ao pedido. Faculta-se, na ação declaratória de validade¹³⁴, abordar sobre a adequação e a economicidade de preços ou valores (MPF, 2018, p. 8). Assim, o Ministério Público Federal entende que é um meio de reduzir a segurança jurídica que advém de situações nas quais os magistrados sentenciam a mesma matéria de formas diferentes. Aduz que não trata dos

¹³⁴ A título de curiosidade, o ordenamento jurídico pátrio possui o incidente de uniformização de jurisprudência, que busca a harmonia na interpretação da norma jurídica. Consiste em um pronunciamento por órgão colegiado quando se verificar a existência de entendimentos antagônicos. A ação declaratória de validade é semelhante à ação declaratória de constitucionalidade (ADC), aquela voltada aos atos e contratos administrativos e esta, à constitucionalidade das normas prevista na Carta Magna. Ocorre que essa ação declaratória de validade pode acarretar excessiva demanda aos órgãos judiciais, além de que o Poder Judiciário só pode exercer o controle de legalidade e legitimidade, ou seja, não pode avaliar a conveniência e oportunidade do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, e muito menos, como o artigo propõe, o de adequação e economicidade de preços e valores.

legitimados ativos para propor a ação e inclui, obrigatoriamente, o Ministério Público no polo passivo. Assim, nos seus dizeres (MPF, 2018, p. 9):

(...) o PL está eivado de inconstitucionalidade, porque subverte a função constitucional do *Parquet*, apequenando a tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis à tutela dos interesses secundários da Administração Pública, nem sempre convergentes. Inverte toda a lógica de estruturação dos instrumentos de tutela coletiva e impõe ao Ministério Público a condição de réu na ação civil pública, cuja atuação arrisca-se a não ser mais pautada pelas suas atribuições constitucionais, mas pelas demandas criadas pelos gestores públicos.

Transformar-se-á o Poder Judiciário na única esfera de controle e em órgão de chancela administrativa. Além disso, ofende os arts. 70, 71, 127 e 129 da Constituição Federal, pois suprime competências do Poder Legislativo e Tribunal de Contas, relativas à verificação de atos, contratos, ajustes, processos e normas. Ou seja, o PL diminui toda a forma de controle estatal, principalmente o realizado pelos tribunais de contas (MPF, 2018, p. 9).

O art. 26 dispõe que, para eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situação contenciosa na aplicação do direito público, o Poder Público poderá celebrar compromisso com os interessados após a oitiva do órgão jurídico interessado e com realização de consulta pública, mediante relevante interesse geral (MPF, 2018, p. 9).

Segundo o § 1º do artigo, este compromisso tem como objetivo a solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais. Pode ser acerca da transação de sanções e créditos relativos ao passado, sempre estabelecendo um regime de transição. É vedada a desoneração de deveres ou condições de direitos reconhecidos por orientação geral, além de prever a obrigação das partes, prazo de cumprimento e as sanções em caso de descumprimento (MPF, 2018, p. 9-10).

Ainda sobre o artigo em comento, o § 2º prevê que poderá requerer-se por jurisdição voluntária a autorização judicial para celebração do compromisso com o intuito de excluir a responsabilidade do agente público por vício no compromisso (MPF, 2018, p. 10). Para o Ministério Público Federal, o dispositivo fere a atuação dos órgãos de controle estatais, principalmente o dos Tribunais de Contas. Ocorre que, ao permitir a requisição voluntária de autorização judicial, a responsabilidade pessoal do agente público recai somente nas hipóteses de enriquecimento ilícito ou crime. Entretanto, nos casos de culpa grave ou dano ao erário, esta estaria excluída (MPF, 2018, p. 10).

Entende-se então como um “gravíssimo retrocesso nas instâncias de controle administrativo, abrindo-se oportunidade para a impunidade e a redução do espectro de responsabilidade do administrador público”. Assim, o dispositivo exime o gestor administrativo da responsabilidade pessoal em relação à coisa pública. O MPF ainda ressalta as expressões vazias utilizadas pelo legislador (MPF, 2018, p. 10).

O art. 27 estabelece que as decisões processuais nas esferas administrativas, controladoras ou judiciais poderão cominar compensações por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos. Serão ouvidas previamente as partes nas questões relativas ao seu cabimento, sua forma e seu valor, motivando a decisão. Ademais, poderá celebrar compromisso processual entre os envolvidos (MPF, 2018, p. 11).

A responsabilidade pessoal do agente público¹³⁵ é novamente tratada no art. 28, o qual entende que responderá por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. O legislador excluiu do conceito de erro grosseiro a decisão ou a opinião fundamentada em jurisprudência ou doutrina, mesmo não pacificada ou ainda que não venham a ser acatadas por órgãos de controle ou judiciais, posteriormente (MPF, 2018, p. 11). O mesmo

¹³⁵ Esse artigo visa conferir a segurança necessária ao agente público no teor de suas decisões, porém, na medida em que a permite para alguns agentes, retira-a de outros. Além disso, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal permite a ação de regresso nos casos de culpa ou dolo. Trazendo essa interpretação para o Poder Judiciário, os juízes poderiam ter cada decisão passível de recurso por erro grosseiro, já que estes são agentes públicos. Sendo assim, torna-se desproporcional, principalmente pela afronta com a separação dos poderes, permitindo que haja uma enorme insegurança jurídica para o exercício da função de magistrado. Segundo Oliveira (2018, p. 21-22), existe uma tendência em admitir a responsabilização dos membros de carreiras jurídicas públicas em caso de erro grosseiro, embora tal prática não possua fundamento legal. Assim, tal medida ameaça a independência constitucional que quem interpreta as normas deve possuir. Ademais, uma responsabilização pessoal dos magistrados engessaria o Poder Judiciário. O temor em não conseguir prever todas as possibilidades decorrentes daquela decisão culminaria na adoção do caminho menos arriscado. Em relação aos órgãos de controle, o Tribunal de Contas da União, historicamente, responsabiliza o agente público e inclusive o advogado público, responsável constitucional por dizer o direito, quando cometem “infração hermenêutica”, ou seja, tem entendimento diverso do órgão controlador, nos casos de dolo, erro grosseiro e culpa. Dessa forma, a nova LINDB estará protegendo o agente público no exercício de suas atribuições (OLIVEIRA, 2018, p. 14). No que tange à advocacia no âmbito público, há uma aparente antinomia entre o art. 28 da LINDB, que permite a responsabilização do agente público por dolo ou erro grosseiro, e os arts. 38, § 2º, da Lei n. 13.327/2016, e 184, CPC, que permitem a responsabilização do advogado público, agente público, por dolo ou fraude, ou seja, não prevê o “erro grosseiro” (OLIVEIRA, 2018, p. 16). Para Oliveira, nesse caso em comento, deve-se aplicar o critério da especialidade. Assim, os agentes públicos em geral estarão sob a égide no art. 28 da LINDB, enquanto, para os arts. 38, § 2º, da Lei n. 13.327/2016, e 184, CPC, por ser regra especial, esses agentes públicos devem ser considerados especiais, os advogados públicos (OLIVEIRA, 2018, p. 16). Em uma interpretação conjunta dos arts. 22 e 28, entende-se que o julgador analisará o contexto em que determinado ato ou ação questionados foram realizados pela administração, de modo que os obstáculos e as dificuldades reais enfrentadas pelo gestor possam afastar ou atenuar a responsabilização do agente. Assim, deverão ser analisadas as circunstâncias fáticas do momento da prática do ato administrativo que poderão servir como formas de excludente de ilicitude ou de atenuar a responsabilização do agente público (OLIVEIRA, 2018, p. 23).

determina que, caso o agente público precise de defesa, em qualquer esfera, em razão de condutas praticadas no exercício regular de sua profissão, incluindo o apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa. Por conseguinte, o agente público condenado pela ocorrência de dolo ou erro grosseiro terá a incumbência de ressarcir o erário com as despesas pagas pela entidade de apoio (MPF, 2018, p. 11).

Assim sendo, o MPF percebe que a responsabilização pessoal foi outra vez suavizada e que, embora haja a hipótese de erro grosseiro, o núcleo desta foi retirado ao permitir que o agente público se utilize de qualquer doutrina, orientação geral ou interpretação razoável, independentemente de quem a proferiu (MPF, 2018, p. 11). É ressaltado pelo órgão que essa interpretação dada pelo art. 28 sobre a utilização das verbas públicas para amparar a defesa do agente que age com dolo, má-fé, culpa grave ou erro grosseiro vai de encontro com a jurisprudência já pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo que, de acordo com o REsp 122997799/MG, “a defesa particular do agente por procurador público configura improbidade administrativa, salvo se houver interesse convergente da Administração” (MPF, 2018, p. 12).

O art. 29 traz a interpretação de que qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos poderá ser precedida de consulta pública para a manifestação dos interessados, preferencialmente por meios eletrônicos, salvo os de mera organização interna. O § 1º fixa as diretrizes e o § 2º torna necessária a publicação das contribuições e das análises feitas na consulta (MPF, 2018, p. 12).

Por último, o art. 30 traz o entendimento de que as autoridades públicas devem atuar no sentido de sempre aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas. Os regulamentos, as súmulas administrativas e as respostas a consultas serão vinculantes em relação ao órgão ou à entidade a que se destinem (MPF, 2018, p. 12).

Como orientação, o Ministério Público Federal entendeu, à época, pela reabertura do debate na Câmara dos Deputados com ampla participação da sociedade civil, dos órgãos de controle, representantes do Poder Judiciário e Ministério Público (MPF, 2018, p. 12). Em relação à não participação do MP, a Nota Técnica fez uma severa crítica, pois estes são diretamente afetados pelo PL e não puderam se manifestar e apresentar seus contrapontos que

foram, e são, considerados altamente relevantes. Sendo assim, manifestou-se pelo VETO ao PL 7.448/2017 (MPF, 2018, p. 12).

4.4. Processo decisional consequencialist

Para entender o processo decisional consequencialista é necessário desnudar a estrutura discursiva na qual opera e com a qual entra em relação com outros subsistemas sociais. Tal decisão se faz considerando os elementos, política, jurídica e economicamente, relevantes e seus impactos sociais. Concretamente, o que ocorre é que as decisões não podem sofrer, por exemplo, influências valorativas, o que implica a necessidade de esterilizar narrativas, expurgando-as de conteúdos não previstos e não aceitos.

Há que se refletir sobre o que se busca alcançar com tal estratégia, que parece manifestar uma motivação, eminentemente, persuasória, ou seja, dirige-se, especificamente, ao receptor e dele se aproxima para convencê-lo, persuadi-lo ou dissuadi-lo de alguma coisa. Nesse ponto, buscar-se-á compreender de que forma os dispositivos da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) podem ou não desconstruir essa estratégia, decodificando as intenções por trás desse jogo.

Outro ponto a ser observado é que o campo do direito encobre, sob a falsa aparência de um saber eminentemente técnico e neutro, componentes indisfarçavelmente ideológicos. É o que observa Fonseca (2019), ao analisar dissertações e projetos de pesquisa de alunos com formação jurídica:

Os alunos de mestrado, que têm formação jurídica e expressam, por vezes, um discurso carregado da ideologia científica do direito como uma ciência puramente normativa e autônoma. Este estudo tem como objetivo apresentar discussões metodológicas no campo da pesquisa jurídica, o papel da ideologia no campo da metodologia e dos discursos enquanto saberes. Procura, também, analisar as tendências epistemológicas com vistas a explicitar as visões de mundo expressas nos discursos científicos. A metodologia, como um caminho para a produção de conhecimento, está, ao mesmo tempo, relacionada a uma filosofia e a teorias do conhecimento. Neste sentido, a produção e a prática científica devem estar embasadas por uma discussão epistemológica uma vez que ambas estão intrinsecamente relacionadas (FONSECA, 2019, p. 2).

Cabe, por conseguinte, propor que se examine em que medida as exigências postas pelos dispositivos da nova LINDB acerca dos “valores jurídicos abstratos” não são, em si, a expressão de um discurso pretensamente consequencialista que, em verdade, encobre a predominância de

uma lógica puramente economicista – a lógica do mercado – que desconsidera, quando não ataca frontalmente, os princípios do direito ambiental e os direitos fundamentais, em especial, ao ambiente ecologicamente equilibrado, sem o qual a sadia qualidade de vida e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana, a dignidade da vida – em todas as suas formas – são desrespeitadas e violadas num contínuo processo de reificação e mercantilização.

Tais considerações expõem alguns dos caros pressupostos que dão fundamento à cultura, que são, em última instância, antropológicos. Trata-se de uma forma de ver o mundo, compreendê-lo, classificá-lo, explicá-lo. Uma *Weltanschauung* que se impõe não como visão de mundo, como semiose, e sim como realidade última e verdade incontestável. Afinal, o que se entende por “ciência”? O direito é uma “ciência”, no sentido rigoroso do termo? A economia é uma ciência exata ou humana?

Há que se reconhecer que a Lei n. 13.655/2018 trouxe significativas inovações quanto à possibilidade da utilização de argumentos consequencialistas nas decisões judiciais cujo teor exsuda elementos de maior grau de abstração. Contudo, tal qual avaliam Moraes e Zolet (2018, p. 518), é necessário entender-se que, na prática do direito, esses argumentos já são utilizados sem “qualquer tipo de sistematização argumentativa por parte do Poder Judiciário” (MORAIS e ZOLET, 2018, p. 518).

Moraes e Zolet (2018, p. 518) argumentam que não há uma linha teórica e coerente em relação à alegada ampliação da segurança jurídica com o “simples advento da redação do art. n. 20 da LINDB”. Como foi visto, Marques Neto e Freitas (2019) acreditam que a Lei n. 13.655/2018 ainda tem pela frente um longo processo de enfrentamento de resistências – a “catequese da nova lei” – para ser devidamente incorporada como – o que ambiciosamente se arroga ser – um “novo *standard* de interpretação das normas de direito público” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 168).

Moraes e Zolet (2018, p. 508), no entanto, advertem que, para além da “condição recente da sua disposição”, há que se avaliar a real “impossibilidade de desenvolver condições pragmáticas de racionalização de elementos abstratos e indeterminados”. Os autores sustentam que o enquadramento emanado da nova redação sugere:

(...) a necessidade de atenção aos argumentos produzidos pelas decisões judiciais, especialmente diante da esperada racionalização de valores abstratos. Essa atenção procura trazer segurança jurídica, mas também remete ao problema da utilização de argumentos consequencialistas em decisões judiciais (MORAIS e ZOLET, 2018, p. 507).

Morais e Zolet (2018, p. 508) esclarecem que a LINDB buscou clarificar os “fundamentos centrais das decisões”, afastando os chamados “espaços discricionários da autoridade”. Tal é o que emana do seu art. 20 e essa alteração é, certamente, um dos elementos mais candentes das polêmicas que envolvem a lei em questão (MORAIS e ZOLET, 2018, p. 507).

Morais e Zolet (2018, p. 508), justamente, perquirem “em que medida as decisões judiciais podem ser justificadas a partir das suas consequências”? Os autores afirmam que, considerando-se os critérios racionais disponíveis para a solução de um caso concreto, propor o recurso às “consequências práticas de uma decisão judicial” conduz a uma das mais controvertidas trincheiras da Teoria do Direito contemporâneo, qual seja a “da possibilidade das decisões judiciais se utilizarem de argumentação consequencialista sem decorrer em mero ativismo judicial” (MORAIS e ZOLET, 2018, p. 507).

Conclui-se este capítulo em meio às dúvidas e, pior, às aflitivas certezas advindas da percepção de ter-se o cenário do descontrole, da desregulamentação e do arbítrio, paradoxalmente, no meio, no centro, no topo e no entorno dos valores mais caros e centrais da vida humana, valores que estão presentes na concretude da existência e nunca d’antes tão distantes do direito.

No próximo e último capítulo, ter-se-á como desafio aplicar a análise sinepeica como proposta que, acredita-se, possa lançar novas luzes sobre a polêmica da nova LINDB.

5. PROTOANÁLISE SINEPEICA DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E PROPORCIONALIDADE EM SUA RELAÇÃO COM A MATRIZ CONSEQUENCIALISTA

No presente capítulo será considerada a possibilidade de se aplicar a análise sinepeica dos princípios da precaução e proporcionalidade em sua relação com a matriz consequencialista.

Este capítulo examinará a controvérsia constitucional envolvendo a concessionária de energia elétrica do Estado de São Paulo e duas associações de moradores do referido estado, acerca dos padrões de emissão de ondas eletromagnéticas.

Serão avaliadas a teoria fragmentária da norma de Bisol (2004), a sinepeia de Fikentscher (2009) e a aplicação da teoria fikentscheriana ao princípio da proporcionalidade executada por Ferreira (2005) em sua dissertação de mestrado.

Na sexta e última seção do capítulo será apresentada a proposta da análise sinepeica como metodologia para equacionar os princípios da precaução e proporcionalidade na matriz consequencialista.

5.1. Processo decisional, consequencialismo e a (in)segurança jurídica

Conforme discutido no primeiro capítulo do presente trabalho de pesquisa, os argumentos consequencialistas – que, com o advento da Lei n. 13.655/2018, devem pautar as decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial¹³⁶ – se caracterizam pelo tecnicismo e racionalidade. Porém, duas questões devem ser enfrentadas: primeiramente, não se pode ignorar que o substrato destas decisões é, eminentemente, político; em segundo lugar, há que se considerar o tipo de racionalidade utilizada para dar suporte a essas decisões.

O processo de tomada de decisões é constituído por uma série de etapas que vão desde a identificação de problemas, à análise de cenários, ao levantamento dos recursos disponíveis e

¹³⁶ Não se pode olvidar que as mudanças advindas da Lei n. 13.655/2018 objetivam, em primeiro plano, trazer maior segurança jurídica aos gestores públicos, em vista das falhas nos mecanismos de controle e responsabilização que deveriam pautar o exercício das funções administrativa, controladora e judicial.

passam, inexoravelmente, pela avaliação dos custos e benefícios envolvidos em cada uma das alternativas disponíveis.

Há que se considerar que a otimização dos resultados esperados exige não só tempo, como, também, recursos materiais e humanos. Por essa razão, o próprio processo decisional – com seus pressupostos, métodos e modelos – precisa ser exaustivamente examinado. De fato, a tomada de decisões é, senão a principal, por certo, uma das principais atividades dos gestores públicos, já que produz consequências, desejadas, pretendidas e planejadas, ou não.

Tal percepção, de pronto, indica que decisões envolvem riscos e, no cenário de uma sociedade de risco, estes se mostram cada vez menos suscetíveis de serem devidamente reconhecidos e mensurados em uma avaliação prévia realizada de forma amadora e superficial.

É de se observar que o processo de tomada de decisões acumula um grande número de teses e teorizações elaboradas por uma ampla gama de autores, cujas posições não apenas se diferenciam como, em muitos pontos, divergem. Tais divergências costumam girar em torno de seus aspectos racionais, organizacionais¹³⁷ e políticos (CORNÉLIO, 1999, p. 26).

Convém lembrar que a racionalidade econômica dominou a Teoria Clássica da Administração, na qual o estudo da decisão adquiriu feições e funções prescritivas e normativas, concentrando-se na definição de regras e modelos aptos a emoldurar e conduzir as atividades e operações do decisor de modo que este pudesse efetuar uma “escolha racional baseada no melhor curso de ação dentre as alternativas que se apresentam”. De fato, adverte Cornélio (1999), o que pode ser percebido no bojo desta teoria é que a tomada de decisões se caracteriza

¹³⁷ Neste sentido, Cornélio (1999) chama a atenção para as rotinas propostas por Mintzberg (1996). Que propõe, segundo a autora: “três grupos de rotinas que apoiam as fases centrais do processo de decisão: Controle de decisão, Comunicação e Política. As rotinas de controle da decisão orientam o próprio processo de decisão. As rotinas de comunicação fazem a entrada e saída de informação necessária para manter o processo de decisão e subdividem-se em: rotina de exploração, que é a procura de informações; rotina de investigação que significa uma procura mais concentrada, com pesquisa de informações com finalidades específicas, baseando-se em canais de comunicação informal e verbal; e a rotina de disseminação, pois quanto maior o número de pessoas envolvidas ou interessadas na decisão, mais tempo é dispensado pelos tomadores de decisão para comunicar e disseminar quanto ao seu progresso. Finalmente a rotina política, que é um elemento chave na decisão estratégica, pois reflete a influência dos indivíduos que procuram satisfazer suas necessidades pessoais e institucionais através das decisões tomadas na organização. As rotinas políticas podem ou não pertencer à organização, mas esta certamente será afetada por seus resultados. Suas atividades políticas podem esclarecer os relacionamentos de influência na organização; podem também ajudar a trazer concordância geral e a mobilizar as forças existentes para a implantação das decisões” (CORNÉLIO, 1999, p. 36).

como um “processo de seleção e escolha” capaz de conduzir o decisor à “alternativa que for considerada ótima para a organização” (CORNÉLIO, 1999, p. 26).

Esta perspectiva mudou a partir da década de 80 do século XX quando, sob o influxo de novas ideias e concepções – em especial, sobre percepção, cognição e novos modelos de racionalidade envolvidos no processo decisional –, avançou-se para além dos limites da teoria da racionalidade econômica, em busca de maior eficácia para o processo decisional. Para alcançar tal intuito, buscou-se substituir o paradigma da racionalidade gerencial – baseado em modelos matemáticos de decisão – por uma “visão da simplicidade e do intuitivo na gerência” que busca valorizar o “senso comum, a simplicidade o juízo das pessoas, a negociação política” (CORNÉLIO, 1999, p. 27).

Nunca é demais mencionar que a administração é uma ciência social aplicada, tal qual o Direito, e que, em uma sociedade fetichizada, mercantilizada como a que hoje se faz presente (marcada pelo *Star System*, pelo *american way of life*, pela meritocracia e pela fábula do empreendedorismo, segundo a qual cada ex-cidadão, cada ex-pessoa humana, passa a ser uma empresa individualizada), o próprio Direito, enquanto forma de conhecimento, campo teórico e metodologia, se torna um empreendimento que visa, antes de tudo, produzir lucros, com o mínimo de custos e com os riscos mantidos sob controle.

Portanto, indaga-se mais uma vez: como construir um mínimo de *Sicherheit* nos limites de uma sociedade ao mesmo tempo tecnológica e de risco? Como dar um mínimo de segurança aos gestores e, acima de tudo, aos cidadãos a respeito de decisões que impactam diretamente suas vidas, seus interesses e seus direitos? A Lei n. 13.655/2018 poderá trazer a desejada segurança jurídica ao mesmo tempo em que amplia a eficiência na criação e aplicação do direito público, em especial, no tocante à atuação dos órgãos de controle¹³⁸?

O que, de fato, pode ser aferido no momento é que a chamada nova LINDB é, acima de tudo, a consagração do consequencialismo jurídico. Como foi abordado no primeiro capítulo

¹³⁸ Conforme mencionado anteriormente, já no primeiro dos dispositivos introduzidos pela Lei n. 13.655/2018 flagra-se a tônica do novel diploma legal ao se determinar que as decisões proferidas na esfera administrativa, controladora e judicial não devem se basear em “valores jurídicos abstratos” nem podem deixar de considerar as “consequências práticas da decisão”. Desta forma, percebe-se, em primeiro lugar, a consagração do consequencialismo jurídico, e, em segundo lugar, a preocupação com a transparência e a previsibilidade na atuação da Administração e dos órgãos de controle.

do presente trabalho, o consequencialismo é uma técnica decisional que revela uma estrutura discursiva pautada pela lógica economicista na qual restam claros a visão de mundo e os valores característicos de um Estado que se volta para o atendimento de uma parcela da sociedade, quase sempre, em detrimento das demais.

A adoção do modelo decisional consequencialista representa um risco, que pode, no entanto, com as devidas adequações e meios de controle, mostrar-se útil se as variáveis econômicas não sobrepujarem as de ordem ecológica, social e cultural. É necessário, portanto, que existam meios efetivos de mitigação dos efeitos não desejáveis que tal modelo decisional pode ocasionar¹³⁹.

Para a melhor compreensão das “consequências do consequencialismo jurídico” é necessário avaliar o modelo de racionalidade tecnicista e instrumental que domina o campo do direito e entender suas características de desdobramentos.

5.1.2. A metodologia científica: da modernidade à pós-modernidade

Deve-se esclarecer que a ciência, como qualquer conhecimento produzido pelos homens, possui uma estrutura discursiva própria e se manifesta através dela. O discurso científico por ela produzido atua como um código de leitura do real, tendo, em consequência, dois níveis de entendimento: o das significações científicas propriamente ditas, que se manifesta na superfície do discurso, e o das significações ideológicas, que pode ser flagrado nas entrelinhas dos discursos, ou nas estruturas linguístico-discursivas sobre as quais os discursos são produzidos. Por esta razão, Santos (2008) entende que nenhum produto científico é puramente teórico, mas sempre teórico-ideológico, ainda que, ao ser classificado, se faça prevalecer a dominante teórica e tente escamotear seus componentes ideológicos.

De acordo com Santos (2008), a racionalidade científica da Modernidade considera não racional qualquer forma de conhecimento que não se baseie nos seus princípios epistemológicos e em suas regras metodológicas. Há que se observar que o paradigma da ciência moderna é

¹³⁹ Um dos aspectos que o presente trabalho de pesquisa se propõe a investigar é de que forma a equação entre precaução e proporcionalidade pode trazer segurança jurídica sob uma perspectiva garantista.

mecanicista, reducionista e “matematizante”, privilegiando os métodos quantitativos em detrimento dos qualitativos.

A superação do paradigma mecânico-matemático da ciência moderna ocasionou uma revalorização dos estudos humanísticos em um outro modelo de ciência que promove a intertextualidade entre os diversos ramos do saber e onde não há uma divisão exata dos campos de conhecimento, mas, sim, uma ligação entre os ramos entrecruzados da ciência. Por esta razão, Santos (2008) afirma que o conhecimento pós-moderno é um conhecimento que se constitui através de uma pluralidade metodológica (SANTOS, 2008, p. 48).

Santos (2008, p. 55) considera que a ciência pós-moderna busca estabelecer um diálogo com outras formas de conhecimento, construindo conexões. E o conhecimento mais relevante para a ciência pós-moderna é o do senso comum, pois este possui certas características que nos fazem estabelecer uma melhor relação com o mundo. De acordo com autor, o senso comum se apresenta como um conhecimento natural tendo relação com algo “razoável” – algo que merece “credibilidade” (SANTOS, 1989, p. 39).

Para Santos (2008, p. 56), o senso comum é prático e pragmático, resultando das trajetórias e das experiências de vida dos grupos sociais. Ele se reproduz continuamente no interior desses grupos e em suas relações com grupos circunvizinhos, gerando confiança e segurança. Há no senso comum transparência e evidência. Há nele, também, reticência diante da “opacidade dos objetivos tecnológicos” e do “esoterismo do conhecimento”, pois ele se afirma no princípio da igualdade do acesso ao discurso e na competência cognitiva e linguística.

O autor discorda que apenas os conhecimentos que são construídos por meio da ciência estejam aptos a descrever e explicar a realidade. Discorda, também, que sejam os únicos legitimados a falar sobre ela por serem, supostamente, formulados através de um método seguro e racional (SANTOS, 1989, p. 56).

Tais considerações se mostram pertinentes quando a proposta é refletir sobre medidas que se pretendem aptas a trazer maior segurança e certeza para decisões que afetam a sociedade como um todo e os interesses de diversos segmentos que a compõem. Portanto, para que se possa entender o processo decisório dos gestores em análise, é necessário elucidar a estrutura discursiva na qual operam e com a qual entram em relação com outros subsistemas sociais. Ao

selecionar e separar os fatos o faz considerando os elementos política, jurídica e economicamente relevantes e seus impactos sociais. Desta forma, o gestor estabelece as diferenças entre as áreas de atuação na sociedade moderna. Concretamente, o que ocorre é que as decisões não podem sofrer, por exemplo, influências valorativas, o que implica na necessidade de esterilizar a narrativas, expurgando-a de conteúdos não previstos e não aceitos.

No entanto, o que se busca alcançar com tal estratégia manifesta uma motivação, eminentemente, persuasória, ou seja, dirige-se, especificamente, ao receptor e dele se aproxima para convencê-lo, persuadi-lo ou dissuadi-lo de alguma coisa. Neste ponto, buscar-se-á compreender de que forma os dispositivos da nova LINDB podem ou não desconstruir essa estratégia, decodificando as intenções por detrás desse jogo.

Outro ponto a ser observado é que o campo do direito encobre, sob a falsa aparência de um saber eminentemente técnico e neutro, componentes indisfarçavelmente ideológicos. É o que observa Fonseca (2019), ao analisar dissertações e projetos de pesquisa de alunos com formação jurídica. A autora pode perceber que estes alunos, com frequência, expressam um “discurso carregado da ideologia científica do direito como uma ciência puramente normativa e autônoma”. Em decorrência, Fonseca adverte que é necessário o “papel da ideologia no campo da metodologia e dos discursos enquanto saberes”, bem como “analisar as tendências epistemológicas com vistas a explicitar as visões de mundo expressas nos discursos científicos”. A autora aduz que a metodologia:

(...) como um caminho para a produção de conhecimento, está, ao mesmo tempo, relacionada a uma filosofia e a teorias do conhecimento. Neste sentido, a produção e a prática científica devem estar embasadas por uma discussão epistemológica uma vez que ambas estão intrinsecamente relacionadas (FONSECA, 2019, p. 2).

Cabe, por conseguinte, examinar-se em que medida as exigências postas pelos dispositivos da nova LINDB acerca dos “valores jurídicos abstratos” não são, em si mesmas, a expressão de um discurso pautado exclusivamente pela lógica economicista, que, sem dificuldade, poderá sobrepujar questões sociais, culturais e ambientais e, provavelmente, terminará por violar os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e da vida, em todas as suas formas¹⁴⁰. Acredita-se que, em verdade, a determinante consequencialista apenas

¹⁴⁰ Para se entender os efeitos potenciais dessas mudanças há que se considerar o tipo de racionalidade jurídica que se constitui com a ciência moderna, como será visto adiante.

consagra o que já existe de fato: a prevalência e a predominância do economicismo frente ao ecologismo, dos direitos econômicos (de alguns), em detrimento dos direitos sociais, culturais, ambientais e fundamentais de todos.

Para dar maior concretude à discussão proposta por este trabalho de pesquisa, examinar-se-á a **controvérsia constitucional** envolvendo a concessionária de energia elétrica do Estado de São Paulo – ELETROPAULO – e duas associações de moradores da unidade federativa em questão, na qual a referida concessionária foi condenada a reduzir a intensidade dos campos eletromagnéticos de baixa frequência em razão do potencial risco de desenvolvimento de câncer pela população, havendo, na sequência, recorrido da decisão através do Recurso Extraordinário 627.189, cujo teor será analisado.

A relevância do estudo deste *case* radica-se no exame da admissibilidade e pertinência de se invocar o princípio da precaução, em face do direito fundamental de todos ao ambiente ecologicamente equilibrado, sem o qual não há qualidade de vida, e, conseqüentemente, perecem a saúde e a dignidade da pessoa humana.

5.2. O *case* SAAP/SAB × Eletropaulo

A Eletropaulo recorreu ao Supremo Tribunal Federal (recurso extraordinário 627.189), na tentativa de suspender decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que determinou a redução do campo eletromagnético em linhas de transmissão de energia elétrica nos bairros da capital.

A iniciativa da ação, por meio da qual se deu a condenação da concessionária, coube às associações de moradores “Amigos do Bairro City Boaçava” e “Amigos do Alto de Pinheiros” que, no ano de 2001, pleitearam que a empresa aplicasse o limite máximo adotado pela Suíça para as cargas dos campos eletromagnéticos na linha de transmissão Pirituba-Bandeirantes, em funcionamento desde o ano de 1931 na região oeste da capital paulista.

A decisão do TJSP obrigou a Eletropaulo a reduzir, em até seis meses, o campo magnético a um microtesla, a uma altura de 1,5 m do solo, em toda a região mencionada. A sentença estabeleceu, para o caso de descumprimento, multa diária no valor de quinhentos mil reais.

Em função dos custos envolvidos e da exiguidade do tempo, a Eletropaulo recorreu e conseguiu prazo de três anos para dar conclusão às obras necessárias à redução, e, nesse interim, ingressou com referido recurso extraordinário 627.189 no STF, no qual alegou que as medições realizadas ao longo da linha de transmissão em questão atestam que a radiação local é de 7,5 microtesla, e, argumentou que a legislação suíça determina como padrão de segurança a emissão de 1 microtesla, sendo que, à época, o parâmetro considerado seguro pela Comissão Internacional de Proteção Contra a Radiação Não Ionizante e recomendado pela Organização Mundial de Saúde e recentemente adotado pela lei brasileira, seria de 83,3 microtesla. Desta maneira, a Eletropaulo defendeu-se sustentando que a linha de transmissão gerava campos eletromagnéticos em valores inferiores ao limite imposto pela Lei n. 11.934/2009. A Eletropaulo pede a suspensão da sentença.

5.2.1. Parecer n. 2186/2014 – PGGB

Trata-se de parecer emitido pelo Subprocurador-Geral da República, Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, sobre o Recurso Extraordinário n. 627.189/SP, com relatoria do Ministro Dias Toffoli, da Primeira Turma do STF (BRASIL, 2014, p. 1).

A ação civil pública foi ajuizada em 2001, com o intuito de forçar a Reclamada a adequar a rede de transmissão de energia elétrica a padrões regulamentados pela legislação suíça, tendo em vista que no Brasil não havia parâmetros para determinar os limites de exposição (p. 1). A linha de transmissão possuía como padrão de campo magnético a marca de 7,5 μT . As Reclamantes exigiam que o padrão fosse alterado e diminuído para a marca de 1 μT (BRASIL, 2014, p. 2).

A pretensão foi acolhida em 1ª instância tendo como principal fundamentação o princípio da precaução. Ao chegar à 2ª instância, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), acolheu parcialmente o recurso de apelação, condenando a Reclamada a adotar medidas para reduzir a intensidade dos campos eletromagnéticos (BRASIL, 2014, p. 2).

Além disso, considerou que, embora inexistentes as conclusões sobre o tema, não deve se desconsiderar a grande possibilidade de que os campos eletromagnéticos possam ser agentes carcinogênicos para seres humanos, justificando a aplicação do princípio da precaução (BRASIL, 2014, p. 2).

Como conceito de princípio da precaução, adotou-se este (BRASIL, 2014, p. 3):

Sempre que houver uma probabilidade mínima de que o dano ocorra como consequência da atividade suspeita de ser lesiva, necessária de faz providência de ordem cautelar – O princípio é corolário da diretiva constitucional que assegura ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida – inteligência dos arts. 5º, *caput*, e 225, ambos da CF.

Ainda que haja enorme dispêndio financeiro para adotar-se a medida, o TJSP entendeu que é irrelevante em razão do bem que se tutela – vida, saúde, bem-estar, meio ambiente, dignidade da pessoa humana, e outros. Os estudos demonstram que a radiação não ionizante está relacionada direta ou indiretamente à incidência de certas doenças, principalmente o câncer (BRASIL, 2014, p. 3).

O recurso de apelação pleiteava a utilização do parâmetro de 83,3 μT , adotado pela Comissão Internacional de Proteção Contra a Radiação Não Ionizante (ICNIRP). O TJSP acolheu o entendimento, com base nos estudos colacionados aos autos, que esse parâmetro não é seguro para exposições de longa duração e desconsidera efeitos biológicos (BRASIL, 2014, p. 3).

Por conseguinte, condenou a Reclamada a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de 7,5 μT para 1 μT . Contudo, deu provimento parcial no recurso, estabelecendo a dilação do prazo fixado na sentença da 1ª instância para que sejam alterados os campos (BRASIL, 2014, p. 3).

O fundamento para o Recurso Extraordinário, interposto pela Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S/A em 2009, foi a ofensa ao art. 225 da Constituição Federal, na tentativa de defender que o Princípio da Precaução só pode ser aplicado quando uma nova tecnologia esteja em vias de ser introduzida (BRASIL, 2014, p. 4).

Assim, o argumento seria que no caso, é impossível a aplicação de tal princípio justamente porque a tecnologia já é implementada há várias décadas e os perigos já foram mensurados (BRASIL, 2014, p. 4). Ainda, o parâmetro adotado pela legislação suíça fere o art. 5º, II, da Constituição Federal e que ignorou os parâmetros de uma norma técnica mundialmente aceita, a ICNIRP (BRASIL, 2014, p. 4).

Fez-se necessária a interposição de agravo de instrumento, pois o juízo *a quo* negou-se o seguimento do Recurso interposto para o Supremo Tribunal Federal (STF), assim como, o parecer do Ministério Público Federal (MPF) também entendeu pelo não provimento do Recurso (BRASIL, 2014, p. 4).

Após dois anos, em 23 de setembro de 2011, o STJ admitiu a existência do requisito da repercussão geral sobre o tema. Participou como *amici curiae* a Agência Nacional de Energia Elétrica, a União e a Associação de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADDEE (BRASIL, 2014, p. 5).

Em seguida, por se tratar de um tema delicado e complexo, realizou-se Audiência Pública para explicar alguns pontos (BRASIL, 2014, p. 5):

i) quais são os efeitos da radiação eletromagnética de baixa frequência sobre o meio ambiente e a saúde pública; ii) que investimentos e tecnologias são necessárias para se reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão?; iii) quais são as repercussões práticas e econômicas de uma tal redução sobre o fornecimento de energia elétrica?

O parecer do Subprocurador-Geral da República entendeu plenamente justificada a incidência do Princípio da Precaução pelo Tribunal de Justiça de São Paulo; além desse fator, ressaltou a importância da realização da Audiência Pública. Esta confirmou a incerteza científica quanto aos “malefícios à saúde, resultante da proximidade de fontes de radiação não ionizantes nos níveis aferidos em espécie” (BRASIL, 2014, p. 5).

Para corroborar suas afirmações alude a Dra. Ubirani Barros Otero, vinculada ao Instituto Nacional do Câncer/MS, que classifica os campos eletromagnéticos de baixa frequência no grupo 2B, esses parâmetros são fornecidos pela Agência Nacional de Pesquisa em Câncer (IARC). Ser do grupo 2B significa que os estudos sobre os pontos positivos e a associação entre a exposição e a doença não foram unânimes (BRASIL, 2014, p. 6).

O fato, aqui analisado, é a incidência ou não do Princípio da Precaução ante a incerteza científica sobre a exposição aos campos eletromagnéticos de baixa frequência. Frise-se que tal princípio trabalha na tomada de providências que evitem os perigos temidos, diante de uma possibilidade razoável de acontecer (BRASIL, 2014, p. 7).

Nesse sentido e antes de tudo, ao adotar o Princípio da Precaução, necessita-se de pesquisas e cálculos sobre os riscos tanto da aplicação quanto da não aplicação, levando em consideração a saúde humana (BRASIL, 2014, p. 7).

É preciso insistir no fato de que a imposição dessas medidas com base no princípio deve ser realizada antes da concretização da certeza científica sobre a situação, tendo em vista uma real e perigosa ameaça ao meio ambiente. Faz-se necessário nesse campo apenas a plausibilidade do acontecimento, para que os efeitos da precaução sejam aplicados (BRASIL, 2014, p. 7).

Por outro lado, o Princípio da Precaução encontra seu limite no Princípio da Proporcionalidade (ou Razoabilidade). Assim, deve ser feita a ponderação dos princípios, para que um não seja utilizado de forma unilateral; para consubstanciar, o parecerista cita Edis Milaré (BRASIL, 2014, p. 7):

Examinando-se o teor do acórdão proferido, nota-se que a Corte Europeia conferiu especial ênfase ao fato de que o princípio da precaução não pode ser utilizado de maneira unilateral; que sua aplicação pelo Judiciário deve se dar com prudência; que ele não se destina a obtenção de um risco zero, mas à sua gestão racional; e que sua aplicação não pode afastar outros princípios essenciais, como o princípio da proporcionalidade e da não discriminação¹⁴¹.

Nesse sentido, deve-se dizer que o Princípio da Precaução se tornou a base de um Estado de Direito Ambiental, gerando, assim, um estado de bem-estar ambiental coletivo (BRASIL, 2014, p. 8).

Aduz que, ao aceitar a redução para o parâmetro suíço de 1 μ T, as instâncias ordinárias entenderam que a adoção do Princípio da Precaução seria razoável para resguardar a saúde dos moradores próximos a linha de transmissão (BRASIL, 2014, p. 8).

Impende salientar que a Audiência Pública suscitou alguns desafios para a redução do parâmetro, tais altos custos sobre outros interesses de relevo e impactos na prestação do serviço público de força e luz (BRASIL, 2014, p. 8).

¹⁴¹ Veja-se o fundamento em MILARÉ, Edis. Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações de radiobase. *Revista de Direito Ambiental*, ano 11, n. 41, jan.-mar/2006, p. 16.

Nessa mesma linha, torna-se praticamente impossível que se adeque as linhas de transmissão da rede elétrica a 1 μ T, sem que haja falhas na prestação do serviço, bem como uma elevação do custo, e este será repassado ao consumidor (BRASIL, 2014, p. 8).

Ocorre que esse custo poderá dificultar o acesso da população de baixa renda à energia elétrica, ou seja, a democratização desse recurso, indispensável nos tempos hodiernos, restaria prejudicada em função do repasse desse ônus (BRASIL, 2014, p. 8).

Cumpre salientar que as redes atuais não infringem os parâmetros adotados internacionalmente pela Organização Mundial da Saúde/ICNIRP, mesmo não se adequando ao requerido pelas Associações de Moradores (BRASIL, 2014, p. 9).

Nesse sentido, deve-se dizer que as pesquisas acerca do potencial danoso do sistema de transmissão de energia não possuem unanimidade de entendimento, assim o Subprocurador-geral da República ressalta que (BRASIL, 2014, p. 9):

Pesquisadores afirmaram que a exposição aos campos magnéticos aumenta o risco de males como o câncer em crianças, Alzheimer, câncer de mama, doenças cardiovasculares, diabetes, suicídio e obesidade¹⁴². Por outro lado, pesquisa desenvolvida pela Faculdade de Medicina da USP especificamente na região metropolitana de São Paulo, não encontrou evidência significativa da correlação da leucemia em crianças com a proximidade de campos magnéticos gerados pelas redes de transmissão de energia¹⁴³.

As recomendações emitidas pela OMS, em 2007, são diferentes para as exposições a curto e a longo prazo. Como orientação para a primeira afirmou que se deve obedecer ao parâmetro fixado pela INCNIRP. No segundo caso, a organização internacional não conseguiu chegar a uma orientação clara para os benefícios da redução a longo prazo (BRASIL, 2014, p. 9).

Ademais, recomendou que se utilizassem soluções de baixo custo para as possíveis reduções dos campos magnéticos na construção de novas instalações ou no desenvolvimento de novos equipamentos (BRASIL, 2014, p. 10). Em linhas gerais, os recentes relatórios de órgãos internacionais indicam não ser justificável a tomada de precauções para a exposição a

¹⁴² Veja-se Martin Blank, Prof. Aposentado da Universidade de Medicina de Columbia/EUA, convidado pelas associações recorridas (Audiência Pública, fls. 102/114).

¹⁴³ Veja-se Victor Wunsch, Departamento de Epidemiologia/Faculdade de Medicina/USP (Audiência Pública, fls. 217/219).

longo prazo, haja vista a falta de comprovação das mazelas que afetam a saúde (BRASIL, 2014, p. 10). Cumpre ressaltar que, em 2010, o ICNIRP emitiu opinião no seguinte sentido (BRASIL, 2014, p. 10):

Adicionalmente, não houve identificação de mecanismos biofísicos e os estudos experimentais com animais e células de laboratório não confirmam a indicação de que a exposição ao campo magnético de 50-60 Hz seja causa de leucemia infantil. Na visão do ICNIRP, as atuais evidências científicas de que a prolongada exposição a campos magnéticos de baixa frequência estejam relacionadas com o aumento do risco de câncer em crianças são muito fracas para embasar o guia de exposição. Assim, a percepção de carga elétrica na superfície, a estimulação direta de nervos e músculos e a indução de fosfenos na retina são os únicos efeitos adversos bem estabelecidos e que servem como referência (*International Commission On Non-Ionizing Radiation Protection – ICNIRP*).

Outro relatório, este emitido pelo Comitê¹⁴⁴ do Projeto Internacional sobre Campos Eletromagnéticos em 2012, confirma esse entendimento sobre os efeitos da exposição a longo prazo com a seguinte afirmativa: “não há evidências convincentes para constituir a base para o estabelecimento de limites”¹⁴⁵ (BRASIL, 2014, p. 11).

A União Europeia também emitiu opinião nesse sentido, optando pela não implementação de critérios de exposição de longo prazo, precisamente pela lacuna no nexo causal na relação entre a exposição a longo prazo a campos magnéticos e as doenças apontadas (BRASIL, 2014, p. 11).

Igualmente, o parecerista aponta que outros países como França, Alemanha, Portugal e Grécia, aceitam o parâmetro de 100 μ T para exposição do público em geral ao campo magnético de 50 Hz (p. 12). Na Itália, adota-se como parâmetro para a exposição para localidades próximas como escolas, casas, *playgrounds*, de 3 μ T para novas redes, 10 μ T para as já existentes e para as demais localidades, o padrão europeu (BRASIL, 2014, p. 12).

Na Suíça, cujo padrão pleiteou-se pela adoção no âmbito brasileiro, aplica para as novas redes o limite de 1 μ T, para locais sensíveis, principalmente para locais com estadia a longo prazo e para redes antigas aplicou o padrão europeu de 100 μ T. Entretanto, a Suíça obrigou a

¹⁴⁴ European Parliament And The Council Of The European Union. Directive 2013/35/EU, of 26 June 2013, on the minimum health and safety requirements regarding the exposure of workers to the risks arising from physical agents. Official Journal for the European Union. 29/06/2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:179:0001:0021:EN:PDF>. Acesso em: 30 mar. 2014.

¹⁴⁵ World Health Organization. International EMF Project Minuts, 17th International Advisory Committee. Disponível em: <http://www.who.int/peh-emf/publications/reports/en/>. Acesso em: 30 mar. 2014.

adequação das redes antigas nas redes próximas às localidades mais sensíveis (BRASIL, 2014, p. 12).

As medições das linhas de transmissão auferiram o valor de 7,5 μ T. Entretanto, o Subprocurador-Geral da República ressalta que se deve sopesar a situação, de modo que se aplique sempre, e da maneira correta, o princípio da proporcionalidade (BRASIL, 2014, p. 13).

Para dar robustez às suas afirmações, cita as teorias das *leis da ponderação*, formuladas por Robert Alexy (BRASIL, 2014, p. 13):

Sabe-se que, para a aferição da proporcionalidade de uma intervenção sobre interesses de igual *status* normativo daquele que se pretende favorecer, há que se atentar para o que a doutrina chamada de *leis da ponderação*. A primeira delas, expõe Robert Alexy, firma orientação de que, ‘quanto maior é o grau de não satisfação ou de prejuízo de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro princípio¹⁴⁶. Por essa trilha, é dado verificar que, no caso, a busca da proteção da saúde é de inequívoca relevância, não obstante os custos para se atender o pedido das autoras tenha-se demonstrado também expressivo relevo. Há que se levar em conta, igualmente, porém, o que recomenda a *segunda lei da ponderação*, na fórmula de Alexy. Aqui se fixa que, “quanto maior for uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção”¹⁴⁷.

Conforme as passagens acima, o parecerista entende que nesse ponto o acórdão do TJSP é abalado. Inequívoca a informação de que, a proteção à saúde encontra escopo no Princípio da Precaução para aplicar o parâmetro pleiteado (BRASIL, 2014, p. 13).

Contudo, esse escopo não é suficiente para a resolução do problema. Segundo o mesmo, faz-se “necessário apurar o grau de certeza, da exatidão fática e científica, da premissa assumida pelo acórdão de que a taxa de emissão de 7,5 μ T causa os danos que se pretende obviar” (BRASIL, 2014, p. 14).

É com essa análise que as ideias se diferem. A Audiência Pública manifestou inequívoca demonstração de que inexistente certeza quanto à verificação das mazelas inerentes à saúde. Além

¹⁴⁶ Veja-se ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derechos Fundamentales*, Madri, n. 66, p. 48, set./dez 2002.

¹⁴⁷ Veja-se ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derechos Fundamentales*, Madri, n. 66, p. 93, set./dez. 2002.

disso, o Brasil adota parâmetros que possuem uma margem folgada em relação aos adotados como limite máximo pela comunidade internacional (BRASIL, 2014, p. 14).

Em 2009 foi editada a Lei n. 11.934, dispondo sobre os “limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos; altera a Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, e dá outras providências” (BRASIL, 2014, p. 14).

A lei trouxe para o âmbito interno a adoção dos parâmetros da Organização Mundial de Saúde (OMS) e pela Comissão Internacional de Proteção Contra a Radiação Não Ionizante (INCIRP) (BRASIL, 2014, p. 14).

Assim, concluiu-se o parecer pelo provimento do Recurso Extraordinário, com a seguinte afirmativa (BRASIL, 2014, p. 15):

Tem-se, pois, outro elemento a tornar mais intenso o ônus de quem propõe a tese da inadmissibilidade de limite de exposição superior a 1 μ T. O dado também se soma para a conclusão de que não cabe ao Judiciário exigir, em nome do princípio da precaução, que a recorrente reaparelhe as suas linhas de transmissão, a fim de ajustá-las ao limite pretendido.

Findo o parecer do Subprocurador-Geral da República, Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, passa-se ao exame do Recurso Extraordinário.

5.3. O Recurso Extraordinário 627.189

O ministro Dias Toffoli, como Relator do Recurso Extraordinário 627.189, entendeu não haver vedação ao controle jurisdicional das políticas públicas no tocante à aplicação do princípio da precaução, uma vez que a decisão judicial respeite as escolhas discricionárias do legislador e da administração pública e se mantenha pautada pela análise formal dos limites desse conceito.

A maioria dos ministros da Corte Suprema acompanhou o voto o relator, conforme se verá a seguir.

5.3.1. Ementa

Foi **provido** Recurso Extraordinário sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli em favor da recorrente Eletropaulo Metropolitana (Eletricidade de São Paulo), **desincumbindo-a de**

reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal.

Após, foi reconhecida a repercussão geral no portal do STF, referente aos arts. 5º, *caput* e II, e 225 da Constituição Federal, mais especificamente a análise e a aplicação do princípio da precaução.

O princípio da precaução é aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade da ocorrência de riscos à sociedade, em especial aos cidadãos. “Exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessária, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais” (BRASIL, 2016, p.2).

O pleno reconheceu a não existência de fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão. Além disso, **constatou-se ser incerta a existência de efeitos nocivos** da exposição da população em geral aos referidos campos.

O Recurso Extraordinário foi **provido**.

5.3.2. Os votos

Na Reunião plenária em 8 de junho de 2016, os Ministros Dias Toffoli (Relator), Luiz Fux, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Roberto Barroso julgaram improcedentes as ações civis públicas, com os votos vencidos dos Ministros: Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello. Estes que foram a favor da incidência do princípio da precaução.

5.3.2.1. Voto do ministro Dias Toffoli (relator)

Inicialmente, o relator analisa a sentença proferida pelo Tribunal de São Paulo que **determinou a redução do campo eletromagnético das linhas**, já existentes, de transmissão de energia elétrica, **no prazo de 06 meses, para 01 (um) μ T (microtesla)**, bem como das linhas ainda por instalar.

Confeccionou-se Recurso de Apelação contra a referida sentença e, **reformou-se, em parte, a sentença** para conferir à recorrente um **prazo maior, 03 (três) anos para reduzir de 83,3 µT (microteslas) para 1 µT o campo eletromagnético** da linha de transmissão dentro das áreas discutidas nas ações civis públicas (BRASIL, 2016, p. 11).

5.3.2.1.1. O desafio

Não há muitas informações pertinentes no tópico em questão. O relator cita os **argumentos da recorrente** pleiteando pela **não aplicação do princípio da precaução**. Ainda, questiona que o **acórdão aplicou normativa alienígena**¹⁴⁸ (**em vigor na Suíça**), ignorando a técnica que é mundialmente aceita editada pela Comissão Internacional de Proteção às Radiações Não Ionizantes (ICNIRP), entidade especializada na matéria e reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (BRASIL, 2016, p. 11-12).

Diante do caso, o Relator salienta a **inexistência de precedente na Corte** sobre o mérito do assunto em comentário (BRASIL, 2016, p. 12).

5.3.2.1.2. O direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado em confronto com o sistema de transmissão de energia elétrica no Brasil

O Ministro inicia considerando os direitos discutidos no caso em comentário e destaca o direito fundamental ao meio ambiente (art. 225, CF), conceito este adotado por quase todas as constituições dos Estados democráticos, pois atende às normativas internacionais consubstanciadas em declarações e convenções, como o princípio 01 da Conferência de 1972 da ONU sobre o Meio Ambiente Humano¹⁴⁹ (BRASIL, 2016, p. 13).

Tal direito fundamental é reconhecido pelo Supremo (Min. Celso de Mello no julgamento do MS n. 22.164) como de **terceira geração**, consiste em uma prerrogativa social,

¹⁴⁸ Impende destacar que o argumento sobre a aplicação de normativa alienígena é o principal ponto utilizado entre os ministros – se não for o único. Os votos que acompanharam o relator utilizam tal argumento. O Brasil adota os parâmetros reconhecidos pela OMS, já configurando uma precaução do legislador.

¹⁴⁹ O princípio consubstanciado na Conferência da ONU diz respeito a um poder-dever, ou seja, na mesma proporção que a sociedade e o Estado detêm os direitos de viver em um ambiente equilibrado, ela tem o dever de contribuir para isso. Portanto, ninguém mais competente que o Poder Público e a iniciativa popular – na figura da presente ação – para representar esse poder-dever, assegurando a efetividade do desse direito.

não apenas do Poder Público, mas de toda a sociedade, inclusive daqueles que exercem atividade econômica e que prestam serviços públicos¹⁵⁰. A Corte entende que é necessária a proteção do direito fundamental transindividual e do cidadão à saúde de modo integral, conforme se depreende do seguinte julgado (BRASIL, 2016, p. 16-17):

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República [e que] o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da [Constituição da República] – 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** (RE no 271.286-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 24/11/2000) (grifo nosso).

O Ministro aduz que as políticas públicas devem ser feitas com máxima eficiência e prudência¹⁵¹, afastando os efetivos riscos e por fim atender às prestações positivas do estado de segunda geração. Assim, tratando-se de concessionárias de energia elétrica, estas devem respeitar as determinações e atos normativos expedidos pelas agências reguladoras competentes, no caso, a ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica (BRASIL, 2016, p. 17).

5.3.2.1.3. O conteúdo jurídico do princípio da precaução no âmbito do direito ambiental e da proteção da saúde

O Ministro inicia abordando o conteúdo do princípio da precaução em âmbito internacional, mencionando a sua origem à “Carta Mundial da Natureza”, firmada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1982, que estabeleceu em seu Princípio 11, b, “a necessidade de os Estados controlarem as atividades potencialmente danosas ao meio ambiente, ainda que seus efeitos não sejam completamente conhecidos” (BRASIL, 2016, p. 18).

¹⁵⁰ Essa garantia é assegurada pela Carta Magna, mas quando se analisa junto aos outros direitos consagrados, ganha contornos mais concretos, conferindo uma força normativa maior, sendo uma verdadeira diretriz das medidas a serem adotadas pelo Poder Público.

¹⁵¹ Desta maneira, é evidente que para atender ao direito de terceira geração, deverá o Poder Público garantir também as outras gerações de direitos. De modo que o desrespeito ao direito ao meio ambiente violará outros direitos garantidos pela Constituição. E esta, sendo uma constituição garantista, não pode ter apenas normas com expectativas de direito, cabendo ao Poder Público aplicá-las em sua integralidade, atingindo seus objetivos.

O Senhor Ministro cita, ainda, diversos outros documentos internacionais que prezam pela **necessidade dos Estados se anteciparem na adoção de medidas eficazes para evitarem danos às pessoas e sociedade, mesmo ante a existência de provas dos riscos**¹⁵². Porém, o documento que melhor tratou do assunto foi elaborado na ECO-92, na conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente e o Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro, em 1992, resultando no **princípio n. 15** (BRASIL, 2016, p. 18-19).

O Relator menciona que **a Suprema Corte reconhece a previsão constitucional do princípio da precaução**, citando o voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski na ADI n. 3.510, levada ao Plenário em 29/05/2008, reconhecendo a **necessidade da proteção tanto do meio ambiente como da saúde do cidadão**. Do referido voto, cabe destacar os elementos que integram tal princípio (BRASIL, 2016, p. 22):

Dentre os principais elementos que integram tal princípio figuram: **i) a precaução diante de incertezas científicas; ii) a exploração de alternativas a ações potencialmente prejudiciais, inclusive a da não ação; iii) a transferência do ônus da prova aos seus proponentes e não às vítimas ou possíveis vítimas; e iv) o emprego de processos democráticos de decisão e acompanhamento dessas ações, com destaque para o direito subjetivo ao consentimento informado**” (grifo nosso).

Ainda, neste sentido, cita-se o voto da **Ministra Cármen Lúcia**, proferido como Relatora da ADPF n. 101/DF, **reconhecendo**¹⁵³ **a existência do princípio da precaução em nosso ordenamento jurídico**, a fim de afastar perigos, garantindo as condições de respeito à saúde e integridade física do indivíduo e, inclusive, das futuras gerações¹⁵⁴ (BRASIL, 2016, p. 22).

Esse princípio resulta da constatação de que a evolução científica traz consigo riscos, muitas vezes imprevisíveis ou imensuráveis, o que acaba por exigir uma reformulação

¹⁵² Assim, quando uma nação torna-se signatária de um tratado internacional, está a se comprometer em realizar o acordado. Embora mantida e respeitada a soberania dos Estados, seria contraditório e não faria sentido um país assinar um documento comprometendo-se em atender às diretrizes acordadas para não as adotar. Ainda, por ter o Brasil sediado tal conferência, deveria ser o país que mais busca dar efetividade ao acordado como um exemplo para o cenário internacional.

¹⁵³ O Estado Brasileiro vem aderindo ao Princípio da Precaução, não é um princípio expresso na Constituição Federal, porém o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “status constitucional” do princípio, conforme depreende do voto a Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Ricardo Lewandowski.

¹⁵⁴ Curiosamente, o eminente Relator ainda cita por diversas vezes que o princípio da precaução deve ser empregado ante a constatação de incerteza científica, devendo haver o adequado equacionamento entre a análise de riscos e a adoção de medidas proporcionais aos possíveis danos. Além disso, há de ser aplicado de forma universal e com precaução – como o próprio nome define – utilizando-se da proporcionalidade e razoabilidade, não devendo produzir uma paralisia estatal ou da sociedade.

das práticas e procedimentos tradicionalmente adotados na respectiva área da ciência (BRASIL, 2016, p. 23).

Com a adequada redução do patamar máximo das linhas de transmissão de campos eletromagnéticos, a sociedade seria protegida de futuros danos – danos estes que são incertos cientificamente, justificando assim a aplicação do princípio – e permitindo que o país produza pesquisas e inovações tecnológicas nesta seara.

5.3.2.1.4. A aplicação do princípio da precaução no caso concreto

O Ministro Dias Toffoli inicia o tópico referindo-se aos **níveis colhidos pela prova pericial** produzida nos autos, apontando que os valores medidos encontram-se de acordo com o parâmetro recomendado pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Valores estes que foram adotados pela legislação infraconstitucional no art. 4º da Lei n. 11.934, de cinco de maio de 2009, que dispõe sobre os limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos¹⁵⁵ (BRASIL, 2016, p. 30):

[p]ara garantir a proteção da saúde e do meio ambiente em todo o território brasileiro, **serão adotados os limites recomendados pela Organização Mundial de Saúde** – OMS para a exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por estações transmissoras de radiocomunicação, por terminais de usuário e por sistemas de energia elétrica (...) (grifo nosso).

Embora as medições realizadas ao longo da linha de transmissão tenham verificado o nível de 7,5 μ T (microteslas) – valor este inferior ao parâmetro adotado no Brasil pela recomendação da OMS –, tais valores indicados não se referem a uma população exposta de forma contínua aos campos eletromagnéticos. E consideram menos ainda os danos à saúde obtidos em pesquisas (BRASIL, 2016, p. 32).

É importante ressaltar que, conforme se depreende da sentença (BRASIL, 2016, p. 33):

A documentação produzida pela ELETROPAULO, bem como o parecer de seu assistente técnico, tão somente demonstraram a inegável controvérsia na comunidade

¹⁵⁵ Pode-se inferir da lei infraconstitucional, conforme grifamos, que o parâmetro adotado pela OMS é uma recomendação e não uma exigência a ser seguida. Assim, não há óbice ao Poder Público em adotar o parâmetro suíço – considerada legislação alienígena – como nível de referência. Haja vista se tratar de um assunto com incerteza científica, além de proporcionar um pleno atendimento aos direitos de terceira geração e, consequentemente, de segunda geração. Desta forma, a adoção do parâmetro suíço, pela aplicação do princípio da precaução ante a incerteza dos riscos, é evidentemente mais segura para os cidadãos que os valores recomendados pela OMS.

científica. Não afastaram a existência de risco dos campos eletromagnéticos para a saúde das pessoas¹⁵⁶.

Apesar de constatada a incerteza científica sobre os danos, o Relator entende que não se mostrava correta a afirmativa de que:

Esse princípio deva ser aplicado quando não comprovado o afastamento total dos riscos efetivos ou potenciais. Isso porque, dificilmente, existirá um produto ou serviço que possa estar livre de qualquer margem de risco à saúde ou, conforme o caso, ao meio ambiente¹⁵⁷ (BRASIL, 2016, p. 33).

Desta forma, é reconhecido que os campos magnéticos emitidos por transmissores de energia elétrica sejam marcadores frequentes da estimação de riscos à saúde. Mas, independentemente do valor, os riscos à saúde sempre existirão em razão do simples uso de equipamentos elétricos (BRASIL, 2016, p. 36).

Por diversas vezes, as partes durante o feito, bem como os especialistas, reconhecem que para definir os parâmetros do que é seguro e o que não é, depende-se do avanço científico. Porém, o Ministro acredita que a Suíça ou outros países que não adotam o padrão da OMS possuam uma ciência mais avançada, capaz de provar e justificar a adoção de tais parâmetros (BRASIL, 2016, p. 36).

O Relator argumenta que é ilógico e atenta contra o sistema de freios e contrapesos aceitar que o Poder Judiciário defina os limites de exposição do ser humano a campo magnético das linhas de transmissão, ante a ausência de prova do nexo de causalidade entre o risco e possíveis danos (BRASIL, 2016, p. 37).

É importante ressaltar que durante o processamento do Recurso Extraordinário, após a realização da audiência pública, houve modificação legislativa em 1º de julho de 2014. A ANEEL editou a Resolução Normativa n. 616/2014, que estabelece limites para a exposição

¹⁵⁶ Desta maneira, percebe-se que a própria concessionária de serviço público de energia elétrica não possui certeza sobre a ausência de riscos à saúde das pessoas expostas constantemente ao campo eletromagnético. Ou seja, há inegavelmente uma incerteza científica sobre o tema. Devido à inegável comprovação da incerteza demonstrada pela própria companhia elétrica, detentora dos recursos técnicos, deve haver a aplicação do princípio da precaução em respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Como salientado, caso exista dúvida sobre o nível de periculosidade e dano que a atividade possa representar ao meio ambiente, deve-se decidir favoravelmente ao meio ambiente e não ao direito individual da concessionária de energia elétrica.

¹⁵⁷ Assim, vale frisar que a medida de redução dos valores dos campos eletromagnéticos não busca o risco zero, mas sim a diminuição a patamares aceitáveis para que a probabilidade de dano seja mínima, haja vista serem desconhecidos os possíveis riscos dos efeitos da exposição contínua e a longo prazo.

humana aos campos elétricos e magnéticos originários de instalações de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica na frequência de 60 Hz, elevou de 83,33 μ T (microteslas) para 200,00 μ T (microteslas) o limite máximo e permanente de exposição a campos elétricos e magnéticos (BRASIL, 2016, p. 38).

Ainda, o eminente Ministro reitera que nos estudos realizados pela OMS, não há evidências científicas de que a exposição humana a valores de campos eletromagnéticos acima dos limites¹⁵⁸ permitidos cause danos à saúde. Tanto que o organismo das Nações Unidas recomenda a utilização dos limites fixados pela ICNIRP (BRASIL, 2016, p. 40).

O Ministro salienta que o Poder Judiciário no caso da aplicação do princípio da precaução poderá avaliar os limites legais da discricionariedade e verificar se a decisão respeitou o princípio da proporcionalidade. Neste sentido, a “Comissão Europeia sobre o princípio da precaução” de 2000, em seu Ponto 5, deixou clara a assertiva de que a decisão sobre o que é um risco aceitável para a sociedade é eminentemente uma responsabilidade política¹⁵⁹ (do Estado).

Apesar de o eminente Ministro não encontrar razões que justifiquem a manutenção do acórdão, não descarta a possibilidade de que, no futuro, surjam efetivas e reais razões para novos debates e a tomada de novas decisões. A partir do voto, chega-se às seguintes conclusões (BRASIL, 2016, p. 44-45):

- i) O princípio da precaução deve ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o Estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais.
- ii) Não há vedação ao controle jurisdicional das políticas públicas quanto à aplicação do princípio da precaução, desde que a decisão judicial não se afaste da análise formal dos limites desse conceito e que privilegie a

¹⁵⁸ A alteração dos limites da frequência na transmissão de energia elétrica mostra-se um verdadeiro retrocesso da legislação e uma afronta direta ao direito fundamental ao meio ambiente. É nítida a falta de elementos que comprovem a ausência de riscos à exposição prolongada e ainda são incertos os prováveis danos causados. Na dúvida, deve o legislador e, principalmente, o Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal – guardião das diretrizes do nosso Estado Democrático de Direito – adotar medidas que resguardam os direitos positivados na nossa Carta Magna. Não se pode dar o benefício da dúvida a danos que afetem a saúde dos cidadãos e, consequentemente, violem outros tantos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

¹⁵⁹ Desta forma, pode-se inferir que cabe sim ao Poder Judiciário interferir na tomada de decisão do Estado, ainda mais após o aumento dos limites sem justificativas, haja vista que a incerteza científica sobre o assunto ainda existe. Se não for o judiciário, quem irá intervir nas decisões do Estado a fim de resguardar os direitos positivados na Constituição Federal.

opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública. iii) Por ora, não existem fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal (BRASIL, 2016, p. 45-46).

Nestes termos, o Relator Dias Toffoli votou pelo **provimento** do Recurso Extraordinário e, para fins de repercussão geral, propôs a seguinte tese:

(...) no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei n. 11.934/2009 (BRASIL, 2016, p. 45).

Passa-se, agora, ao voto do Ministro Fachin.

5.3.2.2. Voto do ministro Edson Fachin

O Senhor Ministro Edson Fachin compreende que a única certeza que há no caso em comento é sobre a existência de dúvidas legítimas sobre a matéria, mesmo com a realização de uma louvável audiência pública. Em sua percepção, a prevenção e a reparação residem no campo da certeza. Agora, em caso de dúvida, refere-se à precaução. Em seu voto, cita a presença de dúvida na decisão proferida por meio da sentença, o voto do eminente juiz Antônio Celso Aguilar Cortez (BRASIL, 2016, p. 48):

As provas produzidas mostram que a linha existia há setenta anos, mas as obras novas de aumento da capacidade alarmaram a vizinhança e os interesses aqui defendidos pela autora não são individuais. Quanto ao efetivo risco para a saúde, as divergências entre as partes não autorizam substituir a precaução da Administração Pública pela do Poder Judiciário. **Não há dúvida quanto a ser a saúde direito fundamental e bem mais importante, sobre o qual não pode prevalecer o interesse financeiro, porém não há prova cabal de nexos com doenças tumorais em trabalhadores ou câncer infantil** (grifo nosso).

Em sequência, o eminente Ministro segue a perspectiva do voto do Desembargador José Renato Nallini, que considerou que **os estudos ofertados pela autora, bem como os laudos produzidos pelos peritos judiciais, que atestam perigo iminente, reforçam a existência de dúvidas** (BRASIL, 2016, p. 48).

Ainda, o referido acórdão deixa claro que **não há unanimidade em relação ao perigo**, de modo que a mera potencialidade **justifica a incidência do princípio da precaução**. E

anotava: “Embora inexistente um estudo conclusivo acerca da matéria, posto se tratar de tema relativamente recente, impossível desconsiderar a grande possibilidade dos campos eletromagnéticos de baixa frequência serem agentes carcinogênicos para seres humanos” (BRASIL, 2016, p. 48).

Além disto, na folha 23 do acórdão, consta documentação produzida pela recorrente – Eletropaulo – junto ao parecer de seu assistente técnico, demonstrando a inegável controvérsia da comunidade científica. Motivo este que conduziu a maioria do Tribunal de Justiça de São Paulo mantendo a aplicação do princípio da precaução (BRASIL, 2016, p. 49).

Para o Ministro, a discussão diz respeito apenas à dimensão do princípio da precaução que habita no campo da incerteza, embora a consequência seja relevante. Já a prevenção consiste em uma mitigação de danos, e a reparação, uma reconstituição ao estado anterior ou uma forma de compensação, isso na certeza de dano (BRASIL, 2016, p. 50).

Outro argumento questionado é sobre o paradigma de utilizar legislação ou fonte normativa estrangeira como fonte da decisão. Ocorre que tais normas foram utilizadas apenas como parâmetros argumentativos, sendo um método de exposição *ratio decidendi*, embasando a decisão do Tribunal (BRASIL, 2016, p. 51).

Diante o exposto, o Ministro Edson Fachin votou pela **NEGATIVA do provimento do Recurso Extraordinário**, com base nas premissas e dados razoáveis que concretizam *quantum satis* os direitos fundamentais de proteção ao meio ambiente e à saúde sem afrontar o princípio da legalidade constitucional.

5.3.2.3. Antecipação do voto do ministro Luís Roberto Barroso

O eminente Ministro, ao citar o voto do Relator, destaca que o princípio da precaução atua sobre a incerteza científica sobre determinadas matérias. Sendo assim, convenceu-se de que a legislação Suíça é exceção. E, no caso do Brasil, há necessidade de desenvolvimento da matriz energética, e que sem a comprovação de risco pode impor ônus excessivo à igual distribuição de energia no país e, conseqüentemente, aumentando a demanda do desenvolvimento nacional.

Considera que a legislação atual é proporcional e prudente, estabelecendo um critério móvel – pautado pela Organização Mundial de Saúde – portanto, se mudarem os critérios internacionais, mudam os critérios domésticos¹⁶⁰ (BRASIL, 2016, p. 53).

O Ministro encontra-se satisfeito com o parâmetro atual adotado pela legislação interna, de modo a acompanhar o voto do Ministro Dias Toffoli pela **PROCEDÊNCIA do Recurso Extraordinário**.

5.3.2.3.1. Voto do ministro Luís Roberto Barroso

O eminente Ministro inicia seu voto relatando que à época da interposição do recurso não havia lei brasileira sobre o ponto ora discutido. Entretanto, mesmo com as informações técnicas obtidas na audiência pública, não se possui certeza científica da existência de efeitos nocivos na exposição contínua de indivíduos a radiação eletromagnética de baixa frequência (BRASIL, 2016, p. 55).

O mesmo reforça a informação contida no acórdão de que não há unanimidade em relação aos possíveis danos. Inclusive, infere-se isto da documentação produzida pela própria recorrente com o parecer de seu assistente técnico (BRASIL, 2016, p. 56).

Na audiência pública, a Agência Internacional de Pesquisa em Câncer (IARC) informou que classifica os campos eletromagnéticos de baixa frequência no grupo 2B, ou seja, **possivelmente cancerígeno para seres humanos**. Tal classificação significa que não há evidências suficientes para associar a exposição à doença, não sendo possível concluir que a exposição tem efeitos carcinogênicos, bem como **não se pode descartar a possibilidade com certeza**¹⁶¹ (BRASIL, 2016, p. 56).

Ainda, na audiência, a ANEEL, atuando como *amicus curiae*, afirmou: “após anos de estudos e pesquisas sobre o tema, não se chegou a nenhuma evidência conclusiva e consistente

¹⁶⁰ Sendo assim, tendo em vista que o eminente Ministro reconhece a possibilidade de aplicação de legislação internacional no âmbito interno, e que à época do acórdão não havia legislação interna suficiente para a correta análise do caso, não há que se falar na impossibilidade da aplicação da legislação Suíça.

¹⁶¹ Assim, não se pode dar o benefício da dúvida. Ainda mais que no caso em tela, trata-se de uma doença tão grave, o câncer, cujo tratamento é extremamente caro e doloroso. Em razão disto, é preferível – e não menos esperado – que se aplique o princípio da precaução.

apta a comprovar a ocorrência de riscos à saúde decorrentes da exposição do ser humano aos campos eletromagnéticos das linhas de transmissão de energia elétrica” (BRASIL, 2016, p. 56).

Pelo exposto, torna-se evidente a **incerteza científica** quanto aos efeitos da exposição contínua da radiação de baixa frequência sobre a saúde humana. Sendo assim, **deve-se invocar o princípio da precaução por se tratar de uma situação de incerteza** (BRASIL, 2016, p. 56).

Nesse sentido, o eminente Ministro cita Edis Milaré¹⁶²:

Quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta, e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido.

No momento em que o acórdão foi proferido, não havia legislação nacional, de modo que se buscou os parâmetros internacionais para suprir a fundamentação do acórdão. O parâmetro escolhido pelo acórdão (legislação suíça) consiste em uma exceção. Embora tal parâmetro possa ser considerado correto no futuro, há uma quantidade relevante de países desenvolvidos, além de importantes organismos internacionais que consideram segura a fixação de um limite de radiação mais elevado que $1\mu\text{T}$. Assim, pode-se dizer que o parâmetro recomendado pela OMS consiste em uma verdadeira precaução da legislação brasileira e por boa parte da sociedade internacional (BRASIL, 2016, p. 57).

O Ministro não acredita ser verdadeiro o argumento de que haveria um impacto desproporcional sobre as classes sociais mais baixas, pois as tarifas e os tributos que recaem sobre os consumidores já são elevados, além de existirem alternativas públicas como os subsídios, minimizando os efeitos negativos. Porém, a adoção do parâmetro de $1\mu\text{T}$ gera a necessidade de uma enorme modificação na infraestrutura necessária, que naturalmente já é um gasto muito elevado, gerando um ciclo de gastos públicos cada vez maior (BRASIL, 2016, p. 58-59).

Assim, entende-se que a adoção dos parâmetros de radiação da ICNIRP, recomendados pela OMS e por um número significativo de países desenvolvidos, respeita o núcleo duro do

¹⁶² Veja-se MILARÉ (2013, p. 264).

princípio da precaução. Entretanto, protege os interesses econômicos e sociais da população regional ao assegurar a expansão do fornecimento de energia elétrica. Sendo este um caminho conciliatório a ser seguido (BRASIL, 2016, p. 59).

Pelo exposto, o Ministro Luís Roberto Barroso vota pelo **provimento do Recurso Extraordinário**, com a fixação da seguinte tese:

Enquanto não houver certeza científica acerca dos efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, gerados por sistemas de energia elétrica, devem ser adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei n. 11.934/2009.

Passa-se, agora, ao Ministro Teori Zavascki, de honrada memória.

5.3.2.4. Voto do senhor ministro Teori Zavascki

O Senhor Ministro Teori Zavascki proferiu voto sucinto e ateve-se à questão levantada pelo Ministro-Relator quanto à possibilidade de revisão da decisão em momento futuro (BRASIL, 2016, p. 61).

Assim, a eficácia futura da sentença dependerá da manutenção do estado de fato e de direito. O presente caso é discutido com base nos conhecimentos atuais sobre a matéria, de modo que, se houver novos conhecimentos produzindo efeitos diferentes, a decisão poderá ser modificada (BRASIL, 2016, p. 61).

Essa eficácia temporal das sentenças remete à Inconstitucionalidade Superveniente. Ou seja, a legislação interna atual é considerada como constitucional, mas nada impede que seja declarada a inconstitucionalidade superveniente, pois a mudança nas relações fáticas pode e deve provocar uma mudança na interpretação da Constituição (BRASIL, 2016, p. 61-62).

Ante o exposto, o Ministro Teori Zavascki entende que no atual estágio do conhecimento científico, a legislação interna aplica corretamente o princípio da precaução no caso em comento. Sendo assim, acompanha o Relator votando pela **PROCEDÊNCIA do Recurso Extraordinário**.

5.3.2.5. Voto da ministra Rosa Weber

A douta Ministra inicia seu voto citando trechos do acórdão proferido pelo Desembargador Nallini, que decidiu pela diminuição dos parâmetros do campo eletromagnético das redes de energia elétrica para 01 (um) μT – microtesla (BRASIL, 2016, p. 64-65).

A mesma questiona o Presidente Relator indagando-o que, **se há dúvida científica, ou a ausência de certeza científica, o princípio da precaução deve ser acionado, pois são estes argumentos que embasam o princípio**. De modo que não é possível decidir a favor do provimento ao recurso (BRASIL, 2016, p. 65).

Expõe que o princípio da precaução consiste na presunção de possibilidade de dano coletivo junto ao aspecto primordial da falta de evidência científica do dano temido. Ou seja, o referido caso enquadra-se justamente nesse conceito e na possibilidade de risco, que não é mensurável, é um risco potencial (BRASIL, 2016, p. 65).

Caso existisse certeza científica quanto ao nexo de causalidade entre esses campos eletromagnéticos e o câncer, ou todas essas doenças descritas, não haveria como acionar o princípio da precaução. Ainda, remete ao Ministro Fachin, que diferencia a precaução da prevenção (BRASIL, 2016, p. 65).

Pelo exposto, a Ministra Rosa Weber segue o voto do Ministro Fachin e vota **NEGANDO O PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário** (BRASIL, 2016, p. 66).

5.3.2.6. Voto do ministro Luiz Fux

O Ministro começa argumentando que vivemos em um estado constitucional ambiental, porém isto não justifica que se torne um estado absoluto ambiental a ponto de impedir as demais atividades. O Ministro avalia a questão da legalidade e concordou com o Relator no ponto que houve realmente uma afronta ao princípio da legalidade. Apesar de compreender o argumento do Ministro Fachin, referente à legislação Suíça tratar-se apenas de um ônus argumentativo, só seria válido tal adoção em caso de lacuna na lei brasileira. Não se pode sobrepor a legislação da Suíça à legislação brasileira (BRASIL, 2016, p. 67).

Posteriormente, a segunda questão levantada argumenta que a Lei n. 11.934/2009 é a política eleita pela agência regulatória adotada. Assim, não cabe ao Poder Judiciário aferir, à luz de princípios abstratos, onde está a melhor ou menor precaução a ser adotada (BRASIL, 2016, p. 68).

Por último, na terceira premissa levantada em seu voto, o Ministro remete às informações obtidas em audiência pública à presença de técnicos no assunto, e pode-se verificar que os meios utilizados pelo Direito brasileiro são eficazes à luz da razoabilidade e subprincípios, bem como a decisão do Relator Dias Toffoli¹⁶³ (BRASIL, 2016, p. 68).

Ainda, o julgador destaca a conclusão do representante do Ministério Público de que a Lei n. 11.934/2009 incorpora os limites recomendados pelas entidades internacionais de referência tanto em matéria de saúde humana quanto no campo específico da prestação de serviço de energia elétrica (BRASIL, 2016, p. 68-69).

Conclui, assim, que não cabe ao Poder Judiciário exigir, em nome do princípio da precaução, que a recorrente venha a reaparelhar as suas linhas de transmissão, ao limite estabelecido pelo Judiciário.

Com estes fundamentos, o Ministro Luiz Fux acompanha o Relator pelo **PROVIMENTO do Recurso Extraordinário** e, fixa a tese geral, à semelhança do Ministro Dias Toffoli, “que não cabe ao Poder Judiciário impor, sob o fundamento do princípio da precaução, o reaparelhamento de linhas de transmissões, a partir do parâmetro normativo que não conste de obrigação legal tecnicamente consubstanciada”.

5.3.2.7. Voto da ministra Cármen Lúcia

A Ministra Cármen Lúcia inicia seu voto abordando que o princípio da precaução – como enfatizado pela Ministra Rosa, Ministro Fachin e pelo Ministro-Relator – deve ser aplicado exatamente quando há dúvidas, mas uma dúvida razoável (BRASIL, 2016, p. 70).

¹⁶³ Entretanto há de se mencionar que na época em que a sentença foi publicada não havia legislação brasileira sobre o assunto.

Remete, ainda, ao argumento do Ministro Barroso de que, embora existam situações de risco que causam medo, isso não justifica a aplicação do princípio da precaução. Porém no respectivo caso trata-se de uma situação mais grave, porque há a possibilidade de a radiação eletromagnética provocar doenças, e é exatamente contra isso que se põe o princípio da precaução (BRASIL, 2016, p. 70).

Ocorre que sobreveio uma legislação que considerou o princípio da precaução, fixando parâmetros que até o momento não se provam estar equivocados. Assim, a presente decisão, como levantado pelo Ministro Teori, é tomada considerando o nível de conhecimento de riscos atuais (BRASIL, 2016, p. 70).

A Ministra conta que recebeu os advogados das duas partes, e o principal argumento que a fez ter cuidado em sua decisão foi a referência que havia escolas perto, havendo assim, uma vulnerabilidade¹⁶⁴ maior dos que se encontravam na respectiva área discutida (p. 71). Reconhece que há um risco considerável, porém não há comprovação¹⁶⁵ da existência de risco na aplicação desta tal como está posta (BRASIL, 2016, p. 71).

A Ministra seguiu o Relator e votou pelo **PROVIMENTO do Recurso Extraordinário.**

5.3.2.8. Voto do Ministro Gilmar Mendes

O eminente Ministro inicia seu voto destacando a delicadeza e importância que o caso exige, tendo em vista a questão de saúde pública intrínseca ao próprio debate. Considerou que a legislação brasileira está em consonância com os parâmetros técnicos mundial e internacionalmente reconhecidos e, ainda, com todas as premissas e testes desenvolvidos.

¹⁶⁴ Nesse sentido, deve-se ainda frisar que os direitos fundamentais de segunda geração/dimensão determinam a proteção à dignidade da pessoa humana e exigem uma prestação positiva do estado impondo-lhe um *facere* – faça! –, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira geração/dimensão, que impunham um *non facere* – não faça! – ao poder estatal, pois tinham como objetivo resguardar a liberdade dos indivíduos frente ao poder de *imperium* do Estado, devendo, pois, as políticas públicas implementarem medidas que garantam uma vida de qualidade a presente e futura geração. Ressalte-se que o direito ambiental é um direito de terceira geração e que sua violação, consequentemente, violará diversos outros direitos positivados em nossa Carta Magna.

¹⁶⁵ Exatamente pela inexistência de comprovação de riscos é que se deve aplicar o princípio da precaução. Ora, se houvesse alguma certeza sobre os riscos, o princípio aplicado deveria ser a prevenção e não a precaução como aqui discutido.

Destacou o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente, mencionado pelo Ministro Teori Zavascki, no qual os dados eventualmente fixados, os dados científicos incorporados pela legislação, que já estão ultrapassados e já se revelam obsoletos, podem ser revistos, pois uma alteração no âmbito normativo afeta o programa normativo (BRASIL, 2016, p. 73).

Desta forma, o Ilmo. Ministro aduz que houve todas as cautelas necessárias para demonstrar que a Suíça é uma exceção em relação aos parâmetros adotados internacionalmente, sendo assim, o legislador brasileiro operou com critérios de segurança¹⁶⁶ (BRASIL, 2016, p. 73).

O Ministro seguiu o voto do Relator e votou pelo **PROVIMENTO do Recurso Extraordinário**.

5.3.2.9. Voto do Senhor Ministro Marco Aurélio

O eminente Ministro Marco Aurélio inicia o seu voto com uma crítica e argumenta sobre a questão de a lei aplicada ter sido da Suíça, vejamos: “Presidente, **o aprimoramento é infundável, mas vem ocorrendo a passo de tartaruga**. Em termos de vida, de saúde do homem, de bem-estar, **a Suíça não é país desprezível, principalmente sob a óptica de um país ainda em desenvolvimento, como é o Brasil**” (grifo nosso).

Ainda, argumenta que, embora o referido caso não esteja lidando com danos concretos – “não nos defrontamos com atestados de óbitos nem laudos cadavéricos” –, há de se reconhecer que o Meio Ambiente, a “Mãe Natureza”, está doente. Desta maneira, as iniciativas para tratar deste problema devem ser tomadas pelos cidadãos (BRASIL, 2016, p. 75).

Aduz que o assunto em discussão se trata do princípio da precaução e, apesar de necessitar de prudência, não cabe timidez ao abordar o tema e sua consequente aplicação (BRASIL, 2016, p. 75).

¹⁶⁶ Destarte, indaga-se se esses critérios de segurança são suficientes para a proteção da população diretamente envolvida e exposta à radiação eletromagnética por longos períodos. Além do mais, questiona-se se essa é a cautela necessária para permitir avanços fundamentais nessa seara e para que pesquisas continuem sendo feitas.

Indaga que há um desequilíbrio processual no processo. De um lado, tem-se o poder econômico da concessionária de serviço de energia elétrica e, de outro, a população que possui menos recursos e conhecimento técnico (BRASIL, 2016, p. 75). De fato, o tema discutido é extremamente técnico, por isso, desde a instância originária houve a nomeação de peritos judiciais e assistentes. Assim, considera o acórdão inafastável e cita trechos, consignando Renato Nallini (BRASIL, 2016, p. 76-77):

Lembram Elza Antônia Pereira Cunha e Fernando Netto, em sua elucidativa obra “Poluição Eletromagnética e Meio Ambiente” que **o estado da atual da ciência revela controvérsia sobre os efeitos da radiação eletromagnética de baixa frequência, mas já permite afirmar que a possibilidade de ocorrência de danos não é meramente hipotética. O dano à saúde já deixou de ser considerado um evento aleatório, passando a ser examinado como um risco para a população.** Risco maior – disse Nallini – do que a mera e longínqua potencialidade de dano, pois tanto os estudos ofertados pelas autoras, como **os laudos produzidos pelos peritos judiciais, atestam perigo iminente a ameaçar vasta parcela da população paulistana. (...) Há danos conhecidos e reconhecidos e há danos sobre os quais há controvérsia. Mas, se não há unanimidade em relação a isso, a mera potencialidade justifica a incidência do princípio da precaução.** E o resultado dos laudos – das peças técnicas, portanto – legitima essa conclusão judicial (grifo nosso).

E prossegue, afirmando ser “impossível desconsiderar a grande possibilidade dos campos eletromagnéticos de baixa frequência serem agentes carcinogênicos para seres humanos” (BRASIL, 2016, p. 77). Cita a professora doutora Diana Helena de Benedetto Pozzi, da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, que considerou, a esse respeito, que “os dados apresentados até hoje na literatura não permitem concluir que a exposição prolongada a campos eletromagnéticos, nos valores encontrados e apresentados nos relatórios, seja inócua” (BRASIL, 2016, p. 77). E, além disso, frisa que se atuou, na origem, no campo das precauções, e que, “muito embora diferentes estudos mostrem resultados controversos, [...] o vínculo entre a configuração da rede e a leucemia infantil é estatisticamente significativa” (BRASIL, 2016, p. 77). Por fim, acrescentou:

O trabalho feito pela Light do Rio, e apresentado em seminário realizado na Prefeitura de São Paulo, avaliando a incidência de doenças tumorais numa população de cerca de 5000 de seus trabalhadores durante um período de 5 anos é fortemente sugestivo de que existe uma maior incidência de doença nessa população [o que] indicou uma relação entre a incidência de câncer (leucemia) em crianças e as linhas de transmissão de energia elétrica (BRASIL, 2016, p. 77-78).

O Ministro Marco Aurélio considera tais argumentos inafastáveis. E, ainda, **deixa bem claro que ele não gostaria de morar próximo ou embaixo de uma linha de transmissão de energia.** O ministro, então, defende a aplicação do princípio da precaução e volta a citar Nallini,

que apontou que os estudos são contundentes, “ainda que não se tenha demonstrado o mecanismo relacional entre a ocorrência do câncer em seres humanos e o campo eletromagnético, sabe-se que inofensivo este não é” (BRASIL, 2016, p. 78).

E prossegue, atentando para os riscos que tais ondas eletromagnéticas podem causar à saúde humana (BRASIL, 2016, p. 78-79):

O certo é que não só o câncer é associado à radiação eletromagnética. As doenças, cuja ocorrência foi considerada nos últimos dez anos, depois de muitos e aprofundados estudos – tenha-se presente: e não ocorreram esses estudos por acaso – em razão da relação estatística entre ocorrência e radiação eletromagnética são as que se seguem: a) leucemia em adultos e crianças; b) câncer no cérebro de adultos e crianças; c) câncer de mama em homens e mulheres; d) campos eletromagnéticos como agente carcinogênico de amplo espectro para todas as espécies de câncer; e) aborto espontâneo; f) outras disfunções da reprodução ou do desenvolvimento; g) esclerose lateral amiotrófica (doença de Lou Gehrig); h) Mal de Alzheimer” – não vem apenas com a passagem do tempo; i) infarto agudo do miocárdio; j) suicídio; k) outras consequências nocivas à saúde, diversas do câncer, tais como depressão, sensibilidade à eletricidade (BRASIL, 2016, p. 78-79).

Ao seu entendimento, não vê que em caso da manutenção da sentença pelo maior Tribunal do País haveria uma violação aos preceitos constitucionais (p. 79). Defende que o Tribunal deve interpretar de modo a beneficiar e não prejudicar aquele que visa proteger, o cidadão brasileiro. Sendo importante frisar que todos têm direito ao meio ambiente equilibrado e propício à saúde (BRASIL, 2016, p. 79).

Considera que a decisão do Tribunal de São Paulo é razoável e leva em consideração a proporcionalidade necessária para o caso em tela. Ou seja, que a concessionária de energia elétrica reduza o campo magnético das linhas de transmissão de energia (BRASIL, 2016, p. 79).

Reconhece que o Brasil precisa avançar, em termos de desenvolvimento, mas com cautela. É necessário sopesar valores e defender a Mãe natureza com iniciativa dos homens (BRASIL, 2016, p. 79-80).

Sendo assim, o iminente Ministro Marco Aurélio acompanhou o Ministro Fachin e a Ministra Rosa Weber, **NEGANDO** o provimento ao Recurso Extraordinário.

5.3.2.10. Voto do Senhor Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello inicia seu voto deliberando que o presente recurso consiste em examinar a admissibilidade e pertinência da invocação do princípio da precaução, em face do direito fundamental de todos à preservação da saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL, 2016, p. 82).

Sustenta que a Carta Política, em seu art. 225, positiva a consagração de uma das mais importantes prerrogativas contemporâneas. Caracterizando uma metaindividualidade ao reconhecer que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com base nisto, cita que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que se deve proteger esse bem essencial de todos:

Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RTJ 158/205-206, Rel. Min. CELSO DE MELLO), com apoio em douda lição expendida por CELSO LAFER (“A reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 131-132, 1988, Companhia das Letras), de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstancia essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, “Direito Ambiental Brasileiro”, p. 121-123, item n. 3.1, 13a ed., 2005, Malheiros) – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social (BRASIL, 2016, p. 83).

Afirma, ainda, que os direitos humanos comportam várias dimensões de direitos resultantes de momentos diferentes da evolução histórica, que admitem diversos níveis de compreensão e abordagem (BRASIL, 2016, p. 83-84).

Os direitos de terceira dimensão preocupam-se com a preservação ambiental, materializam em prerrogativas coletivas atribuídos de modo difuso, a todos os integrantes da sociedade, e, conseqüentemente, resultam em um direito de quarta geração (p. 84). Desta forma, a necessidade de preservação ambiental transcende a presente geração, garantindo os direitos da próxima geração (BRASIL, 2016, p. 85).

Tais direitos ultrapassam as normas de caráter interno de cada Estado¹⁶⁷, compondo o plano das declarações internacionais que ratificam o compromisso de respeitar esses direitos fundamentais que pertencem a todos os seres vivos (BRASIL, 2016, p. 85).

O douto Ministro cita Edis Milaré ao tratar do princípio da precaução, que se destina aos riscos desconhecidos e incertos pela ciência, distinguindo-se do princípio da prevenção, que demanda a existência de riscos já conhecidos. Sendo assim, a precaução é um instrumento de proteção ao direito que todos possuem ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL, 2016, p. 89-90).

A Carta Magna, em seu art. 225, reconhece a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” e consagra o Estado Ambiental¹⁶⁸ em bases constitucionais, de forma que o princípio da precaução constitui papel fundamental na defesa desse direito. Ressalta a manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski na ADI 3.510, que reconheceu o princípio da precaução e sua dupla acepção, devendo proteger o meio ambiente e, ainda, amparar a preservação da saúde e da vida das pessoas (BRASIL, 2016, p. 91).

Diante a discussão do tema, o Ministro entende que a decisão proferida no acórdão recorrido está absolutamente correta, haja vista os substanciosos estudos científicos produzidos nos autos sobre o potencial nocivo da radiação eletromagnética de baixa frequência e alta intensidade, citando diversos trechos da decisão recorrida. Nesse sentido, vale ressaltar o seguinte trecho do acórdão revisto pelo Supremo: “A humanidade não pode correr o risco de percorrer veredas ignoradas e depois constatar – quando já for muito tarde – que estava errada” (BRASIL, 2016, p. 96).

Ao final do trecho do acórdão citado pelo Ministro Celso de Mello, este destaca mais uma passagem significativa para a fundamentação de seu voto:

Diante desse quadro, despiciendo o argumento de que a ré obteve dispensa do estudo de impacto ambiental da obra embargada. Competente ou não para concessão do licenciamento, a Secretaria Municipal do Meio Ambiente do Município fundamentou a dispensa em parecer elaborado por engenheiro; profissional, à toda evidência, sem a habilitação necessária para a emissão de considerações sobre a saúde humana.

¹⁶⁷ É necessário ressaltar que o Direito Ambiental surge no plano internacional por acordos entre as Nações. Desta forma, tal assunto comporta a adoção de legislações “alienígenas”, ainda mais por se tratar de um direito metaindividual.

¹⁶⁸ A preocupação com a defesa de tais institutos desembarca no princípio do desenvolvimento sustentável, que busca a obtenção de equilíbrio entre as exigências econômicas e ecológicas mesmo em situações de conflito aparente de normas, preservando o núcleo intangível de um dos direitos fundamentais mais importantes que é a preservação do meio ambiente (ADI 3.540-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Inservível o parecer técnico, inócua a dispensa para os fins tratados nestes autos (BRASIL, 2016, p. 96).

Ao final do voto, o Ministro Celso de Mello conclui seu voto *in dubio pro securitate*, **NEGANDO PROVIMENTO** em face da aplicação do princípio da precaução por entender que as torres e linhas de transmissão de energia elétrica podem acarretar danos potenciais aptos a causarem danos irreversíveis à população exposta a tais radiações.

5.3.2.11. Declaração de impedimento do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski

O douto Ministro declarou-se impedido para o julgamento do feito por ter atuado como Relator no julgamento de três agravos regimentos e um embargo de declaração. Adentrando o mérito no julgamento de tais ferramentas de reexame de decisões.

Passa-se, agora, a considerar os elementos necessários à execução de uma protoanálise sinepeica do presente caso.

5.4. A (im)prudência do discurso jurídico entre o vazio e o inacabado da lei

O pensamento jurídico moderno lançou mão do alcance instrumental de noções como “norma geral” e “sistema” em seu esforço de fundar uma ciência do direito infensa à moral e à política. Nesse modelo, a norma jurídica cumpriria a função de unidade estruturante de um sistema autossuficiente de comandos estatais que se reproduzem a partir de uma lógica interna, conferindo ao direito uma racionalidade lógico-formal. O conceito de norma jurídica geral conferiu à lei a aparência de um discurso dotado de sentido objetivo e de organização sistemática (BISOL, 2004, p. 186).

De acordo com Bisol (2004, p. 43), nos atuais quadrantes de uma sociedade pluralista e tecnológica, a falta de unidade no âmbito discursivo do direito somada à busca de um “*logos* normativo num ambiente de profunda diversidade axiológica” que “não se rende a uma razão analítica de índole universalista”, pode acabar conduzindo o pensamento jurídico de volta à retórica e à argumentação prudencial, como formas de superar a crise da metodologia e do próprio sistema jurídico¹⁶⁹ como um todo. Para o autor, faz-se necessário a proposição de um

¹⁶⁹ Neste sentido, Bisol aponta que: “Ante a crise radical da metodologia e do sistema jurídico da modernidade, resta ao novo direito constitucional e aos direitos de terceira geração a tarefa de desenvolvimento de uma metódica jurídica capaz de instrumentalizar o pensamento jurídico para o enfrentamento de novos desafios. No entanto, os desafios parecem maiores nessa transição de milênio, onde o mundo ostenta sociedades caóticas em seu pluralismo político e social, sua multiplicidade cultural, sua globalização paradoxalmente anteposta ao retorno a velhos hábitos tribais, sua natureza massificada e profundamente banalizada por avanços tecnológicos pós-industriais estimulados por uma economia de mercado neoliberal e pelo fenômeno da informatização. Uma nova ordem mundial vai aos poucos se engendrando, onde a condição humana e a natureza parecem correr o sério risco de

“status gnosiológico mais adequado ao pensamento jurídico-decisório” a partir do qual se possa constituir um novo paradigma cognitivo que “não se renda à redução analítica pretendida pelo cientificismo moderno”, já que esta manteve encoberta, por um lado, “a natureza prudencial do direito” e, por outro, “a necessidade cada vez premente de se imprimir à dimensão jurídica do fenômeno social uma vocação e um destino ético-políticos” (BISOL, 2004, p. 44).

Neste contexto, Bisol (2004, p. 191) denuncia a dogmática jurídica como poderosa ferramenta “de domesticação política dos cidadãos”, já que é, ao mesmo tempo, “produtora e resultado [do] processo de fetichização do discurso normativo”. Adverte que, embora se mantenha dissimulado sob a “aparência do óbvio e do previsível”, O discurso dogmático¹⁷⁰ opera através de uma “flexibilidade retórica” capaz de atuar como um eficaz instrumento de defesa dos “interesses imediatos e casuísticos do poder”. Este discurso, embora sempre aspire alcançar a condição de discurso oficial, não passa de um “saber servil e obediente ao poder”. Bisol considera que a dogmática jurídica oculta a “teatralidade que envolve todo discurso do poder” nas entrelinhas de uma estrutura linguístico-discursiva pretensa e fingidamente científica. De fato, para Bisol, a dogmática não passa de um “discurso normativo” cuja função essencial “é comunicar as censuras, ocultando a finalidade política destas mesmas censuras sob o argumento da racionalidade, da neutralidade e do universalismo da norma geral que as veicula” (BISOL, 2004, p. 191).

Em sua análise do pensamento jurídico Moderno e da autoproclamada “ciência do direito”, Bisol (2004, p. 10) aponta que a norma jurídica geral¹⁷¹ – como núcleo fundamental das concepções normativistas do direito – é resultado da concepção de “ciência” jurídica que tem como base uma “formação tecnológica unidisciplinar”, despolutizadora e adestradora que se articula “em torno de um discurso dogmático que apresenta o direito como um sistema autossuficiente de normas gerais, dotado de plenitude lógica e de coerência formal interna”

serem tratadas como obstáculos a serem afastados em nome do mercado” (BISOL, 2004, p. 43).

¹⁷⁰ O autor defende que: “A homogeneidade resultante da lapidação dogmática do discurso da lei aniquila as sutilezas e especificidades do mundo que ela regula, reunindo a multiplicidade infinita das possibilidades semânticas na vala comum de um sentido que se propõe como único e objetivo” (BISOL, 2004, p. 191).

¹⁷¹ Segundo Bisol, “a ideia de sistema normativo, símbolo do esforço de racionalização do direito pelo pensamento jurídico moderno, não se concretizou na história: o sonho de um direito contido num sistema de normas positivas, válidas para todos e aplicáveis por critérios objetivos, foi construído sobre o conceito de norma jurídica geral – fetiche que demarca a relação de alienação do jurista com o direito posto, dissimulando as categorias estereotipadas da teoria jurídica e seu uso retórico nos embates judiciais” (BISOL, 2004, p. 186).

(BISOL, 2004, p. 10).

As noções de ordem e unidade que instrumentalizam o pensamento jurídico moderno derivam, segundo Bisol (2004, p. 11) do conceito de norma geral. São estas noções que imprimem “sobrevida ao modelo subsuntivo¹⁷² de aplicação do direito” – por um lado, modelando a formação dos juristas, por outro, construindo a “imagem do direito como um sistema de normas” –, o que acaba por impor a compreensão da prática forense como uma atividade eminentemente técnica, na qual a “decisão judicial é concebida como o produto de uma operação lógica de enquadramento do fato judicializado no discurso normativo do direito” (BISOL, 2004, p. 11).

Por essa razão, Bisol (2004, p. 11) defende a necessidade de se analisar criticamente o conceito de norma geral para que, a partir disso, se possa superar um “modelo de racionalidade jurídico-decisória cujos fundamentos lógico-subsuntivos não mais oferecem respostas adequadas [...] às exigências do direito positivo atual”¹⁷³. Da mesma forma, adverte o autor, a assimilação de novas formas de direito e de jurisdição que se põe, atualmente, diante do intérprete-aplicador se vê prejudicada face ao “arcaísmo do normativismo formalista e da noção lógica de subsunção”¹⁷⁴ (BISOL, 2004, p. 11).

Segundo Bisol (2004, p. 12), o conceito de norma geral constitui a base sem qual não teria sido possível o processo de dupla sistematização do direito. Esta sistematização é, por um lado, a do “próprio discurso normativo” – que passa, então, a ter uma “unidade ordenadora” –, e, por outro lado, do “meta-discurso jurídico – o discurso sobre o direito enquanto sistema de

¹⁷² Bisol adverte que “a ideia de subsunção do conflito a uma norma geral oculta, de um lado, a fragmentariedade e a incompletude do discurso normativo do direito e, de outro, o caráter francamente cerimonioso e ritualizado dos procedimentos forenses. O direito ressent-se dos efeitos ilusórios do fundamento normativo unitário e racional que simula, a um só tempo, sistematizar o discurso da lei e emprestar um objeto à epistemologia jurídica” (BISOL, 2004, p. 186).

¹⁷³ Tal ocorre, segundo o autor: “especialmente por força da crescente perda de sistematicidade em face dos fenômenos da inflação legislativa, da descodificação e a da deslegalização” (BISOL, 2004, p. 186).

¹⁷⁴ De acordo com Bisol, há que se considerar as resistências impostas por uma cultura judiciária conservadora, na qual “ferramentas atualíssimas postas ao alcance dos juristas pelo constituinte e pelo legislador ordinário, tendo em vista as demandas de jurisdição dos direitos fundamentais constitucionalizados e dos emergentes direitos transindividuais, tais como a ação civil pública e o mandado de injunção, são recebidas com injustificada resistência por uma cultura judiciária conservadora que insiste em reproduzir o tecnicismo normativista concebido para a jurisdição dos códigos. O alcance instrumental emprestado pelo conceito de norma jurídica ao direito codificado transmuda-se hoje em entrave a ser superado em face dos novos desafios da sociedade contemporânea, onde o direito transborda a técnica de regulamentação por regras específicas que descrevem fatos-tipo, como nas grandes codificações, avançando em direção à jurisdição de pautas principiológicas, típicas do direito constitucional” (BISOL, 2004, p. 11).

normas gerais”, ou seja, a teoria jurídica (BISOL, 2004, p. 12).

Como resultado de tal sistematização do direito, esclarece o autor, tem-se a “codificação e a constitucionalização no plano normativo” e a cientifização, “no plano do saber jurídico” (2004, p. 12). Para Bisol esse duplo movimento de sistematização teve como consequência retirar o direito do “campo da prudência, onde buscava fundamentos na filosofia prática”, e “desviá-lo para o âmbito da ciência, cuja base lógica e gnosiológica compõe a filosofia pura: de Jurisprudência à Ciência do Direito; de atividade prudencial decisória à cognição subsuntiva” (BISOL, 2004, p. 12). O autor observa:

A modernidade sistematizou o direito tendo em vista o seu projeto político de construção de um poder uno e racional: o Estado. A exigência racional de autocontrole do poder impôs a tripartição de suas funções essenciais. Separar criação e aplicação do direito demandou criar mecanismos de vinculação do aplicador ao direito legislado, posto na anterioridade do ato jurídico-decisório: só é possível vincular o aplicador a um discurso normativo que ofereça previamente uma única resposta para cada conflito judicializado: em outras palavras, a legislação deveria perfazer um sistema de normas gerais dotado de unidade, plenitude e coerência interna. Daí a necessidade de superação do modelo casuístico e pluralista do direito medieval; este oferecia pouca força vinculativa aos aplicadores e permitia um amplo espaço à discricionariedade judicial, mostrando-se imprestável à separação das funções judicante e legislativa (BISOL, 2004, p. 12).

De fato, a emergência do Estado Moderno não teria sido possível sem a teoria da soberania bodiniana, para a qual o poder soberano é, acima de tudo e em primeiro lugar, o poder de criar as leis e positivizar o direito através delas. Com a soberania – a “quilha” da “nave-República”, como dizia Bodin – se estabelece o “Império da Lei”, pois disso dependia o projeto de centralização do poder nas mãos dos Monarcas Absolutistas e a execução do “projeto político de construção de um poder uno e racional: o Estado”, como mencionou Bisol (2004, p. 12).

Não se pode olvidar que, até então, no Direito Europeu Continental havia, por um lado, o pluralismo jurídico – pois cada senhor feudal, nos limites de seu feudo, exercia seu poder de acordo com seus costumes –, e, por outro, o monismo jurídico da Igreja Católica que dominava boa parte da Europa, impondo seu regramento, como, por exemplo, a vedação à cobrança de juros. Ambas as ordens jurídicas – costumeira e canônica – colidiam com os interesses da nascente burguesia¹⁷⁵. Tal é o que constata Barros (2001), para o qual a obra Bodiniana é

¹⁷⁵ De fato, os mercadores, ao atravessarem os diversos feudos, deparavam-se com diversos usos e costumes, não só diversos, mas conflitantes, o que dificultava o trânsito das mercadorias e as operações de compra e venda. Por outro lado, o monismo jurídico enfeixado nas mãos de Igreja Católica trazia, entre outros empecilhos, a concepção

resultado do longo processo de transição do direito medieval para o Moderno, representando a tentativa de superação desse conflito com a formação de uma nova ordem jurídico-política, o Estado Moderno.

Bisol (2004, p. 13) anota que, a rigor, a modernidade alcançou alguns “níveis de ‘sistematização’ – o que os juristas chamam de ‘sistema aberto’ –, especialmente no âmbito das grandes codificações”, porém, “nunca atingiu o ideal de um direito plenamente sistemático”. Barros (2003), por sua vez, observa que Bodin buscou reunir e comparar as leis de diversos povos visando constituir uma “ciência do direito”, bem como um método – que expôs em sua obra “Método para a fácil compreensão da história”, essencial para o conhecimento do direito, já que Bodin o percebia como um fenômeno histórico, produto do tempo e dos lugares¹⁷⁶.

Para alcançar tal intento, Bodin pôs-se a analisar seus “pressupostos epistemológicos”, movido por uma suposta obra de Cícero, na qual, o grande jurista da República Romana teria sistematizado o direito. Tratava-se do antigo projeto ciceroniano intitulado *jus in artem redigere* na qual buscou expor o direito de “forma simples, clara e racional, transformando-o num saber sistemático”, intento que acalentava as aspirações bodinianas (2003, p. 60). Barros aponta que, na obra bodiniana, há a proposta de “construção de uma ciência do direito”, que emergiria através da comparação entre os ordenamentos jurídicos dos mais diversos povos (BARROS, 2003, p. 60).

Tais aspirações sistematizantes foram perseguidas com furor por inúmeros juristas ao longo dos últimos séculos, no entanto, o que se testemunha hoje, adverte Bisol (2004, p. 13) é que o direito passa por “um avançado processo de perda de sistematicidade”, pois, por um lado, flagra-se a “descodificação do direito pela multiplicação inflacionária das leis especiais, desgastando a credibilidade do discurso legislativo”, e, de outro, depara-se com a irrupção de “técnicas de regulação por pautas principiológicas”, em especial, nos limites do direito constitucional. A estes dois fenômenos, Bisol acrescenta a “criação de normas por atos administrativos”, que, em sua avaliação, vem promovendo a “deslegalização do direito”. Como resultado da incidência conjunta destes fenômenos, tem-se que tanto a instrumentalidade do

de que a cobrança de juros era inaceitável, pois se estaria cobrando pelo tempo que o devedor demorou em quitar seu débito e, sendo o tempo de Deus e não dos homens, a cobrança seria, no mínimo, uma apropriação indevida.

¹⁷⁶ Destaque-se que Bodin defendia uma forma de determinismo geográfico-climático e atribuía à Europa Setentrional virtudes que não reconhecia aos sistemas políticos meridionais.

modelo subsuntivo de aplicação do direito, quanto à ideia de sistema normativo se encontram comprometidas. De fato, o que se observa é que a própria concepção do direito como sistema normativo, ou seja, um sistema de normas gerais vinculantes, não mais se sustenta (BISOL, 2004, p. 13).

Bisol (2004, p. 13) enfatiza que a imagem do direito moderno¹⁷⁷ precisa ser desmistificada e esclarece que a especulação crítica em torno do conceito de norma¹⁷⁸ conduziu à percepção de que ela “não se confunde com o dispositivo legal, nem com sínteses sintático-semânticas entre estes enunciados da lei”. Em verdade, ao sustentar sua “teoria fragmentária do direito”, Bisol afirma ser a norma jurídica uma categoria do pensamento jurídico que:

(...) não ostenta status ontológico; na melhor das hipóteses, mesmo não assumida como tal, constitui uma categoria exclusivamente lógico-deôntica. A norma jurídica geral, examinada a dimensão linguística do fenômeno jurídico, simplesmente não existe: de um lado, não existe como corpo ou enunciado linguístico, ou seja, pensada como expressão sintática dos enunciados da lei, a norma mostra-se como um discurso inacabado; de outro, não existe como proposição normativa, na condição de significado dos enunciados linguísticos deste mesmo discurso, uma entidade de natureza semântica que veicula a suposta *ratio decidendi* apriorística, fundamento unitário das decisões judiciais. Do ponto de vista semântico, o texto legal mostra-se um discurso vazio, no qual os juristas mais colocam do que retiram significados. Para efeitos da concreção do texto legal, é preciso antes determinar o significado das palavras da lei, o que significa que a lei não contém um significado pré-determinado. Há na lei um vazio semântico que denuncia um nível de anomia no discurso normativo. Diante destas ponderações, tomamos a lei como um discurso vazio e inacabado (BISOL, 2004, p. 13).

De fato, há que se investigar se não é este o cenário com o qual se depara o campo do

¹⁷⁷ O autor observa que: “a recalcitrância deste tecnicismo dogmático não traduz um mero capricho de uma cultura jurídica que, por falta de um modelo teórico-prático mais atualizado, insiste em reproduzir o arsenal metodológico de uma modernidade tardia ainda projetando suas sombras no direito atual; nem tampouco há se falar em decadência do direito. Mesmo se reconheça o caráter obsoleto do direito atual, há um modelo teórica e politicamente articulado por detrás deste traçado cultural dos juristas, um saber munido de estratégias metodológicas, pressupostos filosóficos e objetivos político-ideológicos. Um saber que, a um só tempo, aliena e instrumentaliza o jurista, transformando-o num técnico especializado na aplicação acrítica e irrefletida da lei: este saber traduz exatamente o projeto de racionalidade cientificista imposto pela modernidade, que sonhou edificar uma atividade judiciária puramente técnica, capaz de construir sentenças judiciais pela simples aplicação objetiva dos conteúdos da norma legal, resultando na concepção de uma versão jurídico-normativa do modelo de inferência lógico-formal importado das ciências exatas: o silogismo judiciário” (BISOL, 2004, p. 22).

¹⁷⁸ “Analisando o direito em sua dimensão linguística, chega-se à conclusão que não há como se fundar o status ontológico da norma jurídica geral, definindo em que nível do fenômeno da linguagem podemos afirmar a sua existência. A ideia de norma geral não se realiza na dimensão sintática da linguagem, na condição de enunciado normativo completo, ou seja, como uma entidade de natureza gramatical que se possa por de parte do restante do texto da lei. Também não se realiza na dimensão semântica, como proposição jurídica identificada com o significado do enunciado, onde conteúdo da norma geral supostamente alcançaria a necessária completude lógico-normativa. Por último, na dimensão pragmática da linguagem há que se reconhecer a contingência de toda ação comunicativa, pelo que o direito só pode realizar-se como norma individual” (BISOL, 2004, p. 187).

direito a partir da Lei n. 13.655/2018. Os novos dispositivos da LINDB parecem enquadrar-se no vazio descrito por Bisol (2004, p. 13), pois neles os juristas teriam muito mais significados a colocar do que a retirar. Então, cabe indagar-se, como “determinar o significado das palavras da lei” quando esta determina a vedação aos “valores jurídicos abstratos”? Qual a concretude desse enunciado? Por outro lado, tal qual afirma Bisol, é possível detectar neste dispositivo “um vazio semântico que denuncia um nível de anomia no discurso normativo”, ao se vislumbrar o flagrante empenho em fragilizar os princípios, impondo-lhes uma concreção que lhes é estranha.

Neste sentido, Bisol (2004, p. 14) afasta a “identidade entre norma e dispositivo legal” e não reconhece a possibilidade de se construir “uma norma jurídica completa por sínteses entre vários enunciados da lei”. Portanto, sustenta que o discurso normativo do direito é “fragmentário, elíptico e inacabado”, se considerado a partir de sua enunciação normativa e “indeterminado, carente de um sentido unívoco, semanticamente vago e ambíguo, ou seja, vazio” quando considerado a partir de um “suposto conteúdo apriorístico” (BISOL, 2004, p. 14).

Trata-se, portanto, segundo Bisol (2004, p. 14), de um discurso normativo “irreduzível à suposta unidade ordenadora identificada pela teoria jurídica como norma jurídica geral”. O autor afirma não ser possível identificar-se “tal unidade no emaranhado complexo e multifário do texto legal”. O que pode ser identificado, segundo Bisol, é apenas um conjunto de “fragmentos normativos passíveis de sínteses semânticas entre si”. Isso é, justamente, o que fazem os juristas “com os dispositivos legais e com os excertos jurisprudenciais”, envolvidos e entretidos nas tramas de um procedimento que “nunca alcança – nem persegue – a completude normativa metodologicamente suposta pelo conceito de norma jurídica geral, na condição de premissa maior da conclusão judiciária” (BISOL, 2004, p. 14).

Bisol (2004, p. 14) adverte que de tais fragmentos normativos, embora dotados de generalidade, só se extraem normas individuais, de forma que seu uso mostra-se “muito mais retórico do que subsuntivo”¹⁷⁹. De fato, afastada a existência da norma jurídica geral, o autor

¹⁷⁹ Neste sentido, o autor observa que o processo judicial, concebido como: “um duelo entre partes, impõe um jogo de ocultação e explicitação do discurso normativo: cada sujeito processual busca ocultar, estrategicamente, os fragmentos normativos que debilitam a tese defendida, e vice-versa. Este fenômeno é percebido tanto na argumentação processual de autor e réu, quanto na fundamentação da sentença, onde o juiz evita enfrentar o texto

sustenta que o discurso normativo, por ele descrito como fragmentário, inacabado e semanticamente indeterminado, não consegue emprestar validade à decisão judicial (BISOL, 2004, p. 14).

Bisol afirma que o modelo subsuntivo se caracteriza por abordar a atividade jurídico-decisória como processo cognitivo, e sustenta que “a validade decorre da norma geral à qual o *decisum* subsume-se”. Ocorre que, argumenta o autor, decidir é agir, e não conhecer, portanto, é perceptível, segundo Bisol, que as “sentenças valem, em nosso sistema, porque delas não cabem mais recursos”. Ou seja, conclui Bisol, no modelo judiciário atual, a validade da sentença é resultado da preclusão, e não da subsunção. “Uma sentença *contra legem* preclusa é válida porque dela não cabem mais recursos, apesar de suas ofensas à suposta ordem jurídica” (BISOL, 2004, p. 15).

Nessa perspectiva, afirma Bisol, a “dignidade normativa do texto legal” não depende de uma “lógica subsuntiva consistente em emprestar validade às sentenças”, mas, sim, do “**contexto cultural**” no qual se aplica o direito (grifo nosso). Portanto, segundo o autor, o “papel de controle do discurso normativo é antes político do que propriamente analítico, por isso deve estar conjugado com outras formas de controle” (BISOL, 2004, p. 15).

Bisol (2004, p. 16) adverte que a preclusão é o “atributo fundamental do agir decisório no âmbito processual” e que, em última análise, “decidir é agir preclusivamente”, pois impõe que uma dada opção seja pinçada entre várias alternativas e sobre ela se estabeleça o cânone da irreversibilidade. Portanto, argumenta, a ideia de um silogismo judiciário além de “logicamente insustentável”, estilhaça o “edifício da tradição filosófica ocidental como um todo, ao imiscuir retoricamente os campos da filosofia pura com os da filosofia prática”. Em suma, conclui o autor:

Ou o juiz infere a sentença a partir da norma e do fato judicializado e, portanto, não decide, ou decide, e não constrói a sentença a partir de uma inferência silogística: *tercius non datur*. Não há como se decidir silogisticamente, como quis a modernidade jurídica. O simples fato de importar um modelo de inferência do pensamento sistemático não garante objetividade à sentença. A inferência silogística desde premissas problemáticas é apenas um argumento retórico: o entimema (BISOL, 2004, p. 16).

normativo onde ele enfraquece a sua decisão, expondo-a aos eventuais ataques recursais. Daí a importância no jogo processual, a título de exemplo, dos embargos declaratórios” (BISOL, 2004, p. 15).

Como membro do Ministério Público, Bisol externaliza sua preocupação diante deste quadro e adverte: o projeto que emerge com a Modernidade, que busca a construção de um juiz – e um promotor de justiça – politicamente irresponsável mostra-se inviável, uma vez que a atuação de ambos é de “indisfarçável teor político”. Considerando-se que a norma jurídica geral, a qual cabe manifestar a “premissa maior do silogismo judiciário” não existe, não sendo, portanto, é um dado do discurso normativo, se pode perceber que este (o propalado discurso normativo) é incapaz de cumprir a “função de controle analítico da decisão” que a modernidade lhe outorgou. Pode-se, então, perceber o “déficit de legitimidade” dos operadores do direito, já que o “acesso às funções judiciais dá-se por um critério técnico, mesmo desenvolvendo-se as atividades judiciais por atos político-decisórios” (BISOL, 2004, p. 16).

Percebe-se, pois, que a recuperação da “dignidade normativa do texto legal”, tal como observou Bisol (2004), depende do **contexto cultural** no qual se aplica o direito. Tal é o que se considerará a seguir, com Fikentscher (2009) e Ferreira (2005).

5.5. A sinepeia jurídica¹⁸⁰ e os mares profundos da proporcionalidade

Ferreira (2005, p. 663) fundamentou sua dissertação de mestrado em Direito pela Universidade de Brasília nos estudos do eminente jurista alemão Wolfgang Fikentscher. A proposta de Ferreira foi analisar a noção de proporcionalidade na lei sob uma perspectiva cultural, em especial, no conceito de “modos de pensamento” e na metateoria sinepeica, propostas por Fikentscher em sua obra *Law and Anthropology: Outlines, Issues, and Suggestions*. Ferreira afirma que, ao contrário da opinião generalizada, o conceito de proporcionalidade não é universal – trata-se de uma ideia típica de alguns sistemas jurídicos contemporâneos chamados por Fikentscher de “estruturados” (FERREIRA, 2005, p. 663).

Ferreira (2005) sustenta ser o trabalho de Fikentscher (2009) aquele que mais se mostra adequado à “tarefa de compreender as raízes culturais da proporcionalidade”, pois sua teoria

¹⁸⁰ Quanto à concepção fikentscheriana da sinepeia: “Anthropology never builds theories of social systems, for the simple reason that many cultures do not use the concept of system. Systems are mental tools of “Western” thinking. Anthropologists try to avoid ethnocentric thinking, including Western” (FIKENTSCHER, 2009, p. 36).

demonstraria:

(...) de um lado, que os pressupostos essenciais das culturas se tornaram invisíveis aos olhos de seus membros. Mas, de outro, revela que, nem por isso, deixaram de moldar a pré-compreensão das pessoas e, assim, de determinar o conteúdo de seu pensamento e até mesmo de sua percepção sensorial do mundo. **Segue-se daí a relevância desses referenciais para a gênese, desenvolvimento e limites da proporcionalidade como objeto cultural** (FERREIRA, 2005, p. 39).

Prossegue Ferreira (2005, p. 39), em suas considerações acerca do trabalho de Fikentscher (2009), observando que “é da essência do processo cognitivo e do conceito de pré-compreensão que cada pessoa recorra a um só patrimônio prévio de conhecimentos na busca de compreender, reelaborar e criar qualquer coisa”, o que, por conseguinte, indica a forte probabilidade de que as “características basilares desse saber estocado interfiram na atividade jurídica”. Se tal puder ser verificado, há de se confirmar que elas devem, também, “desempenhar alguma função relevante na proporcionalidade” (FERREIRA, 2005, p. 39).

Ferreira (2005) frisa que é possível, a partir das ideias de Fikentscher (2009), a elaboração de estratégias jurídicas por meio do emprego desse saber em “atos tendentes a dirigir o futuro”. De fato, o autor afirma que “essa abertura para o amanhã advém da inter-relação entre certos pressupostos culturais e suas consequências sociais” (FERREIRA, 2005, p. 39).

De acordo com Ferreira (2005, p. 40), o pensamento de Fikentscher assenta-se sobre três proposições básicas que foram expressas em três conceitos conexos: os “modos de pensar”, a “sinepeia” e os “métodos do direito”:

Os modos de pensar, só grosseiramente equiparáveis a mentalidades, são “unidades” ou “ferramentas analíticas” da sinepeia, uma “metateoria das ciências sociais”. Já os métodos do direito são os meios de concretização da justiça, em correspondência com os diversos modos de pensar (FERREIRA, 2005, p. 40).

Ferreira (2005, p. 40) aponta que a sinepeia foi concebida por Fikentscher como uma “metateoria das ciências sociais”. Já os métodos do direito são, segundo o jurista alemão, “os meios de concretização da justiça, em correspondência com os diversos modos de pensar”, e que, na análise sinepeica, são consideradas as “características dos vários modos de pensar pretéritos e presentes e de seus instrumentos jurídicos” (FERREIRA, 2005, p. 40).

Segundo Ferreira, o que há de inovador no pensamento de Fikentscher “vai muito além do mero relativismo”, pois enfoca a “existência de correlações definidas entre cada um dos dois

modos de pensar elementares da humanidade e todos os demais objetos culturais produzidos nas sociedades”, pois “cada modo de pensar básico é um princípio de coerência cultural, contraposto ao outro e dotado das mais variadas consequências” (FERREIRA, 2005, p. 46).

Ferreira (2005, p. 47) observa que o jurista alemão acreditava que, “no interior de um determinado modo de pensar como unidade sinepeica” estão postos não apenas:

(...) uma determinada espécie de exposição tópica, sistemática ou de outra forma literária, determinadas possibilidades de música e artes plásticas, sintaxe gramatical, concepções jurídicas, capacidade de organização da sociedade humana, desenvolvimentos econômicos etc., e daí um respectivo feixe conexo de consequências se constrói (FERREIRA, 2005, p. 47).

Ferreira (2005, p. 47) avalia que, para Fikentscher, a relação entre justiça e direito é “um caso particular da relação geral entre filosofia e método e somente pode ser determinada nesse quadro mais genérico”. No entanto, prossegue Ferreira, “a justiça, um valor encerrado no íntimo de cada pessoa, não está em condição de oferecer muito às sociedades”, pois “essa e as demais pautas axiológicas carecem de meios para se transformar em realidade” (FERREIRA, 2005, p. 47).

Ainda segundo Ferreira (2005, p. 47), “o direito, a linguagem e os comportamentos são veículos para se alcançar a vigência de valores contra certo estado de coisas”. Disso decorre que o ponto de partida sinepeico impõe que “seja o direito compreendido como imposições de valores para modificar a realidade” (FERREIRA, 2005, p. 47).

A proporcionalidade – segundo Ferreira (2005, p. 663) – congrega “elementos essenciais – e quase sempre conflitantes – desses sistemas jurídicos” para tentar equilibrá-los, bem como harmonizar duas espécies de “extraposição ética”:

(...) por um lado, as medidas relativas ao bem comum democraticamente imposto pela maioria e, por outro, os direitos fundamentais. A proporcionalidade visa, assim, conciliar a ética racional da filosofia grega com o valor judaico-cristão da dignidade humana, secularizado nas constituições modernas (FERREIRA, 2005, p. 663).

Conforme Ferreira (2005, p. 21-22), a proporcionalidade é um conceito extenso e vago, sendo possível compará-la a navegação em alto mar¹⁸¹. Ela transpõe as categorias de meio e

¹⁸¹ “A imensidão da proporcionalidade assemelha o escrever a seu respeito à navegação em alto mar. Pode-se confiar no norte apontado pela bússola – a proporcionalidade *lato sensu* transpõe as categorias de meio e fim para o direito –, desde que não se percorram latitudes extremas. Os três pontos cardeais restantes chamam-se adequação,

fim para o direito, desde que “não percorram latitudes extremas”. Em outro sentido, encontram-se no seu bojo, a adequação, a necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* (FERREIRA, 2005, p. 21-22).

Ferreira (2005, p. 21-22) defende que o meio escolhido deve ser adequado, necessário e proporcional, em sentido estrito, ao fim visado. O meio é considerado adequado quando objetiva alcançar certa finalidade que não poderia ser atingida com menor intervenção na esfera jurídica individual; a proporcionalidade em sentido estrito ocorre sempre que a medida adotada seja aceitável comparada com sua finalidade (FERREIRA, 2005, p. 21-22).

Deve-se ter cuidado com os diversos conceitos existentes de proporcionalidade, alerta Ferreira (2005, p. 22). A literatura alemã, no caso, caminha cada vez mais em direção à proporcionalidade em sentido amplo, em detrimento do termo “proibição de excesso”, mesmo ainda havendo autores que defendem a proporcionalidade em sentido estrito (FERREIRA, 2005, p. 22).

A proporcionalidade em sentido amplo desdobra-se na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em diferentes nações, os conceitos variam e possuem nomenclaturas diferentes, mas a doutrina alemã prefere o termo proporcionalidade (FERREIRA, 2005, p. 23-24).

5.5.1. O pensamento de Wolfgang Fikentscher

O pensamento de Fikentscher (2009) teve como ponto de partida o entendimento do direito como um fenômeno parcial resultante do todo cultural. De suas conclusões podem-se citar duas como sendo as principais: a primeira afirma que cada direito positivo consiste em um método *lato sensu*, ou seja, um caminho informado por uma filosofia, em busca da realização

necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. O meio escolhido deve ser adequado, necessário e proporcional, em sentido estrito, ao fim visado. Simplificadamente, um meio é adequado, quando fomenta a obtenção de determinada finalidade; é necessário, se o mesmo resultado não puder ser atingido com menor intervenção na esfera jurídica individual; e se mostra proporcional em sentido estrito, sempre que a medida adotada seja aceitável, quando sopesada com sua finalidade. Para além disso, a vastidão oceânica...” (FERREIRA, 2005, p. 1-2).

da justiça; já a segunda sustenta que diferentes culturas possuem entendimentos e meios diferentes de concretizar o que entendem por justo¹⁸² (FERREIRA, 2005, p. 16).

De acordo com Ferreira (2005, p. 39) a teoria fikentscheriana demonstra que os pressupostos culturais se tornaram invisíveis aos olhos dos membros da sociedade, mas que, ainda assim, não deixam de moldar o pensamento e a percepção sensorial do mundo vivido. A partir desses pressupostos surge a proporcionalidade como objeto cultural (FERREIRA, 2005, p. 39).

Os valores culturais enraizados são muito importantes para a atividade jurídica, observa Ferreira, pois é da essência do processo cognitivo e do conceito de pré-compreensão que cada pessoa recorra a um só patrimônio preexistente de conhecimento para compreender, reelaborar e criar qualquer coisa (FERREIRA, 2005, p. 39).

A partir do estudo das teorias de Fikentscher, Ferreira constatou a correlação entre os mais diversos objetos culturais de determinadas sociedades, mesmo que a primeira vista não parecesse haver qualquer interrelação (FERREIRA, 2005, p. 39).

As ideias de Fikentscher, em contraste com o que o mundo jurídico está habituado, tende, afirma Ferreira, a dirigir o pensamento para o futuro ao invés das costumeiras obras que retratam eventos passados e presentes. Esse pensamento dirigido ao futuro resulta da relação que se dá entre determinados pressupostos culturais e suas consequências sociais. A partir disto, é possível saber o que esperar de determinadas ações e o que tais ações não terão condições de oferecer (FERREIRA, 2005, p. 40).

O pensamento de Fikentscher, explica Ferreira, baseia-se em três proposições básicas: os “modos de pensar”, a “sinepeia” e os “métodos do direito”. O “modo de pensar”, *grosso modo*, é equiparado à mentalidade; A sinepeia – uma metateoria das ciências sociais – fornece

¹⁸² Observe-se que, para o autor, “*a new definition of law for anthropological purposes is sought, and in this context authority as an indispensable conceptual element of law is discussed in a new light with a focus on the relationship of law and justice. Legal pluralism will show two separable dimensions. Among the social science aspects of anthropology, empirical thinking and guidance by models are being contrasted and related to Pre-Socratic, Platonic and Kantian epistemology*” (FIKENTSCHER, 2009, p. 31).

as ferramentas analíticas; já os “métodos do direito” são as formas de concretização da justiça, em correspondência com os diversos modos de pensar (FERREIRA, 2005, p. 40-41).

Os diversos modos de pensar pretéritos e presentes e seus instrumentos jurídicos, observa Ferreira, encontram-se expostos na obra “*Métodos do Direito*”, publicada entre 1975 e 1977. A metateoria criada para a produção dessa obra foi apresentada organicamente ao público no trabalho “*Sinepeia e um Conceito Sinepeico de Direito*”, de 1980 (FERREIRA, 2005, p. 41).

5.5.2. Os modos de pensar e os métodos do direito

Ferreira explica que, em sua obra *Métodos de Direito*, Fikentscher, demonstrou como as diferentes respostas éticas sobre a “questão do sofrimento humano” geraram os “modos de pensar” vigentes, hoje, no planeta. Os modos de pensar são definidos como a mentalidade cultural da qual decorrem as características básicas dos objetos culturais de determinada sociedade e, evidentemente, de seus direitos. Os métodos de direito mencionados neste livro, destaca Ferreira, são as formas pelas quais se materializam a concepção de justiça própria de cada um dos variados modos de pensar e, desta forma, cada direito positivado representa um método em busca da concretização da justiça (FERREIRA, 2005, p. 42).

O direito e a justiça não podem ser entendidos, afirma Ferreira, como dois conceitos separados, nos quais o conhecimento transita de um para o outro. Devem ser compreendidos como uma relação entre filosofia e método, na qual o direito caminha, sempre, em direção à justiça (FERREIRA, 2005, p. 43).

Ferreira aduz que a justiça, como valor intrínseco de cada um, não tem muito a oferecer, pois não há meios para que esse valor se concretize. Para transformar os valores em realidade, dispõe-se do direito, da linguagem e dos comportamentos. O Direito traduz-se em uma busca insanável pela justiça, sendo que esta é aplicada por meio da linguagem, pois é por meio dela que se veicula o entendimento humano (FERREIRA, 2005, p. 44).

Assim, Ferreira aponta que Finkentscher¹⁸³ estabeleceu clara distinção entre o direito e demais modos de pensar na determinação de valores:

Direito é, sinepeicamente considerado, um dever atributivo de autoridade, sancionado e fundado numa valoração que se aperfeiçoa metodicamente em sistema e tempo, considerando-se que o peso dos quatro últimos fatores pode ser maior ou menor, a depender de cada modo de pensar. As características da atribuição de autoridade, da sanção e do dever definem o que sinepeicamente é direito. A justiça visada pelo dever (sinepeico) define para quê o direito deve servir. E as quatro características da valoração, do método, do sistema e tempo definem de quê o direito surge (FERREIRA, 2005, p. 45).

Ferreira aponta que a linguagem serve ao direito como um instrumento de positivação do mesmo, com atributos constantes do dever, autoridade e sanção; e com as variáveis da valoração, técnica, sistema e tempo. Portanto, as características do método do direito *lato sensu* devem ser entendidas, sustenta Ferreira, como grandes ideais do direito positivo, que derivam do modo de pensar – refletido nas constituições – decorrentes de postulados jurídicos, não devendo ser visto apenas como regras de interpretação jurídica ou de diversos direitos positivos (FERREIRA, 2005, p. 45).

Ferreira observa que em seus estudos comparados acerca das várias culturas humanas, Fikentscher concluiu que ao redor do mundo existem diversas concepções de justiça advindas de diferentes pensamentos e filosofias. Não há uma justiça universal, pois, a diferença geográfica e histórica influi no direito positivo, acarretando diferentes métodos para a concretização da justiça (2005, p. 46). De fato, observa Ferreira, cada cultura possui um modo de pensar diferente, cada uma com sua compreensão única acerca do tempo, conceito de história, causalidade e consequência. Desse modo, esclarece Ferreira, Fikentscher entendia haver uma “tabela periódica das culturas”, uma vez que os conteúdos e métodos do direito são particulares de cada identidade cultural (FERREIRA, 2005, p. 47).

A observação das diferentes culturas sob uma análise antropológica cultural, aduz Ferreira, permitiu observar o direito em todas as espécies de sistemas, o que vai além dos estudos de tratados jurídicos, originando o seu metamétodo. A antropologia cultural permite observar o ser humano em suas diversas relações com os meios aos quais pertence, tanto individualmente, quanto em sociedade, incluindo as interações com a arte, conhecimento,

¹⁸³ Veja-se Fikentscher (Synepeik, p. 118).

moral, costumes, direito, etc. (2005, p. 48). De fato, quando os princípios são considerados sob o enfoque antropológico cultural dos estudos de Fikentscher, percebe-se que seus desdobramentos passam pelo direito, pelo urbanismo pelos esportes e demais aspectos da vida societária, possuindo desdobramentos profundos, principalmente acerca da percepção do tempo. Além disso, as consequências dos princípios contrapostos estendem-se a domínios tão espontâneos e indômitos quanto as artes (2005, p. 229). Segundo Ferreira, a abordagem fikentscheriana explica o modo de pensar como um “estilo de pensamento”, isto significa que há uma atitude específica do pensador para com o objeto pensado. Transmite-se uma atitude do sujeito pensante para o objeto (FERREIRA, 2005, p. 230).

Ferreira (2005, p. 230) aponta como defeito a sugestão de que esse pensamento resta somente no âmbito da consciência, quando realmente é o oposto: o que modela o modo de pensar encontra-se em camadas profundas da pré-compreensão comum dos indivíduos de determinada cultura. Assim entende-se por modo de pensar “uma mentalidade que conecta a percepção humana de dados a um comportamento mentalmente refletido, modelando uma cultura, de forma predominantemente oculta” (FERREIRA, 2005, p. 230-231).

Dessa forma, observa Ferreira (2005, p. 231), é possível explicitar o pensamento implícito. É um processo no qual se seleciona, ordena-se e percebem-se as informações captadas pelos órgãos sensoriais, servindo como base para guiar o comportamento humano. Além disso, amolda a cultura em todas as formas, das mais básicas às mais complexas. Segundo o autor, Fikentscher traz mais robustez ao tema ao explicar que o modo de pensar como, em regra, mas não necessariamente, é a característica de uma:

“cultura” ou “civilização”, e pode ser misturada em dada sociedade com outros “modos de pensar culturais”. O típico em cada caso é – em essência – a resposta à ‘questão do “sofrimento”, isto é, à indagação do motivo e da origem do sofrimento e do “mal” neste mundo e sua correspondente resposta¹⁸⁴ (FERREIRA, 2005, p. 231).

Com a evolução, observa Ferreira, o conceito de modo de pensar passou a se situar em um “campo intermediário” entre as ciências exatas e as ciências humanas, não havendo mais objeções do direito quanto a ele. Tal ocorria antes, pois pensava-se nada existir, visto que a abordagem de Fikentscher era considerada uma ciência inexata que nada interessaria ao direito,

¹⁸⁴ Veja-se Fikentscher (*Methoden*, vol. 4, p. 13).

pois este estaria voltado para à “seleção de alternativas etológicas”, tão somente (FERREIRA, 2005, p. 231-232).

5.5.3. A sinepeia como metateoria das ciências sociais

Ferreira esclarece que a palavra sinepeia é derivada do grego *synpeia* – consequência lógica, coerência. Desta forma, o método proposto por Fikentscher poderia, assim, também ser dominado de consequencialismo ou coerencialismo. A sinepeia, afirma Ferreira, consiste em uma metateoria das ciências sociais, destinada a verificar a concordância de uma filosofia e de suas consequências, ainda que somente de modo axiológico. A ideia assemelha-se ao conceito de adequação da proporcionalidade, isto é, saber se determinado meio social pode contribuir para a obtenção do resultado pretendido (FERREIRA, 2005, p. 237).

Mas, para que isto ocorra, aponta Ferreira, é necessária a construção de metaconceitos e meta-avaliações que sejam comuns a várias culturas – como o tempo, espaço, o clima, o sofrimento humano, causalidade ou justiça – que permitam que essas culturas sejam comparadas. Assim, os “vários modos de pensar” são empregados como “unidades sinepeicas” (FERREIRA, 2005, p. 238):

Isso significa que no interior de um determinado modo de pensar, como unidade sinepeica, são dados uma compreensão específica de tempo, um determinado conceito de história, uma determinada concepção de causalidade e, com isso, de planejamento, uma determinada espécie de exposição tópica, sistemática ou de outra forma literária; ademais, apenas determinadas possibilidades de música e artes plásticas, sintaxe gramatical, concepção jurídicas, capacidade de organização da sociedade humana, desenvolvimentos econômicos etc., e daí um respectivo feixe conexo de consequências se constrói (FERREIRA, 2005, p. 239).

Assim, a sinepeia¹⁸⁵ tem como ponto de partida a possibilidade haver diversos caminhos para um pensamento coeso, crítico e racional, levando em consideração os pressupostos e consequências. “Essa (meta)modalidade de pensamento vai além do normal exame de uma teoria lógica ou axiologicamente correta”. A sinepeia, à semelhança do racionalismo crítico, renuncia ao debate fundado em raciocínios indutivos, porque incapazes de garantir uma

¹⁸⁵ “Isso significa que, no interior de um determinado modo de pensar como unidade sinepeica, são dados uma compreensão específica de tempo, um determinado conceito de história, uma determinada concepção de causalidade e, com isso, de planejamento, uma determinada espécie de exposição tópica, sistemática ou de outra forma literária; ademais, apenas determinadas possibilidades de música e artes plásticas, sintaxe gramatical, concepções jurídicas, capacidade de organização da sociedade humana, desenvolvimentos econômicos etc., e daí um respectivo feixe conexo de consequências se constrói” (FERREIRA, 2005, p. 247).

conclusão logicamente segura. Ferreira observa que as induções não demonstram a veracidade das teorias, mas apenas a falsificação destas, semelhantemente a sinepeia que renuncia a uma crítica meramente dedutiva de teorias, pois teorias diversas partem de axiomas diversos (FERREIRA, 2005, p. 239-240):

A sinepeia tenta, assim, não proceder a exames lógicos no interior de determinada teoria, (...), mas, sim, descobrir coincidências e divergências das consequências com seus pontos de partida eleitos, bem como os fins visados com a teoria. Essa descoberta de nexos entre axiomas e consequências “desce” na sinepeia, acaso necessário, até as consequências e eventos históricos. Ela ultrapassa conscientemente as fronteiras da lógica dedutiva – e provavelmente da falseadora – e adentra o campo das experiências axiológicas. (...). Ela ousa “falsear” com base na prova de consequências práticas no tempo e realidade observáveis (FERREIRA, 2005, p. 240).

Segundo Ferreira a sinepeia opera de tal modo que a primeira indagação do pensamento sinepeico não diz respeito à racionalidade de uma teoria, mas sim, sobre a coerência da mesma, afirma Ferreira. Por conseguinte, procura-se a correlação entre intenção e resultado, com base na história, na economia, no direito, entre outras instituições sociais. Por fim, indaga-se sobre a produção dos resultados da teoria, ou seja, se a mesma poderá produzir determinadas consequências, que não teriam ocorrido caso não fosse considerada (FERREIRA, 2005, p. 240-241).

A sinepeia, esclarece Ferreira, varia de um modo de pensar sistemático, para um modo de pensar tópico. Assim sendo, **esse pensamento não pode se orientar apenas pelas consequências, e sim pelas experiências e raciocínios colacionadas no processo sinepeico (grifo nosso)**, nos quais mesmo consequências reprovadoras poderão ser objeto de discussão (FERREIRA, 2005, p. 241).

Segundo a orientação de Ferreira, a sinepeia admite uma variedade de pensamentos, não havendo necessidade de restringi-la a um determinado tipo de axioma. Ela admite “a argumentação lógico-sistemática, tópica, especulativa”, além de se “manter distante da discussão sobre valores”. E, no escoamento relacionado da história e do tempo, a filosofia pode ser avaliada em observância aos desenvolvimentos na história e no presente, deste modo, “fatos tornam-se juízes de filosofias” (FERREIRA, 2005, p. 241-242).

Quanto à relação entre sinepeia e hermenêutica, Ferreira observa que o limite do pensamento sinepeico encontra-se no conhecimento do intérprete sobre a comparação entre

culturas, pois não há como se desvencilhar de suas pré-compreensões. Nessa seara, a (meta)teoria estabelece que ao se compreender culturas e comparar seus aspectos, não se deve medir ou julgar as mesmas, com base na vivência do observador. Deste modo, o pré-conhecimento do observador não pode servir para avaliar determinado modo de pensamento, os juízos de valor somente devem ser feitos com base nos resultados obtidos entre as opções sinepeicas (FERREIRA, 2005, p. 242).

A (meta)teoria, esclarece Ferreira, só pode ser compreendida em culturas devidamente estruturadas¹⁸⁶ devido às categorias de extraposição e perspectiva. De tal modo que as características “justo” e “injusto” encontram-se fora do alcance dos homens. Dessa forma, conseguem raciocinar sobre a sua própria teoria, trabalhando comparativamente. “Em outras palavras, apenas as culturas extrapoentes raciocinam tanto teoricamente quanto metateoricamente” (FERREIRA, 2005, p. 242).

5.5.4. A proporcionalidade como resultado das extraposições éticas

Segundo Ferreira, a proporcionalidade figura entre as bases do direito atual ao aceitar “a interação dos elementos da estruturação trágica helênica e os da estruturação eleutérica judaico-cristã”. Segundo o autor, essas duas vertentes formaram a base do direito ocidental. Assim, a proporcionalidade adquire grande relevância no âmbito jurídico, pois é capaz de conciliar estruturas nas quais existem muitos pontos em comum e algumas divergências notáveis (FERREIRA, 2005, p. 246).

O autor, ao considerar Fikentscher, percebe que a atual democracia conecta as duas estruturas acima mencionadas. E cita que os valores são temas que estão sujeitos à maioria, e que somente serão duradouros quando os contravalores – formados pelos valores impositivos de limites, valores-moldura e valores-fundamentais – assegurarem os fluxos de valoração. Assim, quando a maioria forma conceitos dos valores, surge a reclamação do modo de agir da

¹⁸⁶ Ferreira observa que somente “as culturas estruturadas estão em condições de pensar na metateoria e no meta-sistema, graças às categorias da extraposição e perspectiva. Na medida em que o critério para sentenciar o justo e o injusto se encontra fora do alcance dos homens, numa instância que lhes é superior, eles ganham perspectiva. A partir daí, conseguem duas coisas: pensar sua própria teoria e sobre ela. Em outras palavras, apenas as culturas extrapoentes raciocinam tanto teoricamente quanto metateoricamente, ou seja, trabalham comparativamente” (FERREIRA, 2005, p. 243).

sociedade, dando início a uma democracia dotada de valores fundamentais (FERREIRA, 2005, p. 246).

Quanto à configuração da sociedade ocidental hodierna, Ferreira esclarece que esta possui bases estruturantes jurídicas – e não mais religiosas – cuja formação advém da harmonização da trágica helênica e da eleutérica judaico-cristã, que possuem duas premissas, quais sejam:

A premissa ontológica assevera a existência do valor justiça, ao passo que a epistemológica nega ao ser humano a capacidade para conhecê-la de modo pleno. Por isso, há muitas características comuns à extraposição trágica e à eleutérica: o alcance apenas parcial do ideal de justiça, a recusa ao agnosticismo jurídico e uma atitude finalista, de empenho na busca dos objetos ideais, inclusive, naturalmente, da noção do justo (FERREIRA, 2005, p. 247).

A diferença principal entre as duas extraposições resta na relação com a metafísica. Enquanto a tragédia helênica nega a “revelação divina”, a extraposição judaico-cristã se afirma dela portadora. A tragédia helênica – pensamento grego – entendia que o ser humano é dotado de liberdade de ação e de pensamento, de forma a determinar sob qual direito deseja viver, e, para tanto, socorre-se do racionalismo – *logos*. Entretanto, toda essa liberdade deixava a minoria indefesa a mercê do detentor do poder. Com a morte de Sócrates, as noções de direito ficam mais evidentes, sendo entendido como um mecanismo para que ordem jurídica seja um “meio conscientemente empregado para conformação social”¹⁸⁷ (FERREIRA, 2005, p. 248).

Vencida a extraposição da tragédia helênica, Ferreira passa a considerar a extraposição da eleutérica judaico-cristã. Essa extraposição desenvolve a estrutura para a proteção do homem. A proteção servia contra as arbitrariedades da minoria que detinha o poder. O ideal da pessoa humana é de extrema importância nesse momento, já que o homem é “feito à imagem e semelhança de Deus”. Nessa época, a religião comandou mesmo quem não era adepto a ela, durando até a ruptura do Estado com a Igreja (FERREIRA, 2005, p. 249).

O atual cenário jurídico, na percepção de Ferreira, harmoniza as duas modalidades de extraposição, combinando as vantagens de cada uma e excluindo as desvantagens, assim:

¹⁸⁷ Necessário lembrar que, para os gregos, o homem só é livre porque é racional e, por ser racional, é capaz de exercitar sua liberdade assumindo a responsabilidade sobre as consequências dos seus atos, decisões e escolhas.

A extraposição trágica, com seu método de busca livre e racional de meios que melhor atendam aos fins da coletividade, com frequência esbarra em limites impostos pela extraposição eleutérica, de índole teológica. O método jurídico da extraposição trágica de livre estabelecimento racional e dialógico dos fins coletivos e dos meios para sua obtenção frequentemente esbarra em limites de respeito ao ser humano, impostos pela extraposição eleutérica, de índole teológica (FERREIRA, 2005, p. 249-250).

Neste ponto, Ferreira especula que a democracia é orientada principalmente pela vontade da maioria e pela positivação de direitos fundamentais. Ora, por ser orientada pela maioria, eventualmente, a minoria perde, pois vale aquilo que a maioria diz. Entretanto, mesmo a menor parcela de indivíduos será detentora de direitos, não podendo deles dispor. De certo, sustenta o autor, a pesquisa acerca da justiça nas sociedades contemporâneas não será de livre convicção, mas sim pautada pelo respeito à pessoa. A colisão entre as vertentes – extraposição grega e a judaico-cristã – não tem o condão de desmontar o sistema em sociedades já estruturadas, pois dialogarão com os “valores a serem transformados em prescrições jurídicas”, possuindo como fronteira os valores fundamentais que nascem das relações “divinas” (FERREIRA, 2005, p. 250).

Essa extraposição, segundo Ferreira, pode ser resumida na razão grega em busca da realização dos valores morais judaico-cristãos. Indubitavelmente, a filosofia racionalista grega contribuiu de maneira extensiva nos instrumentos da lógica e no conceito material de justiça:

A suposição da mera instrumentalidade do pensamento grego na composição da ideia em foco seria um equívoco. (...) Espera-se que fique patente a incindibilidade das noções de *logos* e *ethos* gregos, quando se recapitular a origem do direito ocidental na revolução da *polis*. A simbiose entre esses conceitos helênicos pode desde já ser entendida em duas ilustrações. A formulação “lógica” e aparentemente desprovida de conteúdo da igualdade de tratamento entre duas pessoas iguais à luz de certo critério esconde uma opção axiológica viva como brasa. A isonomia foi arrancada dos nobres a duras penas na Grécia antiga e não tem, ainda hoje, apreço universal. Idêntica observação parece adequada à essência da democracia, definível fria e aritmeticamente como o cômputo dos votos livres favoráveis e contrários a certa proposta. Além de resultar da aplicação da isonomia ao poder político, ela é repulsa consciente ao mando arbitrário, presente nas culturas fragmentadas (FERREIRA, 2005, p. 251).

Assim, segundo Ferreira, também influenciaram as religiões judaica e cristã, combinando o objeto jurídico com o método e conteúdo da tragédia helênica, que influíram para uma elaboração contemporânea da proporcionalidade em uma extraposição ética e histórica, com realce à proteção humana (FERREIRA, 2005, p. 251-252).

5.5.5. Sinepeia, proporcionalidade e teleologia

Ferreira entende que a legitimação dos direitos pelos fins não é capaz de conferir garantias aos direitos, em especial os fundamentais. Essa falta de legitimidade inclui uma restrição por meio da finalidade e proporcionalidade. Inobstante, essa mesma finalidade não estabelece se a proporcionalidade¹⁸⁸ é justa e liberta da falácia naturalística – ser e dever ser – principalmente no que se refere aos direitos fundamentais e posições jurídicas que não podem ser garantidas apenas com base do ponto de vista finalístico (FERREIRA, 2005, p. 292).

Consustancia-se, observa Ferreira, um conceito de justiça autônomo e independente: “o reconhecimento incondicional da autonomia e do conteúdo protetivo dos direitos das pessoas”. A preocupação é que essa autonomia e esse conteúdo se voltem para ideologias coletivistas extremas. Neste sentido, o autor explana que “a objeção pode estar correta, do ponto de vista lógico, mas não do sinepeico”. Nela se expressa muito mais uma possibilidade resultante da combinação de puros conceitos, do que verdadeiro evento histórico (FERREIRA, 2005, p. 293).

Ferreira acredita que por meio da análise sinepeica é possível provar que as ditaduras se originaram em elementos fora do direito (2005, p. 292-293). Assim, os possuidores do poder, com fulcro em dogmas religiosos, políticos, econômicos, étnicos, utilizaram-se dessa extraposição para legitimar suas convicções subtraindo-as da discussão livre e igualitária. Essas verdades, de acordo com Ferreira, nas mãos dos detentores do poder, eram transformadas e impostas como princípios orientadores da vida comum, não abrindo espaço para discussões a seu respeito (FERREIRA, 2005, p. 294). Em termos gerais:

Não há espaço para a proporcionalidade aí, pois o correto nessas sociedades é a maior aproximação possível de uma finalidade indiscutível. Quanto mais se desenvolve certo fim, melhor se age. Logo não há por que ponderar esse fim com outros. A proporcionalidade, ao contrário, parte da dúvida metódica, isto é, da ideia perspectivista de que não se pode conhecer a verdade por inteiro, mas apenas suas

¹⁸⁸ Neste contexto, Ferreira argumenta que a proporcionalidade advém de um fato histórico remoto, qual seja: “o estabelecimento do conceito de soberania estatal dos primórdios do Estado moderno, quando o poder político deixou de ser o garante das antigas bases jurídicas acordadas entre senhores e vassallos medievais, e se transformou no organismo dinâmico, dotado de novas funções e, em contrapartida, capaz de ameaçar os direitos subjetivos das pessoas. As inúmeras funções a partir de então assumidas pelo Estado iam muito além da tradicional manutenção da segurança e abrangiam os fins implícitos e frequentemente insondável fórmula do bem comum. O dinamismo da ordem jurídica, que abandonou a ideia de mero garante do status medieval de cada segmento da sociedade, tornou-se fundamental para a proporcionalidade, na medida em que a busca do bem-estar comum alterava o esquema medieval e significava interferência em direitos subjetivos” (FERREIRA, 2005, p. 564-565).

diversas facetas¹⁰⁵⁰. Justamente por isso, é preciso discutir a justiça com o objetivo de se tomar a decisão menos limitada possível. Devem-se confrontar ideias para saber, enfim, se a minha concepção de justiça ou a alheia é a mais correta ou menos imperfeita (FERREIRA, 2005, p. 294).

Em uma segunda análise, Ferreira faz referência ao conceito de *disnomia* de Sólon. Assim, o direito legitima-se externamente e, só então, habilita-se a reger a vida social, ou seja, o direito depende do reconhecimento explícito da coletividade, já que a “ordem aparentemente imposta por tirano não passaria de *disnomia*, oposta à *eunomia*, obtida com a justiça”. Segundo Ferreira, a proporcionalidade como instrumento de proteção dos direitos fundamentais confirma que a sinepeia de direitos estruturados origina a avaliação metódica entre diversos valores pelo direito (2005, p. 295).

Nesse sentido, Ferreira lembra que a sinepeia busca a compreensão dos objetos culturais no contexto da forma de pensar que os gerou (2005, p. 639) e utiliza-se de um conto literário para conceituar a sinepeia, pois considera que o uso da imagem literária é legítimo, pelo fato de que os conceitos jurídicos são incapazes de exprimir adequadamente o grau de interação das noções básicas da estruturação social no interior da proporcionalidade (2005, p. 640). Ferreira propõe extrair de um conto literário de Borges¹⁸⁹ que “um sistema não é outra coisa senão a subordinação de todos os aspectos do universo a qualquer um deles” (2005, p. 640). Ferreira aduz que as definições jurídicas são perspectivas e, por isso, têm as virtudes e fraquezas desse modo de pensar do mundo. Desta forma, afirma, é necessário combinar a ótica perspectivista e aspectivista nas ciências contemporâneas, pois, a perspectiva é capaz de nos informar sobre o todo, a partir de um único ponto de vista e deve, por conseguinte, estar associada ao aspectivismo, a fim de enumerar as diversas partes e os momentos em que o fenômeno se decompõe, para que dele tenhamos ideia mais fiel (FERREIRA, 2005, p. 641).

Para Ferreira, então, passa a considerar outra obra de Borges, o *Aleph*, para explicar a sinepeia sob a forma de imagem literária, afirmando:

O Aleph de Borges é a intuição e a resposta a esse problema, na forma de imagem. À falta de equivalente no direito, experimentou-se trabalhar aqui com os modos perspectivistas e aspectivos de se ver um objeto cultural, fundado nos modos de pensar e na Sinepeia de Fikentscher, à semelhança do conceito de complementaridade física de Niels Bohr. As centenas de páginas antecedentes são o experimento dessa ideia. Nelas se listaram, de início, os componentes aspectivos do objeto estudado, extraídos

¹⁸⁹ Veja-se Borges, *Tlön, Uqbar, Orbis Tertius*, 1940, p. 436.

dos modos de pensar para, depois, ver sua dinâmica sinepeica, em diversas perspectivas históricas (FERREIRA, 2005, p. 641).

Ferreira afirma que a estruturação é um modo de pensar indispensável à ideia de proporcionalidade e que as sociedades que são consideradas estruturas que possuem uma percepção aguçada sobre noções de tempo, de causalidade, sistema, perspectiva, extraposição ética e presença de relações transversais entre seus membros (FERREIRA, 2005, p. 642).

5.5.6. Causalidade aguçada e prospecção dos efeitos

Segundo Ferreira, a atual ideia jurídica acerca da proporcionalidade pressupõe um pensamento estruturado resultante da causalidade (2005, p. 644). De fato, o autor observa que “a filosofia de Heráclito predominou no Ocidente, ao postular a existência do *logos*, um princípio que informa e explica a natureza e pode ser racionalmente compreendido. O *k* gerou, entre outros produtos, a causalidade” (FERREIRA, 2005, p. 645).

As sociedades estruturadas, sustenta Ferreira, assentam seu modo de pensar na definição de causalidade que se retira da filosofia kantiana¹⁹⁰: “a dignidade da síntese de causa e efeito, que não se pode em absoluto expressar empiricamente, está em que o efeito não apenas advém da causa, mas também que é produzido *por* ela e resulta *dela*” (2005, p. 645). O autor aponta que a teleologia é um dos quatro tipos mais comuns de causa, e esta, presente na proporcionalidade, traz a ideia de meios equilibrados à obtenção de um fim, possuindo pressuposto semelhante a causalidade (FERREIRA, 2005, p. 646).

Ferreira afirma que a teleologia ao considerar certo evento num sistema, parte das consequências, enquanto a causalidade o examina do ponto de vista de seus fatos antecedentes (2005, p. 646), deste modo, o pensamento teleológico pensa nas diversas consequências de uma causa, mas apenas uma interessa ao observador; enquanto a causalidade admite vários antecedentes de determinada consequência, conquanto apenas uma delas é considerada na linha de consideração (2005, p. 646), desta forma, segundo Ferreira:

(...) devem-se distinguir duas questões a serem, contudo, respondidas conjuntamente no mesmo contexto. A primeira e fundamental delas é: qual o sentido, afinal, há em se interpretar causalmente a unidade do agir experimentada naturalisticamente, isto é, como diferença entre causa e efeito? Somente quando essa questão estiver respondida,

¹⁹⁰ Veja-se KANT, *Vocabulaire*, p. 130.

e apenas em relação a essa resposta, pode-se formular a segunda, de qual sentido há em se caracterizarem determinados (e não todos os) efeitos do agir como fim, e o agir, ao contrário, como meio. No que interessa aos direitos estruturados, Fikentscher notou com precisão: “o ser humano ‘ocidental’ está acostumado a contemplar qualquer problema que lhe diga respeito alternativamente sob dois pontos de vista; de um lado, o da causa e efeito e, de outro, o da livre decisão. Pensamentos causal e final dominam a cultura ‘ocidental’” (FERREIRA, 2005, p. 646-647).

A proporcionalidade é a combinação de ambos os pensamentos ocidentais, isto é, da causalidade com a finalidade: a relação lógica de causa e efeito serve à teleologia de proteção da pessoa, definida como o ser moral dotado de liberdade e, por isso, dignidade (FERREIRA, 2005, p. 647).

5.5.7. O sistema tridimensional sinepeico

A proporcionalidade só ganha sentido caso inserida de modo estruturado a produção de conhecimento, adverte Ferreira. O termo *princípio* possui vários significados atribuídos pela filosofia, Ferreira lembra que no pensamento Fikentscheriano “um enunciado sistemático (das ciências valorativas) é uma predicação acerca de dois termos (indivíduos), que se relacionam a um princípio, ou acerca de um princípio que se relaciona a dois termos” (2005, p. 654). Assim, para se afirmar alguma coisa sobre algo desconhecido a partir de outro ponto desconhecido, necessita-se do princípio que é comum e superior¹⁹¹. Donde a conclusão:

Aqui repousa a exigência, imposta já por Christian Wolff, segundo a qual um sistema há de possuir um princípio que contenha, pelo menos, um enunciado igual sobre circunstâncias que lhe sejam subordinadas. Essa primeira exigência feita ao conceito de sistema consiste na admissão de haver uma diferença entre o geral e o particular. Por meio da ligação dos dois primeiros pontos pelo princípio comum, o quadro se torna tridimensional. Ele ganha perspectiva (FERREIRA, 2005, p. 654).

Ferreira lembra que Fikentscher considerava que as sociedades cuja cultura era fragmentada não possuíam um direito sistemático, já que suas normas não se baseavam em princípios. Além disso, como não havia distinção entre o público e o privado, a proporcionalidade jurídica era inviabilizada. Contudo, para a correta compreensão do tema, não se deve reduzir a concepção dos princípios apenas a formas do pensamento. É necessário compreendê-los como “conteúdos concretos de determinados ‘modo de pensar’” (FERREIRA, 2005, p. 655).

¹⁹¹ Veja-se Fikentscher, *Methoden*, p. 103-104.

5.5.8. A proporcionalidade como articulação entre ambas as modalidades de extraposição ética

A proporcionalidade, afirma Ferreira, é um conceito que advém de certos valores considerados categóricos para as civilizações estruturadas. Em uma construção formal na qual se baseiam essas sociedades e que detém um direito estruturado, não há como dissociar os conteúdos dos seus preceitos normativos (2005, p. 656). Os valores e normas são ferramentas resultantes da extraposição ética, sendo axiomático nela que o “critério distintivo entre o bem e o mal não se encontra no interior da sociedade, nem está nas mãos de nenhum de seus membros, mas, sim, fora do alcance de qualquer deles” (FERREIRA, 2005, p. 657).

Em contrapartida, aponta Ferreira, na extraposição “eleutérica”, o conceito de ética encontra-se extrínseco a sociedade, pois este conceito somente quem pode proferir, e com exclusividade é deus – ou, como diria Kant, *das Ding an sich*, a coisa em si, o *noúmeno*. Como características das religiões judaica e cristã, somente “deus” distingue o que é certo e o que é errado, devendo os fiéis permanecer a “ele” devotados. Todavia, o critério ético da extraposição “trágica, subtrai ao alvedrio dos indivíduos, por se localizar em ponto ideal e transcendente, perspectivado e exterior à dimensão palpável da existência” (2005, p. 657). Ferreira aduz que essa forma de estruturação ética por meio da extraposição, constitui-se como pressuposto filosófico da proporcionalidade para o direito:

A proporcionalidade somente foi construída, quando superada a pretensão de totalidade do Estado, isto é, quando o Estado passou a ter fins limitados ou ao menos delimitáveis. (...) a associação da limitação teleológica do Estado às ideias democráticas gerou o resultado do poder público necessitar de autorização especial sempre que a persecução dos seus fins, agora definidos, interfira na esfera de liberdade dos particulares¹⁹² (FERREIRA, 2005, p. 657).

Na Antiguidade, as assembleias dos *logoi* eram alternativas aos inconvenientes das culturas fragmentadas, lembra Ferreira. Assim, só o diálogo levava a efetivação dos valores abstratos na vida quotidiana (2005, p. 658). Na Renascença, afirma Ferreira, os Estados criados à época não estavam subordinados a nada e a ninguém. O limite imposto à finalidade estatal plainava em um ponto axiológico suspostamente sobre a sociedade (2005, p. 658). Por conseguinte, a extraposição ética na Idade Moderna jazia no “conceito judaico-cristão

¹⁹² Veja-se Hirschberg, *Verhältnismäßigkeit*, p. 3.

progressivamente secularizado, em combinação com a paulatina limitação teleológica do Estado” (FERREIRA, 2005, p. 658).

Tomando essa explanação como plano de fundo, Ferreira argumenta, se a extraposição é relacionada à adjudicação do padrão ético a um “deus” que transcende o tempo e o espaço, esse axioma resultará na conclusão de que os humanos sempre se encontram errados perante a divindade. Por outro lado, a extraposição grega tem como origem a tragédia da condição humana. Nesse caso, os homens assumem a responsabilidade dos seus atos, obrigando-se a diminuir as imperfeições congênicas e reunindo nas *polis* para discutir os rumos da existência humana (FERREIRA, 2005, p. 659). Assim sendo:

Se todos se situam no mesmo plano de dignidade, nenhum se predispõe a aceitar determinações unilaterais do momentâneo ou mesmo vitalício titular do poder. Antes pelo contrário, cada pessoa sente-se munida de dignidade teológica ou epistemológica que o habilita a interferir nos rumos da coletividade ou de sua própria vida. (...) isso significa que os integrantes de sociedades estruturadas não confiam ao Estado a livre escolha das finalidades a perseguir e nem se quer lhe dão carta branca para a adoção de qualquer meio para atingi-las. Ao contrário, desejam influir na seleção dos fins públicos e, não contentes com isso, também exigem que os instrumentos postos em marcha nessa direção sejam adequados, necessários e proporcionais aos objetivos criados. (...) A proporcionalidade entra aqui para equilibrar as tendências contraditórias entre a livre pesquisa dialógica e racional do direito e o respeito mínimo ao ser humano (FERREIRA, 2005, p. 659).

Ferreira aponta que a história do conhecimento da proporcionalidade corrobora o entendimento de que esta pertence às culturas devidamente estruturadas. Desta forma, a função da proporcionalidade é auxiliar a harmonia entre as exigências racionais e a finalística da vida coletiva, hauridas da extraposição trágica, com o objetivo de preservar a pessoa, advinda da extraposição eleutérica (2005, p. 660). Nas palavras de Ferreira:

A proporcionalidade age como a pedra de toque de um sistema ético, de fundamento racionalista, mas imbuído de valores teológicos secularizados. Trata-se da última barreira ao exercício do poder político das maiorias sobre os mais frágeis, a não ser se contentar com a arbitrariedade na elaboração ou aplicação do direito, ainda quando revestida de argumentos de aparência racional (FERREIRA, 2005, p. 661).

O antagonismo dessas duas correntes extrapositivas encontra na proporcionalidade a harmonia necessária para conciliar as imposições da maioria, com o amparo do indivíduo, das minorias e dos possuidores do escasso poder contra a hipótese de tomada de qualquer alternativa decorrente de escolhas atinentes à democracia.

5.5.9. Sinepeia constitucional

Ao realizar a interpretação constitucional, aduz Sampaio (2013), o intérprete deve perguntar-se sobre os possíveis efeitos reais e práticos de sua decisão. Um dos pressupostos consiste em interpretar a constituição analisando as circunstâncias a fim de promover maior integração cultural, social e política. Entretanto, essa eficácia perlocucionária¹⁹³ da linguagem demanda o esforço do intérprete tentar prever as reações e repercussões práticas de sua interpretação, objetivando adotar a solução mais adequada do ponto de vista intelectual e, na realidade social, a mais exitosa, ampliando a cultura de civilidade e tolerância dos indivíduos. Isto configura a exigência de aceitabilidade da interpretação em dada ordem social (SAMPAIO, 2013, p. 468).

A realidade – tomada em sua concretude e materialidade, bem como em suas estruturas relacionais – é um importante pressuposto da norma, além de instigar o intérprete constitucional a ser, ele mesmo, um partícipe do processo de construção dessa realidade, seja para manter as coisas como estão (*statu quo*), ou para introduzir mudanças fáticas que promovam a justiça individual e social – ambas defendidas e exigidas pela Constituição. Assim, cobra-se uma visão futurista do intérprete, uma sólida capacitação prospectiva que facilite e promova o seu olhar para o momento posterior à publicação da decisão do intérprete constitucional (SAMPAIO, 2013, p. 468).

A linguagem faz parte de um processo cultural que reflete as coações e opressões institucionalizadas e naturalizadas entre diversos segmentos sociais, distorcendo as compreensões que temos das coisas no mundo, bem como nossas percepções e pré-conceitos. Por este motivo, o intérprete deve duvidar do texto, interpretando-o de modo a ler com os olhos dos mais oprimidos, visando, então, o compromisso com as consequências. Assim, o intérprete

¹⁹³ Os atos perlocucionários, segundo Novellino (1998), são aqueles capazes de obter um dado efeito no interlocutor por meio da: “execução de um ato locucionário ou ilocucionário, não em virtude de uma convenção que estabeleça uma equivalência, mas em virtude de uma consequência natural, ou causal. Atos perlocucionários são, por exemplo: assustar, intimidar, convencer, persuadir, dissuadir etc. Mesmo quando esses atos só podem ser realizados através de um meio linguístico (assim só posso persuadir enunciando razões), a relação entre o meio linguístico utilizado e o efeito perlocucionário visado é uma relação de meio e fim, portanto, uma relação instrumental que depende de um nexos causal. Ao contrário, a relação entre o meio linguístico utilizado e o efeito ilocucionário visado é uma relação convencional, no sentido de que é uma convenção que estabelece a equivalência entre dizer e fazer” (NOVELLINO, 1998, p. 145). Percebe-se, pelas colocações de Novellino, o quanto essa dimensão da linguagem é relevante para o discurso jurídico.

deve ser crítico e desconfiar da “subversão do real” decorrente da escrita, na procura do que está oculto no texto ou se apresenta falsamente (SAMPAIO, 2013, p. 469).

Tal método de interpretação, segundo Sampaio, não invade os poderes políticos, mas sim o inverso, pois está situado no campo do intérprete das normas¹⁹⁴. O intérprete não é cego às consequências ou exigências positivadas na Constituição. Demanda a necessidade de coerência com as práticas adotadas, realizando uma “leitura política” sobre a identidade, a consistência e a integridade do sistema jurídico, sempre visando aperfeiçoar o sistema, através da narrativa histórica e interpretação do “melhor possível” ou “*in its best lights*”¹⁹⁵ (SAMPAIO, 2013, p. 469).

Sampaio (2013) aponta a necessidade de ampliar os horizontes interpretativos para incorporar as suas consequências. Segundo Sampaio, os juízes desenvolvem uma abordagem particular da interpretação jurídica, formando e aperfeiçoando uma teoria política sensível a tais questões, que dependerá da interpretação nos casos específicos (SAMPAIO, 2013, p. 469).

A utilização dos textos normativos possibilita a compreensão das práticas sociais além da atuação sobre elas. Desta forma, mesmo que não se perceba, a interpretação de um texto é uma ação de compreensão, de reprodução dessas práticas, bem como a transformação do texto, quando se tomam em conta as possibilidades que a interpretação resulta (SAMPAIO, 2013, p. 470).

Com esse intento, pode-se pensar numa graduação do ativismo judicial: desde a “otimização” das possibilidades emancipatórias de certas normas constitucionais, como o princípio da sociedade justa, a função social da propriedade e a intervenção estatal até no exagero, a desconsideração do texto constitucional como referência ou a aceleração de seu desgaste como sistema constitucional, por sua aplicação “segundo a consciência jurídica socialista”, de modo a viabilizar a sua substituição por outro sistema mais consentâneo com uma sociedade iguais (SAMPAIO, 2013, p. 470).

A perspectiva da “interpretação emancipadora” nos moldes dos estudos jurídicos críticos, em seu viés mais sectário, politiza demasiadamente a interpretação constitucional por

¹⁹⁴ Sampaio (2013, p. 469), nesse sentido, cita que, para Dworkin (1991, p. 232-257), “juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política”, mas, vale ressaltar que não é em sentido partidário.

¹⁹⁵ Veja-se Dworkin (1991, p. 139).

meio do princípio da legalidade, possibilitando que o intérprete se ponha a refazer o mundo segundo o seu sentimento e dinâmica de transformação social.

Sampaio ressalta que as mudanças mais profundas e duradouras não são feitas por mero e simples ativismo judicial. A interpretação constitucional deve ser direcionada para os fóruns políticos e deliberativos, de modo que o Poder Judiciário só atue em situações excepcionais, cabendo aos intérpretes a responsabilidade pela direção dessa transformação (SAMPAIO, 2013, p. 470).

5.5.10. O sujeito se faz presente

O sujeito do discurso da ciência está apagado nela, isto é, está presente por sua ausência (PÉCHEUX, 1975).

Oliveira (2014, p. 3) denuncia que a impessoalidade é uma veemente recomendação dos “teóricos na abordagem do texto acadêmico”¹⁹⁶. De fato, o discurso acadêmico, com sua perfilhação “científica” e “tecnicista”, opera através das estratégias linguístico-discursivas do distanciamento e apagamento do sujeito, o que o torna, segundo o autor, “frio e genérico”, pois ao colocar o texto na terceira pessoa apaga-se, também, “o princípio da autoridade de quem propõe uma solução para o problema investigado”. Oliveira ressalta que “a autoria imprime força à solução, na medida em que expressa a responsabilidade e o comprometimento do pesquisador com os resultados alcançados” (OLIVEIRA, 2014, p. 3).

Desta forma, o autor que aqui vos fala coloca-se, deste parágrafo em diante, na primeira pessoa, ainda que do plural, pois plurais e diversas são as vozes que o atravessam e, ao atravessá-lo, o constituem como pessoa, quiçá, humana, mesmo que incompleta em sua finitude e pequenez.

¹⁹⁶ Segundo Taschetto (2004), “o discurso da ciência, mesmo que reivindique a objetividade, a neutralidade e a monotonia, pode ser avaliado como qualquer outra retórica: há um discurso do *outro* dissimulado no do *eu*. Não há como reivindicar um distanciamento absoluto, porque o discurso se constrói na mesma medida em que o sujeito se constrói, atualizando a língua neste processo de construção [...] A visão de imparcialidade imputada à ciência é transposta para o texto que se propõe a relatar a experiência científica, através de estratégias formais capazes de causar essa mesma ilusão de imparcialidade, de objetividade. Há uma retórica característica de todos os discursos institucionais, qual seja a de tentar apagar outras vozes para fazer soar apenas a voz autorizada, numa ilusão de monofonia” (TASCETTO, 2004, p. 1).

Colocar-se presente no texto, quando aqui já nos preparamos para findá-lo significa assumir total responsabilidade por cada palavra nele bordada, pinçada de vários fragmentos, enxertada em um mosaico caleidoscópico de angústias, dúvidas e deslumbramento com cada nova descoberta, cada nova inquietação. Só sabemos que nada sabemos. Talvez isso torne a cada um de nós maiores do que somos, pois quem nada sabe muito tem a aprender.

Portanto, retomando o caminho da lançadeira entre as tramas e urdiduras do texto, o que deprendemos de Sampaio (2013), e que vale tanto para a interpretação constitucional quanto para legal (e assemelhadas), é que a atividade interpretativa no campo do direito é realizada *pari passu* com a consideração dos possíveis efeitos reais e práticos das decisões. Tal se dá por uma razão: o direito é um instrumento de modelagem social. Como dizia o falecido Miguel Reale, uma “engenharia jurídica”, o que facilmente se constata na própria etimologia das palavras “norma” e “regra”, que remetem para os instrumentos da construção civil dos romanos¹⁹⁷.

De fato, Sampaio (2013) reconhece o caráter “edificante” (e, por conseguinte, “demolitório”) do Direito quando adentra a sua dimensão perlocucionária: interpretação e argumentação são duas faces de uma mesma moeda – a moeda das trocas linguísticas¹⁹⁸ com a qual trocamos experiências e construímos (espera-se) consensos. Em uma sociedade democrática, buscamos discutir, debater, deliberar, convencer e, então, decidir. Compartilhamos visões de mundo (*Weltanschauung*), selecionamos perspectivas isoladas, a partir das quais tentamos construir uma *imago mundi*, uma imagem da realidade, onde haja um mínimo de coerência e propósito, capazes de justificar não apenas a nossa existência, mas a existência e a perpetuação das instituições que criamos ao longo de nossa história no planeta.

Com isso aprendemos (ou será que ainda não?) que a democracia é inseparável do efetivo exercício da cidadania e este se dá através do discurso e no discurso. O discurso democrático busca o convencimento, se estabelece no jogo argumentativo. Não se reduz a

¹⁹⁷ Veja-se *regulus, rex, regem* – o que rege, reina, regula. A régua. Norma, por sua vez, era o esquadro, aquilo que esquadrinha, normaliza e normatiza a vida social.

¹⁹⁸ Na concepção de Bourdieu (1998) há um mercado de trocas linguísticas e, “quanto mais oficial o mercado, isto é, praticamente ajustado às normas da língua legítima, tanto mais dominado pelos dominantes, quer dizer, pelos detentores da competência legítima, autorizados a falar com autoridade” (BOURDIEU, 1996: 56). Neste mercado, através do *habitus*, as vozes sociais são organizadas em padrões de produção e recepção dos sentidos. Tais padrões podem oprimir, mas também emancipar.

meros expedientes de retórica ou ao uso manipulatório de entimemas. Que não nos esqueçamos das lições de Perelman e Olbrechts-Tyteca (1996) a esse respeito. Precisamos constituir e zelar pela manutenção de um espaço público onde o jogo argumentativo possa ser exercitado para impedir que as instituições democráticas morram (se é que ainda estão vivas e, não se sabe por quanto tempo).

Por essa razão, não há como conceber um Direito (urdido em bases democráticas) para o qual as considerações de ordem prática, a avaliação prévia das consequências das decisões já não sejam, por essência, algo a ele inerente. Um Direito de tal espécie, flutuante e estratosférico, sem as amarras que lhe atam ao mundo da vida vivida, ao *lebenswelt*, é uma experiência antepredicativa, tal como definiu Husserl (1980), e, por conseguinte, o coloca na dimensão do inimaginável (ou seria no “mundo de faz-de-conta” Waratiano?), só sendo possível concebê-lo como “real” se, primeiramente, forem dele subtraídos seus fundamentos jusfilosóficos e sua finalidade última: a realização do ideal de justiça.

Em suma, só é possível imaginá-lo no campo de concentração global de Agamben (2002), onde a exceção é a regra, pois, contrariando o senso comum, o cárcere não nos oferece a dimensão do real. O real radica-se na vida plena, no *euzein* dos antigos gregos, ele se presentifica na carne humana, no homem de carne e osso de Miguel de Unamuno, no húmus, na natureza. Não há realidade fora da vida e do respeito pela sua dignidade intrínseca e insuprimível. O campo de concentração global de Agamben é a não vida do *homo sacer*, e, por isso mesmo, está fora do real, imerso nos delírios e na desmesura extrema dos agentes da morte, propagadores da mistanásia, que, hoje, dominam as instituições, ironicamente, criadas para defender a vida.

Cabe-nos, então, refletir sobre nossas responsabilidades. Res-ponsabilidade é a capacidade de dar res-postas. De colocar – *pondere* – a coisa – *res* – no devido lugar. Responsável é aquele que tem a *obligatio* de responder por atos próprios (ou mesmo alheios), de por alguma coisa no lugar (de outra), numa troca, partilha, compensação.

Bisol (2004) nos falou do projeto Modernidade que buscou a formação de juízes (e promotores) politicamente irresponsáveis. O projeto falhou. Reponsabilidade (política) há, muito embora, nem sempre a punição (quando devida) alcance os que se colocam acima das

“predicações”. No entanto, com muita frequência, ações e decisões socialmente inconsequentes são flagradas.

Consequentes? Consequencialistas? É o que aqui se argumenta. Não são sinônimos e não podem ser tomados como tal. Consequentes somos quando assumimos a responsabilidade e a ética que ela encerra. Somos consequentes quando resgatamos a *prudentia*, a *phrónesis*, e assumimos, como Bisol (2004) propõe, que o Direito é um conhecimento prudencial, uma sabedoria prática. É uma construção social, como bem o sabemos, e por sabermos, devemos por ela nos responsabilizar, lutando por torná-la, de fato, o que sempre esteve vocacionada a ser: o meio que torna possível a construção da *Etheia*, a morada humana.

É este o nosso papel como operadores do Direito. Somos operários da construção civil, edificamos instituições, mantemos suas estruturas funcionando. Como engenheiros navais, construímos sólidas quilhas para a Nave-República atravessar os mares da História, em consonância com a metáfora a que, poeticamente, Ferreira (2005) recorreu para qualificar o Princípio da Proporcionalidade.

Portanto, o que buscamos com este trabalho não foi a invalidação da matriz consequencialista, nem uma defesa cega dos princípios da precaução e da proporcionalidade, que, como vimos, necessitam, ainda, maturar suas inconsistências. Por sinal, o que lhes daria tal consistência, tal coerência, tal “concretude”, sem afrontar a sua própria condição de princípios e não regras?

Coerência e completude, eis os mitos que sustentam Teoria do Ordenamento Jurídico. Não, Bobbio não negou as anomias e antinomias, mas defendeu ferreamente que o “sistema” possuía uma lógica interna capaz de suprir lacunas e resolver conflitos. Lógica. Qual lógica?

Ao longo desta pesquisa nos deparamos com críticas não só aos princípios da precaução e prevenção, mas, também, ao consequencialismo posneriano, o que nos remete, de novo, ao imponderável, incompleto, contraditório, inconsistente. No entanto, constatamos a expectativa de que, com a utilização da matriz consequencialista, seremos capazes de vencer as “inconsistências” (alegadas) dos princípios em tela, vistos como “valores abstratos”. Será possível? Não o sabemos, nem tampouco confiamos. No entanto, é preciso que consideremos que, como inferiu Fikentscher (2009), cada grupamento humano, em cada momento da História,

tem seu próprio sistema de crenças e valores, que funciona com uma lógica própria, irreduzível. Para forjarmos entendimentos e vendermos a fúria anticivilizacional que se espalhou pelo mundo, precisamos entender que, quando um discurso hegemônico – como o é a ciência, o direito, a economia, a religião – impõe sua ordem discursiva e sua lógica como as únicas válidas e legítimas, as reações vêm.

A terra é plana? Sim, é. Mas, também, não é. Antes que, com arrogância, nos neguemos a ouvir os argumentos dos inúmeros grupos terraplanistas que se expandem pelas redes virtuais, devemos nos lembrar de que todo o conhecimento humano é precário e provisório. O que temos são, apenas, aproximações do real. Todas as nossas verdades e evidências científicas, um dia, poderão ser invalidadas e desqualificadas, ainda que, no presente, tenhamos uma convicção tão absoluta quanto ingênua de que isso jamais acontecerá. Em que nos diferenciamos dos terraplanistas e dos fundamentalistas religiosos a não ser pelo verniz de uma presumida racionalidade (instrumental)? A ciência é apenas um meio, a racionalidade sem razoabilidade oprime mais do que emancipa. E a lógica é, apenas, uma técnica de organização do *logos*, no final das contas, somente uma narrativa.

O que se buscou com este trabalho foi prospectar alguma hipótese frutífera, alguma possibilidade que nos apontasse um meio de equilibrar a defesa do princípio da precaução de acordo com as novas exigências da matriz consequencialista consagrada pela Lei n. 13.655/2018. Tal é o que tentaremos sintetizar nestas que serão as derradeiras carreiras nas bordas do texto que tecemos.

5.6. Protoanálise sinepeica

Do que pudemos apreender dos textos e ideias de Ferreira (2005), Bisol (2004) e Fikentscher (2009), acreditamos que a análise sinepeica poderá não apenas auxiliar a instrução do processo decisório, prospectando cenários, levantando fontes de dados e informações, consolidando teorias, mas, também, ela mesma pode erguer-se como campo metodológico no qual métodos, técnicas e instrumentos de pesquisa poderão ser desenvolvidos e organizados, visando um alargamento das nossas matrizes interpretativas e uma melhor forma de desenvolver o jogo argumentativo (em bases democráticas) a partir do qual se poderá chegar a consensos sobre a hierarquização dos nossos valores e os critérios usados para dar-lhes “concretude”.

A proposta é triangular os princípios da precaução e proporcionalidade com o consequentialismo sinepeico, conforme apresentado adiante.

5.6.1. Triangulação

Segundo Duarte (2009, p. 1) “a história da investigação social encontra-se repleta de esforços para combinar, numa única investigação, diferentes métodos de recolha e análise de informação”. Em meio a uma série de propostas metodológicas surgidas nas últimas décadas, versando sobre diferentes formas de combinações metodológicas, a “triangulação”, aponta a autora, vem sendo o termo mais utilizado na literatura, sendo “percepionado como um conceito central na integração metodológica”. A autora destaca, contudo, que:

Ao invés de representar um conceito metodologicamente integrado, tem vindo a constituir-se como uma metáfora com um vasto campo semântico. Este texto procura discutir este conceito, iniciando-se com os dois paradigmas dominantes na sociologia – enquanto forma de enquadramento e de compreensão da “triangulação” – e terminando com um maior enfoque na “triangulação intermétodos” (DUARTE, 2009, p. 1).

A triangulação surge, afirma Duarte (2009, p. 1) em um contexto histórico marcado pela necessidade, por um lado, de usar “metodologias oriundas de diferentes tradições (i. e. métodos qualitativos e quantitativos) numa mesma investigação” e, por outro, como decorrência do crescente interesse no chamado “pluralismo metodológico”, que, nasce após um longo período permeado pelas “guerras de paradigmas” (2009, p.2). Neste cenário, a triangulação tem sido percebida como um conceito central na integração metodológica. No entanto, Duarte adverte:

Este conceito não apenas constitui, para alguns, uma das formas de combinar vários métodos qualitativos entre si (...) e de articular métodos quantitativos e qualitativos (...), como também representa o conceito que quebrou a hegemonia metodológica dos defensores do monométodo (ou método único) (...). No entanto, e apesar destas virtudes, constitui uma *buzzword* que se utiliza comumente no discurso, mas que contém ambiguidades (DUARTE, 2009, p. 1).

De fato, Duarte (2009, p.2) aponta que a “triangulação não representa um conceito metodologicamente integrado, mas uma metáfora com um vasto campo semântico”, de forma que, é necessário considerar o “conceito de triangulação”, pois, embora muito difundido na atualidade, ainda se apresenta pouco preciso e carente de consolidação.

Para compreender a “triangulação”, Duarte (2009, p. 21) afirma a necessidade de considerar a “guerra metodológica” surgida em relação aos “modelos dominantes de análise dos fenómenos sociais”, quais sejam: o positivista e o construtivista.

Duarte (2009, p. 4) aponta que o positivismo nasceu na filosofia comteana, em pleno

século XIX, com o filósofo e caracteriza-se por basear o conhecimento unicamente em bases fáticas observáveis, rejeitando especulações metafísicas. A autora aponta vários princípios/características inerentes ao positivismo:

(...) existe uma única realidade, que é apreensível apenas com recurso a métodos que previnam da “contaminação” humana (ontologia); o sujeito e o objecto de investigação são independentes entre si (epistemologia); factos e valores são independentes, não existindo a interferência do investigador (axiologia); a generalização de tempo e contexto é possível, e é também possível formular leis gerais (generalização); e existem causas reais que são temporalmente precedentes ou simultâneas com os efeitos, podendo ser isoladas (relações causais) (...) a lógica dedutiva, isto é, a ênfase da argumentação vai do geral para o particular com a função de comando da teoria “à cabeça”. Ou, dito de outra forma, as questões e as hipóteses de investigação derivam dos modelos teóricos e são submetidas ao teste dos resultados empíricos, podendo os fenómenos ser medidos e quantificados (...) (DUARTE, 2009, p. 4).

Duarte (2009, p. 4) prossegue, destacando que, nos anos 50 e 60 do século XX, surgiram diversas “críticas a alguns princípios do positivismo (nomeadamente a ontologia, a epistemologia e a axiologia)”, que ocasionaram a emergência do chamado “pós-positivismo”. Este movimento, segundo a autora, integra alguns princípios críticos ao próprio positivismo: “a investigação é influenciada pelos valores dos próprios investigadores e pela teoria ou enquadramento teóricos que o investigador costuma utilizar, e a compreensão da realidade é construída”¹⁹⁹ (DUARTE, 2009, p. 5).

Aponta Duarte (2009, p. 5) que, com a “descredibilização” do positivismo, novos paradigmas mais “radicais” começaram a surgir e, de entre estes, o que mais se difundiu e encontrou maior acolhimento foi o construtivismo, que tem como principais características o reconhecimento de que:

A realidade é múltipla e construída (ontologia); o sujeito e o objecto de investigação são inseparáveis (epistemologia); factos e valores estão intrinsecamente ligados (axiologia); a generalização de tempo e contexto é impossível (generalização), tal como é impossível distinguir causas e efeitos (relações causais). De igual forma, predomina a lógica indutiva – do particular para o geral com ênfase na “*grounded theory*” – “(...) em vez de partir das teorias para o teste empírico, o que se exige são ‘conceitos sensibilizadores’ para abordar os contextos sociais que se quer estudar” (DUARTE, 2009, p. 6).

A “triangulação”, segundo Duarte (2009, p. 6) busca a superação desta divisão. Trata-

¹⁹⁹ Em relação a esta passagem, Duarte (2009, p. 5) cita Denzin e Lincoln (2003), para os quais: “(...) The gendered, multiculturally situated research approaches the world with a set of ideas, a framework (theory, ontology) that specifies a set of questions (epistemology) that he or she then examines in specific ways (methodology, analysis) (...) Every researcher speaks from within a distinct interpretative community that configures, in its special way, the multicultural, gendered components of the research act” (Denzin e Lincoln, 2003: 29-30). Registre-se que, para fins deste trabalho de pesquisa, utilizou-se a edição brasileira da obra (DENZIN; LINCOLN, 2006).

se, como foi dito, de uma metáfora para a combinação e o cruzamento de metodologias e técnicas de pesquisa. Os métodos revelam diferentes elementos de uma realidade determinada. Através da técnica de triangulação é possível chegar à integração entre os métodos. Isto se dá, de um lado, por meio de um trabalho de articulação – de teorias, estratégias, técnicas, instrumentos de várias abordagens; de outro lado, pelo estabelecimento de ligações entre descobertas obtidas por diversas fontes.

A triangulação, como procedimento combinado que envolve diferentes métodos de coleta de dados, amostras, perspectivas teóricas em diferentes perspectivas sincrônicas e diacrônicas, vem se mostrando produtiva na consolidação de conclusões sobre os fenômenos sob investigação. Como bem o colocam Denzin e Lincoln (2006):

A triangulação é a exposição simultânea de realidades múltiplas, refratadas. Cada uma das metáforas “age” no sentido de criar a simultaneidade, e não o sequencial ou o linear. Os leitores e as audiências são então convidados a explorarem visões concorrentes do contexto, a se imergirem e a se fundirem em novas realidades a serem compreendidas (DENZIN e LINCOLN, 2006, p. 20).

O conhecimento científico é um tipo de conhecimento produzido a partir de um método, por pessoas especializadas em uma determinada área ou em um campo científico. A pesquisa científica começa com a elaboração de um problema, de uma pergunta dirigida a determinada área do conhecimento. De acordo com Kuhn (1998), paradigmas são diversas formas de se ver o mundo. Paradigma é o fazer científico que é reconhecido universalmente durante um período. Vive-se, hoje, em uma sociedade tecnológica cujo nível de permeabilidade entre inúmeros subsistemas leva o conhecimento a uma disputa entre paradigmas que se reflete nos métodos de pesquisa.

Ocorre que, na realidade, as ciências sociais, inclusive e especialmente as aplicadas, têm por cenário, suporte e objeto de estudo uma realidade múltipla e construída, uma vez que o sujeito e o objeto de observação são inseparáveis, fatos e valores são intrinsecamente ligados e a compreensão do contexto social e de seus elementos constitutivos necessita de conceitos próprios e flexíveis em substituição a esquemas rígidos e maniqueístas.

Neste contexto, a triangulação aparece como um método para determinar uma posição e o alcance de um ponto referencial, representando um caminho seguro para a validação da pesquisa. Para Günther (2006), a triangulação consiste na utilização de diversas abordagens metodológicas acerca do objeto com o objetivo de prevenir e corrigir possíveis distorções.

O que propomos é a triangulação teórica e conceitual do princípio da precaução com o consequencialismo e o princípio da proporcionalidade, ou seja, o estabelecimento de uma relação triangulada, sob uma perspectiva sinepeica, uma vez que esta última considera os modos de pensar, crenças, valores, visões de mundo e, portanto, oferece a possibilidade de mediações para a construção de decisões menos arbitrárias e mais democráticas.

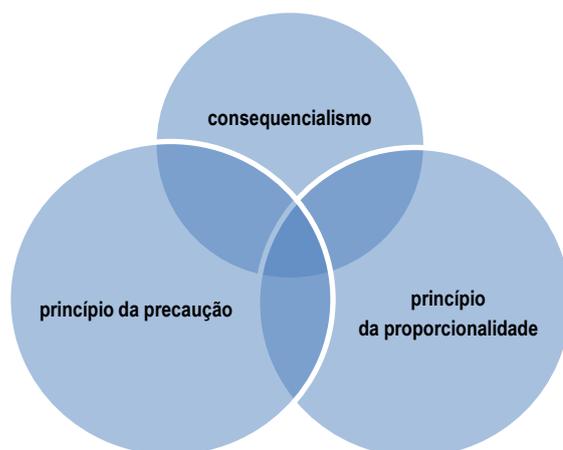


Figura 1 – Relação triangulada teórico-conceitual (princípio da precaução, consequencialismo e princípio da proporcionalidade)

Utilizando perspectivas sobre um mesmo fenômeno, é possível obter uma percepção mais acurada da realidade. Convém registrar que há três mecanismos pelos quais a integração entre métodos pode ocorrer: predomínio, justaposição ou diálogo. Para atender às demandas da pesquisa em curso, optou-se pelo modelo dialógico, pois este efetua a integração entre métodos das diferentes abordagens, desde a etapa de desenho da investigação e construção do objeto.

O desafio se encontra, em um primeiro momento, na operacionalização e aplicação do método na articulação teórica dos princípios em tela com a matriz consequencialista. Em um segundo momento, há que se proceder à análise por triangulação de métodos aplicada aos dados empíricos (estudos de caso envolvendo doutrina, precedentes jurisprudenciais e base normativa constitucional e infra-constitucional). Em um terceiro momento, há que se considerar a triangulação procedimental, de onde, acredita-se, será possível o desenvolvimento e implementação de práticas, procedimentos, e matrizes decisórias trianguladas, conforme se desprende da figura a seguir:

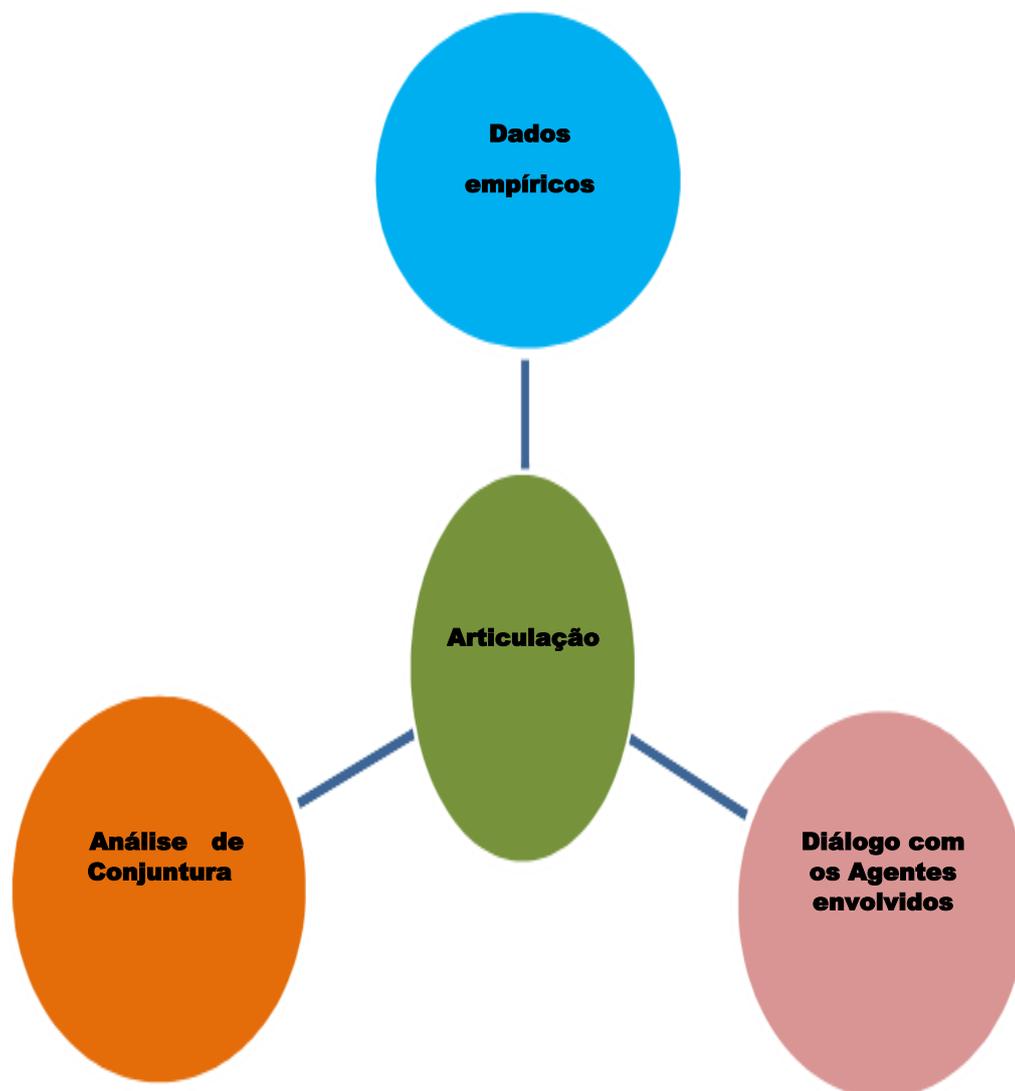


Figura 2 - Análise por Triangulação de Métodos/triangulação procedimental. Fonte: Marcondes e Brisola (2014). (com adaptações)

Para que se possa compreender suas implicações é necessário considerar a própria essência da pesquisa científica e sua caracterização. Neste sentido, Marcondes e Brisola (2014, p. 204) aduzem que a pesquisa científica se configura como:

“[...] um conjunto de ações, propostas para encontrar a solução para um problema, que têm por base procedimentos racionais e sistemáticos” (...). Nesse sentido, a interpretação dos dados e a atribuição de significados são temas essenciais a serem discutidos e analisados na área da investigação científica. Assim sendo, entende-se que propiciar reflexões sobre Referenciais Analíticos se apresenta sempre como

ordem do dia na área da pesquisa. Gerar conhecimentos que possam subsidiar pesquisadores em geral nas suas tarefas analítico-interpretativas é atribuição que merece atenção. O desenvolvimento de reflexões em torno dos Referenciais Analíticos demanda ampla discussão; por isso, limita-se este estudo a tratar somente da Análise por Triangulação de Métodos que se caracteriza como um dos muitos Referenciais Analíticos existentes num processo de pesquisa (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 204).

Tendo esta definição como base, Marcondes e Brisola (2014, p. 204) põem-se a considerar as questões centrais da Análise por Triangulação de Métodos como referencial analítico, destacando que o termo Triangulação pode ser aplicado em “três dimensões diferenciadas, dependendo do contexto em que é empregado, comportando, portanto, divergências conceituais, o que pode levar a uma série de equívocos na sua interpretação e compreensão” (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 204).

Neste sentido, Minayo (1999) apresenta as três dimensões em que a triangulação pode ser aplicada. Na primeira, a triangulação, pode ser utilizada na avaliação de programas, disciplinas e projetos. Como ferramenta do processo avaliativo, é necessário cuidar de sua conceituação, pois esta atinge um nível alto de abrangência e complexidade, incluindo diferentes variáveis que tornam possível combinar e cruzar dados oriundos de múltiplas fontes e “múltiplos pontos de vista” (MINAYO, 1999, 32).

No que tange à coleta de dados, Marcondes e Brisola (2014, p. 203) observam que a Triangulação possibilita ao pesquisador a utilização de “três técnicas ou mais com vistas a ampliar o universo informacional em torno de seu objeto de pesquisa, utilizando-se, para isso, por exemplo, do grupo focal, entrevista, aplicação de questionário, dentre outros” (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 203).

Segundo Marcondes e Brisola (2014, p. 203), numa terceira dimensão, se dá o “emprego da Triangulação para análise das informações coletadas”, e, neste ponto, é possível identificar dois momentos distintos, articulados dialeticamente, que favorecem “uma percepção de totalidade acerca do objeto de estudo e a unidade entre os aspectos teóricos e empíricos, sendo essa articulação a responsável por imprimir o caráter de cientificidade ao estudo” (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 203).

As autoras identificam o primeiro momento como afeito à preparação dos dados empíricos coletados:

Mediante diversos procedimentos a serem adotados. Esses procedimentos são representados por etapas sumárias que visam à organização e o tratamento das narrativas. O segundo momento se refere à análise propriamente dita que implica na necessidade de se refletir sobre: primeiro, a percepção que os sujeitos constroem sobre determinada realidade; segundo, sobre os processos que atravessam as relações estabelecidas no interior dessa estrutura e, para isso, a recorrências aos autores que se debruçam sobre tais processos e sobre a temática trabalhada na pesquisa é imprescindível; e terceiro, sobre as estruturas que permeiam a vida em sociedade (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 203).

As autoras concluem que se encontra presente na Análise por Triangulação de Métodos um *modus operandi* que se pauta pela “preparação do material coletado e na articulação de três aspectos para proceder à análise de fato”, sendo que o primeiro aspecto diz respeito às “informações concretas levantadas com a pesquisa, quais sejam, os dados empíricos, as narrativas dos entrevistados”, enquanto que o segundo aspecto compreende o “diálogo com os autores que estudam a temática em questão”, e, por fim, o terceiro e último aspecto concerne à “análise de conjuntura, entendendo conjuntura como o contexto mais amplo e mais abstrato da realidade” (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 203).

A articulação desses três aspectos é imprescindível para proceder à análise. De fato, as autoras apontam que esta articulação:

(...) entre dados empíricos, autores que tratam da temática estudada e análise de conjuntura, configura-se como uma possibilidade, dentre várias outras, para os que se propõem minimizar o “distanciamento entre a fundamentação teórica e a prática da pesquisa” (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 203).

A partir do entendimento dessas três dimensões, Marcondes e Brisola (2014, p. 203) destacam que, nos estudos em que a Triangulação é utilizada para lastrear a análise qualitativa das informações coletadas:

(...) o processo interpretativo deve ser realizado, primeiramente, mediante “uma valorização fenomênica e técnica dos dados primários, em si mesmos e à exaustão”. E, posteriormente, num segundo movimento analítico, as informações devem ser “contextualizadas, criticadas, comparadas e trianguladas” (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 203).

Segundo as autoras, o primeiro processo interpretativo – que diz respeito à valorização fenomênica e técnica das informações coletadas – deve ser organizado mediante três etapas: “primeiro – preparação e reunião dos dados; segundo – avaliação de sua qualidade; e, terceiro – a elaboração de categorias de análise” (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 203).

Marcondes e Brisola (2014, p. 204) caracterizam a primeira etapa como sendo aquela em que se deve “transcrever os dados qualitativos levantados”. As autoras salientam que, nesta etapa “é necessário dedicar atenção, em caso de narrativa de pessoas, à entonação da voz, silêncios, ênfase em palavras ou expressões, dentre outras observações compreendidas como importantes”²⁰⁰. As autoras aduzem que:

À medida que são lidas as transcrições, deve-se realizar as marcações daquilo que se considera relevante na narrativa ou nos dados qualitativos levantados, tendo em conta os eixos estruturadores da pesquisa, seguidos de edição das narrativas ou dos dados coletados e a análise propriamente dita (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 204).

Na segunda etapa, Marcondes e Brisola (2014, p. 202) sustentam que se deve proceder a “avaliação dos dados primários coletados”. As autoras consideram essa fase como o momento da “pré-análise”. Os objetivos do estudo devem, neste momento, ser retomados, “após, dar-se início à discussão das categorias anteriormente estabelecidas” (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 204).

Na terceira etapa, Marcondes e Brisola (2014, p. 205) apontam que tanto as narrativas, quanto os dados coletados devem “ser trabalhados no sentido de refletir, contextualizar, exemplificar e elucidar as diversas dimensões do estudo que se queira realizar”. E, sublinham, finalmente, os “dados qualitativos devem ser tratados ainda no sentido de conferir sustentáculos para as conclusões” (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 205).

Quanto ao segundo processo interpretativo, Marcondes e Brisola (2014, p. 205) afirmam que, é no seu curso que se faz necessário realizar uma “análise contextualizada e triangulada do cujo objetivo precípua é a “reconstrução teórica da realidade”. As autoras destacam que a primeira etapa desse segundo momento é caracterizada pela “leitura aprofundada do material selecionado” com o objetivo de “impregnar-se pelo conteúdo a fim de alcançar uma visão do conjunto e ao mesmo tempo apreender as particularidades presentes nessa totalidade parcial”. Neste ponto, enfatizam as autoras, deve se dar tratamento ao assunto abordado na pesquisa, “contextualizado com a realidade mais ampla no qual está inserido, realizando mediações reflexivas com o Estado e com a Nação, entre outros aspectos” (MARCONDES; BRISOLA,

²⁰⁰ Observe-se que a pertinência desta etapa para a aplicação da triangulação no universo jurídico, nos limites do recorte proposto por este trabalho de pesquisa, deve-se ao subjetivismo das decisões aqui evocadas, que, a despeito da suposta objetividade, impessoalidade, distanciamento e racionalidade da matriz consequencialista que ora se impõe sobre o ordenamento pátrio em razão do advento da Nova LINDB, parece-nos, não será abandonado.

2014, p. 205).

Marcondes e Brisola (2014, p. 205) aconselham a elaboração de alguns questionamentos que podem contribuir para a investigação, tais como:

Se existem elementos ou aspectos que tenham características comuns nas narrativas ou nos dados coletados, se existem informações distintas em decorrência de uma possível diversidade de contexto do qual as informações emergiram, se os temas, assuntos, opiniões ou dificuldades, no caso de narrativas, mantêm relação entre si, se a informação prestada por um sujeito ou se os dados coletados são diferenciados dos outros e em que dimensão, enfim. Esses questionamentos contribuem para o aprofundamento das informações coletadas que, uma vez respondidas, permitem que se possa partir para a “busca de um quadro mais sintético e mais nítido de temáticas ou eixos orientadores da interpretação” (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 205).

Posteriormente, na segunda etapa, advertem Marcondes e Brisola (2014, p. 205) deve-se ancorar a investigação “no diálogo com autores que tratam questões pertinentes às categorias de análise emergidas das narrativas ou dos dados coletados”. Portanto, aduzem as autoras, diante da necessidade de clarificação “tanto das categorias quanto dos diversos elementos que surgem no processo de levantamento de dados, dentre outras variáveis analíticas, justifica-se a importância da recorrência aos autores” (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 205).

Marcondes e Brisola (2014, p. 205) enfatizam que, como na investigação científica, as intenções do pesquisador se pautam pela “ultrapassagem do senso comum”, além da “descentralização das informações coletadas do eixo histórico socialmente condicionado”, ou seja:

(...) no caso de narrativas, como a “meta é a busca de sentidos das falas e das ações para alcançar a compreensão ou explicação para além dos limites do que é descrito e analisado” (...), torna-se imprescindível a interconexão com os autores, aliás não se alcança tal meta sem o auxílio dos autores que estudam as temáticas pertinentes aos assuntos tratados em qualquer que seja a pesquisa. É muito importante ter presente que, independente do tipo de pesquisa científica, ela sempre irá englobar “uma instância coletiva de reflexão” (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 205).

Na terceira etapa, que Marcondes e Brisola (2014, p. 206) denominam “ápice da interpretação”, é necessário trabalhar com “as questões mais amplas que articulam modelos subjacentes às ideias”. Segundo as autoras:

A análise de conjuntura deve contemplar o objeto de estudo, contextualizando-o na ambiência macro da sociedade, bem como reflexos dessa realidade macro no espaço particular do objeto de estudo, buscando-se também uma articulação entre as informações coletadas no ambiente imediato com as informações normatizadas,

definidas num contexto mais amplo, entendendo que são estas “contextualizações que orientaram o olhar sobre os dados” (...). Para tanto, deve-se procurar ir além das informações coletadas, buscando-se ideias por trás das transcrições dos dados, analisando-se, portanto, não somente as informações que se alcançou, mas também o contexto no qual as informações foram geradas (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 206).

Marcondes e Brisola (2014, p. 206) asseveram que o terceiro e último processo interpretativo caracteriza-se “pela reinterpretação, em outras palavras, uma interpretação das interpretações”. É nesse processo, “o qual é composto por uma única etapa de trabalho, porém tão importante quanto às demais”, que, segundo as autoras, deve ser realizada:

Uma construção-síntese mediante diálogo entre os dados empíricos, autores que tratam da temática estudada e análise de conjuntura, num contínuo movimento dialético: uma análise que parte do conhecimento local, mas que permita que se chegue a uma aproximação com a realidade mais ampla (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 206).

Marcondes e Brisola (2014, p. 206) afirmam que esta “característica dialética” presente na “construção-síntese”, é o que confere reforço à “importância da passagem temporal”, o que permite que o pesquisador, “continuamente, fortaleça ou substitua os conceitos unificadores e identificadores do objeto ou situação estudada”. As autoras aduzem que é compreensível, portanto, que seja, a partir da “apreensão de informações e de aspectos teóricos-conceituais”, que mais se desenvolva a “capacidade de o pesquisador exercitar sua consciência crítica, considerada como um dos objetivos dos que optaram por enveredar-se pelo universo da pesquisa” (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 206).

As autoras (2014, p. 206), com base na definição do processo interpretativo da triangulação, “considerado ao lado de tantos outros referenciais analíticos existentes como uma das indispensáveis ferramentas à construção do conhecimento”, salientam que a opção pela “Análise por Triangulação de Métodos” passa, inexoravelmente pela adoção de “um comportamento reflexivo-conceitual e prático do objeto de estudo da pesquisa sob diferentes perspectivas”, o que possibilita “complementar, com riqueza de interpretações, a temática pesquisada, ao mesmo tempo em que possibilita que se aumente a consistência das conclusões” (MARCONDES; BRISOLA, 2014, p. 206).

5.6.2. Consequencialismo sinepeico

Como vimos ao longo deste trabalho, as ações humanas podem ser enquadradas nos

limites da previsibilidade, mas não do determinismo. Numa sociedade complexa e tecnológica, na qual, pela sua própria constituição, o risco não é apenas frequente, e sim constante (diríamos, quase onipresente), o campo em que os processos de tomada de decisões se colocam é o das probabilidades estatísticas.

Por um período da História Humana, acreditamos e alimentamos a expectativa de que estas decisões – e aqueles responsáveis por tomá-las e executá-las – necessitavam de “confiabilidade”, uma vez que a “certeza” sempre foi uma incógnita, senão uma impossibilidade. Por esse motivo, a confiança mútua era a base, supostamente necessária, sobre a qual a vida social se erguia. Acreditávamos que, sem os laços de solidariedade e confiança não é possível projetarmos um futuro em comum.

Tal modo de pensar parece não mais fazer sentido no mundo em que hoje vivemos. O poder vem sendo exercido como potência bruta, totalmente desprovido de qualquer autoridade legitimada. Testemunhamos o renascimento do *Pater* romano (ou seria *il capo*?) com seu poder absoluto de vida e morte sobre todos os que se encontram nos limites do seu território. Estamos sendo, paulatinamente, reduzidos à vida nua.

A princípio, pareceria irônico constatar que em um cenário de tal natureza, assistamos à consagração do consequencialismo jurídico, uma vez que a inconsequência parece ser a tônica do momento, e, de fato, a adoção do modelo decisório consequencialista é, em si mesma, o risco de um maior “inconsequencialismo jurídico”, se essa matriz de fundo economicista não puder ser contrabalançada pelas considerações ecológicas.

Tomaremos decisões pautadas pelas “consequências práticas”? Pois, quais serão os critérios para definir, selecionar e valorar estas “consequências”? Como vimos, o Supremo Tribunal Federal considerou as consequências econômicas para a Eletropaulo e desconsiderou as consequências para a saúde dos moradores dos bairros sobre os quais se estendiam as linhas de transmissão de energia, e o fez invocando o princípio da precaução ao inverso, simplesmente para não lançar luzes sobre o exercício político do poder de dizer o que tem maior e menor valor, o que é e o que não é suficientemente “real” e “comprovado” no mundo fictício do discurso jurídico e das instituições abusivas que ele urdiu e mantém.

Invocamos as palavras de Warat, que bem explica o ilusionismo a que estamos

submetidos, ao destacar o quanto os aplicadores das leis, os “produtores das teorias jurídicas” e os “construtores das significações jurídicas” atuam no sentido de forjar:

(...) uma realidade imaginária que fazem prevalecer como naturalismo. Um verdadeiro mundo de faz-de-conta instituído como realidade natural do Direito. Uma realidade imaginária que poderá ser considerada mítica, mágica (no sentido freudiano), capturadora, extravagante, mas que resulta imprescindível para a própria configuração do Direito na sociedade (WARAT, 1995, p. 120).

Tal desvelamento do jogo de poder encoberto pelos meandros do discurso jurídico que Bisol (2004) tão bem demonstrou nos coloca diante do mesmo dilema vivido por Chaim Perelman no período posterior à Segunda Guerra Mundial. As críticas de Carl Schmitt foram devastadoras, pois atingiram o cerne do ideário liberal burguês que fez emergir o Estado Constitucional e Democrático de Direito. Essas críticas levaram Kelsen a colocar o Direito numa autoclave, acreditando que assim, expurgado de todo o conteúdo metajurídico, estaria imune às manipulações ideológicas.

Perelman buscou enfrentar Schmitt por outra via. Se a democracia é imperfeita, pensava, ainda não conseguimos nada melhor para colocar em seu lugar. Devemos, pois, lutar pelo seu aperfeiçoamento. Precisamos criar um espaço público onde a discutibilidade essencial ao processo de tomada de decisões pudesse ter curso.

Schmitt nos inquieta, pois nos faz reconhecer que não há como se conciliar (no atual modo de produção) o máximo de liberdade com o mínimo de desigualdade. Sempre que tentamos diminuir as desigualdades, cerceamos a liberdade. Quando tentamos ampliar e garantir as liberdades, acirramos as desigualdades. Com ele percebemos que a democracia será sempre uma aristocracia disfarçada, ou, uma plutocracia explícita. Com ele, quase nos rendemos ao Terceiro Reich.

A democracia nos prometeu mais do que podia cumprir. O Estado de bem-estar social empenhou mais do que podia oferecer. O Estado socioambiental de Direito nos fez sonhar “um sonho impossível” e saímos felizes, cavalgando ao lado de Quixote, para hoje, neste exato momento, ouvirmos Nero tocando sua lira enquanto a Amazônia arde em chamas.

O que é o direito senão o empenho da palavra, o compromisso com o dito e o escrito? Não podemos nos vergar diante das circunstâncias, pois somos aqueles que lutam pelo dever-

ser, pelo vir-a-ser de mundo melhor. Somos aqueles que constróem as bases do entendimento, as trocas, as compensações, as cobranças e a circulação das dádivas. A técnica do bem decidir é inseparável da arte de mediar e é com esse espírito, com essa ética e com essa postura que acreditamos ser possível discutir e negociar as consequências das nossas escolhas.

Acreditamos que, com adequação e controle (se as variáveis de ordem econômica forem contrabalançadas pelas de ordem ecológica, social e cultural), é possível harmonizar as exigências do novel diploma legal com a necessária observância do princípio da precaução.

Para minorar os efeitos não desejáveis que tal modelo decisional de matriz economicista pode ocasionar, este trabalho de pesquisa propõe que o equacionamento entre precaução e consequentialismo seja efetuado sob a égide do princípio da proporcionalidade sob o enfoque sinepeico. Isso significa dizer que:

- É necessário considerar que o conceito de consequência vai além das meras relações de causa e efeito, pois implica valorações sobre os efeitos.
- Valorações implicam subjetividade, o que significa que necessitamos desvelar quem é o “sujeito” decisor.
- Se admitirmos que (ainda) vivemos em uma sociedade (minimamente) democrática, sob a égide de um Estado Constitucional de Direito, o sujeito decisor deve agir no interesse maior do titular do poder soberano e não em defesa de interesses outros.
- Interesse maior não significa aderir a uma perspectiva totalitária ou totalizante, ao contrário, significa integrar, incluir e negociar soluções na lógica do ganha/ganha, pois não podemos pensar o bem-estar, a qualidade de vida, o respeito à dignidade humana e a proteção ao meio ambiental sob a perspectiva paretiana do ganha/perde.
- Ganho não é lucro. A economia é um meio, não um fim em si mesma, de forma que o sacrifício da vida e da saúde humanas, da vida animal e vegetal é um preço a ser pago em função de um valor maior, qual seja, o desenvolvimento econômico. Ao contrário.
- Se reconhecermos que a aplicação direta dos princípios conduz ao subjetivismo e ao decisionismo, já que podemos flagrar, na interpretação dessa categoria normativa, juízos valorativos por parte do julgador, também encontramos o mesmo subjetivismo, encoberto e, por isso mesmo, muito mais impermeável ao controle da sua (pretensa) racionalidade, nas decisões pautadas pela matriz puramente economicista.

Por fim, vivenciamos, hoje, o avesso do melhor dos mundos possíveis de Leibniz. A cada dia que passa, a cada notícia, vemos o pior dos mundos possíveis emergir, tal qual Leviathan, diante de nós. Lenio Streck, que em sua juventude foi adepto do direito alternativo, recentemente declarou “não há nada mais revolucionário do que ser legalista”. “Melhor ser governado por leis do que por homens”, pois os homens têm paixões e as leis, não: Assim pensava Aristóteles, para o qual a Justiça era a maior de todas... as virtudes.

CONCLUSÃO

Mea culpa, mea máxima culpa.

Confesso: fracassei. Chego à metade da vida sem ter conseguido salvar o boto cor de rosa, a ararinha azul, o lobo guará. Não consegui apagar os incêndios que consomem a Floresta Amazônica, nem estancar os vazamentos da *British Petroleum* e da *Chevron*. Quando jovem, acreditei que seria capaz. Hoje, chego ao fim deste trabalho sem acreditar que pude contribuir, minimamente, para ampliar quaisquer perspectivas sobre o tema que me apaixonou e para o qual destino meus insuficientes esforços e poucos recursos.

Este trabalho de pesquisa se propôs investigar de que forma a equação entre precaução e proporcionalidade poderia trazer segurança jurídica diante dos desafios advindos da matriz consequencialista imposta pela Lei n. 13.655/2018. Buscamos, ao longo do trabalho, identificar se haveria a possibilidade de salvaguardar o princípio da precaução e, talvez, ampliar seu alcance, aprofundando seus fundamentos, sob uma perspectiva garantidora dos direitos fundamentais, em particular o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem o qual a própria dignidade da vida humana (animal e vegetal) seria violada.

Refletimos sobre a difícil dialética entre desenvolvimentismo e sustentabilidade e os graves e inadmissíveis processos de vulnerabilização que vêm colocando boa parte da humanidade não apenas abaixo da linha de pobreza, mas, pior, reduzindo seres humanos à vida nua e as demais formas de vida à dizimação, inviabilizando de forma quase total qualquer possibilidade de sobrevivência biológica.

Procuramos demonstrar que a injustiça ambiental, materializada na falta de acesso aos recursos ambientais necessários à sobrevivência com um mínimo de dignidade, é um dos problemas mais graves que temos diante de nós. De fato, sob a desculpa de que o enfrentamento do tema é de tal magnitude e complexidade, que só pode ser atacado em âmbito global, nos deparamos com governos, entre eles, o nosso, agindo de forma inconsequente e criminosa, colocando cada vez mais em risco a manutenção de recursos ambientais necessários à presente e às futuras gerações, humanas e não humanas, que deles dependem e dependerão para sua sobrevivência. Vimos que a injustiça ambiental levada ao seu limite extremo acaba por se materializar como ecocídio, crime recentemente reconhecido pelo Tribunal Penal Internacional,

o que, se seriamente aplicado, levará a maioria das corporações e governos ao banco dos réus.

Buscamos elencar as críticas dirigidas aos princípios da precaução e prevenção. Críticas das quais não se pode fugir. Há que se enfrentá-las, o direito é um sistema aberto, encontra-se em permanente devir. A defesa e a salvaguarda de direitos fundamentais não podem sujeitar-se a uma proteção insuficiente, por essa razão nosso compromisso deve ser a manutenção de seu dinamismo na direção do aprimoramento e aperfeiçoamento constantes, bem como lutar contra os retrocessos que as circunstâncias históricas desafortunadas, como a que hoje vivemos, impõem ao Direito e ao meio ambiente.

Vimos com Sousa (2015, p. 17) que as críticas não se resumem apenas aos princípios da precaução e prevenção, pois há o temor disseminado de que a sobrevalorização do uso dos princípios jurídicos se preste a sustentar argumentações retóricas, usadas para justificar decisões subjetivas.

Princípios não substituem leis válidas e democraticamente construídas, ao contrário do que coloca a autora acima citada. Não é esta a sua função. O que coloca em risco a segurança jurídica e permite a volta da discricionariedade é o mau uso que se faz do discurso normativo, como bem apontou Bisol (2004).

Concordamos com Sousa quando alerta para a necessidade de se analisar os “paradigmas que informam e conformam a decisão jurídica”, já que se trata de uma garantia de segurança ao cidadão, que necessita ter acesso às condições necessárias para aferir se os fundamentos decisórios que instruíram a tomada de decisão estão ou não adequados ao direito (2015, p. 17). Para isso, defendemos os argumentos de Bisol (2004, p. 187), para o qual a arraigada identificação da norma jurídica com o dispositivo legal se mostra “metodologicamente insustentável”, pois, sendo o discurso da lei “elíptico e fragmentário”, construído como um “jogo de lego”, com palavras extraídas da linguagem natural, pleno de “irremediável indeterminação semântica”, isso acaba por levar os operadores do direito a fazer “um uso retórico” do discurso normativo, mesmo nas teorias que supõem críticas interdisciplinares.

Vimos que o princípio da precaução é acusado de ser obstáculo aos empreendimentos econômicos, tal como colocam Silva e Diz (2018, p. 52), para os quais não há “um nível zero de risco ou de impacto”, já que todas as atividades humanas impactam, de alguma forma e em

algum grau, o meio ambiente. Por conseguinte, Silva e Diz acreditam que “a aplicação do princípio da precaução a todo e qualquer tipo de risco originado de atividades antrópicas impediria o avanço científico e tecnológico” (SILVA e DIZ, 2018, p. 52).

Discordamos de Silva e Diz, pois acreditamos que, por ser o meio ambiente um sistema delicado e visceralmente interconectado, há uma dificuldade real na produção de conhecimento sobre o objeto, bem como avaliação de hipóteses sobre cenários futuros, o que precisa ser enfrentado. No entanto, o que se faz necessário é aprimorar nossos meios de prospecção e não fragilizar o princípio da precaução – verdadeira coluna vertebral do Direito Ambiental.

Analisamos o princípio da proporcionalidade, a partir do seu desenvolvimento histórico, e vimos que seu objetivo é justamente a realização da otimização no contexto da colisão entre dois princípios que alberguem direitos fundamentais. Para realizar essa medida, o princípio divide-se em três etapas, os chamados subprincípios da **adequação**, **da necessidade** – ambos dedicados à avaliação das possibilidades fáticas – e da proporcionalidade em sentido estrito – dedicado ao conteúdo valorativo dos princípios em julgamento.

O primeiro subprincípio, o da adequação, trata da aptidão de cada alternativa prática cogitada em produzir efeitos no mais alto grau possível, prejudicando o mínimo possível os princípios em questão. Assim, ele exclui meios que prejudiquem um princípio sem realizar algum outro em alguma medida. O subprincípio da necessidade, por sua vez, questiona sobre a possível existência de medida menos gravosa que realize o mesmo efeito. Diz-se que não é necessária uma medida que poderia ser substituída por outra tão eficaz na realização de um princípio, mas que interfira menos na concretização de outros princípios. Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que é o que é propriamente chamado de ponderação, determina a avaliação da importância de um princípio em relação ao descumprimento esperado do outro princípio.

Vimos que é neste ponto que reside uma das principais críticas ao princípio da proporcionalidade: o seu “etapismo”, que, de acordo com Mastrodi e Steinberg (2014, p. 73), é inerente à aplicação eficaz da ponderação. Os autores argumentam que tal característica da proposta alexyana asfixia a intenção inicial de uma maior efetividade, uma vez que a teoria proposta por Alexy fornece elementos para decisões cujo critério de veracidade radica-se em

sua própria “liturgia metodológica”, e não no “valor moral social” sedimentado na Constituição Federal, podendo, com isso, ocasionar resultados arbitrários e pouco previsíveis (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 73).

Outra questão suscitada por Mastrodi e Steinberg (2014, p. 73) envolveu o conceito de “mandamentos de otimização”, pois observam que a partir desse conceito todos os segmentos da vida tendem a se desenvolver como “princípios otimizados e, portanto, passíveis de sopesamento”. Os autores, contudo, alertam que a “otimização”, como processo metodológico, reduz de forma drástica a “complexidade da efetivação dos direitos fundamentais” (MASTRODI e STEINBERG, 2014, p. 73).

Abordamos, em seguida, o consequencialismo jurídico e o pragmatismo de James, Dewey e Posner; as distinções entre o pragmatismo e o consequencialismo; as críticas ao pensamento posneriano e a caracterização da argumentação consequencialista.

Dando prosseguimento, analisamos a Lei de Segurança para a Inovação pública – a Lei n. 13.655/2018, que, como foi dito, ficou popularmente conhecida como nova LINDB. Consideramos as inovações trazidas a partir da análise doutrinária dos referidos dispositivos, com o propósito de explorar as potenciais implicações da lei para a interpretação do direito em geral. Vimos que um dos seus aparentes méritos radica-se nas suas determinações, que, idealmente, garantem a estabilidade das decisões administrativas, protegendo a avaliação do gestor contra potenciais reconsiderações de ordem subjetiva por outras instâncias.

O valor realizado por essa medida é, entre outros, o da segurança jurídica – todos, gestores e administrados, beneficiam-se dessa estabilidade. A segurança jurídica verifica-se na exigência, por exemplo, do art. 21 da nova LINDB, que determina que decisão que invalidar ato de gestor público indique “de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas”. Esse e outros dispositivos semelhantes aumentam o grau de liberdade do gestor, exigindo, para que sua decisão seja revista, critérios objetivos e verificáveis sejam observados.

Encerrando o percurso da pesquisa, analisamos litígio envolvendo a Sociedade Amigos de Alto dos Pinheiros e a Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava, contra a Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S/A.

Da análise depreendemos que a materialização da sociedade de risco ocorre no sentido de que há dúvidas sobre os danos decorrentes da radiação eletromagnética, porém as hipóteses são de doenças graves, extremamente degradantes e de tratamento incerto e de alto custo, como o câncer e a leucemia infantil. Assim, deveria o Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, guardião dos valores fundamentais de nosso Estado, decidir com base em uma verdadeira ponderação do princípio da precaução. Afinal, não há certezas científicas dos danos, embora as evidências caminhem em direção à confirmação desses perigos alertados, e, caso se confirmem, como levantado por Beck, o dano à saúde e a vida humana e animal não poderá ser revertido.

Em seguida, consideramos a teoria fragmentária da norma de Bisol (2004), a sinepeia de Fikentscher (2009) e a relação entre a sinepeia fikentscheriana e a proporcionalidade em Ferreira (2005), e apresentamos a proposta de uma protoanálise sinepeica dos princípios da precaução e proporcionalidade em sua relação com a matriz consequentialista.

O que buscamos com este trabalho de pesquisa foi avaliar se o princípio interpretativo da proporcionalidade, aplicado de acordo com a perspectiva sinepeica, poderia atuar como ferramenta para o equacionamento do princípio da precaução com a matriz consequentialista consagrada pela nova LINDB, uma vez que foi verificada uma potencial colisão entre os princípios da precaução e da segurança jurídica na atuação da Administração Pública.

Acalento, por fim, uma vaga esperança. A de que, em minhas escavações arqueológicas, tenha trazido de volta para a superfície o trabalho de Ferreira (2005) e que isso possa contribuir para divulgar as ideias de Wolfgang Fikentscher no Brasil. Se alcançar tal intento, saberei que alguma semente vingou, ainda que o jardineiro que as lançou à terra não tenha sido esmerado ao cultivá-la.

Termino, tentando encontrar consolo nas árvores que plantei, nos filhos (amados) que tive e no livro que escrevi nas páginas da vida. Que possamos manter vivas as nossas esperanças em um futuro melhor para toda a comunidade biótica do planeta.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais: o caso do movimento por justiça ambiental. **Estudos Avançados**, v. 24, n. 68, 2010.

ACSELRAD, Henri. Justiça ambiental e construção social do risco. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 5, jan./jun. 2002.

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília C. A; BEZERRA, Gustavo N. (org.). **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond; FASE, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer – o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

AGGIO, Juliana Ortogosa. **Prazer e desejo em Aristóteles**. Salvador: EDUFBA, 2017.

ALEXANDRE, Agripa Faria. A dinâmica da sociedade de risco segundo Antony Giddens e Ulrich Beck. **Geosul**, Florianópolis, v. 15, jul./dez. 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALIER, Joan Martinez. **O ecologismo dos pobres**. São Paulo: Contexto, 2007.

ALLAIN, Juliana Mezzomo; GUIVANT, Julia S. O estudo da confiança na alimentação: análise do campo de pesquisa. **BIB**, São Paulo, n. 79/69, 1º sem. 2010.

ANDRADE, Fábio Martins de. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do supremo tribunal federal em matéria tributária**. Tese (Doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2010.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Princípio da precaução no direito ambiental brasileiro**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, set./dez. 2016.

ARAGÃO, Alexandra. **Aplicação nacional do princípio da precaução**. Colóquios 2011-2012, Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal, 2013.

_____. **Princípio da precaução: manual de instruções**. CEDOUA, Vol. 11, Nº 22, disponível em: http://dx.doi.org/10.14195/2182-2387_22. Acessado em: 08 de fevereiro de 2019.

ARISTÓTELES. **A política**. Brasília: UnB, 1979.

_____. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1991.

_____. **A política**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del derecho: teoria de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel, 1996.

AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. Tradução: Marisa Lopes. 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial; Paulus, 2008.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, jan./mar. 1999.

BARBOSA, Gisele Silva. O desafio do desenvolvimento sustentável. **Visões**, v. 1, n. 4, jan./jun. 2008.

BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco, 2001.

BARROS, Alberto Ribeiro. Bodin et le projet d'une science du droit. **Nouvelle revue du XVI siecle**, v. 21, n. 2, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, abr./jun. 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001.

_____. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. São Paulo: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Cássio Corrêa. Schmitt e o problema da democracia: nostalgia da transcendência ou a representação como questão para a democracia. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 49, n. 118, dez. 2008.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655/74318>>. Acesso em: 10 Set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77655>.

BISOL, Jairo. **O vazio e o inacabado da lei: para uma teoria fragmentária do direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – PPGD – Faculdade de Direito, Recife, UFPE. 2004.

BERNARDES, Camila Fernandes Santos. **O direito fundamental de acesso à informação : uma análise sob a ótica do princípio da transparência.** Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito, Uberlândia, 2015.

BOFF, Leonardo. **Ecologia, mundialização, espiritualidade:** a emergência de um novo paradigma. 3. ed. São Paulo: Ática, 1999.

_____. **Ecologia:** grito da terra, grito dos pobres. 3. ed. São Paulo: Ática, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas.** São Paulo: Perspectiva, 1974.

BOURDIEU, Pierre. **O mercado das trocas linguísticas.** São Paulo: EDUSP, 1996.swaw

BRASIL. Lei n. 13.655, de 25 de Abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: www.planalto.gov.br Acesso em: 12 de março de 2019.

BRASIL. Projeto de Lei N. 7.448, de 2017 (do Senado Federal) PLS 349/2015. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, 2017, p. 08.

BRASIL. MPF. Nota técnica conjunta nº 1 de 11 de abril de 2018. Manifesta-se pelo veto integral ao PL 7448/2017 (PLS 349/2015). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf. Acesso em: 11 de janeiro de 2019.

BRASIL. MPF-PGR. Do parecer no tocante ao Recurso extraordinário nº 627189/SP. Redes de transmissão de energia elétrica. Risco à saúde decorrente da exposição a campo magnético. Princípio da precaução. Aplicação. Limites de exposição fixados pela Comissão Internacional de Proteção Contra Radiação Não Ionizante – ICNIRP. Atendimento ao princípio da proporcionalidade. Parecer n, 2186/2014 PGGB de 29 de julho de 2014. Relator: Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília, 2014.

BRASIL. STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 627.189/SP. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 08/06/2016. **JusBrasil**, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680> Acesso em: 14 de março de 2019.

BRICKNER, Paul. *How Judges Think*, 59 Case W. Res. L. Rev. 793 (2009). Available at: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol59/iss3/9>

BRONZE, Fernando José - «A Metodonomologia (para além da argumentação)», in Jorge de Figueiredo Dias – J. J. Gomes Canotilho – José de Faria Costa, *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 344-371.

BROSWIMMER, Franz J. **Ecocide**: a short history of the mass extinction of species. London: Plutopress, 2002.

BUSCH, Anna Friederike. **Protection of traditional cultural expressions in Latin America – a legal and anthropological study**. Berlin: Springer, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB - Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 113-134, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77652>>. Acesso em: 10 Set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77652>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPRA, F. **O ponto de mutação**: a ciência, a sociedade e a cultura emergente. São Paulo: Cultrix, 2001.

CEZAR, F.; ABRANTES, P. **Princípio da precaução: considerações epistemológicas sobre o princípio e sua relação com o processo de análise de risco**. *Cadernos de Ciência e Tecnologia*, Brasília, v. 20, n. 2, 2003.

COMEST (Comissão Mundial para a Ética do Conhecimento Científico e Tecnológico). **The precautionary principle**. Paris: UNESCO, 2005. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578e.pdf>. Acessado em: 1 de novembro de 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORNÉLIO, Renata Reis. **A formulação da decisão no nível estratégico de uma organização pública**: um estudo sobre o processo decisório na SMS-RJ. Dissertação (Mestrado) – Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, 1999.

COSTA, Alexandre Araújo. **Controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

COYUNGI, M. A.; HOLZER, W. Percepção e paisagem: interação entre espaço natural e humano na área de proteção ambiental de Maricá (RJ). **Ciência e Tecnologia**, ano IX, v. 9, n. 1, jan./jul. 2009.

CURRIE, D. **Air Pollution Control in West German**. *University of Chicago Law Review*, n. 49, 1982.

DALLA-ROSA, Luiz Vergilio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002.

DAROS, Leatrice Faraco. **Justiça ecológica e crime internacional: os limites e as possibilidades do direito no combate ao ecocídio**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

DEL RIO, V. Cidade da mente, cidade real: percepção ambiental e revitalização na área portuária do RJ. In: DEL RIO, V.; OLIVEIRA, L. de. (org.). **Percepção ambiental: a experiência brasileira**. São Paulo: Nobel; São Carlos: UFSCar, 1996.

DENZIN, N.K.; LINCOLN, Y.S. **O planejamento da pesquisa qualitativa**. Porto Alegre, Ed. Penso, 2006.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DEWEY, John. O desenvolvimento do pragmatismo americano. Tradução: Cassiano Terra Rodrigues. **Cognitio-Estudos**, São Paulo, v. 5, n. 2, 2008.

_____. The development of American pragmatism. In: HICKMAN, Larry A.; ALEXANDER, Thomas M. (ed.). **The essential Dewey: pragmatism, education, democracy**. Bloomington e Indianapolis: Indiana University Press, 1998. v. 1.

DIAS, Genebaldo F. **Educação ambiental, princípios e práticas**. 9.ed. São Paulo: Gaia, 2004.

DIAS, Genebaldo F. **Iniciação à temática ambiental**. São Paulo: Gaia, 2002.

DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira Rosa. **O princípio da proporcionalidade como critério de aplicação da pena**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

DUARTE, Teresa, **A possibilidade da investigação a 3: reflexões sobre triangulação (metodológica)**. CIES e-WORKING PAPER N. ° 60/2009, (ISSN 1647-0893. Lisboa, 2009. Disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/1319/3/CIES-WP60%20_Duarte.pdf acesso em: 09 de setembro de 2019.

DWORKIN, Ronald. **Law empire**. London: Fontana Press, 1991.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 2011.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. **Dados**, v. 43, n. 4, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERNANDES, António Teixeira. **Níveis de confiança e sociedade de risco**. Comunicação apresentada ao Colóquio Internacional “Terrorismo e Ordem Mundial”, realizado de 7 a 12 de abril de 2002, na Universidade dos Açores.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **O direito entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.

FERREIRA, Odim Brandão. **A ideia de proporcionalidade no direito**: uma análise sinepeica. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

FIKENTSCHER, Wolfgang. **Law and anthropology**: outlines, issues, and suggestions. Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften in Kommission beim Verlag C. H. Beck. München, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Direito ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Del-Rey, 1996.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental e patrimônio genético**. Belo Horizonte: Del-Rey, 1996.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. **Direito processual ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Del-Rey, 1996.

FONSECA, Dirce Mendes da. **Paradigmas epistemológicos e práticas jurídico-científicas: uma análise da ideologia**. CONPEDI. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/ensino_jur_dirce_da_fonseca.pdf acesso: 03 de janeiro de 2019.

FOSTER, K.; Vecchia, P.; REPACHOLI, M. **Science and the Precautionary Principle**. *Science*, v. 288, n. 5468, 2000.

FRANZ, M. L. Von. **Puer aeternus. A luta do adulto contra o paraíso da infância**. São Paulo: Paulus, 1992.

- GALBRAITH, John Kennedy. **A sociedade justa**. Rio de Janeiro: Campus, 1996.
- GALLA, Preston. **Como funciona o meio ambiente**. São Paulo: Quark Books, 1998.
- GARCÍA, Marta Rizo. As contribuições do pragmatismo de William James e da fenomenologia social de Alfred Schütz à comunicação. **Matrizes**, ano 3, n. 2, jan./jul. 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.
- GONÇALVES, Carlos Walter Porto. **Os (des)caminhos do meio ambiente**. 11. ed. São Paulo: Contexto, 2004.
- GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana; BONMANN, Elton Dias. O nível eficiente de proteção e de punição segundo a análise econômica do direito ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, jul./dez. 2015.
- GORDILHO, Heron José de Santana; RAVAZZANO, Fernanda. Ecocídio e o Tribunal Penal Internacional. **Justiça do Direito**, v. 31, n. 3, set./dez. 2017.
- GORZONI, Paula. Entre o princípio e a regra: teoria dos direitos fundamentais. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 85, 2009.
- GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>>. Acesso em: 10 Set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77653>.
- GUIVANT, Julia Silvia. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Estudos, Sociedade e Agricultura**, v. 9, n. 16, abr. 2001.
- GUIVANT, Julia Silvia. O legado de Ulrich Beck. **Ambiente e Sociedade**, São Paulo, v. XIX, n. 1, jan./mar. 2016.
- GÜNTHER, H. **Pesquisa qualitativa versus pesquisa quantitativa**: Esta é a questão? *Revista Psicologia: Teoria e Pesquisa*, 22(2):201-210. 2006.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- HERCULANO, Selene. Desastres ambientais, vulnerabilidade social e pobreza. **Nova América**, n. 111, s.d. Disponível em: <http://www.novamerica.org.br>. Acesso em: 12 abr. 2019.
- 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, jan./abr. 2008.

HERCULANO, Selene. Riscos e desigualdade social: a temática da justiça ambiental e sua construção no Brasil. **I Encontro Nacional da ANPPAS**. Indaiatuba, 2002. Disponível em: http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selene%20Herculano.pdf. Acesso em: 13 abr. 2019.

HIGGINS, Polly. **Eradicating ecocide**: exposing the corporate and political practices destroying the planet and proposing the laws to eradicate ecocide. London: Shephard-Walwyn, 2016.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003.

HUSSERL, Edmond. **Investigações lógicas – sexta investigação**: elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

JACOBSON, Arthur J.; McCORMICK, John P. The business of democracy is democracy. **Benjamin N. Cardozo School of Law**, n. 135, 2005.

JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

JESTAEDT, Matthias. The doctrine of balancing – its strengths and weaknesses. In: MATTHIAS, Klatt (ed.). **Institutionalized reason. The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaios de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006.

JONES, Adam. **Genocide**: a comprehensive introduction. London: Routledge, 2011.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 10 Set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77650>.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 10 Set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>.

KÄSSMAYER, Karin. **Cidade, riscos e conflitos socioambientais urbanos: desafios à regulamentação jurídica na perspectiva da justiça socioambiental**. Tese (doutorado). Programa de Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2009.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. A máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 1, jan./jun. 2014.

KUHLI, Milan. Power and law in enlightened absolutism – Carl Gottlieb Svarez’ theoretical and practical approach. **Journal of the Max Planck Institute for European Legal History**, 2013.

KUHN, Thomas, S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo, Perspectiva, 1998.

LAGO, André Aranha Corrêa do. **Estocolmo, Rio de Janeiro, Johannesburgo: o Brasil e as Três Conferências Ambientais das Nações Unidas**. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), 2007.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LAY, Bronwyn et al. Timely and necessary: ecocide law as urgent and emerging. **The Journal Jurisprudence**, Melbourne, v. 28, 2015.

LEAL, Fernando. O que significa otimizar princípios? Uma pergunta, três respostas, três problemas. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 2, maio/ago. 2016.

LEITE, José Rubens Morato; MELO Melissa Ely. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais, **Revista Sequência**, no 55, p. 195-218, dez. 2007.

LEITE, José R. Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquematizado®**. São Paulo: Saraiva, 2018.

LERCHE, Peter. **Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit**. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1961.

LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **Otimização de princípios, separação de poderes e segurança jurídica: o conflito entre princípio e regra**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MANSANO, Sônia Regina Vargas. **Sorria, você está sendo filmado: resistência e poder na sociedade de controle**. São Paulo: Summus, 2009.

MARCONDES, Nilsen Aparecida Vieira BRISOLA, Elisa Maria Andrade. Análise por triangulação de métodos: um referencial para pesquisas qualitativas. **Revista Univap**. São José dos Campos, v. 20, n. 35, jul.2014.

MARCUSE, Herbert. **Eros e civilização**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

MARTINEZ-ALIER, J. Justiça ambiental e distribuição ecológica de conflitos. In: FERREIRA, L. C. (org.). **A sociologia no horizonte do século XXI**. São Paulo: Boitempo, 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARTINS, Antônio Manuel. A doutrina da Eudaimonia em Aristóteles. **Hvmanitas** — Vol. XLVI, Coimbra, 1994.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, funções e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. **Desenvolvimento sustentável: estudo ambiental e estudo de impacto de vizinhança**. Curitiba: Letra da Lei, 2008.

MASTRODI, Josué; STEINBERG, Daniel Fideles. Sobre o postulado da moda, a proporcionalidade: sua liturgia metodológica e sua irracionalidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 6, n. 1, jan./jun. 2014.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, 1974.

MEADOWS, D. et al. **The limits to growth: a report for the club of Rome's project on the predicament of mankind**. New York: Universe Books, 1972.

MELLO, Cecília Campello do A. Sustentabilidade e articulação territorial do desenvolvimento brasileiro. **II Seminário Internacional Sobre Desenvolvimento Regional**, Santa Cruz do Sul, 28 setembro a 1º de outubro de 2008.

MELLO, Cecília Campello do A.; BEZERRA, Gustavo das Neves Bezerra. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>>. Acesso em: 10 Set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77649>.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa Social: teoria, método e criatividade**. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

MINASSA, P. A incógnita ambiental do princípio da precaução. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 8, n. 1, 2018.

MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB - Regime jurídico da consulta pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 225-242, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77656>>. Acesso em: 10 Set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77656>.

MORAIS, Fausto Santos de e ZOLET, Lucas. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. **Revista Jurídica**, vol. 04, n.º. 53, Curitiba, 2018. pp. 497-523. DOI: 10.6084/m9.figshare.7628996

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 243-274, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657>>. Acesso em: 10 Set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77657>.

MORIN, E. **Cultura de massas no século XX. O Espírito do Tempo – 1. Neurose**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

MORIN, E. **Introdução ao pensamento complexo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

MOURA, Sarah. Algumas aproximações entre a ética do futuro, de Hans Jonas, e o modelo aristotélico para a ecoética proposto por Pierre Aubenque. **Estudos Filosóficos**, n. 15, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Hermenêutica e Novos Parâmetros ao Direito Público. Curitiba: editora Juruá, 2018.

NOVELLINO, Maria Salet Ferreira. A linguagem como meio de representação ou de comunicação da informação. **Perspectivas da Ciência da Informação**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, jul./dez. 1998.

OLIVEIRA, André. **Risco, precaução e responsabilidade no protocolo de cartagena sobre biossegurança**. Dissertação de Mestrado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2011.

OLIVEIRA, Jelson Roberto de. Por que uma ética do futuro precisa de uma fundamentação ontológica segundo Hans Jonas. **Aurora**, Curitiba, v. 24, n. 35, jul./dez. 2012.

OLIVEIRA, Leandro Dias de. Os “limites do crescimento” 40 anos depois. **Continentes (UFRRJ)**, ano 1, n. 1, 2012.

OLIVEIRA, Sérgio de Freitas. As vozes presentes no texto acadêmico e a explicitação da autoria. **Pedagogia em Ação**, v. 6, n. 1, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de A segurança hermenêutica nos vários ramos do direito e nos cartórios extrajudiciais: repercussões da LINDB após a lei nº 13.655/2018. **Textos para Discussão**. Brasília: Núcleo de Estudos e pesquisa/CONLEG/Senado, Junho, 2018.

OLIVIERI, Alejandro. **A teoria da modernização ecológica**: uma avaliação crítica dos fundamentos teóricos. 2009. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

ORMEROD, Paul. **A morte da economia**. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

OST, F. **A natureza à margem da Lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

OST, F. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PARDO, José Esteve. La protección de la ignorancia: exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos. **Revista de Administración Pública**, n. 161, maio-ago. 2003.

PEIRCE, Charles S. Pragmaticism: a philosophy of science. Values in a universe of chance. **Selected writings of Charles S. Peirce**. Nova York: Doubleday Anchor Books, 1958.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. A (não) concretização do princípio da precaução pelos tribunais internacionais. **Cosmopolitan Law Journal**, Revista de Direito Internacional do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 98-130.

PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. Desenvolvimentismo e ecocídio: causa e (possível) consequência no contexto de ruptura das bases existenciais dos povos originários no Brasil. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 17, n. 51, jan./jun. 2018.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação. A nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERROUX, François. **Ensaio sobre a filosofia do novo desenvolvimento**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1981.

PIOVESAN, Flávia. Princípio da complementariedade e soberania. **CEJ**, v. 4, n. 11, maio/ago. 2000. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/349/551>. Acesso em: 7 maio 2017.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria política e social. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

PORTO, Marcelo Firpo de Souza. Complexidade, processos de vulnerabilização e justiça ambiental: um ensaio de epistemologia política. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 93, jun. 2011.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

- POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Forense: Rio de Janeiro, 2010.
- POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- POSNER, Richard A. **Problemas da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- POSNER, Richard A. The jurisprudence of skepticism. **Michigan Law Review**, v. 86, 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2889&context=journal_articles. Acesso em: 2 jun. 2019.
- POSNER, Richard A. The problematics of moral and legal theory. **Harvard Law Review**, n. 11, 1998.
- POSNER, Richard A. Theories of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 5, n. 2, 1974.
- PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PULIDO, Carlos Libardo Bernal. A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa. **Libertas**, Ouro Preto, v. 1, n. 2, jul./dez. 2014.
- PULIDO, Carlos Libardo Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador**. Bogotá: Universidade Esternado de Colombia, 2014.
- QUIJANO, Anibal. Notas sobre o conceito de marginalidade. In: PEREIRA, L. (org.). **Populações marginais**. São Paulo: Duas Cidades, 1978.
- RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RISSI, João Paulo. Os imperativos kantianos: sobre a finalidade categórica e a hipotética. **Anais do Seminário dos Estudantes de Pós-Graduação em Filosofia da UFSCar**, 2014.
- RODRIGUES, Cassiano Terra. O desenvolvimento do pragmatismo segundo Dewey. **Cognitio-Estudos**, São Paulo, v. 5, n. 2, jul.-dez. 2008.
- RODRÍGUEZ, Mariano L. Conocimiento y verdad en el pragmatismo de William James. **Enrahonar**, n. 16, 1990.
- SÁ, Matilde Maria Gonçalves de. **A prudência como dever do juiz, à luz da Ética a Nicômaco, de Aristóteles**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNIPAC, Barbacena, 2013.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro, Graal, 1989.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo, Cortez, 2013.

_____. *Um Discurso sobre as Ciências*. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, T. **Direito constitucional ambiental – Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, T. **Direito constitucional ambiental – Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, T. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHLOSBERG, David. **Defining environmental justice: theories, movements, and nature**. United Kingdom: Oxford University Press, 2007.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. Teologia política. In: SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Olmiro Ferreira da. **Direito ambiental e ecologia: aspectos filosóficos contemporâneos**. Barueri: Manole, 2003.

SILVA, Romeu Faria Thomé da; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, maio/ago. 2018.

SILVA, Sabrina Soares da. Proposta de um modelo de análise do comprometimento com a sustentabilidade. **Ambiente e Sociedade**, v. 17, n. 3, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, 2003.

SILVEIRA, Rodrigo Dias; FURBINO, Renata Esteves. O Estado de exceção e o *homo sacer*: um enfoque jurídico sociológico sobre a importância do processo a partir da obra *Memórias do Cárcere* de Graciliano Ramos. **XIX Encontro do Conpedi: Direito, Arte, Literatura e Interdisciplinaridade**, 2010.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 192, out./dez. 2011.

SOUSA, Mônica Medeiros Gaspar de. **A retórica principialista: o uso dos princípios jurídicos como fórmulas de redundância na prática jurídica**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos?. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 171-201, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77654>>. Acesso em: 10 Set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77654>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

VASCONCELLOS, Gilberto Felisberto. O colapso energético e ecológico do capitalismo. **Rebela**, v. 6, n. 3. set./dez. 2016.

VENDEMIATTI, Leandro Abel. **Sobre a natureza dos deuses de Cícero**. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Estudos da Linguagem. Campinas, 2003.

VICENTE, Laura Nunes. **O princípio da proporcionalidade: Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Instituto de Direito. 2014.

VILHENA, Bianca Pereira das Neves Campinho Pereira. **A grandeza trágica do homem: Protágoras e o homem como medida**. 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; WERKEMA, Maurício Sirihal. A relevância do princípio da proporcionalidade à efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Direito e Paz**, ano X, n. 38, 1º sem. 2018.

WALDMAN, Ricardo L.; SAMPAIO, Vanessa B.; VARGAS, Marcelo G. Munhoz. O princípio da precaução e o princípio de responsabilidade de Hans Jonas. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2017.

WARAT, Luis Alberto. 1988. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: editora Acadêmica.

_____. 1995. **O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.

WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas**: um direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2018.

WEDY, Gabriel. O princípio da precaução e a interrupção do nexos de causalidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 6, n. 2, jul./set. 2014.

WEDY, Gabriel. O princípio da precaução e a responsabilidade civil do Estado. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, jun. 2014.

WHITEHEAD, A. N. **O conceito de natureza**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

WOLF, Úrsula. **A Ética a Nicômaco de Aristóteles**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2010.