

Leonardo Paiva de Mesquita

A trapaça científica na Sociedade de Risco

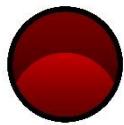
Uma reflexão jusfilosófica sobre o aumento da complexidade das relações e a (in)cognição científica nos procedimentos ambientais



Este livro nasceu do trabalho desenvolvido na dissertação apresentada, fruto de uma profunda reflexão jus filosófica que envolve os perigos processuais do atual ordenamento em causas ambientais, considerando o aumento da complexidade das relações socioambientais e os paradigmas que construíram a sistemática processual vigente. O Prof. Leonardo Paiva de Mesquita demonstrou a evolução histórica dos principais paradigmas influenciadores dos chamados Estados de Direito e, por conseguinte, sua influência nos diversos ordenamentos adjetivos. Também aprofundou seus estudos em obras que tentam delinear o cenário da sociedade pós-moderna, abordando a relação do poder, o papel das instituições e a produção de um (des)conhecimento numa sociedade múltipla e complexa, altamente industrializada, capaz de aumentar a latência dos próprios perigos. As reflexões filosóficas desenvolvidas sobre vários autores como Foucault, Bauman, Enriquez e Beck levaram a conclusão sobre a existência de uma “trapaça científica”, assim denominada pelo autor, sobre a qual esta sociedade, não tem plenas condições de se proteger. Dentre as tentativas de proteção dos diversos perigos, discutindo a noção de justiça sob o aspecto socioambiental para discernir as possíveis causas de uma crise ambiental, foi trabalhado o princípio da precaução em contraponto às incertezas científicas.



A TRAPAÇA CIENTÍFICA NA SOCIEDADE DE RISCO



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê editorial da

- Liane Tabarelli, PUCRS, Brasil
- Marcia Andrea Bühring, PUCRS, Brasil
- Orci Paulino Bretanha Teixeira, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
- Voltaire de Lima Moraes, PUCRS, Brasil
- Thadeu Weber, PUCRS, Brasil.
- Fernanda Medeiros, PUCRS, Brasil.

A TRAPAÇA CIENTÍFICA NA SOCIEDADE DE RISCO

Uma reflexão jusfilosófica sobre o aumento da complexidade das relações e a (in)cognição científica nos procedimentos ambientais

Leonardo Paiva de Mesquita

φ editora fi

Direção editorial: Liane Tabarelli

Marcia Andrea Bühring

Orci Paulino Bretanha Teixeira

Voltaire de Lima Moraes

Diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni

Arte de capa: @fabianodu - Lone Dancer Royal Parks

O padrão ortográfico, o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas do autor. Da mesma forma, o conteúdo da obra é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Ciências Jurídicas & Sociais - 38

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

MESQUITA, Leonardo Paiva de.

A trapaça científica na sociedade de risco: uma reflexão jusfilosófica sobre o aumento da complexidade das relações e a (in)cognição científica nos procedimentos ambientais.
[recurso eletrônico] / Leonardo Paiva de Mesquita -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

183 p.

ISBN - 978-85-5696-227-0

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito penal. 2. Privacidade. 3. Sociedade. 4. Dados pessoais. I. Título. II. Série

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Ao Felipe, meu filho, que mudou
significativamente o rumo da minha história.

A Deus, por todo cuidado e por me conduzir até aqui.
À Nina, minha inspiração.

Aos meus pais, por todo incentivo e apoio.
Aos professores, especialmente ao Prof. Magno, pelo ensino
paciência e estímulo.

Aos colegas de mestrado, por todas contribuições com sugestões e
críticas.

Aos colegas de trabalho, pelo apoio e torcida.
Aos funcionários, pela dedicação e presteza.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	13
1. INTRODUÇÃO.....	17
2. EVOLUÇÃO DOS ESTADOS DE DIREITO.....	23
2.1 Evolução dos estados de direito	25
2.1.1 Paradigma liberal.....	25
2.1.2 A crise do paradigma liberal e o advento do paradigma social.....	34
2.1.3 Paradigma do Estado Social	38
2.1.4 Crise do paradigma social.....	45
2.2 Construção do Estado Democrático de Direito	48
2.3 Corrente neoliberal.....	51
3. MEIO AMBIENTE.....	57
3.1 Poder, a instituição e a produção de (des)conhecimento	58
3.2 O risco provocado pelo (des)conhecimento	61
3.3 Crise ambiental: apropriação dos saberes: complexidade	68
3.4 Justiça ambiental	74
4. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	87
4.1 Da sociedade de risco	88
4.2 Considerações sobre o princípio de precaução	94
4.3 No Direito estrangeiro.....	98
4.4 Da incerteza científica	101
4.5 Princípio da precaução no Direito brasileiro.....	106
5. TUTELA PROCESSUAL PROBATÓRIA DO MEIO AMBIENTE.....	113
5.1 Produção do conhecimento processual	114
5.1.1 A Prova (conceito).....	117
5.1.2 O “estado da ciência” como forma de solução dos conflitos.....	121
5.1.3 O “estado da ciência” e os limites do tolerável.....	122
5.2 A questão da verdade no processo	123
5.3 Distribuição do ônus da prova.....	130
5.4 Inversão	134
5.5 Distribuição dinâmica do ônus da prova	136
5.6 O “estado da ciência” e o ônus da prova.....	140

6. NECESSIDADE DE UM NOVO PARADIGMA NO DIREITO PROCESSUAL DIANTE DA COMPLEXIDADE AMBIENTAL E A ABERTURA A OUTROS SABERES.....	145
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	167
REFERÊNCIAS	175

PREFÁCIO

O diletto amigo, Prof. Leonardo Paiva de Mesquita, me encarregou de prefaciar o seu livro “A trapaça científica na sociedade de risco: uma reflexão jusfilosófica sobre o aumento da complexidade das relações e a (in)cognição científica nos procedimentos ambientais”, o que me deixa extremamente honrado.

Sigo o autor desde sua formação em Direito, na PUC Minas. O Prof. Leonardo Paiva de Mesquita foi meu aluno na graduação e se mostrou estudioso do Direito processual civil. Ademais, sempre tentou compatibilizar a prática com a teoria, utilizando-se da dogmática tradicional para viabilizar pretensões em Juízo.

Após anos de militância na advocacia, adentrou no mestrado em Direito ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara, quando se encantou pela filosofia ambiental, pela epistemologia e pelos teóricos da sociedade de risco, da crise ambiental e das teorias de poder.

Tive, por sua vez, o prazer de lhe orientar em sua dissertação de mestrado, cujo tema se manifesta agora neste livro. Minha função foi simplesmente submeter seu trabalho a critérios científicos.

Em nossas reuniões de orientação, durante a elaboração de seu texto, suas opiniões sempre foram respaldadas em argumentos científicos e jus filosóficos, o que comprovava prévio estudo aprofundado.

Após o cumprimento louvável de todas as metas que lhe foram impostas e a conclusão do estudo, ele foi submetido à Banca composta pelos Professores Doutores Marcelo Abelha Rodrigues, da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), João Batista Moreira Pinto e por mim, na qualidade de orientador. Em sua precisa defesa, o autor foi aprovado e obteve o título de Mestre em Direito.

Dessa forma, este livro nasceu do trabalho desenvolvido na dissertação apresentada, fruto de uma profunda reflexão jus filosófica que envolve os perigos processuais do atual ordenamento em causas ambientais, considerando o aumento da complexidade das relações socioambientais e os paradigmas que construíram a sistemática processual vigente.

O Prof. Leonardo Paiva de Mesquita demonstrou a evolução histórica dos principais paradigmas influenciadores dos chamados Estados de Direito e, por conseguinte, sua influência nos diversos ordenamentos adjetivos.

Também aprofundou seus estudos em obras que tentam delinear o cenário da sociedade pós-moderna, abordando a relação do poder, o papel das instituições e a produção de um (des)conhecimento numa sociedade múltipla e complexa, altamente industrializada, capaz de aumentar a latência dos próprios perigos.

As reflexões filosóficas desenvolvidas sobre vários autores como Foucault, Bauman, Enriquez e Beck levaram a conclusão sobre a existência de uma “trapaça científica”, assim denominada pelo autor, sobre a qual esta sociedade, não tem plenas condições de se proteger.

Dentre as tentativas de proteção dos diversos perigos, discutindo a noção de justiça sob o aspecto socioambiental para discernir as possíveis causas de uma crise ambiental, foi trabalhado o princípio da precaução em contraponto às incertezas científicas.

O direito processual é construído de acordo com o paradigma influenciador vigente. Por isso, para se efetivar um Direito instrumental adequado a sociedade pós-moderna, foi necessário trabalhar questões como a verdade processual, a distribuição do ônus da prova para construção de tal verdade em feitos ambientais, a consideração da ciência convencional como verdade maior e a impossibilidade de justa atividade judicial cognitiva neste cenário.

É neste contexto que o autor desenvolve sua conclusão sobre o paradigma influenciador do Direito processual diante da complexidade ambiental e da necessidade de abertura a outros saberes.

Como se pode ver, o livro é um estudo aprofundado sobre filosofia socioambiental com reflexos na teoria probatória do Direito instrumental, a partir da jurisdição civil coletiva. Esta obra irá contribuir para multidisciplinariedade do Direito ambiental e seus reflexos perante a atividade pragmática do meio de efetivação de pretensões em lides ambientais.

Cumprimenta-se o autor e a Editora por este livro, que certamente irá integrar o conhecimento coletivo formador do que se entende hoje por ciência jurídica.

Magno Federici Gomes

Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-España. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT e Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA.
ORCID: <<http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>>.

INTRODUÇÃO

Nesta dissertação, analisa-se a importância da evolução dos paradigmas do processo, de uma visão privatista marcada pela técnica do processo frio, neutro, excessivamente preocupada com a segurança da liberdade individual, passando por uma visão social do processo para uma ótica democrática, em que se propõe uma técnica mais eficaz, dinâmica, preocupada com a pacificação social e a real solução dos conflitos, sem desconsiderar as práticas neoliberais.

Como objetivo geral busca-se, também, demonstrar como o poder se manifesta e como as instituições são usadas para produzir um conhecimento deturpado para manter a sociedade engodada, incapaz de fomentar novas rupturas no sistema de poder.

O poder que está no interior das instituições pode ter a missão de espalhar o desconhecimento, a ignorância, o conhecimento equivocado (consciente ou inconsciente). Nesse modelo, seu objetivo seria colocar pensamentos falsos e ilusórios na mente das pessoas, porque o ser humano não poderia ter um conhecimento verdadeiro dos fenômenos psíquicos, políticos, econômicos ou sociais, mas apenas um conhecimento aproximado, deformado e equivocado. Esse “desconhecimento” se coloca como elemento estrutural da vida social. A função do desconhecimento seria tornar o mundo mais seguro para responder aos diversos problemas enfrentados pelas pessoas.

Com esse pensamento de dominação e manutenção do poder, as organizações sociais provocaram uma latente exposição dos riscos baseada em seu pensamento simplista de progresso, de aumento da economia para que se produza mais dinheiro e poder.

São, também, essas instituições que definem quem tem o direito à palavra, o que se pode dizer e, principalmente, o que não se pode dizer. Enfim, definem como dizer, no intuito de reafirmar

seu poder e combater qualquer ameaça, sem se importar com a verdade contida no discurso deles.

O que se questiona na pós-modernidade é a pauperização da civilização, daquela sociedade industrializada clássica, que rompeu com a modernidade e assumiu nova forma, denominada “sociedade (industrial) de risco”. Uma sociedade altamente organizada, com diversos segmentos e com forte concorrência na busca pelo poder.

A consequência desses fatos é a imersão numa crise ambiental que gera injustiça de toda espécie e gênero.

Atualmente, enfrenta-se uma crise ambiental sem precedentes, que não se caracteriza de forma simplista pelas garrafas PET descartadas de qualquer forma ou pelo uso de sacolas plásticas nos supermercados.

Existem, hoje, os perigos já conhecidos e evidentes que são objeto de restrição do Poder Público, mas, por outro lado, como se vê, ainda há os riscos que não são dedutíveis, não são comprovados cientificamente. Diante dessa realidade oculta, não se pode esperar, sob pena de ser tarde demais.

Na busca pelo poder, vale tudo e a trapaça é apenas uma ferramenta usada para se atingir o objetivo – alcançar o máximo de poder e nele permanecer.

Outros instrumentos serão necessários para solucionar as complexas questões ambientais.

Entender a complexidade das relações sociais existentes é uma condição necessária para inverter a ótica de construção da sociedade, considerando o outro, seja ele marginal, seja pertencente ao mesmo grupo, como parte integrante de um mesmo ambiente.

Há que se considerar, também, que a atual sociedade industrializada caminha na latência da produção de riscos, com os quais ela não tem competência para lidar.

Acrescente-se a falácia do paradigma liberal, que reside justamente em supor que todos devem ser tratados de forma igual e agem com o mesmo senso de justiça.

O Direito processual sofre grande influência dessa visão privatista e se coloca nessa mesma lógica.

Haja vista que dentro do paradigma do Estado Liberal o juiz não deveria intervir, mas ficar inerte, equidistante, não atuando de forma alguma na construção da sentença, arraigado pela visão privatista, de tal forma que sua atitude deveria ser omissa para não prejudicar a liberdade e autonomia das vontades das partes.

Ocorre que esse paradigma não se revelou sustentável, seja pelas pressões populares, seja pela ameaça de outros paradigmas que ameaçavam o liberalismo.

Esse caminho é trilhado para se chegar à discussão sobre o encargo do ônus da prova e a distribuição do ônus para produção de prova em matéria ambiental.

Analisa-se, portanto, a distribuição probatória sob a perspectiva da carga dinâmica da prova para, em seguida, analisar os perigos na “sociedade de risco” de acordo com o conceito desenvolvido por Beck (2011) e refletir sobre os riscos de uma inversão do ônus da prova.

A forma estática de distribuição dos ônus da prova gera algumas injustiças e não resolve um conflito judicial de forma justa, capaz de trazer a paz social.

A inversão do ônus da prova como previsto no Código de Defesa do Consumidor (CDC), como regra geral e sua consequente aplicação nas causas ambientais, também não resolve, necessariamente, o problema.

O questionamento que surge na busca pela verdade obriga a suspeitar das aparências e questionar o que já é colocado como definitivo.

Numa sociedade globalizada, nenhum grupo social poderá ser considerado o único portador da verdade e os demais membros

devem questionar as certezas colocadas para demonstrar novas verdades. Para isso, será necessário desconstruir a racionalidade que construiu a atual sociedade industrial de risco, que, no limite de sua razão mecanicista e positivista, culminou numa crise ambiental.

Para contrapor e gerar um novo paradigma capaz de trazer equilíbrio a essa balança, deve-se gerar uma nova visão de mundo capaz de compreender a complexidade ambiental, bem como analisar a distribuição dinâmica do ônus da prova para que o processo não sirva como forma de chancelar injustiças em matéria de Direito ambiental e a possibilidade de usar o princípio da precaução com critérios objetivos, de acordo com a razoabilidade e a proporcionalidade.

Como objetivos específicos, buscou-se estudar os paradigmas de Estado que influenciaram o processo; a dinâmica de poder como forma de controle sobre o rumo da sociedade, com enfoque na teoria da sociedade de risco desenvolvida por Beck (2011), as formas de distribuição do ônus da prova em contraponto ao estado da ciência como forma de solução dos conflitos.

Ainda, foram estudadas as formas de distribuir o ônus da prova, com o intuito de trazer a melhor parte capaz de esclarecer o risco envolvido, bem como quando não será possível distribuir o ônus probatório, sob pena de se legitimar uma fraude probatória.

Além disso, analisou-se a utilização do princípio da precaução. Nesse sentido, a jurisdição deveria desempenhar seu papel para trazer a verdade real ao processo coletivo. O processo deve ser construído de modo a dar razão, com eficiência, a quem a possuir.

O Direito processual deve aproximar-se mais da vida real e não se ater somente à verdade formal.

Deve-se lembrar novamente de que do exercício desenfreado dos mecanismos de poder enfrenta-se, desde a década de 1960, uma crise ambiental que questiona as instituições e a forma como é exercido o poder. A problemática ambiental que se

formou gerou uma crise nos conhecimentos teóricos e práticos da racionalidade produtiva dominante. Diante desse colapso, buscou-se repensar a forma de produção industrial, o exercício do poder, o agravamento das injustiças e a crescente desigualdade social.

Foucault (1979, p. 96) expôs sobre a existência de uma crítica local que se efetuou em seu tempo e se denominou “retorno do saber”, explica o autor (1979) que consistiriam nos saberes dominados, seriam de um lado os conteúdos históricos que foram sepultados e massacrados, com sistematizações formais por meio de instrumentos de erudição.

Nesse contexto histórico, uma parte da sociedade tenta desenvolver uma técnica para se resguardar e, desde a década de 1970, foi desenvolvido o princípio da precaução, inicialmente na Alemanha, difundindo-se depois para outros lugares.

Não se pode impedir um empreendimento diante da busca de certeza de ausência de danos, pois assim se estaria buscando o “risco zero”, o que não é possível na sociedade de risco. Assim, o que existem são os riscos toleráveis (cuja lesão é improvável ou os benefícios da atividade são maiores que os danos se tornam de menor importância) e os intoleráveis, que são os riscos objeto de limitação e serão impedidos pelo princípio da precaução.

Trabalhou-se, ao longo da dissertação, o funcionamento do princípio da precaução, como se deve decidir pelo seu uso e em que situações ele é recomendado, além da sua relação com as dúvidas e com a proteção de direitos essenciais.

Além disso, abordou-se a relação do princípio da precaução em choque com formas de poder dominante, seu uso como ferramenta para proteger as minorias e grupos sem representação.

Para a elaboração desta pesquisa, empregou-se o método de abordagem dedutivo. Foram levantadas as principais posições doutrinárias a respeito do tema, bem como os entendimentos jurisprudenciais dos tribunais brasileiros, desenvolvidos mediante pesquisa bibliográfica, desde a evolução dos Estados de Direito, sua influência na ciência processual, com destaque para a distribuição

do encargo do ônus probatório. O objetivo foi fazer uma investigação teórico-documental, jurídico-descritiva e jurídico-prospectiva que revelasse a melhor forma para a busca da verdade e, diante sua impossibilidade, como deve ser usado o princípio da precaução.

EVOLUÇÃO DOS ESTADOS DE DIREITO

Nesta dissertação, são analisados os paradigmas do Estado de Direito e sua influência sobre o Direito processual, característicos em cada momento de seu desenvolvimento, a fim de subsidiar teoricamente a interpretação, a aplicação e, principalmente, a visualização dos caminhos que o Direito vem trilhando.

O estudo gira em torno da análise dos paradigmas que influenciam as formas de atuação do Estado e suas estratégias no cenário político. Em primeiro lugar, portanto, cabe uma breve exposição sobre esse assunto.

Acerca do termo “paradigma”, ensina Cattone (2001, p. 52) que ele foi introduzido numa discussão epistemológica contemporânea, com o objetivo de representar uma visão de mundo. O ilustre constitucionalista Canotilho, citado por Sarmento (2001, p. 376), considera-o um “‘consenso científico’ enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compressão de mundo”, utilizando o conceito concebido por Kuhn, autor de obra relevante sobre o assunto, que sustenta que todas as ciências se desenvolvem de acordo com paradigmas (SARMENTO, 2001, p. 376). Partindo desse entendimento define paradigmas como “realizações científicas universalmente reconhecidas, que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (CATTONE, 2001, p. 52).

Nesse sentido, translada-se parte da obra do Reale, citado por Cattone (2001, p. 53-54), que também explica com acerto o conceito de paradigma no sentido dado por Kuhn, reafirmando:

Kuhn escolheu o termo ‘paradigma’ [...] porque ele exprime de maneira eficaz o eixo de sustentação da nova epistemologia [...] Os ‘paradigmas’ indicam as concepções e convicções que constituem os pontos firmes da ciência num dado momento, e

que, no curso do arco do tempo, fornecem os modelos para a formulação dos problemas e das soluções para os cientistas que trabalham em determinados âmbitos de pesquisas. Escreve Kuhn: ‘Com a escolha desse termo, pretendi chamar a atenção para o fato de que alguns exemplos da prática científica efetiva reconhecidos como válidos – exemplos que compreendem globalmente leis, teorias, aplicações e instrumentos – fornecem modelos originadores de tradições de pesquisa científicas particulares que possuem a sua coerência.’ [...] O ‘paradigma’ constitui uma verdadeira ‘unidade de medida’ fundamental nas pesquisas científicas, porque, como já dissemos, constitui o critério segundo o qual se acolhem os problemas, justamente enquanto problemas científicos, e se desenvolvem, consequentemente, as suas soluções. [...] O paradigma constitui uma verdadeira ‘atividade modeladora’, anterior e não redutível inteiramente às componentes lógicas , ou seja, às varias leis regras e teorias, que podem ser abstraídas e deduzidas delas. Os cientistas não aprendem as leis e a regras abstratamente, mas junto com o paradigma, do qual, posteriormente, as abstrai [...] Os paradigmas podem ser anteriores, mais vinculantes e mais completos do que qualquer conjunto de regras de pesquisas que se possa inequivocamente abstrair deles. Nesse sentido, portanto, os paradigmas têm função reguladora nas ciências e são a verdadeira força dinâmica que determina o seu desenvolvimento (REALE *apud* CATTONE, 2001, p. 53-54).

Cattone (2001, p. 54) vale-se, ainda, dos ensinamentos de Habermas, que utiliza o conceito de paradigma no campo das ciências sociais, mas no âmbito desse, para reflexões acerca do Direito:

Por esse último [paradigma de Direito], entendo as visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser realizados no contexto percebido de uma dada sociedade.

Um paradigma de Direito delineia um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que

se cumpram naquele dado contexto as funções normativamente atribuídas a eles (CATTONE, 2001, p. 54).

Passa-se, assim, à análise das visões de mundo, das lutas pelos direitos que influenciaram uma época, uma geração e transformaram a forma de organização da sociedade. Direitos que não ficaram restritos a um espaço e tempo determinados, mas que atravessaram eras, num conceito trazido por Bobbio (1992, p. 49), e fronteiras nos mais diversos países. Diante disso, inicia-se a evolução dos estados de direito e as influências deles no processo.

2.1 Evolução dos estados de direito

Em certos momentos, um paradigma deixa de responder às necessidades de uma comunidade ou de corresponder à sua crença, seus valores, interesses e objetivos, o que desencadeia uma crise e, consequentemente, resulta na mudança do paradigma.

Diante disso, quando se faz a análise dos paradigmas que influenciam o Direito, vale lembrar que não há ruptura completa com o modelo anterior, mas uma gradual evolução, que não se desenvolve da mesma forma em todos os lugares. Portanto, neste trabalho, o método didático é amplamente utilizado, rascunhando as linhas mestras de três paradigmas: o Liberal, o Social, e o Democrático de Direito.

2.1.1 Paradigma liberal

O estudo do paradigma liberal inicia-se com a derrocada da monarquia absoluta e dos ideais absolutistas pelos pensamentos filosóficos advindos do Iluminismo.

Esse contexto histórico se inicia, ainda, na Idade Média, na consolidação embrionária dos primeiros direitos fundamentais, com destaque, primeiramente, para a Magna Carta de 1215, redigida na Inglaterra pelo rei João, também conhecido como João

Sem-Terra, em um momento de grande crise decorrente das constantes investidas bélicas e da necessidade de impor maior pressão tributária sobre os barões. Em virtude do pagamento, a nobreza passou a exigir, em contrapartida, o reconhecimento formal de seus direitos. Após uma revolta armada dos barões, ao cercar Londres, o rei se viu obrigado a assinar a Magna Carta, restando evidente que se tratava de um acordo entre o rei e os barões, envolvendo vantagens para estes, de modo a abrandar os clamores dos senhores feudais. No entanto, revela-se que esta foi a primeira vez que um documento real vinculava o governante às leis por ele editadas, como afirma Comparato (2003, p. 79):

Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados. [...] Aliás, a declaração final da primeira cláusula, segundo a qual o rei e seus descendentes garantiriam para sempre, a todos os homens livres do reino, as liberdades a seguir enumeradas, representou o primeiro passo para a superação oficial das divisões estamentais, pois o que conta doravante é, antes de tudo, o *status libertatis*, independentemente de qualquer outra condição pessoal (COMPARATO, 2003, p. 80).

Embora tratada como um acordo para beneficiar os senhores feudais, a Magna Carta versou sobre a desvinculação da pessoa do monarca em relação à lei por ele editada, impondo que os homens livres fossem julgados pelos seus pares, extraindo-se daí, nos dizeres de Comparato (2003), “o princípio do devido processo jurídico (*due process of law*)” (COMPARATO, 2003, p. 82).

Ainda na Inglaterra, mas em 1689, o príncipe Guilherme III assinou a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), que passou a se constituir uma das principais leis do reino, direcionada ao fortalecimento do parlamento e garantia de direitos, nos termos destacados por Comparato (2003):

Promulgado exatamente um século antes da Revolução Francesa, o *Bill of Rights*, pôs fim pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido. A partir de 1689, na Inglaterra, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do Parlamento. Por isso mesmo, as eleições e o exercício das funções parlamentares são cercados de garantias especiais, de modo a preservar a liberdade desse órgão político diante do chefe de Estado. O documento proposto à aceitação do Príncipe de Orange, como condição de seu acesso ao trono da Inglaterra, representou a institucionalização da permanente separação de poderes no Estado, à qual se referiu elogiosamente Montesquieu meio século depois (COMPARATO, 2003, p. 93).

A legitimação da construção do Estado Liberal foi baseada nas cartas e princípios arraigados por valores antiabsolutistas, que buscavam desbancar qualquer insurgimento à restauração e, dessa forma, a aristocracia e as realezas passaram a ser consideradas forças ultrapassadas, indubitavelmente lançadas ao fracasso pelas novas ideologias burguesas, que acabaram por desarmá-las, deixando-as em níveis inferiores (BONAVIDES, 2001, p. 202).

Thibau (2011), nesse mesmo sentido, expõe:

É possível afirmar que o paradigma do Estado Liberal teve sua origem diretamente influenciada pelo advento do próprio Constitucionalismo. Segundo Dalmo de Abreu Dallari (1995), o Constitucionalismo foi movimento que iniciando-se no desmoronamento do Sistema Político Medieval, teve seu ápice no século XVIII e, quase sempre, caráter revolucionário (THIBAU, 2011, p. 8).

Com o objetivo de proteger o indivíduo do despotismo do monarca absoluto, da discriminação fundada no nascimento e dos privilégios que somente a nobreza e o clero desfrutavam, os ideais iluministas se tornaram de grande valia aos burgueses. Nessa nova

cosmovisão, os atores burgueses primaram incisivamente por uma “liberdade” ilimitada (SARMENTO, 2001, p. 382) e por um poder estatal, consequentemente, limitado, que nesse contexto foi considerado um mal, porém necessário, para em última instância garantir o *telos* máximo, que é a liberdade.

Pinto (2015, p. 9), ao retratar as bases liberais no processo de constituição dos direitos humanos nesse período, explica que os ideais de Locke ajudam a entender o contexto sócio-histórico e o político daquele momento, ao colocar o direito à vida, à liberdade e à propriedade como natural e inalienável de todo homem.

Expõe ainda que a influência de Locke na vida política se fazia presente – embora suas as publicações oficiais fossem posteriores à Revolução Gloriosa – e, principalmente, significava que

os burgueses, que haviam conquistado seu lugar como proprietários desde o século anterior, percebiam essa visão que tendiam ao absolutismo com um risco. Foi nesse contexto, de disputas entre a monarquia e o parlamento britânico, no século XVII, que surgem as condições sócio-históricas e políticas para a Revolução Gloriosa, de 1688, um triunfo do liberalismo sobre o absolutismo, complementado com a aprovação do *Bill of Rights* (a Declaração de Direitos da Inglaterra), de 1689, documento que formaliza os limites que a burguesia impôs à ação do monarca (PINTO, 2015, p. 9).

Conforme ensinamento de Mendes, Coelho e Branco (2009), o pensamento de Locke se funda na garantia da paz social e no uso da propriedade da melhor forma possível, além de um juiz imparcial, características que serão retomadas mais adiante:

Para Locke, no, no estado de natureza, os indivíduos já eram capazes de instituir a propriedade, segundo os ditames da lei natural, mas, para preservá-la, não poderiam prescindir de estabelecer uma sociedade política. Esta tem em mira ‘o desfrute da propriedade em paz e segurança’. O poder, então, haveria de

ser exercido para ao bem geral da comunidade, para garantir condições propiciar a paz e ao gozo da propriedade. Na sociedade Política, tornam-se possíveis instituições incogitáveis no estado de natureza, tal como o legislador razoável, o juiz imparcial e o poder executivo, garantidor, na prática, das decisões tomadas (MENDES, COELHO; BRANCO, 2009, p. 217).

Neste caminho de evolução dos direitos humanos, pode-se citar, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte, em 1776, diante da previsão dos princípios democráticos garantidores da soberania popular, com o reconhecimento dos “direitos inalienáveis de todos os homens”. “Os governos são instituídos entre os homens para garantir seus direitos naturais”, de tal forma que “seus poderes legítimos derivam do consentimento dos governados”, sendo certo que, diante de toda forma de governo destrutivo, é um direito do povo alterá-lo (COMPARATO, 2003, p. 106).

Outro marco importante, a Declaração de Direitos da Revolução Francesa, em 1789, tinha como cerne a eliminação de privilégios sociais relacionados às classes abastadas, fortalecendo o poder estatal na mão do povo. No entanto, o projeto viu-se longe dos ideais que marcaram o início do movimento revolucionário, em razão, conforme destaca Comparato (2003), do “racionalismo abstrato dos grandes líderes revolucionários de 1789”, onde muitos estavam “mais preocupados em defender a pureza das ideias do que a dignidade concreta da pessoa humana” (COMPARATO, 2003, p. 132).

É nesse cenário que se consolidou a civilização burguesa, fundada no afastamento completo do Estado em relação às questões privadas, sejam aquelas que diziam respeito à propriedade privada, sejam em relação à vida política, direcionando-se a uma sociedade amplamente individualista, conforme destaca Comparato (2003):

A Revolução, ao suprimir a dominação social fundada na propriedade da terra, ao destruir os estamentos e abolir as corporações, acabou por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstrato, perfeitamente isolados em seu egoísmo. Em lugar do solidarismo desigual e forçado dos estamentos e das corporações de ofícios, criou-se a liberdade individual fundada na vontade, da mesma forma que a filosofia moderna substituíra a tirania da tradição pela liberdade da razão. O regime da autonomia individual, próprio da civilização burguesa, tem seus limites fixados pela lei, assim como a divisa entre dois terrenos é fixada por cercas ou muros. Os ‘direitos do cidadão’ passaram, então, a servir de meios de proteção aos ‘direitos do homem’, e a vida política tornou-se mero instrumento de conservação da sociedade civil, sob a dominação da classe proprietária (COMPARATO, 2003, p. 147).

Em reforço à luta motivada por interesses de determinadas classes, Bonavides (2005, p. 562) explica que a universalidade dos direitos humanos só foi realmente clara na Declaração Francesa porque nos documentos anteriores valores históricos e filosóficos serviram para resolver problemas de camada social privilegiada:

A percepção teórica identificou aquele traço na Declaração francesa durante a célebre polêmica de Boutmy com Jellinek ao começo do Século XX. Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar concretude, mas perdiam em espaço e abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (barões feudais), quando muito a um povo ou uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade (BONAVIDES, 2005, p. 562).

Nesse pensamento, as Constituições voltaram-se essencialmente para os direitos individuais relativos à liberdade e à

igualdade e, ainda, para os direitos políticos (MAGALHÃES, 2002, p. 43). Bonavides (2001) bem leciona sobre o tema ao fazer uma distinção do paradigma liberal em duas fases, sendo a primeira marcada pelas declarações de direitos e dos preâmbulos que se concentravam normalmente em princípios gerais e abstratos, de cunho antirrestaurador, porém ainda muito geral, sem poder jurídico, incapazes de proferir força vinculante. Isso demonstrava apenas ao legislador diretrizes no novo rumo que se pretendia seguir, postulados ideológicos gravados pelo valor político, mas que de forma alguma obrigariam cidadãos e órgãos estatais. A insuficiência de juridicidade nesse período se refletia em programaticidade (BONAVIDES, 2001, p. 200-203).

Inspirados pela proclamação dos ideais franceses declarados em 1789, fundamentaram-se os Estados de Direito liberais, sendo a liberdade essencial para surgimento do Estado de Direito em contraposição ao Estado absoluto.

Segundo a teoria da Escola do Direito Natural, todos os homens seriam iguais e independentes, e ninguém poderia provocar danos aos próximos. Portanto, ao produzir uma postulação que visasse acabar com a antiga estrutura tirânica opressora, seria sempre uma ideologia de aceitação por parte dos súditos. Ensina Bobbio (1994):

O pressuposto filosófico do Estado Liberal, entendido como Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo): doutrina segundo a qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte

dos outros. Atribuir a alguém um direito significa reconhecer que ele tem a faculdade de fazer ou não fazer algo conforme seu desejo e também o poder de resistir, recorrendo, em última instância, à força (própria ou dos outros), contra o eventual transgressor, o qual tem em consequência o dever (ou a obrigação) de se abster de qualquer ato que possa de algum modo possa interferir naquela faculdade de fazer ou não fazer. ‘Direito’ e ‘dever’ são duas noções pertencentes à linguagem prescritiva, e enquanto tais pressupõem a existência de uma norma ou regra de conduta que atribui a um sujeito a faculdade de fazer ou não fazer alguma coisa ao mesmo tempo em que impõe a quem quer que seja a abstenção de toda ação capaz de impedir, seja por que modo for, o exercício daquela faculdade. Pode-se definir o jusnaturalismo como a doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana – que por isso mesmo precedem à formação de todo grupo social e são reconhecíveis através da pesquisa racional – das quais derivam, como em toda e qualquer lei moral ou jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de serem derivados de uma lei natural, direitos e deveres naturais. Falou-se do jusnaturalismo como pressuposto ‘filosófico’ do liberalismo porque ele serve para fundar os limites do poder à base de uma concepção geral e hipotética da natureza do homem que prescinde de toda verificação empírica e de toda prova histórica (BOBBIO, 1994, p. 11-12).

Nesse momento, impõe-se fortemente a proteção aos direitos ligados, sobretudo, à propriedade privada, que será de suma importância nas lutas travadas entre a monarquia e outras forças sociais, demonstrada, principalmente, na figura dos burgueses. Como claro exemplo desses choques, entende-se a concessão da Carta Magna por parte de João Sem Terra, em 1215, que em séculos posteriores será de mesmo modo chamada de “direitos dos homens” e reconhecida como princípio da “liberdade” (BOBBIO, 1994, p. 13).

O objeto de acordos elaborados dos atritos entre classes incide, principalmente, nas formas e limites da obediência, ou seja, no limite de direito de comandar, de exercer sua força sobre os comandados, recaindo sobre a forma de exercício do poder político.

Por isso é que o Estado Liberal nasce de uma progressiva e contínua corrosão do poder absoluto dos reis, que, em períodos históricos de crises mais agudas, acabam por desencadear uma ruptura revolucionária (BOBBIO, 1994, p. 13). Utilizou-se, portanto, a técnica da separação de poderes, elaborada por Montesquieu, para limitar e garantir a liberdade individual (SARMENTO, 2001, p. 379).

Cabe demonstrar, também, que a construção de normas, doutrinas e filosofias dos direitos do homem foram fruto de uma construção hipotética do estado originário do homem, cujo único objetivo era encontrar uma boa justificativa para legitimar a limitação do poder estatal defendido por Locke (SARMENTO, 2001, p. 378).

Posteriormente, Bonavides (2001), distinguindo a segunda fase constitucional das cartas liberais, expõe que nesse momento se passou à análise mais profunda e paciente do teor jurídico volvido na construção dessas novas cartas. Mediante a absorção dos valores burgueses no conteúdo material das normas constitucionais, as positivações inseridas se apresentavam estáveis apenas no plano teórico (BONAVIDES, 2001, p. 203). O que ocorreu pelo fato de não mais haver tensões antagônicas na formulação constituinte, aliado à grande força alcançada da estratégia do voto censitário, que sustentava um corpo de representação parlamentar homogêneo de interesses capazes de construir uma constituição de filosofias e ideologias políticas harmônicas (SARMENTO, 2001, p. 379).

Desse modo, verdade é que as Constituições desse momento, compreendidas como instrumento de governo (*instruments of governments*) (CATTONE, 2001, p. 56), caracterizavam-se por uma brevidade incrível em seus textos, trazendo como consequência a indiferença do conteúdo e da substância das relações sociais (BONAVIDES, 2001, p. 203). Como as Constituições não podiam evitar o aparecimento do instituto Estado, passaram a rejeitar tudo aquilo que, mediante manipulação

das normas, se conseguia eliminar, levando à margem das Constituições a sociedade. Não é de se espantar que nesse contexto a neutralidade em face dos conflitos distributivos tenha gerado a dominação econômica sobre as classes desfavorecidas, como ensina Sarmento (2001, p. 379). Em suma, admitiu-se visivelmente apenas a existência de postulados disciplinando seletivamente somente as liberdades nas Constituições do Estado Burguês de Direito.

Tal brevidade também não foi por acaso, sendo seu principal motivo a limitação das funções do Estado, pois no momento em que não se tem específica previsão legal para a consecução de determinada função estatal, não pode o Estado invocar para si a execução de tais tarefas. O Estado mínimo, sem dúvida alguma, é o espírito do Liberalismo, porque traduz os ideais burgueses, desde o rompimento com o antigo regime, até o instante em que os colocavam no poder, anulando qualquer forma de nova de mudança social, segundo Bonavides (2001, p. 204), mantendo os antigos súditos sob o poder do capital.

O aparato jurídico e o político para que tais ideais fossem concretizados foram direcionados para o modo de vida liberal/capitalista, protegendo a liberdade e a propriedade. O processo como instrumento de solução de conflitos não se formou imune a esse pensamento, sendo instrumento de garantia de uma paz social firmada apenas na proteção desses direitos.

2.1.2 A crise do paradigma liberal e o advento do paradigma social

Observa-se, diante dessa perspectiva liberal, “a finalidade abstrata de permitir o convívio e a harmonia social” sem, contudo, efetivar a garantia de direitos humanos e universais. Isso porque, no Estado Liberal, a preocupação de cada indivíduo é o centro dos debates, no qual prevalece o interesse individual (RODRIGUES, 2008, p. 117).

A sociedade é organizada em classes desiguais, porém as normas jurídicas que regem as relações dessas classes não fazem diferenciação nesse aspecto, o que torna a igualdade apenas jurídica, ou seja, perante a lei. Assim é que um princípio igualitário que busca justificar uma estrutura desigual, na qual cada um tem liberdade a fazer o que quiser, terá por consequência a produção de maior desigualdade (BOBBIO, 1994, p. 18-20). Nesse sentido, Magalhães (2002) ensina:

Esse individualismo dos séculos XVII e XVIII corporificado no Estado Liberal e a atitude de omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens a um capitalismo desumano e escravizador. O século XIX conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis. Combatida pelo pensamento marxista e pelo extremismo violento fascista, a liberal-democracia viu-se encurralada. O Estado não mais podia continuar se omitindo perante os problemas sociais e econômicos (MAGALHÃES, 2002, p. 44).

A teoria do contrato social e a afirmação dos direitos naturais estão estritamente ligadas à sustentação do Estado Liberal, porém a concepção individualista de que existe primeiro o indivíduo em sua singularidade, dotado de seus interesses e carências, que se cristalizam na teoria de uma hipotética lei da natureza e que somente num momento posterior viria a sociedade, não se sustentou por muito tempo. Obviamente que pela subversão da relação do indivíduo-sociedade, que considera existir a sociedade não mais de um fato natural, mas de uma criação da arte humana, sendo esse corpo artificial, então, mera expressão da imagem dos indivíduos, para a satisfação de seus interesses individualistas, como afirma Bobbio (1994, p. 15).

A crise estava instaurada no meio da sociedade, o que causava a necessidade de buscar novas vias para solucionar o grande problema que o Liberalismo desencadeou por meio de sua

ideologia impregnada de valores essencialmente individualistas. Apesar dos progressos que os direitos liberais representaram, ainda não foram suficientes para assegurar a dignidade da pessoa humana, segundo Sarmento (2001, p. 385).

O auge da crise do modelo liberal pode ser marcado com a Constituição de Weimar, conforme Bonavides (2001, p. 205), que na insatisfação com o antigo paradigma buscou maior intervenção do Estado no quadro de exploração a que se submeteu a sociedade no período liberal, na esperança de conseguir frear o crescimento das desigualdades sociais, perpetrado pela grande exploração dos trabalhadores por parte de seus empregadores. O que se buscou desenvolver foi uma fórmula capaz de quebrar a forte indústria de exploração humana do período Liberal. Outra não é a concepção de Magalhães (2002, p. 44):

Daí, após da Primeira Guerra Mundial, as novas constituições que surgiram ‘não ficaram apenas preocupadas com a estrutura política do Estado, mas salientam o direito e dever do Estado em reconhecer e garantir a nova estrutura exigida pela sociedade’. A partir desse momento as superiores exigências da coletividade foram contrapostas aos direitos absolutos da Declaração de 1789 (MAGALHÃES, 2002, p. 44).

Os direitos típicos do período Liberal foram gerados por uma classe com o monopólio ideológico de princípios a serem institucionalizados e declarados como valor supremo de toda a sociedade abarcado pelas normas constitucionais; ou seja, não havia, ainda, qualquer contestação à mentalidade burguesa, porque se comemorava a conquista sobre o sistema monárquico (defensor das ordens privilegiadas), legitimado apenas por um direito divino. Por isso é que puderam ser gravados valores individualistas nas Constituições, como ensina Bonavides (2001, p. 208).

A insustentabilidade do paradigma liberal, porém, foi inevitável, uma vez que não se pode tratar a sociedade sob a ótica individualista, como feito pelos liberais. Pelo privilégio de estar

economicamente num patamar superior à maior parte do restante da população, não puderam os burgueses conter a contínua exploração advinda da Revolução Industrial, ou então seria o fim de uma sociedade civilizada, e voltaria o domínio dos homens sobre os outros como no período de escravidão, duramente criticado e reconhecido como inadmissível.

Nesse entendimento é que surgiram constitucionalistas procurando formas de conter o prejuízo causado pelo Liberalismo. Portanto, do colapso verificado no Estado mínimo, deixando que grandes e pequenos, fortes e fracos travassem suas lutas no mercado de forma indiscriminada, nesse novo paradigma o que se buscava era o equilíbrio dessas forças para que todos tivessem condições de concorrer, de se desenvolver e crescer.

Assim é que o paradigma do Estado Social de Direito traçou sua trajetória nos ideais do “bem-estar social”, expressão designada para transmitir os novos valores com que se preocupariam os constitucionalistas. Lançando suas bases no confronto à mera garantia da igualdade formal dos liberais, a Constituição, usualmente designada “folha de papel” dos liberais, ficou fadada ao declínio adiante da convulsão social fabricada, numa maior crise social do que no próprio regime monárquico.

Nesse cenário, surgiram várias tentativas de confrontar e eliminar o capitalismo selvagem, fomentaram-se propostas marxistas do socialismo utópico, da doutrina social da Igreja que criticavam o individualismo exacerbado produzido pelo constitucionalismo do liberalismo econômico, segundo Sarmento (2001, p. 386). A partir de então, começou a borbulhar, em vários pontos da Europa e da América, a convicção de que, para o efetivo desfrute dos direitos individuais, necessária seria a garantia mínima de condições de existência para o ser humano.

2.1.3 Paradigma do Estado Social

Dado o acentuado quadro de exploração do homem pelo homem, o problema surgido da abstenção estatal e dos excessos do capitalismo que vieram a desnaturar a ideia de liberdade e não satisfizeram a famosa pergunta de Proudhon – *Ou est la liberté du non propriétaire?* (Onde está a liberdade do não proprietário?) – emergiu, então, a necessidade de continuar o processo de avanço na luta pelos valores humanitários latentes no Iluminismo, como explica Sarmento (2001, p. 386). Assim, a sociedade clamava a intervenção do Estado, com o objetivo de equilibrar as relações sociais, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. A partir desse instante, o Estado passou a ter maior participação, saiu da posição de mero expectador, assumindo o papel de ator social, em oposição ao paradigma do Estado Liberal.

Enquanto a sociedade, por meio de movimentos sindicais e sociais, pressionava o Estado para maior intervenção na busca da igualdade material, propostas de Estados com legislações preocupadas com a inserção de novos direitos que garantissem condições mínimas foram sendo forjadas. Exemplo disso é a Constituição zapatista no México, em 1917, produto da Revolução Mexicana iniciada em 1910 (MAGALHÃES, 2002, p. 44). Eclodiu nesse mesmo período a Revolução Russa de 1917, que, cerca de quarenta anos mais tarde, levaria um terço da humanidade a viver em regimes diretamente derivados do modelo soviético (SARMENTO, 2001, p. 387). A Alemanha, preocupada, também, com problemas sociais elaborou a Constituição de Weimar, em 1919 (CATTONE, 2001, p. 58), sobre a qual expõe Bonavides (2001):

Desaparelhado de ferramentas teóricas com que interpretar e caracterizar os novos institutos e princípios introduzidos nas Constituições por efeito de comoções ideológicas, cuja intensidade se fez sentir acima de tudo durante o primeiro período

subseqüente à Primeira Grande Guerra Mundial, o velho direito constitucional entrou em crise.

A Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: o Estado liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido. As dores se fizeram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja obra de compreensão das realidades emergentes se condensou num texto rude e imperfeito, embora assombrosamente precursor, de que resultariam diretrizes básicas e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social (BONAVIDES, 2001, p. 207-208).

Em linhas gerais, quando a Segunda Guerra Mundial terminou, o mundo se encontrava numa acirrada crise econômica, política e social. Na mesma época, surgiram propostas anarquistas e comunistas que criticavam as consequências da política liberal. Por outro lado, a democratização do direito ao sufrágio rompeu a hegemonia absoluta da burguesia. Os países que defendiam o capitalismo viram-se forçados, então, a implantar um Estado mais social, que acalmasse as diversas revoltas da época, dos extratos sociais mais desfavorecidos. É o que explica Cattone (2001):

Não mais uma sociedade de indivíduos-proprietários privados, mas uma sociedade conflituosa, dividida em vários grupos, coletividades, classes, partidos e facções em disputa, cada qual buscando seu interesse. Não mais um Estado que assume como conformador da realidade social, e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas ‘públicas’ de ‘vida boa’. O Estado Social, que surge após a Primeira Guerra e se firma após a Segunda, intervém na economia, através de ações diretas e indiretas; e visa garantir o capitalismo através de uma proposta de bem estar (Welfare State) que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais (CATTONE, 2001, p. 59).

Surgiu, nesse instante, outra seara no Direito constitucional: o campo dos direitos sociais referentes às relações

de trabalho, produção, educação, cultura e previdência, que representou uma novidade, além de uma releitura dos direitos clássicos. Novamente, buscam-se os ensinamentos de Silva (2002):

Os regimes constitucionais ocidentais prometem, explícita ou implicitamente, realizar o Estado Social de Direito, quando definem um capítulo de direitos econômicos e sociais. Expressas são as Constituições da República Federal Alemã e da Espanha, definindo os respectivos Estados como sociais e democráticos de Direito (SILVA, 2002, p. 115).

A neutralidade e a indiferença do Estado já não mais poderiam existir, visto que provocaram grande injustiça. Em meio a essa situação, os movimentos sociais que estouravam pelo mundo desmascaravam a insuficiência das liberdades burguesas (SILVA, 2002, p. 115). Nesse momento, a busca pela materialidade dos direitos constitucionais transformou o Estado, influenciando sua atuação para uma dogmática coletiva, enquanto se pretendia realizar a justiça social. Nesse contexto, surgiram os Estados que seguiram o paradigma social de Direito, Estados não mais minimalistas como no liberalismo; pelo contrário, o que se buscou foi abarcar e aumentar sua esfera de atuação na sociedade.

Os Estados capitalistas não viram outra opção senão começar uma maciça intervenção nas diversas áreas sociais, com investimentos em educação, saúde, previdência social, direitos econômicos e os direitos relativos ao trabalho (desmembrado do Direito civil, firmando-se como novo ramo da ordem jurídica fundado sobre premissas inteiramente diversas), como ensina Sarmento (2001, p. 389), fornecendo garantias com o objetivo de ter ao final real melhoria na qualidade de vida de seus cidadãos. O Estado Liberal cede espaço ao Estado Social, que não se atém apenas à liberdade, mas busca o bem-estar do cidadão.

Offe (1984, p. 371-372) demonstra que, diante desses fatos, surgiu o *Welfare State*, formulado por unionistas católicos (que viam o Socialismo como um inimigo e procuravam derrotá-lo em

seu próprio terreno, enfatizando a codeterminação e a reconciliação de classes) e pelos capitalistas. O que eles propunham era a adoção de políticas de solidariedade social (garantia de saúde, educação, segurança e aposentadoria mediante redistribuição de rendas, programas habitacionais e educacionais, seguro social, garantindo a redução dos abusos salariais, bem como a todo cidadão a cidadania plena), como afirma Offe (1984):

[...] representou, por parte da mão-de-obra,.a aceitação lógica do lucro e dos mercados como princípios orientadores da alocação dos recursos, das trocas internacionais, da mudança tecnológica, do desenvolvimento do produto e da localização industrial, em troca de uma garantia de que seriam defendidos os padrões mínimos de vida, os direitos sindicais e os direitos democráticos liberais, seria evitado o desemprego em massa e a renda real subiria de acordo com a produtividade do trabalho, gerando a paz social (OFFE, 1984, p. 372).

Sob essa nova ótica, o Poder Executivo – o que mais se fortalece, uma vez que lhe cabe instrumentalizar a intervenção do Estado na economia – passou, então, a tutelar a sociedade, exercendo controle, mais ainda, por ser ágil e detentor de capacidade técnica absorvida de uma parcela do Poder Legislativo. O “poder se pulveriza na sociedade, distribuindo-se por uma série de instituições intermediárias entre o Estado e o indivíduo” para atender e desenvolver seus projetos conforme pensamento ideológico do qual procuravam concretizar (SARMENTO, 2001, p. 393). Segundo Cattone (2001), “o Poder Executivo passa a ser dotado de instrumentos jurídicos, inclusive legislativos, de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do ‘interesse coletivo, público social ou nacional’ (CATTONE, 2001, p. 60).

O objetivo dessas estratégias visava à conciliação do direito formal com o direito material, de modo a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes e, de outra forma,

juridicamente incontroláveis. Como o Poder Executivo nesse momento se torna mais atuante, sua ação se perfaz por meio dos instrumentos jurídicos da Administração Pública, o que traz como consequência o crescimento da própria Administração. Segundo Rodrigues (2008):

Nessa mudança de paradigma, a lacuna central deixada pelo estudo da ação passa a ser ocupada pela jurisdição, no exato sentido de que passa a existir por parte do Estado a necessidade de prestar direitos à sociedade massificada, tais como saúde, qualidade de vida, lazer, segurança e, na seara jurídico-processual, o próprio dever de dar a tutela jurisdicional (RODRIGUES, 2008, p. 122).

Para garantir a insurgência desses direitos, foi necessária uma transformação da própria ciência processual, cujas regras não beneficiam mais apenas uma parte, geralmente a parte mais forte ou mais habilidosa no jogo processual, que manipula o processo para obter o resultado desejado, principalmente quando se atinge esse resultado com sua inércia probatória:

Enfim, a técnica processual deixa de ser fria e passa a ser permeada de sensível carga ideológica, voltada para o social. Diminui a preocupação com as técnicas de segurança para serem buscadas as soluções que prezem por efetividade. O tempo no processo constitui um sério fator comprometedor do resultado, e por isso passa a ser um rival que deve ser administrado. A busca da verdade real (ordem jurídica justa) incita e obriga a um comportamento ativo, tórrido, participativo, inquietante do magistrado, que deve saber distinguir os termos parcial e ativo, parcial e participativo; parcial e inquieto; parcial e perseguidor da verdade (RODRIGUES, 2008, p. 123).

Essa perspectiva liberal, fruto da concepção de Estado Liberal burguês, que pressupõe indivíduos autossuficientes (NUNES, 2008, p. 28) é combatida pelo Estado Social, que tenta buscar ao máximo a realidade real no bojo do processo:

Essa ‘mudança’ de concepção (de privatista para publicista) faz com que a prova, ou os meios de prova, deixe de ser utilizada como mecanismo de obstaculização do direito, na medida em que, verificando-se a fraqueza do ‘meu’ adversário, acaba-se adotando a postura inerte de sonegação de informações, para se aguardar, a favor do recalcitrante, a regra fria do art. 333 do CPC para os casos do *non liquet* (RODRIGUES, 2008, p. 144).

Essa tentativa socializadora teve sua maior força durante o conflito do capitalismo com o socialismo, e os Estados, preocupados com ideais sociais, disseminaram ideais sociais inspirando novas Constituições, que hoje sofrem maior pressão das iniciativas neoliberais, influenciando novamente o Direito processual a práticas neoliberais.

O Direito processual, da mesma forma, assumiu conotações socializadoras para dar contornos mais justos sob a ótica de igualdade de todos os homens.

A preocupação é com o fato de que a igualdade formal, fria e cega não gera uma solução justa, principalmente porque não estão todos integrantes do processo em pé de igualdade real. Assim,

é lógico que a mera disposição dos instrumentos processuais não é sinônimo de garantia de igualdade, senão porque o acesso efetivo e completo a esses instrumentos às vezes depende de uma série de fatores (para uns, obstáculos; para outros, atalhos) econômicos, sociais, culturais, históricos, psicológicos etc. que acabam sendo decisivos na busca e na entrega da ordem jurídica justa (RODRIGUES, 2008, p. 127).

Segundo a perspectiva socializadora do processo, a solução jurídica capaz de formar uma pacificação social deve se aproximar ao máximo da verdade real (ainda que a completa verdade seja utopia), mas deve ter como objetivo a maior proximidade da

realidade, haja vista que sua legitimidade estará diretamente relacionada à sua proporcionalidade. Para Rodrigues (2008):

de fato, não é a coisa julgada que traz a paz social. Além do escopo político que pode existir, é certo que a coisa julgada só será legitimada, no sentido de alcançar o escopo social do processo, se ela for assentada em elementos de convicção que sejam os mais próximos da realidade histórica conflituosa que foi levada ao Estado-juíz. Quando isso ocorre, há, por assim dizer, um reconhecimento inato da sociedade e dos litigantes, independentemente de serem vencidos ou vencedores, porque sabem, à evidencia das provas, que se fez justiça (RODRIGUES, 2008, p. 128).

Importante reafirmar que para o Estado Social não basta que as partes disputem o processo com as armas que possuem, e o juiz seja mero observador e fiscal exclusivamente de regras burocráticas. O juiz deveria estar atento a tudo o que acontece, assumindo papel ativo com respeito ao princípio do contraditório, no entanto, com uma atividade contributiva para o material probatório do processo, de forma a diminuir as desigualdades e chegar a uma solução que efetivamente dê razão a quem realmente a tem (RODRIGUES, 2008, p. 129). Assim,

[...] a exigência do Estado social de dar à sociedade ordem jurídica justa exige que o juiz dê um provimento final (razão a quem possui) com um máximo de rendimento, ou seja, tenha tido poderes para ir em busca da verdade, não só a partir do que foi angariado da participação dos litigantes ou do efetivo contraditório, mas, especialmente, a partir de uma conduta independente, imparcial, pautada numa visão perspectiva de que precisa buscar a paz social, advinda de uma ordem justa, que por sua vez é fruto da convicção obtida pelas provas que, por diversas razões (jurídicas ou não), não lhe são levadas pelos litigantes (RODRIGUES, 2008, p. 130).

Nunes (2008, p. 27) ensina que, se no liberalismo o processo era marcado fortemente pelo princípio do dispositivo, apegado à legalidade fria e literal, com grande destaque para as partes, já no paradigma socializador do processo, há a prevalência do princípio da oralidade e do fortalecimento do papel do juiz para se chegar à maior igualdade entre as partes. Busca-se, também, imprimir um perfil mais publicístico do direito nessa fase.

O juiz assume papel de protagonista no processo, reequilibrando, por seu conhecimento e experiência, as desigualdades das partes. As partes podem assumir, com frequência, a condição de hipossuficiência e projetar sua expectativa de justiça na figura do juiz, capaz de readequar a estrutura social e as desigualdades.

2.1.4 Crise do paradigma social

O Estado do Bem-Estar Social, que era visto como a base das políticas social-democratas, gerou problemas. Desde o final da década de 1970, os social-democratas tiveram de responder ao desafio do neoliberalismo, no entanto, mais importantes foram as mudanças de processo nos países ocidentais que ajudaram a dar ao "Tatcherismo" forças para desenvolver sua ideologia. A partir de então, todos os países se tornaram culturalmente mais pluralistas, com a proliferação de estilos de vida (consequência, em parte, da própria afluência que a "sociedade do Estado do Bem-Estar Social" ajudou a produzir), como explica Sarmento (2001, p. 395).

A partir da década de 1970, o Estado do Bem-Estar Social iniciou sua crise, que mais tarde desencadeou a inevitável falência do modelo social; por vários motivos e complicadores, ele não conseguia suprir as demandas sociais sem gerar como consequência outro problema. Como bem assinala Offe (1984, p. 376) ao analisar o *Welfare State Keynesiano* e a sua falência:

Na medida em que o problema da demanda é resolvido o problema da oferta começa a ampliar-se. A situação econômica mudou de forma que parece emprestar apoio à teoria econômica conservadora e ao neo-laisser-fair. Longe de estimular mais a produção, a prática do governo de promover déficits a fim de combater o desemprego contribui para taxas ainda mais altas de desemprego. Segundo o argumento de alguns economistas, essa prática estimula a subida de taxas de juros e torna o capital dinheiro escasso e oneroso. Ocorre também, o que é possivelmente ainda pior, que o estado do welfare contribui para um parcial desestímulo ao trabalho. Seus esquemas de seguro compulsório e habilitação legal oferecem uma proteção institucional tão forte aos interesses materiais dos trabalhadores assalariados que a mão-de-obra torna-se menos preparada e/ou pode ser menos facilmente forcada a ajustar-se às contingências das mudanças estruturais, tecnológicas, de locação e outras da economia (OFFE, 1984, p. 376).

Soma-se ainda, nesse período, a incapacidade do Estado de financiar uma recuperação econômica (dados os enormes gastos com as políticas sociais), gerada pela crise do petróleo e pela falta de um espírito empreendedor por parte das indústrias. Vendo-se privadas de sua liberdade econômica, pela política social, as indústrias despediram milhões de pessoas e aumentaram o índice de desemprego, legitimando, assim, o ingresso de um novo paradigma liberal. Segundo Sarmento (2001):

a partir dos dois choques do petróleo na década de 1970, instaura-se uma crise no Welfare State, que põe em cheque a lógica do dirigismo estatal. O Estado, que havia se expandido de modo desordenado, tornando-se burocrático e obeso, encontrava enormes dificuldades para se desincumbir das tarefas gigantescas que assumira. A explosão de demandas reprimidas, gerada pela democratização política, tornara extremamente difícil a obtenção dos recursos financeiros necessários ao seu atendimento. Por outro lado, o envelhecimento populacional, decorrente dos avanços da medicina e no saneamento básico, engendrou uma perigosa crise de financiamento na saúde e na previdência social

– pilares fundamentais sobre os quais se assentara o Estado Social (SARMENTO, 2001, p. 395).

As políticas assistencialistas desenvolvidas no paradigma social, indubitavelmente, fizeram-se vítima do seu sucesso. O fato de acomodar as crises inibia a função positiva que elas geravam no processo de evolução capitalista, aliado ao desestímulo ao investimento e ao trabalho. Esses motivos foram muito relevantes, visto que fizeram surgir um sentimento "explosivo" sobre os alicerces da sociedade, que passou a reclamar por alternativas fáceis e por mais liberdade. Esse sentimento levou à troca da política social pela política neoliberalista, que propunha a reestruturação econômica e das indústrias e esperava que cada indivíduo trabalhasse para assegurar sua qualidade de vida.

O Estado Social, que buscava regular a participação e a exclusão no mercado de trabalho, protegendo também o emprego, perdeu sua força. A institucionalização para atenuar a exploração da mão de obra excedente, controlando as classes sociais para garantir a paz e benefícios sociais, acabou por aumentar a desigualdade econômica e, consequentemente, gerou dívidas para o Estado. Por isso, e dada a falta de liberdade que a política social impôs, é que o Estado do Bem-Estar Social entrou em crise, porém já se vislumbravam as propostas neoliberais das políticas de Margaret Thatcher e Ronald Reagan muito antes da queda da União Soviética, que conjugava o conservadorismo no campo social, com o mercado mais livre, do qual evidenciava a diminuição do tamanho do Estado com redução drástica dos gastos sociais, segundo Sarmento (2001, p. 396).

Enfrenta-se, desde a década de 1960, uma crise ambiental que questiona as instituições e a forma como o poder é exercido. A problemática ambiental que se formou gerou uma crise nos conhecimentos teóricos e práticos da racionalidade produtiva dominante. Nesse sentido, expõe Leff (2010, p. 176):

Hoje a natureza-objeto parece vingar-se do sujeito do conhecimento que quer apreendê-lo e dominá-lo; a natureza elude e ultrapassa o controle da ciência. A crise ambiental – o colapso ecológico, o aquecimento global, a entropização da vida – são a revanche do real diante da objetivação forçada da natureza.

Diante dessa reflexão, é necessário analisar a construção de um Estado de Direito mais participativo, mais adequado para uma sociedade plural, caracterizada por sua diversidade e múltiplos direitos.

A sociedade atual com múltiplos direitos essenciais precisaria de novas ferramentas para lidar com múltiplos direitos porque não se busca tutela atualmente apenas dos direitos de primeira geração. Os direitos de segunda geração já sofreram intensos processos de lutas, sendo incluídos nos mais diversos ordenamentos.

2.2 Construção do Estado Democrático de Direito

Não se tem, neste trabalho, a pretensão de esgotar a análise da atual conjuntura, principalmente no Brasil, sobre quais são as diretrizes ideológicas de um específico paradigma que determinarão as ações estatais. Assim, vale-se dos estudiosos do assunto, observando apenas a opinião e afirmações para que se possa dar continuidade ao trabalho.

Bonavides (2001) conclui que a atual CR/1988 é fruto do paradigma do Estado Social:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é constituição do Estado Liberal, outra é constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado, a segunda uma Constituição de

valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no poder (BONAVIDES, 2001, p. 336).

Por outro lado, o Silva (2002) afirma, categoricamente, que a atual CR/1988 já se encontra inserida no Estado Democrático de Direito:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando (SILVA, 2002, p. 119).

Sarmento (2001, p. 402), por sua vez, defende a posição segundo a qual, mesmo com as mudanças de paradigmas, o modelo normativo do Estado brasileiro plasmado pela CR/1988 continua sendo o de um Estado interventor, preocupado com a justiça social e com a igualdade substantiva. Se não despreza o mercado, também não o reverencia com fervor, como desejam os adeptos do credo neoliberal, e, assim, não o caracteriza como social por entender que as propostas neoliberais já o influenciaram, mas também não admite que seja rotulado totalmente como neoliberal, chegando à conclusão, portanto, de que melhor seria falar em pós-social. Afirma o autor (2001):

[...] Sem embargo, não só no Brasil, mas em vários outros países, já se desenha um modelo distinto de Estado, que não pode ser rotulado como de neoliberal, porque não se ausenta da esfera econômico-social, já se recepciona os traços deste novo paradigma, em construção a partir da crise do Welfare State, que

à falta de nome melhor, poderíamos chamar de pós-social (SARMENTO, 2001, p. 402).

A ideia de um Estado democrático se desenvolve com a inclusão de minorias, com participação de todos. Nessa perspectiva, Habermas (2012, p. 24) desenvolve uma visão de democracia apoiada no entendimento mútuo dos indivíduos, no diálogo possibilitado pelo Estado, onde

a ideia de democracia, apoiada no conceito do discurso, parte da imagem de uma sociedade descentralizada, a qual constitui – ao lado da esfera pública política – uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento de problemas de toda a sociedade (HABERMAS, 2012, p. 24).

É por meio do diálogo entre os indivíduos e o Poder Público que é possível a integração da sociedade, na qual todos se reconheçam como atores sociais responsáveis pela efetivação de direitos e garantias fundamentais, direcionando de modo participativo as políticas públicas capazes de assegurar direitos indispensáveis a uma existência com dignidade.

Diante disso, surgem novas ideias para direcionar, também, o resultado final do processo de forma mais justa, sob um conceito de busca pela paz social mediante a utilização mais democrática dos instrumentos processuais (RODRIGUES, 2008, p. 127).

Diante do exposto, faz-se necessário considerar uma evolução dos paradigmas que atualmente se desenvolve no equilíbrio entre as tensões causadas pelo neoliberalismo nas garantias sociais, ou seja, dos interesses conflitantes em um sistema de que impõe limites, ao mesmo tempo que busca o desenvolvimento, até se chegar a um denominador comum capaz de assegurar justiça social com desenvolvimento do mercado.

2.3 Corrente neoliberal

Além da discussão sobre o atual paradigma que determina as ações do Estado, observa-se uma retração da típica intervenção do modelo social, e no plano teórico tal cosmovisão vem sendo atribuída ao neoliberalismo, tendo como ícone o pensamento do austríaco Friedrich August Hayek (SARMENTO, 2001, p. 396). Um crítico infatigável do *Welfare State*, Hayek parte da premissa de que a “ordem espontânea”, decorrente das leis do mercado, é sempre superior às tentativas de planejamento humano.

E assim aconteceu. Enquanto havia crescimento econômico e alta arrecadação tributária, o Estado Social pôde sofisticar-se com serviços públicos cada vez melhores. Entretanto, a capacidade do Estado de resistir a crises tem limites de intensidade e duração, e poucos contavam com a crise profunda da década de 1970. Magalhães (2002) bem ilustra esse quadro:

Com a crise econômica há uma diminuição da arrecadação tributária. Para isso o Estado social estava preparado, pois vinha trabalhando com a idéia de superávit e déficit orçamentário: poupar nos momentos de crescimento e investir para recuperar a economia nos momentos de crise. Mas a crise profunda diminui a capacidade do Estado de responder à crescente demanda social, estando mais frágil justamente quando é mais requisitado. Esta é o momento de penetração da proposta neoliberal já presente como uma crítica ao Estado Social desde o pós-guerra. Os neoliberais apresentam uma solução para a crise que o Estado Social, naquele momento, não era capaz de superar. Para superá-la era necessário criar-se as condições para acumulação e expansão do capital, com a posterior criação de riquezas e empregos.

Para que o capital se expandisse era necessário que o Estado criasse as seguintes situações ideais:

1. Diminuição do Estado com processos de privatização, permitindo que o setor privado pudesse atuar naqueles setores onde o Estado era concorrente ou único ator.

2. com a diminuição do Estado, inclusive nas suas prestações sociais fundamentais, é possível a diminuição ou eliminação dos tributos do capital, deixando que a classe assalariada arque com o que subsiste dos serviços públicos (os dados do período Reagan nos EUA ilustram essa afirmativa) (MAGALHÃES, 2002, p. 71).

Nas economias periféricas, em que o Estado Social é muito mais frágil, esse processo se desenvolve com maior velocidade e profundidade. Nesse contexto, tangidos pelas exigências ditadas pelo mercado globalizado, muitos Estados vêm modificando suas Constituições, com o objetivo de adaptá-las ao dinamismo de uma ordem internacional reconfigurada. Com o Brasil não foi diferente, como explica Sarmento (2001):

[...] Com efeito, nossa Constituição, que consagra um modelo de Estado do Bem-Estar Social, fortemente intervencionista, foi pega no contrapé pela onda neoliberal que varreu o mundo na fase final do séc. XX. Assim, a partir de 1995, o governo federal, com o apoio de bancada parlamentar amplamente majoritária, iniciou um ciclo de reformas na ordem constitucional econômica brasileira, buscando redefinir o papel do Estado envolvendo a extinção de certas restrições existentes ao capital estrangeiro (EC nº 6 e 7) e a flexibilização de monopólios estatais sobre o gás canalizado, as telecomunicações e o petróleo (EC nº 5, 8 e 9) (SARMENTO, 2001, p. 401).

O referido processo aconteceu paralelamente à implementação de um programa de privatização promovido pelo Estado brasileiro, que resultou na alienação do controle de empresas estatais até então tidas como altamente estratégicas para o país, como a Vale do Rio Doce e a Telebrás. A reforma constitucional continuou com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) n. 1998, pela qual foram alteradas a estrutura e a filosofia da Administração Pública, juntamente com a busca de redução de seus gastos. No lugar de administração burocrática, propôs-se a administração gerencial, mais eficiente, mais flexível e

preocupada com resultados. Dentre outras medidas adotadas, foi formalmente consagrado o princípio da eficiência (SARMENTO, 2001, p. 401).

Pari passu, a reforma do aparelho estatal se desenrolou, desenvolvida inicialmente pelo extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), como bem explica Mendes (1999):

O marco referencial do programa de reforma administrativa protagonizado pelo MARE, é o Plano Diretor da Reforma da Reforma do Aparelho do Estado (1995), que identifica a crise brasileira da última década como uma crise do modelo de desenvolvimento adotado pelos governos anteriores, desviando o Estado de suas funções básicas, o que teria agravado a crise fiscal e, por consequência a inflação.

A questão de crise do Estado é trazida para a contemporaneidade dos últimos 20 anos, destacando-se a aceleração do desenvolvimento tecnológico e da globalização da economia mundial. Nestes ternos, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995: 15) parte do reconhecimento da falência do modelo vigente, de alcance universal, e caracteriza, assim, a crise do Estado;

- 1) uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa;
- 2) o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado do bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações, no terceiro mundo e, o estatismo nos países comunistas; e,
- 3) a superação da forma de administrar o Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática (MENDES, 1999, p. 78).

Diante do exposto, observa-se um movimento que redireciona a atuação do Estado na busca de legitimidade e com o fundamento principal de aumentar a governança do Estado, ou seja, desinchar o aparelho estatal, superdesenvolvido no modelo do Estado Social, transferindo parte dos serviços prestados

diretamente pelo Estado para outras instituições, sejam privadas, sejam públicas não estatais.

Mendes (1999, p. 79) comentando sobre as propostas do MARE, afirma que o movimento da reforma administrativa busca responder a questões tais como se o Estado deve continuar a realizar as mesmas atividades e se algumas podem ser eliminadas ou, ainda, se devem ser transferidas para o setor privado ou público não estatal. Questiona, ademais, se o número de funcionários existentes é realmente necessário e se o desempenho dos servidores é eficaz, e, consequentemente, se a prestação do serviço das organizações públicas opera com eficiência. Questionamentos típicos do setor privado.

Diante das dificuldades do Estado em gerenciar, duas estratégias foram utilizadas: a primeira, já exposta, foi a privatização das atividades típicas do mercado; a segunda, a redução da atuação estatal consistiu na subsidiariedade aplicada aos serviços sociais.

Nesse sentido, Sarmento (2001) ensina:

Trata-se de um Estado subsidiário, que restitui à iniciativa privada o exercício da atividade econômica às quais vinha se dedicando, através de privatizações e reengenharias múltiplas. De um a Estado que também vai buscar parcerias com a iniciativa privada e com o Terceiro Setor, para a prestação de serviços públicos e desempenho de atividades de interesse coletivo, sempre sob sua supervisão e fiscalização. É um Estado que apenas não se retrai, mas que também modifica sua forma de atuação, e passa a empregar técnicas de administração consensual: ao invés de agir coercitivamente, ele tenta induzir os atores privados através de sanções premiais ou outros mecanismos, para que adotem os comportamentos que ele deseja. As normas jurídicas que este Estado produz são muitas vezes negociadas em verdadeiras mesas-redondas, e o direito se torna mais flexível, sobretudo para os que detêm poder social (SARMENTO, 2001, p. 402).

Para os objetivos deste trabalho, importa, principalmente, a subsidiariedade, que tem servido de fundamento para o incentivo estatal ao Terceiro Setor, como se verá adiante.

Boff (2015, p. 17-18) afirma que o modelo do neocapitalista está ausente de sustentabilidade, pois continua extraíndo, de forma indiscriminada, insumos da natureza e criando perversas desigualdades sociais. Trata-se de um modelo modificado de viés neokeynesiano. Após a crise iniciada em 2007, o capitalismo não se modificou, segue no seu afã de acumulação na base da especulação financeira e consumo pernicioso.

Segundo Boff (2015, p. 17), o modo de produção industrialista, consumista, pernicioso e poluidor fez da economia o principal eixo articulador das sociedades. Transformou tudo em mercadoria.

Esse modelo é exercido e fomentado, principalmente, pela forma de produção, que busca cada vez mais poder em todas as suas esferas (política, econômica, social, ambiental), atingindo a todos indiscriminadamente.

MEIO AMBIENTE

O Direito ambiental, na lição de Bonavides (2005, p. 569), é considerado um direito fundamental de terceira geração¹, que, junto com o desenvolvimento, o progresso, a comunicação, o patrimônio comum, dentre outros, ganha maior força numa sociedade plural e democrática.

A força assumida pelo Direito ambiental nos tempos atuais é muito maior que nos tempos de outrora. Noções de preservação, preocupação com as gerações futuras, atenção ao equilíbrio ecológico, destinação correta dos resíduos, diminuição da poluição são temas comuns nas casas, nas empresas e nas diretrizes estatais.

Uma sociedade plural e complexa com a consciência da multiplicação de seus direitos procura reafirmar a condição de cada indivíduo diante do Estado e das instituições. Uma nova configuração de sociedade se desenvolve e não pode mais se subsistir com as antigas regras.

Atualmente, enfrenta-se uma crise ambiental sem precedentes, que não se caracteriza de modo simplista pelas garrafas PET descartadas de qualquer forma ou pelo uso de sacolas plásticas nos supermercados.

A preocupação socioambiental e com os bens naturais mobiliza países em conferências planetárias para a regulação e a limitação da forma de produção exploratória/predatória/poluidora típica de um modo de produção praticado nos últimos séculos.

Por isso, o Direito ambiental não somente ganhou força nas agendas de praticamente todos os países, como está

¹ Certos autores, como Ingo Wolfgang Sarlet e Antonio Augusto Cançado Trindade, não defendem a noção de gerações para os direitos fundamentais, pois trariam a noção de superação de uma geração para a outra. Com isso, difunde-se a teoria dimensional dos direitos, que busca assimilar todos numa evolução cumulativa, com uma interligação entre todos os direitos fundamentais. Pode-se concluir, assim, que o termo mais adequado será o de "dimensão" e não o de "geração", como amplamente usado na doutrina.

despertando uma mobilização social pela gama de direitos que ele abarca, sua complexidade e capilaridade para tratar das mais diversas questões da vida do ser humano e sua relação com o ambiente. Para garantia de um direito dessa dimensão, novos instrumentos jurídicos foram criados para tutelá-lo adequadamente.

O Direito ambiental busca vários modos de tutelar o meio ambiente diante das diversas formas de degradação antrópicas. Isso porque o desenvolvimento humano, o progresso e o alargamento das atividades econômicas são fatos hodiernos inevitáveis e sem volta.

A incessante corrida por superação do já conquistado e a subjugação de tudo, incluindo o meio ambiente, torna o atual modo de vida insustentável, característica difícil de ser vencida numa geração marcada pelo imediatismo.

O processo é o mais importante instrumento de resolução de conflitos, e a pacificação social se legitima com conteúdo probatório formado de maneira contundente.

A dificuldade em compreender como o processo pode agravar as injustiças sociais e ambientais torna-se um tema extremamente interessante diante da crise que se aproxima.

3.1 Poder, a instituição e a produção de (des)conhecimento

Neste item, trata-se de como o sistema de poder é instaurado e como ele se comporta para se tornar durável e de que o poder se concretiza nas instituições, que têm o papel de disseminar diversos desconhecimentos como forma de manutenção desses sistemas. Essas instituições controlam o que se pode ser revelado e o que deve ser desconhecido. Segundo definição de Enriquez (2001):

o poder é uma relação de caráter sagrado de tipo assimétrica, que se estabelece, de um lado, entre um homem ou um grupo de

sujeitos que formam um conjunto ou um aparelho específico que define os fins e as orientações da sociedade, dispondo do uso legítimo da violência, e, de outro lado, um grupo mais ou menos amplo de indivíduos que dão seu consentimento às normas editadas. Este consentimento pode ser obtido pela interiorização dos valores sociais, pela adesão ativa às orientações propostas, pela fascinação ou sedução exercida pelos dominadores ou pelo medo de sanções (ENRIQUEZ, 2001, p. 54).

Para melhor esclarecer, cabe ponderar que o poder seria uma relação, e não um atributo pessoal (como poderia ser entendido por alguns), por isso não há que se cogitar que a pessoa nasce chefe ou que apenas alguns indivíduos possuem dons excepcionais para encarnar o poder, embora quem o exerce use a falsa ideia de propriedade para confirmar que apenas algumas pessoas especiais poderiam exercê-lo (possuí-lo) em detrimento de outras.

As razões para considerar o poder como propriedade, afirma Enriquez (2001, p. 55), baseiam-se na relação de que ele não poderia se revestir de caráter sagrado, mas o atributo pessoal (propriedade), sim, e para confirmar ainda essa visão a propriedade seria destinada a um ser excepcional, misterioso, superior aos demais.

A conclusão de estudos importantes sobre poder pressupõe a necessidade de consentimento. Mesmo considerando líderes carismáticos, existe obrigatoriamente uma adesão. “Um chefe carismático sem seguidores é irrisório. O trágico se torna em farsa. Napoleão vira louco que se toma por Napoleão” (ENRIQUEZ, 2001, p. 55). Portanto, se existe consentimento, estar-se-ia pressupondo uma relação.

Não se despreza, de outro lado, que o homem de poder não possui características próprias, porém será necessário o contexto sócio-histórico no qual será valorizado. Como exemplo pode-se pensar que existiam vários “Hitlers” em potencial na Alemanha,

mas ninguém para segui-los fora do contexto sócio-histórico, como afirma Enriquez (2001, p. 55).

Segundo Enriquez (2001, p. 56), o poder é sagrado porque se situa fora do contrato, recusando a ideia de contrato defendida por Hobbes e Rousseau, para substituí-la por instituição. O poder está no interior das instituições e não viria de baixo para cima, e as instituições, como órgãos reguladores da sociedade, “como concretização de poder, pois ela diz como formar e socializar os homens, a fim de torná-los mais dóceis e satisfeitos com sua submissão” (ENRIQUEZ, 2001, p. 56).

Nesse contexto, as instituições têm a missão de espalhar o desconhecimento, a ignorância, o conhecimento equivocado (consciente ou inconsciente). Seu objetivo seria colocar pensamentos falsos e ilusórios na mente humana, porque o ser humano não poderia ter um conhecimento verdadeiro dos fenômenos psíquicos, políticos, econômicos ou sociais, mas apenas um conhecimento aproximado, deformado, equivocado. Esse “desconhecimento” se coloca como elemento estrutural da vida social. A função do desconhecimento é tornar o mundo mais seguro para responder aos diversos problemas enfrentados pelas pessoas, conforme Enriquez (2001, p. 52), que acrescenta:

A sociedade, agregação ou conglomerado de diversas instituições edificadas há muito tempo ou recentemente, impõe suas visões e diretrizes (suas obrigações, diria Durkheim) aos seus membros. Ela se quer admirada e venerada como qualquer sistema de poder. Ela se apropria, frequentemente, das necessidades, das vestes do Estado, da pátria, da nação. E, como instância transcendente, recusa a contestação, em nome da defesa do bem comum (ENRIQUEZ, 2001, p. 52).

A instituição define quem tem o direito à palavra, o que se pode dizer e, principalmente, o que não se pode dizer. Enfim, define como se dizer, no intuito de reafirmar seu poder e combater

qualquer ameaça, sem se importar com a verdade contida de seu discurso.

3.2 O risco provocado pelo (des)conhecimento

Neste item trata-se de como a sociedade pós-Revolução Industrial chegou ao extremo de sua atuação, gerando riscos sociais incontroláveis, recebendo, por isso, a denominação de “sociedade industrial de risco”, que, aliada à busca imoderada pelo poder por seus detentores, resulta por vezes em trapaças refletidas nas instituições sociais.

Convém pensar que a humanidade por muito tempo lutou contra a fome, as doenças e os eventos naturais que lhe causavam enormes transtornos. Entretanto, com o advento da modernidade e da Revolução Industrial, muitos desses problemas foram superados. A organização do homem em suas diversas formas de associações produziu todo tipo de instituições. Nesse sentido, Beck (2011, p. 9) demonstra que, no século XIX, a sociedade que se opunha à natureza com o propósito de controlá-la, no final do século XX, realmente já a tinha subjugada e superexplorada.

Nesse contexto de abundância material atual, pelo menos de uma parcela da população mundial, o que se questiona na pós-modernidade é pauperização da civilização, daquela sociedade industrializada clássica, que rompeu com a modernidade e assumiu nova forma, denominada “sociedade (industrial) de risco”. Uma sociedade altamente organizada, com diversos segmentos e com forte concorrência na busca pelo poder, a qual determina e conforma o discurso a ser nela disseminado. Nessa sociedade, nem sequer é possível saber se chá contém DDT² ou se a cozinha tem formaldeído. Dessa forma, questiona Beck (2011):

² O diclorodifeniltricloroetano, cuja sigla é DDT, trata-se de um pesticida moderno largamente usado no pós-Segunda Guerra. Por ser barato e altamente eficaz no combate a mosquitos vetores de doenças como malária e dengue usado em vários países. Apesar de diversos estudos, porém, dentre eles o desenvolvido pela bióloga Rachel Carson no livro *Primavera Silenciosa*, demonstrou-se que o uso do DDT pode ocasionar câncer em seres humanos e aumento da mortalidade dos pássaros, dentre

Se hoje for comprovado de forma social vinculante que o formaldeído, DDT etc., nas suas concentrações em que essas substâncias químicas são encontradas nos objetos de uso cotidiano e nos alimentos, têm efeitos danosos à saúde, essa constatação seria equivalente a uma catástrofe, pois elas estão presentes em toda parte.

Isto torna claro que, o potencial de ameaça das forças produtivas a margem de manobra para a pesquisa científica torna-se cada vez mais estreita. Hoje em dia, admitir que se cometeu um erro na estipulação de tetos para a tolerância de pesticidas – o que, no fundo, é o que normalmente acontece na ciência –, equivale ao desencadeamento de uma catástrofe política (ou econômica), devendo por isso mesmo ser evitada (BECK, 2011, p. 65).

Assim é que se desenvolve ao máximo a latência das ameaças que cercam a população, a ponto de tornar visível como os processos de desertificação em antigas áreas de vegetação, poluição das águas, catástrofes causadas por materiais tóxicos, sendo que para tais casos existem maior comoção social e cobertura da imprensa. Por conseguinte, os riscos já fazem parte da consciência pública, por isso tornam-se um fator político.

Os riscos são cientificados e ao mesmo tempo são comercializados. Se a fome pode ser superada em boa parte do mundo, mas não nele todo, os riscos se tornam um novo produto, um “saco sem fundo”, que não pode ser exaurido, tampouco aplacado. Ainda segundo Beck (2011),

[...] o que conta decisivamente em favor disso é uma sintomática e simbólica ‘superação’ do risco. Os riscos precisam aumentar com sua superação. Na verdade não devem ser superados em suas causas, em suas fontes. Tudo acontece no âmbito da cosmética do risco: embalagem, mitigações sintomáticas da

outras interferências na vida animal. Na década de 1970, muitos países aboliram seu uso e ele foi rigidamente controlado pela Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (SALLUM, 2012).

poluição, instalação de filtros purificadores ao mesmo tempo em que se mantêm as fontes poluidoras. Ou seja, nada preventivo, mas apenas uma indústria e uma política simbólicas de superação da multiplicação dos riscos (BECK, 2011, p. 68).

Boff (2015, p. 68), nessa mesma linha, afirma que a lógica capitalista ganha destruindo o sistema e ganha reconstruindo-o. Mas existem os limites intransponíveis da Terra, que não pode ser vista apenas como coisa e baú de recursos, uma *res extensa* (uma coisa meramente extensa), uma realidade sem espírito e sem propósito. Ela representa um repositório inesgotável de recursos para a realização do progresso ilimitado” (BOFF, 2015, p. 68).

Não é por menos que Boff (2015) ensina:

O gênio do sistema capitalista se caracteriza por sua enorme capacidade de encontrar soluções para suas crises, geralmente promovendo a destruição criativa. Ganha destruindo um sistema e depois ao reconstruí-lo. Mas desta vez ele encontrou obstáculos intransponíveis: os limites do Planeta Terra e a escassez crescente de bens e serviços naturais. Ou encontramos outra forma de produzir e assegurar a subsistência de vida humana e da comunidade de vida (animais, floresta e os demais seres orgânicos) ou então poderemos conhecer um fenomenal fracasso que traz em seu bojo grave catástrofe social e ambiental (BOFF, 2015, p. 19).

A sociedade industrial baseada sob os riscos que ela mesma produz gera situações de ameaça social, política e econômica que deve questionar os fundamentos dessa “evolução” a qual vem trilhando, como explica Beck (2011):

As ciências, portanto, da maneira como estão constituídas – em sua ultraespecializada divisão do trabalho, em sua compreensão de métodos e teorias, em sua heterônoma abstinência da práxis -, não estão em condições de reagir adequadamente aos riscos civilizacionais, de vez que têm destacado envolvimento em seu surgimento e expansão (BECK, 2011, p. 71).

Não muito longe dessa visão, Leff (2010) também afirma que

o conhecimento, ao fragmentar-se analiticamente para penetrar nos entes, se separa o que organicamente está articulado; sem saber, sem pensar, sem intenção expressa, gera uma sinergia negativa, um círculo vicioso de degradação ambiental que o conhecimento já não comprehende nem contém (LEFF, 2010, p. 161).

Diante dessa realidade e da profunda profissionalização sistêmica, em que todos são especializados em suas atividades, “mas ninguém é competente para lidar com os riscos da modernização” (BECK, 2011, p. 74), entende-se como é fácil trapacear cientificamente em uma racionalidade social na consideração os riscos. Leia-se:

O reverso da natureza socializada é a socialização dos danos à natureza, sua transformação em ameaças sociais, econômicas e políticas sistêmicas da sociedade mundial altamente industrializada. Na globalidade da contaminação e nas cadeias mundiais de alimento e produtos, as ameaças à vida na cultura industrial passam por metamorfoses sociais do perigo: regras da vida cotidiana são viradas de cabeça para baixo. Mercados colapsam. Prevalece a carência em meio à abundância. Caudais e demandas são desencadeados. Sistemas jurídicos não dão conta das situações e fato. As questões mais prementes causam desdém. Cuidados médicos falham. Edifícios de racionalidade científica ruem. Governos tombam. Eleitores indecisos fogem. E tudo isso sem que a suscetibilidade das pessoas tenha qualquer coisa que ver com suas ações, ou suas ofensas com suas realizações e ao mesmo tempo em que a realidade segue inalterada diante e nossos sentidos (BECK, 2011, p. 10).

Existem, hoje, os perigos já conhecidos e evidentes que são objeto de restrição do Poder Público, mas por outro lado, ainda

existem os riscos que não são dedutíveis, não são comprovados cientificamente. Diante dessa realidade oculta, não se pode esperar, sob pena de ser tarde demais.

Diante da sociedade (de risco) industrializada e globalizada, na qual a latência das ameaças é aprofundada ao máximo e não se tem pleno conhecimento dos riscos a que se está exposto, é importante destacar que seus efeitos são transfronteiriços:

Além de gerarem efeitos transfronteiriços, os riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos, pois exprimem, sobretudo, um componente *futuro*, na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto ‘amplificador de riscos’. O risco, portanto, além de produzir efeitos globais (transfronteiriços), também produz efeitos atemporais, sendo que as ameaças podem não ser visíveis e perceptíveis à presente geração, porém poderão o ser às gerações futuras (PELLANDA, 2013, p. 98).

Na busca pelo poder vale tudo, e trapaça é apenas uma ferramenta usada para se atingir o objetivo – alcançar o máximo de poder e nele permanecer. E se os homens não se conformam com o poder exercido pelas instituições, ensina Enriquez (2001, p. 57), certamente será usada a violência legítima de um poder institucionalizado e supostamente sagrado. Destarte, surge a verdadeira razão de ser do poder: a violência, a crueldade, pois o mundo vivido é marcado pela injustiça, por relações desiguais, de desprezo:

Entretanto, os homens obedecem, se submetem, aderem a esse poder que os lança na tragédia, frequentemente sem se darem conta de que vivem (graças do ‘desconhecimento’) esperando sempre chegarem os belos dias (‘oh! Os belos dias’, como dizia Becht) participando ativamente da vida da cidade, frequentemente satisfeitos. Porque esta cegueira? E o que ela oferece? (ENRIQUEZ, 2001, p. 57).

Foucault (1979, p. 99-100) também questiona o exercício do poder³, sua consistência e sua mecânica, chegando a duas conclusões: a primeira, de que o poder é essencialmente repressivo; a segunda, de que o poder é guerra, dominação. As instituições têm existência anterior e exercem seu poder sobre a mente e as condutas humanas. Elas existem e continuarão a existir com o uso do “desconhecimento” nas relações psíquicas, políticas, sociais e econômicas. Por isso, pode-se concluir que os sistemas social e institucional são imperfeitos por serem formulados com base no desconhecimento (ENRIQUEZ, 2001, p. 50).

Para melhor esclarecimento dos mecanismos do desconhecimento, faz-se necessário fazer duas observações. A primeira é que as instituições “pensam” por serem a encarnação material de representações coletivas, predominantes em um momento da história, em dada territorialidade. As instituições foram pensadas e criadas por outras pessoas ou instituições, com base em teorias e práticas da época que serão mantidas ou modificadas conforme a conveniência ou a necessidade da atualidade. A segunda é que as instituições só existem por sua vontade operatória – elas exerceiram inicialmente domínio sobre as ferramentas/instrumentos, mas depois perceberam que, para aumentar seu poder, era necessário ir além, era preciso dominar o seu alvo mais importante – o ser humano (aquele que maneja as ferramentas/instrumentos), segundo Enriquez (2001, p. 68).

A preocupação constante dos homens de poder se baseia no controle do ser humano, e para que isso ocorra é necessário disseminar um conhecimento deturpado, um (des)conhecimento. As instituições de poder não disseminam um conhecimento

³ Foucault (1979, p. 94-100), usa a teoria jurídica clássica de que o poder é considerado um direito de propriedade passível de alienação e a da concepção marxista geral de poder, baseada, principalmente, na funcionalidade econômica do poder. Ao final, elabora dois grandes sistemas de análise de poder: o esquema contrato-opressão e o esquema dominação-repressão ou guerra-repressão.

cristalino porque colocam os indivíduos na condição de objeto. Acrescenta o referido autor (2001):

As instituições e os homens de poder não produzem a verdade, a alteridade, a singularidade dos indivíduos, a alegria. Eles preferem a ação interessada, a eficácia, o simplismo, os indivíduos colocados na condição de objetos, em suma, querem resultados que possam confortá-los; por sua vez, também buscam aparecer como inatacáveis e verdadeiramente soberanos, como donos do jogo (ENRIQUEZ, 2001, p. 69).

Os mecanismos de desconhecimento são: a) identificação, a qual permite que cada um participe e se sinta membro da instituição, assegurando sua estabilidade e defesa; b) recalcamento, que não deixa emergir certas verdades capazes de provocar rupturas; c) repressão, que somente será usada quando o recalcamento não se fizer suficiente, mas deve-se evitá-la ao máximo; d) negação, tida como elemento essencial a todas as regulações sociais, porque por meio dela é que é possível, mesmo diante da verdade, afirmar ou desqualificar os riscos, as injustiças e os desequilíbrios. Seria uma forma de manter a sociedade acomodada, insensível aos problemas gerados e inertes para tomar qualquer iniciativa; e, por último, e) denegação, que permite aos grupos sociais não enxergar o que fazem e ter uma consciência tranquila. As instituições têm o controle sobre as formas de desconhecimento e as manejam de forma a aumentar seu controle sobre os demais, conforme Enriquez (2001, p. 69). Rodrigues (2008) assim se posiciona:

Ora se o Estado é formado por homens e para os homens e dirigidos pelos homens, com a finalidade abstrata de permitir o convívio e a harmonia social, então, inegavelmente, o conceito de harmonia e política diretiva do Estado serão sempre contaminados pelos homens que detêm, ainda que provisoriamente, o controle de direção do Estado (RODRIGUES, 2008, p. 117).

Por isso, o direito deve se revestir de regras capazes de se precaver das trapaças científicas produzidas pela própria ciência.

3.3 Crise ambiental: apropriação dos saberes: complexidade

Neste item trabalha-se a necessidade de se compreender uma sociedade pós-moderna, constituída de diferentes matizes, com conhecimentos e saberes oriundos de outras tradições que não se enquadram na técnica científica ocidental, que se baseiam primordialmente numa sociedade de consumo onde tudo é transformado em produto/valor. A lógica liberal/capitalista que observa apenas a propriedade não é mais capaz de resolver questões complexas do ambiente à sua volta, que está a ponto de um colapso, e sua evolução se torna necessária.

Diante do exercício desenfreado dos mecanismos de poder, enfrenta-se, desde a década de 1960, uma crise ambiental que questiona as instituições e a forma como o poder é exercido. A problemática ambiental que se formou gerou uma crise nos conhecimentos teóricos e práticos da racionalidade produtiva dominante. Nesse sentido, expõe Leff (2010):

Hoje a natureza-objeto parece vingar-se do sujeito do conhecimento que quer apreendê-lo e dominá-lo; a natureza elude e ultrapassa o controle da ciência. A crise ambiental – o colapso ecológico, o aquecimento global, a entropização da vida – são a revanche do real diante da objetivação forçada da natureza (LEFF, 2010, p. 176).

Diante desse colapso, buscou-se repensar a forma de produção industrial, o exercício do poder, o agravamento das injustiças e a crescente desigualdade social.

Foucault (1979, p. 96) expõe sobre a existência de uma crítica local que se efetuou nessa época e denominou de “retorno do saber”:

Portanto, o primeiro ponto, a primeira característica do que se passou nestes anos é o caráter local da crítica; o que não quer dizer empirismo obtuso, ingênuo ou simplório, nem ecletismo débil, oportunismo, permeabilidade a qualquer empreendimento teórico; o que também não quer dizer ascetismo voluntário que se reduziria à maior pobreza teórica possível. O caráter essencialmente local da crítica indica na realidade algo que seria uma espécie de produção teórica autônoma, não centralizada, isto é, que não tem necessidade, para estabelecer sua validade, da concordância de um sistema comum.

Chegamos assim à segunda característica do que acontece há algum tempo: esta crítica local se efetuou através do que se poderia chamar de retorno de saber. O que quero dizer com retorno de saber é o seguinte: é verdade que durante estes últimos anos encontramos freqüentemente, ao menos ao nível superficial, toda uma temática do tipo: não mais o saber mas a vida, não mais o conhecimento mas o real, não o livro mas a trip, etc. Parece-me que sob esta temática, através dela ou nela mesma, o que se produziu é o que se poderia chamar insurreição dos saberes dominados (FOUCAULT, 1979, p. 96).

Foucault (1979, p. 96) explica que os saberes dominados seriam, de um lado, os conteúdos históricos que foram sepultados, massacrados e sistematizações formais por meio do instrumento de erudição. De outro lado, seria uma série de saberes desqualificados, marginalizados, insuficientemente elaborados, abaixo do nível requerido, sem o selo da científicidade, englobando-se o saber particular, regional, local.

Nessa vereda, Foucault (1979, p. 97) delineia a genealogia dos saberes, que não seria um retorno positivista de uma forma de ciência, mas uma anticiência: “Trata-se de uma insurreição dos saberes não tanto contra os conteúdos, os métodos e os conceitos de uma ciência, mas de uma insurreição dos saberes antes de tudo

contra os efeitos de poder centralizadores ligados à instituição” (FOUCAULT, 1979, p. 97). Dessa maneira, o que se busca combater são as superioridades impostas ao discurso tido como científico organizado, pouco importando que seja realizado em uma universidade ou no aparelho político. A genealogia seria uma tentativa de libertar da sujeição os saberes históricos e colocá-los em condições de oposição ao discurso teórico, unitário, formal e científico.

Para corroborar essa afirmação, Leff (2010, p. 180) expõe que existe uma complexidade do conhecimento que não pode ser confundida com uma generalizada relativização e um ecletismo epistemológico, “mas o encontro de tradições e formas de conhecimento legitimadas por diferentes matrizes de racionalidade, por saberes arraigados em identidades próprias que não só entram em jogo num processo de tomada de decisões, mas que ‘se hibridam’” (LEFF, 2010, p. 180) diante da globalização marcada pela valorização mercantil perante a conservação ecológica e os diversos significados culturais. E acrescenta:

O saber ambiental é um saber sobre o campo externalizado pela racionalidade econômica, científica e tecnológica da modernidade; mas por sua vez conota os saberes marginalizados e subjugados pela centralidade do logos científico. As ciências avançaram desconhecendo seus saberes precursores [...] Inclusive o racionalismo crítico da epistemologia bachelardiana pensou a constituição das ciências como um rompimento epistemológico com as ideologias teóricas precedentes [...]. Os conceitos transformados em signos foram transitando a partir de sua vontade de interpretar a realidade até alcançar um efeito de construção da realidade à imagem e semelhança de seu modelo teórico.

Althusser rompe com a relação espetacular de verdade científica no sistema que identifica o conceito com o real, com a construção do objeto de conhecimento e sua diferenciação do objeto real (LEFF, 2010, p. 160).

A concepção de um paradigma mais justo deve ser visto de forma estratégica, porque ele é atravessado por relações de poder. Segundo Leff (2010, p. 179), deve-se levar em consideração a complexidade na qual está inserido e a assimilação do saber ambiental (mais amplo, holístico, atento às outras realidades) nos paradigmas legitimados, na emergência de novos conceitos e métodos pedagógicos capazes de transmitir o saber ambiental.

Desta maneira, passou-se de uma concepção da complexidade como a ecologização da visão do mundo por se a ecologia ‘a ciência por excelência das inter-relações’, a caracterizar o ambiente como conjuntos muito gerais de relações e agregados de processos: sociedade-natureza; população-recursos; ambiente-desenvolvimento.

[...] A análise interdisciplinar das relações sociedade-natureza surge da especificidade dos processos socioambientais como sistemas complexos: por um lado, trata-se de apreender uma realidade multidimensional na qual confluem processos não-lineares, de diferentes níveis de espacialidades e temporalidade, com diferentes formas de interdependência, de onde emergem novos processos que estabelecem variadas sinergias e retroalimentações, tanto positivas como negativas (LEFF, 2010, p. 165-167).

E não é demais usar os ensinamentos de Leff (2010, p. 181) sobre a racionalidade ambiental e sua complexidade, que não está pronta, mas busca no horizonte, no ainda não pensado, mediante, também, saberes colocados à margem de práticas tradicionais, e processos de produção de atores urbanos, campeses e indígenas, que abrem um diálogo entre saberes tradicionais e modernos:

A racionalidade ambiental desponta no horizonte da sustentabilidade como condição de vida: não apenas da biodiversidade, mas da vida humana, da cultura, do sentido da existência. É uma nova compreensão do mundo que habitamos. Nesta fronteira que marca a transição entre a modernidade e pós-modernidade se questiona a racionalidade que sustentou o

mundo moderno e se vislumbra uma nova racionalidade. Esta revisão das categorias do pensamento não é um simples refluxo de ideias nas marés do conhecimento. Não é o reflexo de uma realidade complexa no pensamento da complexidade. [...] O pensamento novo é ruptura, mas não faz *tábula rasa* do pensamento que o antecede; não decapita o conhecimento científico; não esquece os saberes tradicionais (LEFF, 2012, p. 129-130).

O Direito, de certa forma, já desenvolve pequenos passos na direção de reconhecer que nem tudo o que está cientificamente elaborado é ausente de falhas. Por isso, viu-se a necessidade de desenvolver o princípio da precaução, um importante passo no sentido de entender a complexidade das relações e falta de honestidade das instituições detentoras de poder.

Desde a década de 1970, o princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*) se encontra presente no Direito alemão, conforme Sampaio (2003, p. 58-59). Sua origem no âmbito internacional pode ser verificada na Carta Mundial da Natureza editada pela Resolução n. 37/7 da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1982 (ONU, 1982). Exatamente uma década depois, em 1992, na Convenção das Nações Unidas, realizada no Rio e Janeiro, elaborou-se a Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento (Eco 92), que em seu art. 15 prevê expressamente tal princípio. Nessa mesma convenção, outro documento, Mudança do Clima, introduziu a precaução em seu art. 3º (ONU, 1992).

O princípio da precaução busca antever a existência o risco com sua probabilidade de dano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na certeza científica do dano, a atividade deve ser afastada e o princípio da prevenção, aplicado. Já quando não há unanimidade da incerteza do dano, o princípio da precaução entra em cena.

Nesse sentido, o incerto não pode ser descartado. Apesar de ainda não estar bem definido, pesado e medido, deve ser objeto de

pesquisa. O jurista Lavieille, citado por Machado (2015), expõe que “o princípio da precaução consiste em dizer que não somente somos responsáveis sobre o que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos ter sabido, mas, também, sobre o de que nós deveríamos duvidar” (LAVIEILLE *apud* MACHADO, 2015, p. 102). A seguir, o conhecimento somente aflorará quando dedicado esforço e trabalho para solução e sua hipótese. Afirma Machado (2015, p. 102):

A certeza equivale à ausência de dúvidas e de imprecisão. O estado de certeza tem por objetivo dar-nos segurança, sendo que a incerteza gera insegurança. Diante da incerteza do dano ambiental, não se pode ficar derrotado pela inércia e pela omissão. A procura da informação sobre a incerteza é um dos motivos de se apelar para a aplicação do princípio da precaução (MACHADO, 2015, p. 102).

Não se pode impedir um empreendimento diante da busca de certeza de ausência de danos, pois assim se estaria buscando o “risco zero”, o que não é possível em uma sociedade de risco. Assim, o que existe são os riscos toleráveis (cuja lesão é improvável ou os benefícios da atividade são maiores, que os danos se tornam de menor importância) e os intoleráveis, que são os riscos objeto de limitação e serão impedidos pelo princípio da precaução (BECHARA, 2009, p. 30-31).

Machado (2015) também ensina por meio do Direito comparado:

José Juste Ruiz acentua que ‘durante muito tempo, os instrumentos jurídicos internacionais limitavam-se a enunciar que as medidas ambientais a serem adotadas deveriam basear-se em posições científicas, supondo que este tributo à Ciência bastava para assegurar a idoneidade dos resultados. Esta filosofia inspirou a maioria dos convênios internacionais celebrados até o final da década de 80, momento em que o pensamento sobre a matéria começou a mudar para uma atitude mais cautelosa e

também mais severa, que levasse em conta as incertezas científicas e os danos às vezes irreversíveis que poderiam decorrer de atuação fundada em premissas científicas, que logo poderiam mostrar-se errôneas' (RUIZ *apud* MACHADO, 2015, p. 101).

O princípio da precaução é uma ferramenta para combater o uso exacerbado de um poder dominante, porém a simples contenção ainda não será suficiente para que todos sejam tratados igualmente, que todas as minorias despojadas de suas garantias mínimas à existência sejam ambientalmente protegidas de forma justa e equânime.

Enquanto o princípio da precaução busca prevenir a existência do risco, neste trabalho, propõe-se pensar em uma forma de prevenir a produção da existência do risco. Seria uma forma de equilibrar as relações de poder para que não haja necessidade de frear todo o tempo as relações de poder dominante. Seria a tentativa de trabalhar as causas, e não suas consequências.

Seria a tentativa de trabalhar as causas e não suas consequências.

Por isso, apropria-se do conceito de saber ambiental desenvolvido por Leff (2010, p. 167), que se torna importante porque “problematiza as ciências para transformar seus paradigmas tradicionais e incorporar uma nova ‘dimensão’ de caráter complexo” (LEFF, 2010, p. 167). Esse saber ambiental não nasce pronto e científico, não está imediatamente concluído para ser absorvido pelas demais disciplinas, porém, para que avance no sentido de estabelecer relações mais justas e equânimes, será primordial a abertura a outros saberes.

3.4 Justiça ambiental

Neste item aborda-se a justiça ambiental. Assim, busca-se lançar um nexo entre questões sociais e ambientais, o qual está em confronto com o pensamento ecológico dominante.

Para Boff (2015, p. 17-18) essas questões estão atreladas a uma insustentabilidade do atual sistema econômico-financeiro mundial, que transforma tudo em mercadoria.

De acordo com Acselrad, Mello e Bezerra (2009, p. 9), para designar esse fenômeno desproporcional de riscos ambientais cunhou-se a expressão “injustiça ambiental”, que denuncia tais desigualdades, e, de outro lado, também se consagrou a expressão “justiça ambiental” para designar um paradigma no qual seja superada a dimensão ambiental de injustiça social.

Num primeiro momento, Acselrad, Mello e Bezerra (2009, p. 11) demonstraram o deturpado senso comum ambiental, que se baseia na noção de que “todos” são afetados pelo aquecimento global, mudanças climáticas, o qual difundia a ideia que todos estão igualmente sujeitos aos prejuízos de uma crise ambiental. Afirma-se que “todos somos vítimas em potencial porque vivemos no mesmo macroecossistema global – o planeta Terra” (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 11).

Também como parte desse pensamento, as questões ambientais mais importantes girariam em torno da escassez e do desperdício de matéria e energia, mas pouco sensível às questões sociológicas. Nesse sentido, não há preocupação com os fins pretendidos pela exploração intensa e global do meio ambiente; a questão ambiental é tratada sob uma visão meramente técnica, notadamente sob o paradigma neoliberal após a década de 1990, pautada pela máxima racionalidade, ou seja, economia de meios (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 11).

O modelo de desenvolvimento do qual trata Boff (2015, p. 44-45) se desenvolve no modelo industrialista/capitalista/consumista, o que não seria socialmente justo, tendo em vista que este é antropocêntrico (centrado no ser humano), contraditório (desenvolvimento e sustentabilidade obedecem a lógicas diferentes) e equivocado (alega como causa aquilo que é efeito – por exemplo, pobreza como principal causa de degradação).

Por isso Boff (2015, p. 19-20) enfatiza que há insustentabilidade social da humanidade por causa da injustiça mundial. Essa lógica insustentável joga pessoas à margem e obrigam-nas a trabalhos precários, cresce a dizimação da biodiversidade, em razão, principalmente, da intemperante e irresponsável intervenção humana nos processos naturais, ocorrida nos últimos três séculos:

A sustentabilidade de uma sociedade se mede por sua capacidade de incluir a todos e garantir-lhes os meios de uma vida suficiente e descente. Ocorre que as crises que assolam todas as sociedades esgarçaram o tecido social e jogaram milhões na marginalidade e na exclusão. Surgiu uma nova classe de gente: os desempregados estruturais e os precarizados, quer dizer, aqueles que se obrigam a executar trabalhos precários e com baixos salários (BOFF, 2015, p. 19-20).

Segundo Acselrad, Mello e Bezerra (2009, p. 14), houve um esforço teórico para compatibilizar a questão ambiental com o pensamento desenvolvimentista e economicista, que coincide exatamente com a consolidação do pensamento neoliberal, sob o argumento de que as forças do mercado, que sempre atuaram no máximo aproveitamento dos recursos produtivos, seriam a melhor solução para regular os problemas de desperdícios ambientais também. Nesse compasso, surgiu a expressão “modernização ecológica”, uma série de estratégias de cunho neoliberal com ênfase na adaptação tecnológica, de forma a conciliar o crescimento econômico e a resolução de problemas ambientais, legitimando o livre mercado como melhor instrumento de equilíbrio ecológico, mas sem considerar a desigualdade social. Essa razão buscou nos problemas ambientais, uma razão a mais para realizar o programa de reformas liberais.

Noutro lado, contra a concepção socialmente homogênea construída pelo pensamento ecológico dominante nos meios políticos e econômicos, questionou-se a concentração dos

benefícios do desenvolvimento nas mãos de poucos e a vinculação de riscos ambientais sobre os mais pobres e etnicamente excluídos.

Nessa esteira, Acselrad, Mello e Bezerra (2009, p. 17) relatam o surgimento de movimentos populares de base, que conseguiram observar a situação de desigualdade e se mobilizaram para garantir um direito ao meio ambiente sadio e produtivo efetivamente para todos.

A gênese desses movimentos surgiu nos Estados Unidos da América (EUA), na década de 1980 – embora houvesse embates, desde o final da década de 1960, sobre saneamento inadequado, contaminações químicas, disposição de materiais perigosos e lixo tóxico, lutas sindicais na década de 1970, preocupados com a saúde ocupacional –, mas somente se tornou robusta a formação desse movimento que elevou a “justiça ambiental” como questão central na luta pelos direitos civis após a década de 1980 (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 17-18).

Os autores (2009) demonstraram vários estudos nos EUA em que a disposição de depósitos de resíduos perigosos está intimamente ligada às questões de renda e minorias étnicas, porém o fator etnia se mostrou ainda mais fortemente ligado à injustiça ambiental. Dentre os fatores, somam-se a disponibilidade de terras baratas, a fraqueza de organização e, finalmente, as sub-representações desses grupos em agências governamentais. “Ou seja, procurou-se tornar evidente que as forças de mercado e práticas discriminatórias das agências governamentais concorriam de forma articulada para a produção de desigualdades ambientais” (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 20-21).

A partir de 1987, as organizações de base procuraram identificar as relações diretas entre pobreza, raça e poluição, e logo ampliaram seus estudos para estabelecer um nexo entre problemas ambientais e desigualdade social, a ponto de incluírem variáveis sociais nos tradicionais estudos de avaliação de impacto (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 22).

O Movimento de Justiça Ambiental se consolidou em forma de rede, atingindo entidade de direitos civis, igrejas, organizações de trabalhadores, além do tomar uma proporção internacional. No diagnóstico dos problemas, foram estabelecidos princípios e estratégias para combater a injustiça ambiental.

Princípios:

1. **Poluição tóxica para ninguém:** não bastaria apenas combater a poluição apenas “no meu quintal”, mas combater a postura que empurra os males ambientais para o quintal dos outros. Assim, o enfrentamento da poluição propõe para que ninguém seja atingido (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 26).
2. **Por outro modelo de desenvolvimento:** sob a perspectiva de justiça e democracia, devem ser questionados os “fins pelos quais os recursos estão sendo usados – são usados para produzir o quê, para quem e na satisfação de quais interesses? Dessa forma, deve-se debater nova forma de consumo e produção (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 27).
3. **Por uma transição mais justa:** trata-se de combater a poluição desigual sem gerar desemprego dos trabalhadores das indústrias ou penalidades às populações dos países menos industrializados para onde seriam transferidas as “fábricas sujas” (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 28).
4. **Por políticas ambientais democraticamente instituídas: politização versus crença no mercado:** controle dos atores econômicos, que já se encontram em todos os lugares fortemente, como forma de garantir a universalização dos benefícios socioambientais, pela tomada de decisão dos agentes políticos nos marcos de uma democratização permanente (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 30).

De acordo com os ensinamentos de Acselrad, Mello e Bezerra (2009), seria necessário estabelecer as seguintes estratégias:

1. **Produção de conhecimento próprio:** capaz de confrontar o conhecimento científico, que serve apenas aos interesses econômicos (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 31).
2. **Pressão pela aplicação universal das leis:** cujo alvo principal são as permissividades estatais para a alocação de riscos ambientais aos socialmente mais fracos (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 32).
3. **Pressão pelo aperfeiçoamento da legislação de proteção ambiental:** de acordo com a localidade e conflitos existentes, a instituição de novas leis torna-se necessária (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 32-33).
4. **Pressão por novas rationalidades no exercício do poder estatal:** exemplo claro seria a adoção do princípio da precaução como forma de lógica de atuação para proteger as diversas dimensões socioculturais (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 33).
5. **Introdução de procedimentos de avaliação de equidade ambiental:** Os procedimentos tradicionais de avaliação de impacto excluem as dimensões sociais e culturais, daí a necessidade de criar novos métodos para abranger tais dimensões (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 34).
6. **Ação direta:** como ocupar canteiros de obras, passeatas e movimentações de todo gênero com o intuito de iniciar um debate sério sobre as conjunturas de determinada atividade (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 35).
7. **Difusão espacial do movimento:** se o poder econômico é livre para atuar em todos os lugares, a desigualdade ambiental se acentua em condições de desigualdade social, por isso seu combate passa pela difusão espacial (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 36).

Acselrad, Melo e Bezerra (2009, p. 39) apresentaram recentes pesquisas do Brasil que demonstram a coincidência entre

degradação ambiental e locais de população de baixa renda. Assim como o exemplo dos EUA, no Brasil há desigualdade ambiental ligada às condições socioeconômicas em contextos intraurbanos, portanto, a pesquisa se baseou principalmente na pobreza dos entornos metropolitanos. Acserlrad, Mello e Bezerra (2009, p. 40) enfatizaram que as pesquisas surgiram para contrapor parte da literatura que vinha apontando a diminuição das diferenças, por meio da “lei das médias”, que, na verdade, escondia a verdadeira condição de extrema pauperização, péssimas condições sociais e exposição de cumulativa a diversos tipos de riscos (ACSERLRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 40).

Os principais tipos de risco urbanos apontados foram: risco por ocupação de áreas inundáveis, risco por ocupação de áreas de alta declividade e risco de desabastecimento de água.

Para Boff (2015, p. 46), o atual modelo de desenvolvimento no Brasil também não tem se mostrado “socialmente justo”. Cita dados do *Atlas social do Brasil* de 2010, publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (COSTA; MARGUTI, 2015), que expõe que 5 mil famílias controlam 46% do PIB e que o governo disponibiliza 150 bilhões para bancos e sistema financeiro para pagamento de juros e empréstimos, enquanto repassa apenas 50 bilhões para programas sociais. Outro dado é que 1% da população detém 48% de todas as terras.

Diante dos dados apresentados, foi possível entender que a luta dos chamados “movimentos de moradia” tem correlação direta com a solução de questões ambientais, que pode ser entendida como condições adequadas de “abastecimento de água, de destino da água servida e do lixo, a ocorrência de domicílios improvisados e a presença de cobertura vegetal” (ACSERRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 69). Com base nesses cinco índices, foi possível verificar que as áreas com os piores índices e desprovidas de praticamente todos os serviços públicos são habitadas pelas camadas de baixa renda. Assim, “apenas as áreas com péssimas condições ambientais são acessíveis à população mais pobre,

frequentemente em favelas” (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 69).

A desigualdade ambiental se revela também no acesso desigual dos recursos ambientais, no que se refere ao uso de territórios e ao consumo de bens já transformados. Além disso, demonstra que o desenvolvimento não seria “ambientalmente correto”, haja vista que a biodiversidade global sofreu uma queda de 30% em menos de quarenta anos. Ressalte-se, ainda, o assalto aos “comuns”, que são aos bens comuns (água, solos, ar puro, sementes, comunicação, saúde, educação e outros), como afirma Boff (2015, p. 47).

Nessa mesma linha, Acselrad, Mello e Bezerra (2009) advertem:

A desigualdade ambiental pode manifestar-se tanto sob forma de proteção ambiental desigual como de acesso desigual aos recursos ambientais. A proteção ambiental é desigual quando a implementação de políticas ambientais – ou a omissão de tais políticas ante a ação das forças de mercado – gera riscos ambientais desproporcionais, intencionais ou não intencionais, para os mais carentes de recursos financeiros e políticos: os mais pobres, os moradores de áreas desvalorizadas e etnias marginalizadas (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 73).

Nesse sentido, os processos de desigualdade ambiental se assemelham muito aos conhecidos processos de desigualdade social. Contrariando o discurso da escassez de que há uma distribuição homogênea dos recursos ambientais, o discurso da justiça ambiental alerta para desigualdade de apropriação dos recursos ambientais por uma minoria. Configura-se, assim, uma correlação entre acumulação de riqueza e o aproveitamento dos recursos ambientais, ao mesmo passo que a transferência dos males ambientais também estão ligados aos mais despossuídos.

Conforme exposto, com o fracasso do socialismo real no final da década de 1980, que fazia frente ao capitalismo, os ideais e

as características deste foram exacerbadas: acumulação ilimitada, concorrência, individualismo e ideias que valorizam a ganância como algo admirável e bom são disseminados na sociedade, mas causam uma insustentabilidade da atual ordem, e, de acordo com Boff (2015):

o capital especulativo ganhou proeminência sobre o produtivo. Vale dizer, é mais fácil ganhar dinheiro especulando com o dinheiro do que produzindo e comercializando produtos. A diferença entre um e outro raia os limites do absurdo: 60 trilhões de dólares estão empenhados em processos produtivos e 600 trilhões circula, pelas bolsas como derivativos ou papéis especulativos.

A especulação e fusão de grandes conglomerados multinacionais transferiram uma quantidade inimaginável de riqueza para poucos grupos e para poucas famílias. Os 20% mais ricos consomem 82,4% das riquezas da Terra, enquanto os 20% mais pobres tem que se contentar com apenas 1,6%. As três pessoas mais ricas do mundo possuem ativos superiores a toda riqueza dos 48 países mais pobres, nos quais vivem 600 milhões de pessoas. E mais: 257 pessoas sozinhas acumulam mais riqueza que 2,8 bilhões de pessoas, o que equivale a 45% da humanidade. Atualmente 1% dos estado-unidenses ganha o correspondente à renda de 99% da população. São dados fornecidos por um dos intelectuais mais respeitados dos Estados Unidos, e duro crítico do atual curso da política mundial, Noam Chomsky (BOFF, 2015, p. 18-19).

As causas de desigualdade ambiental são promovidas por diversos fatores, dentre os quais: a) o **mercado**, que tende suas escolhas locacionais para populações destituídas de força política ou capazes de se mobilizarem para satisfazer seus interesses; b) **políticas**, haja vista que “a desigualdade ambiental pode provir tanto da adoção de certas políticas governamentais como de omissões por parte do Estado” (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 79); c) **desinformação**, já que os responsáveis pelos riscos evitam ao máximo levar ao conhecimento público os perigos que

foram criados; d) **neutralização da crítica potencial**, que consiste em estratégias das empresas poluidoras com as comunidades imediatas para conquistarem a simpatia por meio de ações assistencialistas, como criação de creche, de posto de saúde, etc.; e) **estratégias de negação da injustiça ambiental e de justificação da desigualdade ambiental**, cujo esforço maior se concentra em afirmar que não existe qualquer injustiça ambiental e todos estão em pé de igualdade no que se refere a questões ambientais e que eventuais conflitos latentes não passam de lutas domésticas por recursos escassos; f) **estratégias empresariais de “prevenção” das lutas por justiça ambiental**, que se refere a mudanças institucionais das empresas para colocar em pauta estratégias ambientais, mas não para responder às aspirações sociais, mas, ao contrário, busca-se desarmar as críticas dirigidas ao capitalismo e garantir que a desigualdade ambiental não comprometa os ganhos econômicos que dependem intrinsecamente dos recursos ambientais para imprimir sua força mercadológica; f) **reações empresariais às denúncias**, que desqualificam qualquer pessoa, sejam moradores locais, sejam jornalistas e ONGs, e não ficam de fora dessa lista os técnicos dos órgãos ambientais, quando contrários aos seus interesses.

Outro ponto que se buscou por meio das iniciativas dos movimentos por justiça ambiental foi demonstrar que a escolha dos subúrbios pobres das grandes cidades – onde residem famílias de baixa renda e grupos minoritários, com escassez de oportunidades de inserção econômica e mobilidade social – são os locais preferidos das empresas que causam degradação ambiental.

No mesmo sentido, Boff (2015) questiona por que não se tem a intervenção maciça do Estado para a concretização da justiça social, para em seguida colocar como resposta que o:

individualismo se conjuga totalmente com o espírito de competição, motor fundamental da acumulação capitalista. Na competição os mais fortes levam vantagens e praticam um rigoroso darwinismo social: os mais fracos são apeados do

mercado ou são absorvidos pelos mais fortes” (BOFF, 2015, p. 72-73).

A sensibilidade à poluição ambiental, não perpassa apenas pela percepção dos sentidos, porque a poluição é um “*fato social total*, na medida que reintegra realidade e representação, articulando vários planos da vida social aparentemente descontínuos – físico, econômico, cultural, jurídico, estético etc.” (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA 2009, p. 110, grifos dos autores).

Oportuno, também, trazer as “insensibilidades”, cuja principal ideia seria de que a sociedade não contestasse a atividade poluidora, e isso se faz omitindo informações sobre a natureza e os riscos de sua atividade produtiva. Para agravar ainda esse quadro, seria muito usual que as empresas fornecessem informações deturpadas sobre os estabelecimentos, “informações perversas”, para torná-las pretensamente ambientalmente benignas. Leia-se:

Na ausência de políticas ambientais de licenciamento e fiscalização de atividades apropriadas e sem políticas sociais e de emprego consistentes, as populações mais pobres e desorganizadas tendem a sucumbir às promessas de emprego, ‘quaisquer de que sejam seus custos’. A dinâmica dos movimentos por justiça ambiental reconhece que a condição de destituição de certos grupos sociais é um elemento-chave a favorecer a rentabilização de investimentos em processos poluentes perigosos. É por isso que, para os setores populares mais organizados, é cada vez mais clara a fusão entre risco ambiental e insegurança social – peças centrais da reprodução das desigualdades em tempos de liberalização da economia (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 147).

Analisa Boff (2015) que o projeto de modernidade baseado no progresso ilimitado impossível produziu “dois efeitos perversos: grande acumulação de riqueza de um lado e imensa pobreza do outro, e uma devastação generalizada da natureza. Duas injustiças se conjugaram: a ecológica e a social (BOFF, 2015, p. 70)

A crítica de Boff (2015, p. 72) ensina que o individualismo é a dinâmica da competição no sistema capitalista:

No sistema capitalista o que conta é a propriedade privada e a apropriação individual dos benefícios do desenvolvimento. Por séculos foi triunfante. Somente a partir da grande recessão de 1929, e recentemente com a crise do sistema econômico-financeiro de 2008 e 2011, ele viu suas teses refutadas. Se não tivesse havido a intervenção maciça do Estado, salvando os bancos e empresas privadas, todo sistema teria fragorosamente ruído (BOFF, 2015, p. 72).

O sistema capitalista já se mostrou uma excelente fórmula de desenvolvimento econômico das sociedades. Trouxe consigo excelentes índices de crescimento econômico e acelerou substancialmente o progresso de parte da ciência, principalmente do mercado.

Ocorre que esse mesmo sistema já se mostrou insustentável, gerando injustiças e desigualdades sob diversas formas. O poder contido em sua essência, que já foi capaz de mudar a organização do antigo regime absolutista após centenas de anos, contudo, ainda é substancialmente forte para pressionar as estruturas sociais dessa época e criar um ambiente político, legislativo e jurídico capaz de lhe servir no atingimento de suas metas.

Diante disso, um poder altamente desenvolvido e articulado para manipular tudo à sua volta precisaria de um antídoto capaz de lhe fazer frente, quando se é exercido ao máximo.

PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O que se busca neste trabalho é demonstrar como o poder se manifesta e como as instituições são usadas para produzir um conhecimento deturpado, a fim de manter a sociedade engodada, incapaz de fomentar novas rupturas de poder.

Com esse pensamento de dominação e manutenção do poder, as organizações sociais provocaram uma latente exposição dos riscos baseada em seu pensamento simplista de progresso, de aumento da economia simplesmente para que se faça mais dinheiro e poder. A consequência desses fatos é que todos estão imersos numa crise ambiental que gera injustiça de toda espécie e gênero.

Entender a complexidade das relações sociais existentes é uma condição necessária para inverter a ótica de construção do processo, considerando a complexidade de uma sociedade múltipla e massificada.

A CR/1988 assegura a livre iniciativa econômica, e sabe-se que é necessário o fomento das atividades econômicas para o desenvolvimento do país. Intenta-se, porém, refletir sobre qual desenvolvimento a geração atual está disposta a construir.

Muito mais do que pensar instantaneamente, deve-se buscar além do horizonte uma nova forma de desenvolvimento que seja sustentável não apenas para determinado país ou geração. E como os poderes econômicos não se prendem às fronteiras traçadas pelas ficções políticas, assim como os impactos ambientais não conhecem os limites que separam as nações constituídas e por que se perpetuam por várias gerações, mister se faz redesenhar novas formas para uma gestão sustentável.

Entender o contexto histórico pelo qual se passa para tentar compreender o atual cenário será importantíssimo para uma reflexão mais profunda do que se deseja construir para o futuro.

Compreender o contexto de uma época, inserida nela, é uma tarefa difícil, inglória e cheia de espinhos, principalmente pelas fáceis críticas que se levantam. Os primeiros passos, porém, devem ser iniciados para que se possa construir uma jornada duradoura.

Os riscos dessa tentativa, assim como da própria existência, não podem justificar inércia ao que acontece, principalmente diante da maior degradação ambiental ocorrida nos últimos séculos.

Os riscos criados e suportados chegam ao seu extremo sob a égide de um direito que garante primordialmente a liberdade e a propriedade, mas que não efetiva a igualdade e a justa distribuição de condições.

Para lidar com essa conjuntura sem negar as garantias arduamente conquistadas, mas também sem deturpá-las no seu uso extremado capaz de gerar mais injustiças do que realmente a tão sonhada justiça, faz-se necessário criar novas instrumentos capazes de lidar com gestão sustentável e, assim, o princípio da precaução se firmará como um novo remédio para os novos males desse tempo.

4.1 Da sociedade de risco

A evolução dos conhecimentos científicos e tecnológicos utilizados pelo homem desde os primórdios trouxe, indubitavelmente, grandes benefícios à sociedade, que sempre lutava contra a fome (seja, por exemplo, com a batata levada da região dos Andes e introduzida na Europa e na América do Norte, durante os séculos XVI e XVII; seja pela necessidade de recursos energéticos – o aumento das minas de carvão para atender a Revolução Industrial dos países europeus), dentre outros diversos obstáculos que foram sendo vencidos para melhorar as condições de vida, saúde e atender aos grandes anseios de progresso ilimitado, principalmente na modernidade.

À medida que esse progresso encurtou distâncias, trouxe melhores condições de vida e inumeráveis comodidades, que vão da bicicleta ao avião, da energia elétrica ao micro-ondas, à geladeira, aos automóveis e aos *smartphones*. Também fomentou um processo industrial/mercantil que, contextualizado na modernidade de um sistema capitalista/consumista, tem se mostrado insustentável pela forma agressiva como trata a pessoa humana, a sociedade e a natureza.

O ideal de progresso ilimitado se desenvolve observando apenas seu subsistema econômico, numa lógica única de lucro/prejuízo, sem levar em conta as graves e perversas consequências ambientais envolvidas, como ensina Simioni (2006, p. 58-59) ao tratar do problema de comunicação intersistêmica entre Direito, Ecologia e Economia:

O sistema econômico observa apenas o sentido econômico (pagamento/não pagamento) dos fatos da sociedade, a partir da qual as decisões econômicas são orientadas por programas (preço) codificados na forma lucro/prejuízo. Então, enquanto a decisão jurídica só pode observar a realidade *jurídica* do ambiente, a decisão econômica também só pode enxergar a realidade *econômica* do ambiente. E na ecologia, do mesmo modo, o observador ecológico, só pode ver o sentido *ecologicamente sustentável/insustentável* do complexo comunicativo social, cujas decisões estarão orientadas pelo programa ecologicamente codificado binariamente sob a forma de eventos sustentáveis/degradantes do meio ambiente (SIMIONI, 2006, p. 58-59).

A modernidade ocidental pós-Revolução Industrial, como descreve Boff (2015, p. 42), desenvolve-se sob o ideal de progresso ilimitado, baseado num processo industrial, fabricante de bens de consumo em larga escala e de exploração contínua dos recursos naturais sem levar em conta a Terra com seus ecossistemas equilibrados. Por isso,

as duas pressuposições da Modernidade se mostraram ilusórias. A primeira de que os recursos naturais seriam infinitos, e agora sabemos que não são. A segunda, de que poderíamos infinitamente rumar na direção do futuro, pois o progresso não padece limites; eis outra ilusão: se universalizarmos o atual bem-estar dos países industrializados para todos os demais países, precisaríamos de vários planetas Terra. Os dois infinitos foram e são, portanto falácia que moveram mentes e corações por muitas gerações e nos conduziram à atual crise ambiental (BOFF, 2015, p. 42).

Para Boff (2015), os modelos padrão de desenvolvimento “sustentável” normalmente buscados pelas empresas e presentes nos discursos oficiais são aqueles “economicamente viáveis, socialmente justos e ambientalmente corretos” (BOFF, 2015, p. 43). Para isso, expõe:

- *Desenvolvimento economicamente viável*: na compreensão e na linguagem política dos governos e empresas, desenvolvimento é medido pelo aumento do Produto Interno Bruto (PIB), pelo crescimento econômico, pela modernização industrial, pelo progresso tecnológico, pela acumulação crescente de bens e serviços, pelo aumento da renda das empresas e pessoas.
[...] Quando falamos em desenvolvimento não é qualquer um, mas o realmente existente, isto é, aquele industrialista/capitalista/consumista. Este é antropocêntrico, contraditório e equivocado. (BOFF, 2015, p. 44)
- Socialmente justo: se há uma coisa que o atual desenvolvimento industrial capitalista não pode dizer de si mesmo é que seja socialmente justo. [...]

O *Atlas social do Brasil* de 2010, publicado pelo Ipea, mostra que cinco mil famílias controlam 46% do PIB. O governo repassa anualmente 150 bilhões de reais aos bancos e ao sistema financeiro para pagar com juros os empréstimos feitos e aplica apenas 50 bilhões para programas sociais destinados a beneficiar, de maneira insuficiente, as grandes maiorias pobres [...]. O regime de terras é um dos mais escandalosos do mundo, porque 1% da população detém 48% de todas as terras. (BOFF, 2015, p. 46)

- *Ambientalmente correto:* as referências feitas à economia valem, com mais razão, para o ambiente. O atual desenvolvimento se faz movendo uma guerra irrefreável contra Gaia (Terra), arrancando dela tudo o que lhe for útil e objeto de lucro, especialmente para aquelas minorias que controlam o processo. A biodiversidade sofreu uma queda de 30% em menos de quarenta anos, segundo o Índice do Planeta Vivo da ONU (2010). Apenas de 1998 para cá houve um salto de 35% nas emissões de gases de efeito estufa (BOFF, 2015, p. 47).

É por essa razão que Beck (2011, p. 71) questiona os fundamentos dessa “evolução” que a ciência vem trilhando na pós-modernidade de uma sociedade industrial baseada em riscos que ela mesma produz, os quais geram situações de ameaça social, política e econômica⁴. Por isso questiona sua capacidade de reagir adequadamente aos riscos civilizacionais, principalmente por sua ultraespecializada divisão do trabalho.

Da mesma forma, Boff (2015, p. 70) adverte que a compartmentalização da vida aliena o indivíduo, fazendo com que haja perda de sua identidade social e, principalmente, de sua consciência ambiental, sua pertença no meio ambiente original e respeito à própria terra:

A cosmovisão moderna (conjunto de crenças, utopias, ideias, e visões do universo e do ser humano) perdeu a visão de totalidade em benefício das partes. Não se dá conta de que as partes são partes de um todo, vale dizer, que a árvore é parte da floresta. Atomizou a unidade concreta do real fazendo com que surgissem as muitas especialidades. Cada saber é saber de uma parcela do todo. Há os que estudam apenas as rochas; outros, os oceanos, e outros, as florestas, o sol, as galáxias etc. Esquece-se que tudo forma um todo orgânico e sinfônico: o universo dos seres, todos inter-retro-relacionados. [...] Desta fragmentação do real nasceram as ciências específicas pelas quais se sabe cada vez mais sobre cada vez menos (BOFF, 2015, p. 70).

⁴ Para analisar a ideia de desenvolvimento econômico em contraposição ao desenvolvimento sustentável e estudar um caso concreto, ver: BIZAWU; GOMES, 2016, p. 18-21.

Essa realidade de aprofundamento do conhecimento sem a correta vinculação com o todo em que se está inserido aumenta a especialidade, mas aliena o indivíduo em relação às demais áreas. Sendo uma sociedade desenvolvida sob a latência dos riscos, a facilidade para trapacear encontra campo fértil para se desenvolver (BECK, 2011, p. 74).

Some-se a isso o fato de que no sistema capitalista o que conta é a “propriedade privada e a apropriação individual dos benefícios do desenvolvimento. Este se conjuga totalmente com o espírito da competição, motor fundamental da acumulação capitalista” (BOFF, 2015, p. 72). O princípio capitalista individualista originário de Adam Smith, como algo bom para romper os entraves estatais do antigo regime, acabou por se tornar na prevalência dos mais fortes, num verdadeiro darwinismo social, que realimenta o processo de desigualdade, não proporciona condições equânimes de desenvolvimento e agrava a latência dos riscos na busca do progresso ilimitado: o que conta é o resultado econômico em curto prazo, sem qualquer consciência dos demais resultados ambientais ou sociais.

Não é por menos que Reis (2015) afirma que o sistema econômico atual da modernidade, conjugado com o modelo consumista/perdulário, leva a uma crise ambiental por desequilibrar consideravelmente a relação do indivíduo com o meio ambiente (em todas suas formas):

Muito da crise ambiental se deve à nossa capacidade tecnológica de manipular e modificar o meio ambiente. O homem sempre alterou seu meio, mas a modernidade marca a capacidade humana de transformá-lo de maneira desequilibrada. Associado à capacidade anterior, encontra-se o modo econômico atual, que também tem sua parcela de responsabilidade, ao integrar o bem-estar ao consumo desmedido (REIS, 2015, p. 6-7).

Nessa mesma seara, Trennepohl (2010) afirma que o risco é uma consequência inevitável da sociedade pós-industrial:

Portanto, aquela sociedade rural, baseada na produção de bens agrícolas, e que levou 10 mil anos para gerar a sociedade industrial, sobreveio esta, pós-industrial, moderna, contemporânea, onde a degradação e a poluição ambiental ganham contornos nítidos de descontrole, não mais sendo possível ao homem o controle da natureza nos moldes do século passado.

Assim, as incertezas científicas, que a modernidade ostenta ao lidar com o meio ambiente e seus efeitos à sociedade contemporânea, o risco tornou-se, a um só tempo, fruto e consequência da modernidade (TRENNEPOHL, 2010, p. 468).

Santos (2002, p. 58) também explica que a intervenção tecnológica, que trouxe vários benefícios, por outro lado, também agravou os riscos a que se está exposto, haja vista que a própria ciência não é sequer capaz de prever as consequências de seus atos:

A ciéncia e a tecnologia aumentaram a nossa capacidade de acção de uma forma sem precedentes, e, com isso, fizeram expandir a dimensão espaço-temporal dos nossos actos. Enquanto anteriormente os actos sociais partilhavam a mesma dimensão espaço-temporal das suas consequências, hoje em dia a intervenção tecnológica pode prolongar as consequências, no espaço e no tempo, muito para além da dimensão do próprio acto através de nexos de causalidade cada vez mais complexos e opacos.

A expansão da capacidade de acção ainda não se fez acompanhar de uma expansão semelhante da capacidade de previsão, e, por isso, a previsão das consequências da acção científica é necessariamente muito menos científica do que a acção científica em si mesma. Esta assimetria tanto pode ser considerada um excesso como um défice: a capacidade de acção é excessiva relativamente a capacidade de previsão das consequências do acto em si ou, pelo contrário, as capacidades de prever as consequências é deficitária relativamente à capacidade de as produzir (SANTOS, 2002, p. 58).

Existem hoje os perigos já conhecidos e evidentes que são objeto de restrição do Poder Público, mas, por outro lado, ainda existem os riscos não dedutíveis, não comprovados cientificamente. E diante dessa realidade oculta, não se pode esperar, sob pena de ser tarde demais. Logo, o princípio da precaução busca evitar que os acidentes se transformem em verdadeiras catástrofes.

4.2 Considerações sobre o princípio de precaução

O Ministério do Meio Ambiente (MMA) afirma que o princípio da precaução remonta à Antiguidade grega. Segundo Sampaio (2003) “o juramento de Hipócrates, feito pelos médicos, antecipam a precaução: *primum non nocere.*” (SAMPAIO, 2003, p. 59). Práticas administrativas, jurídicas e legislações de vanguarda já continham intrinsecamente o princípio da precaução, como a legislação do início da década de 1970, em que os suecos já aprovavam a lei de produtos perigosos para o homem e para o meio ambiente, com expressa adoção de medidas de precaução; ou como ilustrado por Silva (2010, p. 285-286), que ensina que a noção de precaução já era utilizada na jurisprudência estadunidense desde a década de 1960, tanto no aspecto da saúde humana quanto no ambiental.

Ocorre que o princípio da precaução foi realmente estruturado pelo Direito alemão e explicitamente se concretizou no *Vorsorgeprinzip*, cujo ponto central estaria na prudência diante da dúvida e dos riscos não mensurados pela própria ciência. O ambiente de maior preocupação do governo alemão estava em conter os efeitos da chuva ácida sobre as florestas de coníferas.

Assim, o princípio da precaução foi objeto de grande estudo, e duas correntes se formaram:

Desde então esse princípio tem despertado atenção de ambientalistas, filósofos, juristas e de autoridades estatais. E, por certo, tem dividido opiniões. Seu caráter semanticamente aberto tem possibilitado diversas interpretações que, *grosso modo*, pode ser resumidas em duas grandes concepções: uma forte, outra fraca.

Ambas têm em comum o primado da dúvida sobre o impacto ambiental de qualquer atividade humana e a adoção de medidas destinadas a salvaguardar o meio ambiente, mas se diferenciam quanto a orientação das medidas.

A concepção forte postula o impedimento das ações lesivas e a máxima *in dubio pro natureza*, quase sempre amparada na idéia de que os sistemas naturais têm direitos e valores intrínsecos, que não podem ser apurados e postos na balança ao lado de outros interesses. Essa visão eco ou biocêntrica, com raízes no transcendentalismo norte-americano de escritores como R. W. Emerson e Thoreau tem ganhado corpo nos dias atuais (SAMPAIO, 2003, p. 59).

A concepção fraca leva em consideração os riscos, os custos financeiros e os benefícios envolvidos na atividade, partindo, em regra de uma ética ambiental antropocêntrica responsável. A precaução, neste sentido, coincide com a operação de benefício global razoável, apurado entre os componentes financeiros e imateriais em jogo, entre a previsibilidade e a dúvida do risco, entre o risco e retorno social esperado com o empreendimento (SAMPAIO, 2003, p. 61-62).

Essas duas correntes geram, da mesma forma, desdobramentos capazes de interferir na construção do ônus da prova e na responsabilidade objetiva do causador de impacto:

No primeiro [concepção forte], satisfazendo-se com a demonstração do nexo de causalidade entre o dano e atividade, sem qualquer discussão em torno da culpa do empreendedor para imputar-lhe responsabilidade; no segundo [concepção fraca] invertendo o ônus da prova, de forma que o empreendedor demonstre, antes de iniciar suas atividades, que a operação, processo ou substância não produz ‘razoável dano ambiental’ (SAMPAIO, 2003, p. 62-63).

Sua origem no âmbito internacional pode ser verificada na *Carta Mundial da Natureza*, editada pela Resolução n. 37/7 da ONU, de 1982 (ONU, 1982). Exatamente uma década depois, em 1992, na convenção das Nações Unidas, realizada no Rio e Janeiro, elaborou-se a *Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento*, em cujo art. 15 consta expressamente tal princípio, numa concepção mais fraca, segundo Rocha (2008, p. 195). Nessa mesma convenção, outro documento sobre Mudança do Clima, introduziu a precaução em seu art. 3º.

O princípio da precaução busca antever a existência do risco com sua probabilidade de dano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na certeza científica do dano, a atividade deve ser afastada e o princípio da prevenção, aplicado. Já quando não há unanimidade da incerteza o dano, o princípio da precaução entra em cena. Segundo Silva (2010, p. 287),

O princípio da precaução, da mesma forma que o da prevenção, atua diante de situações que envolvem o agir humano. A diferença entre eles decorre do fato de o princípio da precaução, não voltar seu olhar disciplinar às ações relacionadas a riscos conhecidos. A bem da verdade, no âmbito de atuação do princípio da precaução, a incerteza não diz respeito ao risco em si, mas, à qualificação e à quantificação científicas do risco (SILVA, 2010, p. 287).

Sampaio (2003) também afirma que “o princípio 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 tomada de decisão segura” (SAMPAIO, 2003, p. 63).

Coutinho (2010, p. 64), corroborando esse pensamento, expõe que a mesma incerteza no conhecimento científico o impossibilita de chegar ao risco zero, ao passo que também

desqualifica as verdades absolutas do próprio cientificismo. Segundo o autor (2010),

não obstante, é importante fazer o enfático registro de que o conhecimento humano é falível e, por isso mesmo, não se pode esperar que um estudo científico forneça a certeza de um risco zero. Para não ir longe, basta afirmar que já nos idos de 1934, em sua *Logik der Forchung*, Karl Popper, ao lançar as bases de um novo cenário de demarcação científica (a *falseabilidade*), desqualificou a certeza as verdades científicas, pois para ele, a qualidade de uma teoria é aferida por sua capacidade de resistir aos testes, o que não implica em certeza (absoluta), senão em aceitação provisória da formulação explicativa da realidade corrida nesta teoria.

[...].

Portanto, a ausência de ‘certeza científica’ conduz, necessariamente, à realização de estudos de desenvolvimento de pesquisas, métodos e técnicas de análise e gestão dos riscos envolvidos, já que, em todo caso, o conhecimento humano, ainda que científico, não conseguirá ser dotado de certeza, pois que provisório por natureza, o que não implica em dizer que, por isso, seja possível agir sem qualquer precaução (COUTINHO, 2010, p. 64).

Com base nesse contexto, Leff (2012, p. 19-20) defende que a crise ambiental é de conhecimento, questionando a racionalidade e os paradigmas teóricos que impulsionaram o desenvolvimento, ou seja, as próprias bases de produção:

A crise ambiental é uma crise do conhecimento. O saber ambiental que dali emerge como a invasão silenciosa de saber negado se infiltra entre as muralhas defensivas do conhecimento moderno; se filtra entre as malhas teóricas através de suas estratégias discursivas. A epistemologia ambiental derruba os muros de contenção da ciência e transcende todo conhecimento que se converte num sistema de pensamento. Desse modo, chega a questionar o marxismo e o estruturalismo, mas ao mesmo tempo usa suas armaduras teóricas contra o projeto positivista (universalista, coisificador, reificante) do conhecimento. O saber

ambiental desvela e desentranha as estratégias de poder que se entremeiam na epistemologia empirista e racionalista que confundem o ser com o ente, o real com a realidade, o objeto empírico e o objeto de conhecimento; desmascara as estratégias conceituais das teorias de sistemas e do pensamento ecológico; estabelece as bases epistemológicas para a articulação teórica das ciências e abre conhecimento para um diálogo dos saberes (LEFF, 2012, p. 19-20).

Diante disso é que a sustentabilidade ecológica emerge como forma de estruturar o modo de vida e produção da sociedade. E para isso é necessário criar instrumentos de controle dos poderes que operam na lógica dominante.

Com base nessas premissas, o uso da precaução repelirá qualquer argumento de dúvida que subsidia a degradação ambiental descomedida e, em sentido contrário, vai impelir a adoção de medidas mais eficazes para o fortalecimento da proteção ao meio ambiente.

4.3 No Direito estrangeiro

O princípio da precaução nasce de uma necessidade da crise ambiental que a humanidade criou para si e para toda terra.

A emergência do individualismo no modo de produção pós-industrial não mais poderia voltar atrás. Com a busca de um progresso que sempre marcha para frente, regido pela lógica mercadológica do sistema financeiro-especulativo que não tem em si uma preocupação ambiental, é que o princípio da precaução surge como uma ferramenta capaz de trazer algum contrapeso nesta balança desregulada. Segundo Rocha (2008),

antes do princípio da precaução, os tratados de direito ambiental internacional entendiam que as partes só poderiam atuar quando houvesse evidência científica de que estava ocorrendo significativo dano ambiental, de modo a tornar necessária uma ação urgente. A partir da Convenção de Bruxelas sobre dano em

alto-mar por poluição causada por lançamento de óleo, firmada em novembro de 1969, aceitou-se que os Estados levassem em conta a probabilidade de dano iminente, caso medidas não fossem tomadas, fórmula que foi o preâmbulo do princípio da precaução. Mas foi necessário constatar a redução da camada de ozônio na atmosfera para se perceber que há danos cuja magnitude não pode aguardar concretização para virem a ser reparados, bastando a possibilidade científica que venha a ocorrer. Assim, a Convenção de Viena (1985) e o Protocolo de Montreal (1987) referem a medidas de precaução quanto a emissão de poluentes que venham a atingir a camada de ozônio (ROCHA, 2008, p. 189. grifos do autor).

O princípio da precaução é considerado um dos mais importantes princípios do Direito ambiental. A influência do *Vorsorgeprinzip*, do Direito alemão, provavelmente, influenciou a regra de cautela existente no art. 174 da versão consolidada do Tratado da União Europeia (MACHADO, 2015, p. 95). Segundo esse princípio, a inexistência de certeza científica plena sobre os possíveis efeitos nocivos que podem produzir determinado fenômeno não exime a adoção de precauções que a prudência recomenda (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 99).

Na Alemanha, o cerne do conceito da precaução é “dar às autoridades certa margem de apreciação para decidir se determinada medida de proteção ambiental é verdadeiramente necessária (e, portanto, uma legítima restrição de liberdade do potencial poluidor), ou não” (MACHADO, 2015, p. 95). Trata-se de um instrumento capaz de combater os riscos decorrentes das falhas científicas e, principalmente, a possibilidade de combater as práticas que não possíveis ainda de se provar concretamente as relações causais, subsidiadas por hipóteses científicas.

Já na França, o princípio da precaução foi introduzido pela *Charte de l'Environnement*, promulgada pela Lei Constitucional n. 2005-205. Trata-se de uma carta com dez artigos, que colocam o meio ambiente na Constituição Francesa num mesmo patamar de

igualdade com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789 e dos *Direitos Econômicos e Sociais* de 1946.

O princípio da precaução está contido no art. 5º dessa Carta da seguinte forma:

Article 5. *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage*⁵.

Outras políticas encontradas nos EUA, nesse contexto, tentaram mitigar os prejuízos de uma ação danosa, como a *prudence avoidance* (“evitar com prudência”), que foi utilizada nos casos de emissões eletromagnéticas. Trata-se de uma política de medidas simples, fáceis de serem executadas e com baixo custo para reduzir a exposição. Pode-se citar, ainda, a política cautelar conhecida como *As Low as Reasonably Achievable* (ALARA). Nenhuma delas, porém, elimina completamente o risco, apenas tenta minimizar os prejuízos, mantendo-os de qualquer forma (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p.104-105).

Talvez por isso que nos EUA demorou-se a utilizar o conceito do princípio da precaução e a doutrina jurídica utilizou a expressão “abordagem de precaução”. Segundo Machado (2015),

o princípio da precaução evoluiu, pelo menos na literatura jurídica, de uma ferramenta limitada para preencher a lacuna

⁵ “Quando a ocorrência de um dano, ainda que incerto diante do estado dos conhecimentos científicos, possa afetar de modo grave e irreversível o meio ambiente, as autoridades públicas providenciarão, através da aplicação do princípio da precaução e nas áreas de suas atribuições, a implementação de procedimentos de avaliação de riscos e a adoção de medidas provisórias e proporcionais com a finalidade de evitar a realização de um dano” (Tradução de MACHADO, 2015, p. 97).

entre a atual informação da sociedade, que deseja limitar a exposição aos riscos sérios, para uma regra mais difícil (MACHADO, 2015, p. 98).

Veja-se que o princípio da precaução é usado como uma ferramenta para prevenir danos à saúde e ao meio ambiente, já que particularmente, naquele país, o princípio da precaução aflora nos ordenamentos relativos às substâncias tóxicas ou persistentes ou bioacumuláveis.

É importante ressaltar que o princípio da precaução é usado para preencher as lacunas existentes entre a exposição de riscos latentes da sociedade com o atual estado dos conhecimentos científicos disponíveis. Não é uma tarefa fácil e vai depender de amplo aprofundamento das questões envolvidas, tanto para determinar aquilo que pode ser afirmado quanto as incertezas da própria ciência.

Há um consenso nos países analisados de que o princípio da precaução está fundamentado nos avanços da Ciência. Por meio dele, podem ser promovidas alterações sobre os atuais padrões de proteção ao meio ambiente, sendo importantíssimo que as razões que fundamentam as incertezas científicas devem ser plenamente divulgadas.

4.4 Da incerteza científica

Para o paradigma que busca resolver as questões jurídicas sob a ótica do estado da ciência, no qual se indicam os limites entre perigo e inocuidade num determinado momento, convém analisar como são tratadas as incertezas científicas e sua relação com o princípio da precaução.

Ainda abordando o Direito comparado, mas com enfoque na incerteza científica, convém expor sobre o Postulado do documento COM (2000) 1, cujo princípio da precaução se justifica:

[...] ‘quando a preliminar e objetiva avaliação científica indica que existem motivos razoáveis para temer efeitos potenciais perigosos’ que possam ser incompatíveis com o nível de proteção escolhido pela própria Comunidade europeia. Isto é dito no número 3 do ‘resumo’, que abre o documento.

Ademais, no número 4 do mesmo ‘resumo’ lê-se: ‘O recurso ao princípio de precaução pressupõe que se identificaram os efeitos potencialmente perigosos, derivados de um fenômeno, um produto ou um processo, e que a avaliação científica não permite determinar o risco com suficiente certeza’ (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 105).

Importante ressaltar que a avaliação científica se encontra no centro dessa discussão, tanto para usar ou não o princípio da precaução.

Por outro lado, convém também ressaltar uma advertência feita por Ángel Yáguez (2008, p. 66), que, ao tratar sobre o método científico, explica que não se permite estabelecer a ausência de um efeito, ou seja, não se refere ao fato de que certeza absoluta não existe.

Exemplifica sua explicação da seguinte forma:

Por socorrer a um exemplo imaginário, a ciência poderia provar que o café tem efeitos cancerígenos, mas nunca poderá comprovar que não os tem [...].

Ah! Por certo o exemplo do café não é tão imaginário como se dizia, posto que na classificação da Agencia Internacional para pesquisa do Câncer, de Lyon (IARC), arrola-se o café, junto com outros produtos (por exemplo, a sacarina ou a gasolina) ou alguns trabalhos (em carpintaria, funilarias e indústrias têxteis), dentro do chamado ‘Grupo 2B’, que se refere a agentes possivelmente cancerígenos (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 109-110).

Importante ressaltar que para Ángel Yáguez (2008) os destinatários do princípio da precaução são os responsáveis políticos. Em resumo, a expressão “princípio da precaução” seria própria da linguagem política e não jurídica, porque consiste em

medidas que podem ser adotadas na valoração dos riscos, portanto, seria de cunho político (ÁNGEL YÁGÜEZ 2008, p. 101-103).

Suas conclusões levam a crer que o uso do princípio da precaução seria um enfoque ou abordagem na atuação do administrador, não constituindo uma regra de direito e, consequentemente, esse princípio não poderia ser usado como um “alívio” do ônus da prova, muito menos na inversão deste, sob pena de violar os princípios do direito de defesa e a um juiz justo (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 113).

Por fim, a construção de seu pensamento direciona que hoje o que se deveria buscar é a delimitação do que não seria o estado de ciência.

Em contrapartida, Sampaio (2003) expõe que o princípio da precaução não pode ser observado apenas no aspecto político:

Como requisito da razoabilidade, todavia, a precaução não pode ganhar feições puramente científica, nem puramente políticas, tampouco pode descambiar para um relativismo extremado, delegando-se, por exemplo, um grande poder discricionário à autoridade administrativa ou judicial (SAMPAIO, 2003, p. 65).

Se na sociedade pós-moderna os riscos são colocados à prova frequentemente, o princípio da precaução será mais usado do que antes. Ele deve ser usado em casos com existência de relevantes riscos a que se é exposto. Seu uso não está definido de forma clara e precisa, mas será avaliado em cada caso de acordo com a relevância e a intensidade do risco exposto.

Sampaio (2003) assim se expressa sobre o uso da precaução em âmbito internacional:

Percebe-se que, com variações terminológicas, os textos internacionais impõem a precaução como um meio de gerenciamento de riscos. Não se trata, no entanto, de uma operação matemática e quantitativa, pois tem-se que considerar

no inventário preventivo a hipótese do equívoco científico, do que não se sabe ou do que não se pode ainda mensurar. A razoabilidade, nesses termos, impõe-se como um critério valorativo e de juízo de adequação acautelatórios entre as informações disponíveis sobre a atividade e o dano, tanto no que diz respeito à sua ocorrência, quanto no pertinente ao grau de certeza de seus reflexos sobre o ambiente e a saúde humana, e a necessidade de assunção social do risco. É aqui que se instala a maior dificuldade do princípio, pois a percepção do risco é variável de cultura para cultura e até dentro do mesmo cenário cultural (SAMPAIO, 2003, p. 64-65).

Sampaio (2003) adverte, ainda, ao tratar das críticas feitas ao princípio da precaução, que a flexibilidade do grau de incerteza foi ao mesmo tempo importante para sua disseminação, como também seu ponto fraco para ataque, já que o grau de incerteza ficaria muito aberto, principalmente sobre a quantidade de informação necessária. Segundo o autor (2003):

[...] a razão do grande sucesso da precaução é exatamente sua falha. Ela não diz exatamente o que deve ser feito, exceto claro, a avaliação do custo efetivo, especificando apenas *quando* se deve fazer, baseando-se em evidências científicas. De acordo com Bodansky (1994), ela também não define *quanto* cuidado deve ser tomado no caso concreto, qual margem de erro que se pode ser aceita e a partir de que grau de risco se exige sua aplicação (SAMPAIO, 2003, p. 65).

Esse mesmo questionamento se faz sobre a gravidade do dano ao meio ambiente, porque os impactos passíveis de avaliação e regulação são aqueles que causam significativo impacto ambiental. Conforme Sampaio (2003),

a comissão Europeia tem procurado enfrentar essas críticas, sobretudo quando apontam para o caráter arbitrário de seu uso. Em 2000, por exemplo, ela aditou um Comunicado, em grande medida, baseado na parte do ‘Livro Vermelho’ de 1983 que versa sobre avaliação de risco, com o objetivo claro de guiar a aplicação

do princípio, exigindo, neste aspecto, que ‘todo esforço seja feito [...] para avaliar as informações científicas disponíveis, [inclusive o grau de incerteza desses dados], de modo a permitir conclusões acerca das possibilidades de ocorrências e seriedade de um impacto danoso ao meio ambiente e à saúde’. Enfim, enumera cinco pautas destinadas a facilitar, tornar mais transparente e justificado o emprego da precaução: a) proporcionalidade – as medidas não podem ser desproporcionais em nível desejado de proteção e não devem postular risco zero; b) não-discriminação – situações comparáveis não devem ser tratadas diferentemente e situações distintas não devem ser consideradas da mesma forma, exceto se houver razões objetivas para fazê-lo; c) consistência – as medidas devem ser comparáveis em natureza e finalidade com medidas já adotadas em áreas equivalentes em que todas as informações científicas estejam disponíveis; d) análise de custo-benefício – da ação ou da falta de ação sempre que for possível e apropriada, sem prejuízo de outros métodos de análises que for possível e apropriada, sem prejuízo de outros métodos e análises que sejam relevantes; e) exame de desenvolvimento científico – as medidas devem ser adotadas de forma provisória sempre que as informações científicas disponíveis não forem totalmente confiáveis. ‘A pesquisa científica, [em tal situação] de continuar com vistas a obter informações mais completas’ (SAMPAIO, 2003, p. 66-67).

O uso do princípio da precaução é extremamente necessário e as críticas que lhe são dirigidas devem ser encaradas como oportunidade de aperfeiçoamento da sua técnica de utilização, bem como o melhoramento das práticas expositoras dos riscos.

As críticas que buscam abolir seu uso completamente não passam de tentativas liberais de retirar o entrave ao desenvolvimento capitalista/consumista.

O problema do risco deve ser bem trabalhado pelos organismos públicos de forma clara e com vista à participação de todos os atores envolvidos, com transparência e com amplo debate sobre o tema.

4.5 Princípio da precaução no Direito brasileiro

No Direito brasileiro, o princípio da precaução também seria um norte para a atuação do administrador público ou para o tomador de decisões. A Administração Pública direta e indireta de qualquer poder da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve obedecer aos princípios de “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” de acordo com o art. 37 da CR/1988, porém não poderá a Administração Pública agir arbitrariamente em suas tomadas de decisão, porque o art. 225 da CR/1988 impõe ao Poder Público o dever de defesa e conservação do meio ambiente e da sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Não é por menos que Wedy (2009) ensina:

Com efeito, o estado viola o princípio constitucional da moralidade e da legalidade quando não adotar medidas de precaução. Não há nesse ponto como o Estado agir discricionariamente: havendo risco de dano e incerteza científica, o princípio da precaução deve ser aplicado, sob pena de responsabilização estatal no caso da ocorrência de danos ao meio ambiente (WEDY, 2009, p. 137).

Para dispensar esse dever de defesa e conservação, a Administração Pública deve fundamentar exaustivamente seus motivos, considerando a relevância do impacto ambiental diante do benefício para sociedade em consonância com os deveres acima expostos.

O princípio da precaução, porém, seria uma regra de direito, porque o princípio 15 da Declaração do Rio (Eco 92) consagrou o princípio da precaução:

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 (BRASIL, 1998a).

Nesse sentido ensina Machado (2015) sobre a inclusão do princípio da precaução no Direito brasileiro, por meio de duas convenções: “Duas convenções internacionais assinadas, ratificadas e promulgadas pelo Brasil inseriam o ‘princípio da precaução’” (MACHADO, 2015, p. 90).

A primeira se refere à convenção da Diversidade Biológica – Assinada no Rio de Janeiro em 5 de junho de 1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n° 2/1994, tendo entrado em vigor para o Brasil em 29/5/1994 e promulgado pelo Decreto n° 2.519 /1998, que dispõe em seu preâmbulo: “Observando também que, quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça [...]” (BRASIL, 1998a).

A segunda refere-se à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima – Assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n° 1/1994, tendo entrado em vigor para o Brasil em 2/7/1998 e promulgado pelo Decreto n° 2.652/1998, que dispõe em seu art. 3º:

Princípios

[...].

3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os

diferentes contextos socioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima [...] (BRASIL, 1998b).

Ainda para corroborar o já explanado, convém ressaltar que o princípio da precaução está contido no art. 225 da CR/1988 (BRASIL, 1988). Assim concluíram Costa e Moreira (2014):

O art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de preservar o meio ambiente e esse é um dos pilares da proteção ambiental, uma vez que implica na formação de uma espécie de pacto atual e intergeracional, mediante a atribuição de responsabilidades por danos causados ou simplesmente possíveis prevenção ainda que improváveis precaução, restrições ao uso dos bens ambientais e competências em matéria de gestão ambiental Poder Público (COSTA; MOREIRA, 2014, p. 111).

Em seguida, afirmam (2014) também:

Esse pacto de solidariedade legitima a criação de mecanismos internos de precaução, prevenção* e repressão a danos ambientais, entre os quais se destacam as normas relativas à compensação ambiental, importante ferramenta na proteção da biodiversidade e equilíbrio dos ecossistemas, que é objeto do presente estudo (COSTA; MOREIRA, 2014, p. 112).

Machado (2015), um dos grandes doutrinadores sobre o tema, assim explica:

Há riscos inaceitáveis, como aquele que coloca em perigo os valores constitucionais protegidos, como o meio ambiente ecológicamente equilibrado, os processos ecológicos essenciais, o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, a diversidade e a integridade do patrimônio biológico – incluído o genético – e a

função ecológica da fauna e flora. Repita-se que o princípio da precaução é uma ferramenta para evitar o dano ambiental e implementar o direito de todos ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida (MACHADO, 2015, p. 101).

Nesse contexto, o princípio da precaução se torna um antídoto aos riscos e, como citado no relatório do voto do Ministro Humberto Martins, na decisão do Recurso Especial n. 1.285.463/SP, que cita a doutrina de Treich e Gremaq, dispondo da seguinte forma:

[...] no mundo da precaução há uma dupla fonte de incerteza: o perigo ele mesmo considerado e a ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo. A precaução visa justamente a gerir a espera da informação. Ela nasce da diferença temporal entre a necessidade imediata de ação e o momento onde nossos conhecimentos científicos vão modificar-se (BRASIL, 2012)

Os riscos que se buscam limitar são aqueles intoleráveis, uma vez que causam significativo dano ambiental, comprovada existência de risco ao meio ambiente em todas suas formas (abiótico, biótico ou antrópico).

Por fim, o princípio da precaução, segundo Canotilho (2008), funciona como uma espécie de princípio *in dubio pro ambiente*. No caso de dúvida, se a atividade causa dano ao meio ambiente, deve-se decidir a favor da preservação ambiental e contra o potencial poluidor. Acrescenta ainda que, “quando ainda não se verificarem quaisquer danos decorrentes de uma determinada actividade, mas se receia, apesar da falta de provas científicas, que possam vir a ocorrer” o princípio da prevenção deve ser aplicado (CANOTILHO, 2008, p. 41).

A CR/1988, no art. 225, § 1º, inciso V, dispõe:

Art. 225 da CR/1988. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e

essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente [...] (BRASIL, 1988).

Veja-se que a CR/1988 menciona a existência de risco, mas, de outro lado, não define o que seria esse risco. Diante disso, Machado (2015, p. 100) ensina que a CR/1988 inclui o princípio do controle de risco que seria maior amplitude ao princípio da precaução, senão veja-se:

Há diferença essencial na amplitude do ‘princípio da precaução’, inscrito no n. 15 da Declaração do Rio de Janeiro/1992, e na dimensão do ‘princípio do controle do risco’, inscrito no art. 225 da CF brasileira. A Declaração mostra o princípio da precaução limitado às ameaças sérias e irreversíveis. O princípio de controle do Poder Público nas atividades mencionadas ocorrerá sempre que houver risco para a vida, risco para a qualidade de vida e risco para o meio ambiente (MACHADO, 2015, p. 100).

Machado (2015) conclui que essa nova modalidade de princípio como desdobramento do princípio da precaução está baseada na incerteza e define o risco como “a possibilidade real ou realista de um acontecimento negativo ou um dano decorrente do que não é certo, ou esperado, mas só mais ou menos provável” (MACHADO, 2015, p. 100). E ainda conclui que o princípio da precaução é ferramenta importantíssima na gestão ambiental sustentável: “Repita-se que o princípio da precaução é uma ferramente para evitar o dano ambiental e implantar o direito de todos ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida” (MACHADO, 2015, p. 101).

Nessa mesma direção Sampaio (2003, p. 72) avança na interpretação de ambos princípios por sua interrelação e pela forma complementar:

[...] a precaução não se aplica apenas a ações sob condições de incerteza, mas tem implicação inclusive quando a autoridade que irá decidir não se encontra diante de uma considerável dúvida. “Se os tomadores de decisão estiverem certos de serios ou irreversíveis riscos de dano à saúde humana ou ao meio ambiente, implicações antecipatórias e preventivas do princípio [da precaução] parecem corretas”. É que a complexidade dos ecossistemas sempre introduz algum grau de incerteza, inclusive sobre os danos supostamente conhecidos e previsíveis(SAMPAIO, 2003, p. 72).

Silva (2010, p. 283) ensina que na área de biossegurança, no Brasil, não somente os conhecimentos científicos já aflorados são objeto da caracterização do risco, mas também a ignorância de suas consequências:

Na área de biossegurança, a incerteza do risco, seja pela impossibilidade de atribuição de probabilidades objetivas a consequências conhecidas de agir tecnológico, seja pela pura e simples ignorância de todas as suas consequências, é um grave fator de insegurança (SILVA, 2010, p. 283).

Elementos como a incerteza do risco diante do estágio de evolução do conhecimento científico são capazes de evocar a utilização do princípio da precaução, conforme explica Silva (2010, p. 287):

O princípio da precaução encontra expressão no art. 1º da lei brasileira de biossegurança. Na parte final de seu *caput*, determina-se a ‘observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente’. O dado caráter sintético da previsão legal, os elementos que determinam o âmbito de atuação do princípio da precaução no Brasil devem ser inferidos da leitura

conjunta do Decreto Federal 5.591, de 22 de novembro de 2005, que regulamenta a lei brasileira de biossegurança, e o Decreto Federal 5.705, de 16.02.2006, que incorpora ao direito nacional o Protocolo de Cartagena sobre biossegurança. Dessa leitura três elementos de destacam: a incerteza dos riscos diante do estágio do conhecimento científico, a potencialidade do dano para afetar de modo grave e/ou irreversível o ambiente natural e a provisoriação das medidas tendentes a não gerar o dano. O que significa dizer que a disciplina jurídica brasileira não apresenta os defeitos que foram identificados na disciplina jurídica francesa. (SILVA, 2010, p. 287).

O princípio da precaução é uma forma de evitar a inocorrência de um dano potencialmente grave até que se prove a inexistência ou pelo menos a existência de um dano aceitável, já que a busca pelo “risco zero” não é possível nas atividades mercantis.

Ocorre que a discussões sobre a existência dos riscos se tornam tão controvertidas e se aprofundam de tal maneira que a judicialização dos conflitos se tornou cada vez mais comum.

Com isso uma nova dimensão do Direito aflora como matéria de vasta pesquisa e estudo sobre o assunto, por se tratar de direitos que superam o indivíduo, uma coletividade específica, para atingir a todos e a tudo que se encontra no entorno (ambiente). Para uma nova dimensão do Direito, é necessário refletir sobre a técnica processual capaz de instrumentalizar de forma eficaz esse direito que se propõe a tutelar o ambiente.

TUTELA PROCESSUAL PROBATÓRIA DO MEIO AMBIENTE

Vários instrumentos processuais surgiram para tutelar direitos ambientais. Instrumentos como ações populares, ações civis públicas, dentre outras, são importantíssimos.

Mas o foco deste trabalho se concentra na instrução probatória do processo para delinear melhor o problema da produção trapaceada da prova.

Com o advento da Lei n. 13.105/2015, instituiu-se o novo Código de Processo Civil brasileiro (CPC/2015), que se estruturou em tutelas de conhecimento e cumprimento de sentença – aglutinando alguns procedimentos especiais de natureza cautelar –, tutelas de execução e tutelas recursais com meios de impugnação das decisões judiciais. Para cada uma destas matérias o CPC/2015 designou um Livro específico (BRASIL, 2015).

Mesmo com as iniciativas de modernização do sistema processual civil brasileiro, porém, a tutela jurisdicional que se baseia o CPC/2015 se funda em questões de direitos subjetivos individuais, com enfoque ainda no indivíduo lesado. Assim é a regra contida no art. 18 do CPC/2015: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” (BRASIL, 2015). Portanto, o novo CPC/2015 não evoluiu com novos instrumentos de proteção dos chamados interesses difusos e coletivos, o que permite concluir que sua ótica ainda é permeada pela lógica privatista do Direito.

Outra importante característica é que o CPC/2015 (BRASIL, 2015), assim como o CPC/1973 (BRASIL, 1973), contém em sua estrutura a lógica de que a função jurisdicional serve para resolver conflitos existentes no plano concreto, ou seja, lesões que já aconteceram (tutelas reparatórias) ou que estão prestes a acontecer (tutelas preventivas). Nesse sentido, Zavascki (2014) leciona:

Em outras palavras, o Código partiu do pressuposto de que a função jurisdicional existe por causa de um conflito e para solucioná-lo. Consequentemente, nele não foram previstos instrumentos para dar solução a conflitos verificáveis no plano abstrato (independentemente da consideração de específicos fenômenos de incidência), como é o conflito que se estabelece entre preceitos normativos ou, mais especificamente, entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais (ZAVASCKI, 2014, p. 14).

A ciência processual busca resolver os conflitos existentes da melhor forma possível e sempre foi influenciada por algum paradigma de acordo com a época e crise que se formou.

A legitimação de uma decisão se passa pela produção do conteúdo probatório realizado pelas partes que influenciará de forma lógica o convencimento do julgador, que fica adstrito a demonstrar sua motivação vinculada ao exposto no bojo do processo. O conhecimento probatório produzido no processo, portanto, torna-se fundamental na lógica moderna.

5.1 Produção do conhecimento processual

Considera-se que o Direito processual surgiu como ciência autônoma a partir da publicação da obra de Oskar von Bülow (TEIXEIRA, 2014), que lhe dá caráter de autonomia, desvinculando-o do direito material. Segundo Teixeira (2014),

Oskar Robert Arthur von Bülow, ou simplesmente Oskar Von Bülow, publicou a obra Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais (*Die Lehre von den Prosesseireden und die Processvoraussetzungen*) na qual prega de forma contundente, a existência de uma relação processual autônoma (relação triangular entre juiz e partes) e de um direito processual, reivindicando a esta ramificação do direito, nas palavras de Castro Mendes, ‘um domínio verdadeiramente científico-jurídico’. Neste sentido, destaca-se que no prólogo de sua obra histórica,

von Bülow inicia seu texto chamando o processo civil de “ciência” (TEIXEIRA, 2014, p. 8).

O Direito processual nasceu e se desenvolveu cercado de todo o aparato necessário para constituí-lo como “ciência”. Sua importância após a autonomia concedida por Bülow é debatida por vários doutrinadores e ganha espaço cada vez maior na ciência jurídica.

Por óbvio, o Direito processual é uma ciência ocidental, fruto de debates e de uma concepção de sua época. Os ideais liberais marcaram consideravelmente sua formação, garantias que afirmassem direitos à liberdade e propriedade foram fortes influências de sua construção inicial.

Posteriormente, com o surgimento de ideais sociais, elementos de cunho a garantir maior igualdade às partes quanto à regra do jogo foram desenvolvidos com o objetivo de alcançar melhor tutela jurisdicional que refletisse mais adequadamente a justiça.

Para isso, conferiu-se maior poder aos juízes com o intuito de efetivar melhor a justiça no processo, porém o modelo de socialização do processo não se mostrou seguro suficientemente para garantir maior equidade e historicamente foi usado por Estados totalitários com o objetivo de legitimar seus ideais.

Atualmente o que se busca é uma tentativa de maior participação das partes para melhor debate das questões envolvidas e, com isso, melhor amadurecimento das possíveis opções para uma solução mais adequada e justa.

Nesse processo, o direito à prova é um importantíssimo elemento que tem grande peso no caminho de construir uma solução adequada e justa ao processo. Isso porque o exercício do direito à prova influenciará ativamente o julgador na sua tomada de decisão, já que está adstrito a esta no desenvolvimento do seu raciocínio lógico, lastreado pelo direito e fatos produzidos no processo. Nesse sentido, Amaral (2015):

Disso decorrem consequências para as partes e para o julgador. De um lado, o direito à prova confere às partes o direito fundamental de produzir todas as provas compatíveis com a lei, típicas ou atípicas, que sejam idôneas e necessárias à comprovação de suas alegações. Garantem também que elas contradigam as provas produzidas no processo (pela parte contrária ou determinadas pelo juiz), influindo ativamente em todas as fases da atividade probatória. Por outro lado, o direito à prova dirige comando ao julgador, que deverá admitir todas as provas idôneas a contribuir para o convencimento judicial (ainda que previstas expressamente em lei), valorar as provas produzidas, indicando quais fatos foram provados e quais reputa não provados, examinando criticamente as provas, destacando os fundamentos que nortearam a formação de sua convicção. Assim, será lesiva ao direito à prova a conduta do juiz ou de uma das partes que impeça a outra parte de ter integral acesso ao material probatório (AMARAL, 2015, p. 36).

Tanto o direito à construção da prova quanto o direito de ter acesso ao material probatório é de suma importância para que as partes convençam e se convençam do que está sendo construído e garantam a legitimidade da decisão final.

Nessa mesma perspectiva Theodoro Júnior (2015) ensina:

O acesso à justiça, mediante um *processo justo*, é garantido por direito inserido entre os fundamentais catalogados pela Constituição. Entre os requisitos desse processo, figuram o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), que envolvem sem dúvida, o direito inafastável à prova necessária à solução justa do litígio (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 850-851).

Diante disso, é possível entender a importância da prova na solução de conflitos, haja vista que uma solução justa só poderá ser alcançada com o direito à prova.

Ocorre que esse direito à prova não pode ser regido por regras frias que impliquem injustiças para as partes, por isso

questões como a regra sobre quem deve construir determinada prova é igualmente de suma importância.

Para compreender como o ônus de produção da prova pode gerar injustiças, mister se faz, primeiramente, a análise do conceito de prova. Em seguida, é necessário trabalhar a noção da “ciência” como a melhor forma se solução dos conflitos e, logo depois, os limites do que é tolerável pela própria ciência.

5.1.1 A Prova (conceito)

O direito invocado e os fatos comprovados no processo, como visto, servem de subsídio para construção do raciocínio percorrido pelo julgador na formação de sua convicção. Com isso a prova serve de base para a construção da sentença, sendo peça fundamental de sua legitimação perante a sociedade. Segundo Theodoro Júnior (2015),

[...] às partes não basta simplesmente alegar os fatos. ‘Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado’, o que se dá por meio das provas (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 849).

Alguns conceitos de prova atêm-se apenas ao objeto ou resultado final ou, ainda, restringem-se a conceituar fatos já ocorridos (do passado), não levando em conta a possibilidade de provar algo que ainda não aconteceu:

Não é por outra razão que um dos princípios a que se dedica mais importância no processo civil é o da verdade substancial. No dizer de Mittermaier, a verdade é a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a idéia que fazemos dele. Essa visão, típica de uma filosofia vinculada do paradigma do ser, embora tenha todos os seus pressupostos já superados pela filosofia moderna, ainda continua a guiar os estudos da maioria

dos processualistas modernos. Esses ainda se preocupam em saber se o fato reconstruído no processo é o mesmo no mundo físico, ou seja, se a ideia do fato que se obtém no processo guarda consonância com o fato ocorrido no passado (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 27-28).

No conceito de Rubin (2013), a prova seria o elemento material sobre questões de fato: “Todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas” (RUBIN, 2013, p. 43).

Por isso, várias são as tentativas de se conceituar a prova, e para isso convém trazer inicialmente a definição de Pacífico (2011):

O vocábulo *prova* vem do latim *probatio* e, em sentido lato, significa ‘o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade’. Em senso jurídico, conforme doutrina de Moacyr Amaral Santos, o vocábulo é empregado em várias acepções: ‘significa, de um lado, a ação de provar, de fazer a prova, dizendo-se, nessa acepção, que cabe fazer a prova a quem alega’; em outro sentido, ‘significa o meio de prova considerado em si mesmo’ (testemunhal, pericial etc.); e, em um terceiro significado, representa ‘o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nesta acepção, diz-se: o autor fez a prova de sua intenção, o réu fez prova da exceção’ (PACÍFICO, 2011, p. 21, grifo do autor).

Nessa perspectiva, é possível compreender que a prova não se restringe apenas ao objeto, mas a todo o projeto de sua criação, que na definição de Pacífico (2011, p. 21) assim alargou demonstrando que é o caminho percorrido pela inteligência para se chegar à verdade.

Todo argumento desenvolvido que se destina a comprovar por meios racionais e influenciar o convencimento do juiz, na lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015), devem ser consideradas como prova:

Nesse contexto, seria possível dizer que a prova é *todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnações, feitas no processo* (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 251. grifos dos autores).

Como exposto por Foucault (1979, p. 97-98), em genealogia dos saberes, e desenvolvido nos capítulos anteriores, é importante entender os motivos que levaram à produção de um saber e a trajetória desenvolvida para se demonstrar uma verdade, não pode ser restrita ou obscura às partes.

Não se pode conceber um processo no Estado Democrático de Direito em que se limite o direito dos atores processuais em participar da elaboração probatória processual. Não é por menos que Teixeira (2014) destaca a participação de todos os integrantes do processo:

Do explicitado, pode-se concluir que prova judicial é o instrumento processual para a comprovação das alegações das partes e demais participantes do processo, com escopo de convencer o julgador. Na prova judicial, o magistrado é – portanto – o destinatário da prova, tendo em vista que esta visa convencê-lo das alegações para se obter uma tutela jurisdicional favorável ao bem da vida pretendido (TEIXEIRA, 2014, p. 72).

Amaral (2015), em um conceito mais abrangente, destaca três aspectos do conceito de prova:

O conceito de prova é tradicionalmente compreendido a partir de três perspectivas: *atividade, meio e resultado*. Prova como *atividade* relaciona-se com a instrução probatória, isto é, ao conjunto de atos processuais praticados com o objetivo de reconstruir os fatos que amparam a pretensão das partes e são relevantes para a solução do litígio. Prova como *meio* traduz a ideia de emprego de mecanismos destinados a acessar as fontes de prova e trazer ao processo as informações necessárias para

que o julgador forme a sua convicção sobre a matéria de fato e profira a sua decisão. E como *resultado* a prova deve ser visualizada como desfecho da valoração realizada pelo juiz. Sob tal perspectiva, visualiza-se não a testemunha, mas o testemunho, cuja valoração será demonstrada na motivação da sentença (AMARAL, 2015, p. 35).

Assim, o conceito de prova não pode limitar ao objeto, mas deve ser compreendido, também, quanto à atividade e ao meio.

Uma ótica privatista que vislumbra o processo apenas para resolução de conflitos de direitos patrimoniais considera a prova apenas como objeto e, principalmente, fatos ocorridos (do passado) que devem ser reproduzidos no processo. Aquele que detiver melhor manejo processual obterá vantagem na influência da decisão judicial.

Nessa mesma perspectiva que trabalha o processo para resolução de conflitos patrimoniais ou que reduz de forma simplista todos os conflitos, a quantificação de valores econômicos trabalha a prova apenas como a demonstração de fatos. Uma concepção mais abrangente da prova deve compreender situações jurídicas que vão além dos fatos, embora possa abarcá-los.

Dentre algumas formas de solução de conflito, novos paradigmas são elaborados para se buscar uma avaliação mais justa aos processos, muitas delas por noções influenciadas apenas pelo desenvolvimentismo econômico, baseado em matrizes de conhecimento legitimadas pelo poder econômico, que se pode manejear para se manifestar a verdade que lhe interessa.

Trata-se de uma matriz de conhecimento formulada por uma ciência rígida que não aceita outros argumentos e que se pressupõe infalível, embora o colapso ambiental esteja prestes a irromper.

5.1.2 O “estado da ciência” como forma de solução dos conflitos

O paradigma apresentado neste tópico referenda que a solução jurídica só pode ser alcançada com base no estado atual dos acontecimentos científicos.

Com base na análise das emissões eletromagnéticas e dos consequentes processos que surgiram em torno desse tema, Ángel Yáñez (2008, p. 74) constrói seu pensamento calcado na busca profunda do conhecimento científico que envolve determinado problema, como forma de solução jurídica.

Na construção dessa visão, Ángel Yáñez (2008, p. 22) expõe que é importante considerar alguns aspectos sociológicos que influenciam a sociedade sem que ela perceba claramente tais influências. Tais aspectos seriam: a) denúncias midiáticas: reproduzidas de forma a comover muitas pessoas já que inundam a sociedade com notícias de denúncias, reportagens de movimentos dos cidadãos, debates, etc.; b) temores populares: receios sobre possíveis riscos, temores sobre “o novo”; c) contendentes: levantes populares e movimentos sociais, o “ativismo dos que hasteiam a bandeira de uma causa (de boa-fé ou sem ela)” (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 27); d) interesses criados por meio da manifestação das querulências: pessoas que “tendem a jurisdicisionalizar todo conflito em que se encontra ou toda pretensão que tem – ou que crê ter – em face do outro”; que tendem transferir para o outro a causa de tudo que aflige ou contraria, somada a tensão entre segurança x avanço tecnológico, progresso, desenvolvimento (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 30); e) jogo de “palavras”: propostas que sugerem mudanças, mas que são desprovidos de uma solução técnica eficiente e coerente com as pretensões suscitadas (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 30-31); e f) falta de decisão imparcial, pois um juiz só poder decidir de forma correta se “revelada sob a luz do ‘estado de ciência’” (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 32-33).

5.1.3 O “estado da ciência” e os limites do tolerável

Para este paradigma, o estado atual da ciência permite determinar os limites do que é nocivo ou inócuo à saúde humana, aferindo adequadamente os níveis da atividade poluidora.

Segundo Ángel Yáguez (2008),

o estado da ciência, do momento atual, permite ao jurista contar com critérios técnicos suficientes para considerar quando a emissão construída por um campo eletromagnético excede os limites do tolerável e do injusto (segundo seja adotado, respectivamente, a perspectiva das ações preventivas ou das de responsabilidade (ÁNGEL YÁGUEZ, 2008, p. 73).

Nesse sentido, defende Ángel Yáguez (2008, p. 73) que decisão judicial alguma poderia ser construída sob o fundamento da dúvida ou da incerteza, e refere-se a esse tipo de decisão como soluções “conservadoras”.

Continuando seu pensamento, o importante seria determinar “o não tolerável”, porque é nesse ponto que se delimita o que se deve e o que não se deve suportar. Assim, haverá a construção dos critérios legais do que seria a injustiça ou a ilicitude do dano, mais especificamente a antijuridicidade (ÁNGEL YÁGUEZ, 2008, p. 74).

O denominado “estado de ciência” é, portanto, “o que os conhecimentos da ciência ou técnica, num dado momento considerem que é possível (ou não é possível, conforme se olhe) prever ou evitar” (ÁNGEL YÁGUEZ, 2008, p. 77). Segundo o autor (2008),

Tanto num caso como em outro, a meu entender, o ‘estado da ciência’ é um elemento de exclusão da antijuridicidade: o comportamento do agente não é ilícito, porque o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, existentes ao se produzir o dano (ou, em seu caso, ao se criar o risco de que seja produzido),

não lhe permitam a sua previsão, nem o seu óbice (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 78).

Mas adverte que o estado de ciência só poderá ser obtido por uma genuína “comunidade científica”, destacada como um nome próprio, porque seriam as comunidades científicas solventes, realmente capazes de proferir um parecer correto e não influenciado por interesses escusos (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 81).

Sua preocupação adverte os juristas, com especial relevância, para que fiquem atentos quanto aos verdadeiros cientistas dotados de “alta especialização”, capazes de produzir um real “saber científico” e, de outro lado, quem são os “falsos profetas” (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 81).

Alerta de forma interessante, também, que as comunidades científicas e jurídicas deveriam fazer mais para educar os juízes sobre o “saber científico” de determinada questão (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 82).

Certamente essa é uma questão muito importante, uma vez o Poder Judiciário não se encontra preparado para resolver as questões ambientais, em razão de sua complexidade e efeito sobre a sociedade.

5.2 A questão da verdade no processo

Conforme explicado por Foucault (1979, p. 96), os saberes históricos foram desqualificados e marginalizados pelo instrumento da erudição, sendo renegado o selo da científicidade e, consequentemente, restringindo-os a saberes particular e local.

A crítica desenvolvida por Foucault (1979, p. 79) se fundamenta nas instituições centralizadoras de poder, com o discurso tido como científico organizado que impõe sua superioridade.

Já Enriquez (2001, p. 56) demonstra que essas mesmas instituições têm sua existência anterior e exercem influência sobre

as condutas humanas, principalmente pela produção do desconhecimento. As instituições não disseminam um conhecimento cristalino, mas, na busca de poder, colocam o ser humano na condição de objeto. Suas ações são simplistas e buscam conformar unicamente seus anseios, mantendo-se sempre na condição de dona do jogo.

As instituições definem, ainda, quem tem o direito à palavra, o que se pode e não se deve dizer. O único intuito delas é combater as ameaças ao seu poder sem se importar com a verdade contida no discurso.

Nesse contexto, ainda foi exposto que a sociedade pós-moderna vive o máximo dos riscos que ela pode provocar. Todos esses interesses influenciaram o processo, até mesmo em sua criação, inicialmente por ideologias liberais, sobretudo na proteção de direitos relacionados à propriedade e à liberdade.

As regras processuais inicialmente criadas podem ser consideradas exemplo sobre como o poder pode manejá-las de acordo com seu convencimento:

A própria construção do sistema processual necessita ser revista; não mais mediante a perspectiva puramente liberal ou social, mas, sim, mediante a perspectiva proceduralista, superando, assim, criticamente, a unilateralidade das perspectivas, garantindo-se complementariedade entre as autonomias pública e privadas (HABERMAS, 1997, p. 502-503), de modo que os direitos fundamentais são possam ser reduzidos nem a direitos liberais de defesa nem mesmo de direitos de prestação positivas em face do estado (NUNES, 2008, p. 96).

Vale dizer que a busca por justiça em todas as épocas se baseou na busca pela verdade real:

Essa influência da descoberta da verdade substancial sobre o direito processual (o que se evidência, ainda com maior força, no direito processual penal) já era nítida na Roma antiga. Nessa época, como é sabido, o *iudex* poderia abster-se de decidir uma

questão que lhe era posta, bastando declarar, sob juramento, *sibi non liquere*. Isso demonstrava claramente o culto à verdade, a ponto de se negar a prestação jurisdicional sob o argumento de que o juiz não lograra atingi-la no processo, ou por outras palavras, que os fatos não estavam suficientemente aclarados (MARINONI; ARENHART; 2011, p. 31).

Não obstante isso, essa verdade criada no processo é objeto de muito estudo, porque não é tão simples de construir. Principalmente porque ela é trabalhada pelos interesses em conflito em um paradigma que condiciona seu processo de formação. São os valores dominantes que estruturam as regras processuais de criação e desenvolvimento do conjunto probatório.

Regras como as do art. 333 do CPC/1973 foram fortemente influenciadas por um paradigma liberal que não gerava uma regra justa para a parte que não detinha um conhecimento técnico sobre determinado produto e se via obrigada a fazer prova – necessitando de um conhecimento técnico ultraespecializado quanto à constituição de prova de suas alegações. Por isso, Pacífico (2011) afirma: “Deixar ao autor todo encargo equivaleria a excluir aprioristicamente a possibilidade de êxito de qualquer demanda judicial, entregando o direito à boa vontade do demandado” (PACÍFICO, 2011, p. 93).

Outro clássico exemplo, com vistas a corrigir este desequilíbrio do encargo probatório, mas no âmbito das relações de consumo, gerou a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pela Lei n. 8.078/1990, que em seu art. 6º, inciso VIII, dispõe sobre a inversão do ônus de prova para equilibrar as relações processuais nas demandas consumeristas (BRASIL, 1990).

O Direito ambiental, por sua vez, principalmente nas ações coletivas, já lançava mão desse instituto do CDC para equilibrar as posições processuais e construir um processo mais justo.

Fato é que a verdade do mundo real e, principalmente, numa sociedade cada vez mais complexa torna-se ainda mais difícil de construir. O paradigma influenciador de construção do processo

determina como se deve enxergar a verdade e como ela pode ser reconstruída. Assim é que Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015) expõem:

Por outro lado, também as relações de processo com a verdade não são tão simples como parecem. Pensar a verdade como correspondência entre um fato e uma ideia que se tem a seu respeito, hoje representa apenas *uma* das visões possíveis a respeito do tema. Essa perspectiva, correspondente à visão definida pelo *paradigma do objeto*, é hoje objetada por outras tantas visões sobre essa questão. Embora muitas noções jurídicas continuem apoiando-se nessa ideia, é de se ver que há muitas outras correntes que criticam a existência dessa correspondência, ou que lhe negam qualquer utilidade, especialmente no campo do processo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 244-245).

Na reflexão de Teixeira (2014, p. 218-219), a filosofia da linguagem influencia na construção da verdade, principalmente num agir comunicativo dialético e discursivo:

9. na perspectiva da filosofia da linguagem, a verdade inclui ainda os mecanismos da linguagem dentro de um agir comunicativo (dialética e discursivamente), como afirma Habermas;
10. a espécie de verdade lógica neste estudo deixa de ser uma correspondência entre objeto e um enunciado e passa a ser uma correspondência entre linguagens;
- [...]
13. a relação entre o enunciado e o objeto deixa de ser verdadeiro ou falso, o que passa a ser verificado somente em relação à proposição. Esta verdade é vista em um sistema de referências (vivências do indivíduo) e de acordo com as regras dos jogos de linguagem (no caso Direito, normas jurídicas);
14. a afirmação de que a verdade teria uma característica lógica da linguagem, acarreta sua relatividade, o que não se caracteriza, porém, como ceticismo, mas, tão somente, o reconhecimento da verdade como mutável, dinâmica, e como caráter autopoietico do Direito (TEIXEIRA, 2014, p. 218-219).

Os fatos levados ao processo juntamente com o direito invocado pelas partes servirão de subsídio para a construção do raciocínio lógico para que o julgador construa a decisão final do processo. De tal modo, a prova serve como base para formação da convicção do juiz, sendo a pedra angular da legitimação da sentença perante a sociedade.

Ocorre que a verdade absoluta não é algo fácil de exprimir, inclusive porque cada ator processual (autor, réu, juiz, perito, assistentes, Ministério Público, etc.) enxerga um mesmo fato de formas diversas. Somado a isso, há a dificuldade de se colocar no processo aquilo que se passa no mundo real. Nesse sentido, Zaneti Júnior (2011) explica:

A verdade absoluta no processo civil não pode ser jamais atingida. O que se obtém é, no máximo, um juízo de probabilidade, uma verdade provável. Este juízo de verossimilhança, que agora ao final do processo com alto grau de probabilidade de ser verdadeiro, é alcançado à certeza com o transito em julgado da decisão, erigindo-se em um patamar de certeza jurídica. Com efeito, a doutrina é uníssona ao apontar que ‘[...] como a certeza absoluta é sempre inatingível, preciso o operador do sistema conformar-se com a probabilidade, cabendo-lhe a criteriosa avaliação da *probabilidade suficiente*’ (ZANETI JUNIOR, 2011, p. 182, grifo do autor).

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015), da mesma forma, reconhecem que o processo não tem condições de reconstruí-la, principalmente pelas regras que o regem, as quais criam obstáculos para se chegar à verdade real. Segundo os autores (2015),

[...] O processo não tem condições de reconstruí-la e, muitas vezes, renuncia sua busca. Pense-se, por exemplo, na exclusão de provas ilícitas, nas vedações legais ao emprego de determinados meios de prova em certas circunstâncias ou nas provas tarifadas, eventualmente admitidas. Pense-se, ainda, em limites temporais, a exemplo das preclusões e da coisa julgada. Por isso, observa

Giovanni Verde, que no processo as regras sobre prova não regulam apenas os meios de que o juiz pode servir-se para ‘descobrir a verdade’, mas também traçam limites à atividade probatória, tornando-se inadmissíveis certos meios de prova, resguardando outros interesses (como a intimidade, o silêncio etc.) ou ainda condicionando a eficácia do meio probatório à adoção de certas formalidades (como o uso de instrumento público).

Ora, um modelo que trabalha com esses obstáculos certamente não pode comprometer-se em encontrar uma ‘verdade material’, ‘real’ ou ‘absoluta’ (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 245-246).

Entretanto, na linha de raciocínio desenvolvido por Mergulhão (2010, p. 36), a visão publicista do processo confronta a concepção individualista que privilegia apenas determinados interesses ou proteção de direitos para se tornar mais adequado ao processo de uma sociedade democrática:

A busca da verdade real está inserida em contexto mais amplo, ou seja, na contradição entre o princípio dispositivo e o princípio da livre investigação das provas. Estabelece-se na dicotomia verdade real/verdade formal. O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende da iniciativa das partes quanto às provas e alegações em que fundara a decisão. Seria, dizem seus defensores, uma forma de salvaguardar a imparcialidade do juiz e limitar seu poder inquisitivo. Entretanto, a doutrina e a legislação evoluíram no sentido de publicização do processo, o que vai em sentido contrário ao princípio do dispositivo, restringindo-o ao direito de instauração da relação processual.

Ao se tornar público, o processo se desapega da visão individualista e procura realizar a prestação jurisdicional no sentido do interesse geral. Normalmente, o caráter público do processo vem associado à sua instrumentalidade, no sentido de que não constitui um fim em si mesmo, mas busca a realização de direito material (MERCULHÃO, 2010, p. 36).

Por isso, ainda que o processo se desenvolva com a participação das partes na produção de provas capazes de influenciar uma decisão final devidamente motivada, qualquer tentativa de exercer essa atividade de provar, sem ter a real competência, implicaria fraude processual. Afirma Theodoro Júnior (2015):

[...] se a dificuldade ou impossibilidade atinge igualmente a ambas as partes, sua superação não poderá ser buscada pela técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova. Ao prevalecer semelhante critério, estar-se-ia imputando ao novo destinatário do encargo a chamada *prova diabólica*, pois de antemão se estaria decretando sua derrota processual, visto que desde logo se teria exigido dele missão impossível de ser cumprida (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 895. Grifo do autor).

Como já demonstrado, se é possível se fazer injustiça por uma derrota processual, o contrário também é possível: que por meio de uma fraude probatória se decrete a vitória processual! O autor acrescenta: “Para as dificuldades objetivas, outras são as soluções que a lei prevê, como, por exemplo, os indícios e presunções, as máximas de experiência e outros expedientes quase sempre preconizados pelo direito material” (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 895).

O regime democrático na esfera jurisdicional comprehende a possibilidade de cada parte participar no processo e influir no convencimento judicial. Nas demandas ambientais, porém, a complexidade dos empreendimentos ou produto com os efeitos sobre um ecossistema ou efeitos colaterais sobre o homem se torna uma complexidade absurda, de modo que a própria sociedade não está preparada para lidar e assumir todas as responsabilidades.

Quanto mais essa situação migrar para um processo, nas atuais estruturas e regras, se a parte não tem capacidade para participar da construção probatória e não tem condições técnicas e financeiras de realmente participar para formação do

convencimento final, como se poderá concluir que o processo foi construído de forma justa?

Para refletir sobre esse problema será necessário expor um pouco mais sobre as questões que envolvem o ônus da prova.

5.3 Distribuição do ônus da prova

Várias teorias surgiram para tentar explicar sobre quem deveria recair o ônus da prova.

Para se exigir o ônus sobre determinada parte, será necessário compreender se o critério de distribuição direciona com equidade a tentativa de construir o convencimento do julgador. Conforme Theodoro Júnior (2015):

a um só tempo, destarte deve-se ver na prova a ação e o efeito de provar, quando se sabe, como Couture, que ‘provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação’. Não é raro a parte produzir um grande volume de instrumentos probatórios (documentos, perícia, testemunhas etc.) e mesmo assim a sentença julgar improcedente o seu pedido ‘por falta de prova’. De fato, quando o litigante não convence o juiz da veracidade dos fatos alegados, prova não houve, em sentido jurídico: houve apenas apresentação de elementos com que se pretendia provar, sem, entretanto, atingir a verdadeira meta da prova – o convencimento do juiz (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 850. Grifo do autor).

Para aprofundar no entendimento de ônus, Amaral (2015) expõe:

Entende-se por ônus a tarefa atribuída a uma parte, cujo exercício poderá lhe trazer uma situação de vantagem. Portanto, a definição de ônus traz consigo a ideia de risco, na medida em que se o onerado não exercer a sua faculdade assumirá o risco de um resultado contrário aos seus interesses. Envolve, enfim, uma imposição de que as partes sejam diligentes, esperando-se que atuem no sentido de obter uma posição mais favorável em

relação ao que pretendem alcançar no processo (AMARAL, 2015, p. 45).

O autor explica que existe o ônus subjetivo, “que atribui às partes encargos para a obtenção de êxito no processo” e ônus objetivo, que “consiste no método de julgamento de que o juiz se valerá na hipótese de a matéria de fato não lhe parecer suficientemente comprovada” (AMARAL, 2015, p. 46-47).

Pacífico (2011, p. 22-23) também aborda o aspecto subjetivo e objetivo da prova, com a forma de sua criação e o resultado alcançado respectivamente:

Sem o objetivo de exaurir as várias noções de prova elaboradas pela doutrina, é interessante notar que o conceito de ônus de prova, encarado amiúde sob dois diferentes prismas (subjetivo e objetivo), como exposto em item específico desta obra, ora se servirá de vocábulo *prova* na acepção de *realização da prova* (subjetivo), ora no sentido do *resultado obtido na convicção do juiz*, mediante o emprego dos meios probatórios (objetivo) (PACÍFICO, 2011, p. 22-23. Grifo do autor).

Na mesma seara, reafirma Theodoro Júnior (2015, p. 849) que o aspecto objetivo são meios hábeis de revelar a prova, enquanto o aspecto subjetivo se confirma na convicção formada sobre o julgador:

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo:

(a) um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.);

(b) e outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 849).

O ônus não será entendido como uma obrigação, sob a perspectiva de se exigir a prática de determinado ato, sob pena de sanção, mas como uma relação de sujeição com as consequências da não observância de seu encargo probatório.

O ônus, segundo Amaral (2015, p. 46), ainda pode ser classificado em perfeito e imperfeito:

O onus perfeito é aquele que, caso descumprido, acarretará necessariamente consequências negativas ao onerado. É o que se passa no ônus de recorrer da sentença desfavorável: se a parte sucumbente não interpuser recurso, a sentença transitará em julgado, consumado de forma definitiva as consequências do julgamento; contudo, caso recorra, a parte terá chance de reverter a sentença desfavorável.

O ônus, imperfeito, por sua vez, caracteriza-se pela probabilidade de que o seu descumprimento gere alguma situação de desvantagem. Exemplo de ônus imperfeito é a produção de provas. A não produção de uma prova não gerará necessariamente consequências negativas a quem incumbia tal encargo. Não significa que será derrotado no processo. Afinal, é possível que o juiz determine ou a parte contrária requeira a produção de tal prova, cujo resultado seja favorável justamente àquele sujeito que a deixou de produzir. Ou, ainda, que o julgador se convença de que a parte desidiosa tem razão, à luz do contexto probatório existente nos autos (AMARAL, 2015, p. 46).

Ainda seria possível acrescentar nessa classificação o ônus mais que imperfeito, que consistiria no ônus assumido pela parte, cujo intuito seria a elaboração equivocada de uma prova, capaz de induzir a erro a motivação racional a que o juiz está adstrito, de forma a sustentar a sentença numa falácia com o único objetivo de ganhar o processo e obrigar sobre os demais seus objetivos ainda que injustos.

Não é por demais esclarecer, ainda, que no processo civil, mesmo na hipótese de os fatos relevantes que versam a causa não serem comprovados adequadamente, não poderá o juiz deixar de

decidir a questão, sendo vedado o *non liquet*. Nesse sentido, Amaral (2015):

O processo civil brasileiro impõe um método que permite ao juiz decidir mesmo que as provas produzidas não tenham sido suficientes para formar o seu convencimento acerca da pretensão deduzida em juízo. Portanto havendo o *non liquet* quanto a matéria de fato, o juiz deverá aplicar as regras de distribuição do ônus da prova, que lhe autoriza julgar em desfavor daquele que tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu. Assim, ao não produzir a prova que lhe cabia ou produzindo-a de forma insuficiente, a parte assumiu o risco derivado da sua não produção (AMARAL, 2015, p. 47).

Trata-se de uma das instituições das mais necessárias, porque nela se busca o estímulo ao contraditório, à produção da verdade. A existência de um ônus com efeito a gerar um caso de *non liquet* se transforma em um processo com comportamento estratégico, que geralmente se dá por desiguais, e, normalmente, como os mais fortes figuram como demandados, estes aguardam apenas dificuldade do mais fraco em provar os fatos constitutivos de seus direitos para que a demanda seja julgada improcedente, usando de forma ardil as regras processuais ao seu melhor sabor. Nesse sentido Rodrigues (2011) expõe fazendo menção à regra do contida no CPC/1973:

[...] Não há o menor compromisso com a verdade (justiça) e com a ordem jurídica justa na adoção da regra de julgamento do art. 333 em caso de *non liquet*. Essa solução, vista como ‘última’ saída para o juiz, é, na verdade, uma troca de incerteza, ou seja, na falta de firmeza na decisão acerca da pertinência do direito de uma das partes, esquece-se tudo o que se viu, ouviu e sentiu ao longo da produção de provas, para então buscar-se a solução ainda menos ‘certa’ e com certeza ‘mais fria’ do que a dúvida que antes se tinha.

Por tudo isso, reconhecendo-se que o julgamento pelo art. 333 do CPC no caso de *non liquet* é um grave exemplo de

descomprometimento com a ordem jurídica justa, é certo que a melhor solução para o sistema seria de desativar a julgada, porque o escopo social (justiça) do processo não teria sido alcançado (RODRIGUES, 2011, p. 169).

Com isso, surge a motivação para se atribuir de forma diversa o ônus da prova. Não cabe apenas ao autor fazer a prova de fato constitutivo de seu direito, mas pode o réu fazê-la em seu lugar. Essa mudança tem como objetivo fomentar o contraditório.

Esta atribuição do ônus da prova com vista ao fomento do contraditório deve ser prevista lei, com regras claras da atribuição a cada parte para garantir a segurança jurídica. Cada parte deve ter ciência prévia dos encargos que foram estabelecidos e, ao mesmo tempo, oriente-se o juiz na condução de raciocínio lógico motivador em sua sentença final.

Diante disto, passa-se a análise a inversão do ônus, principalmente sob o enfoque do CDC.

5.4 Inversão

No Brasil, o CDC previu a possibilidade de inversão do ônus da prova no art. 6º, inciso VIII⁶. Esse instituto prevê a tentativa de assegurar ao consumidor a facilidade na defesa dos seus direitos, desde que comprovada a verossimilhança de suas alegações e sua hipossuficiência em relação ao fornecedor/produtor.

Não fica a critério do juiz decidir se inverte ou não o ônus da prova, mas verificar se estão presentes a condição de hipossuficiência e a verossimilhança das alegações.

⁶ Art. 6º do CDC. São direitos básicos do consumidor:

[...];

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências [...] (BRASIL, 1990).

Essa mesma regra de atribuição inversa do ônus da prova aparece no art. 38 do CDC, colocando a quem patrocina a propaganda o encargo de demonstrar a veracidade e correção da comunicação publicitária, por mais absurdo que seja o pleito judicial.

Outra hipótese, fora do CDC, que coloca o réu com o encargo de demonstração de seu direito está contida no art. 38 da Lei n° 9.307/1996 (Lei de Arbitragem).

Importa também compreender que o momento da inversão é motivo de controvérsia, existindo duas correntes: a) uma que define a inversão do ônus da prova como regra de julgamento e que deve ocorrer apenas na sentença, com respaldo no âmbito do STJ pelo Recurso Especial (REsp.) n. 422.778/SP (BRASIL, 2007); e b) outra que define como regra de procedimento, na qual deve ser definida antes da sentença de forma a conceder às partes oportunidade para exercer o ônus que lhe foi incumbido, também com respaldo jurisprudencial do STJ, a saber, na decisão do REsp. n. 716.386/SP (BRASIL, 2008).

De toda maneira, a inversão do ônus da prova recebe críticas, assim como recebia a regra estática do antigo CPC/1973. Rodrigues (2011, p. 169-170) expõe que essa regra pode ser tão perversa quanto aquela:

Igualmente, as técnicas de ‘inversão do ônus de prova’ são, a nosso sentir, o que poderíamos chamar de ‘negação da negação’, porque dão à prova a mesma conotação punitiva e vinculada ao direito material, privatista, e o que é pior, sob o jargão da isonomia real. Ora, ninguém pode dar razão a quem não a possui sob o argumento de isonomia real. É tão repugnante tal prática quanto a regra de julgamento do art. 333 do CPC. Nos casos de *non liquet*, a técnica de inversão como regra de julgamento a favor do consumidor, a critério do juiz, nos casos de hipossuficiência e/ou verossimilhança das alegações, é, a nosso ver, uma hedionda manipulação do processo, utilizado de modo inidôneo para corrigir uma isonomia meramente formal (desigualdade real). É dizer, em outros termos, o seguinte: ‘Estou

em dúvida, mas nesse caso, em vez do art. 333, I, do CPC, vou estabelecer que o fornecedor seja penalizado pelo julgamento em prol do consumidor, porque este é hipossuficiente economicamente'. Ora, isto é julgar com a mesmíssima incerteza, acentuada pela surpresa da inversão (na hora do julgamento), com a única diferença de que o mais forte sempre suportaria uma justiça injusta (RODRIGUES, 2011, p. 169-170).

Vale dizer que para se obter a inversão do ônus da prova basta preencher os requisitos legais ou ela é estabelecida pela própria presunção legal. O réu se torna obrigado a assumir a condição de provar, sob pena de ser condenado, ainda que não comprovada a existência dos fatos legitimadores de uma procedência da ação.

Diante disso, o novo CPC/2015 (BRASIL, 2015) trouxe uma regra de alteração do ônus da prova diferente da já conhecida inversão do ônus, cujo objetivo seria alterar o ônus probatório, sem, contudo, gerar a injustiça reversa por uma presunção legal. Assim, o ônus da prova passa a ser dinâmico, buscando se adequar a situação do caso.

5.5 Distribuição dinâmica do ônus da prova

A prova é uma peça-chave para que a coisa julgada seja revestida de justiça e tenha grande aceitação social. Por isso, a mudança do ponto de vista (privatista para publicista) é importante para que as regras processuais não sejam usadas de forma ardilosa para criar um entrave na construção de uma decisão justa, como explica Rodrigues (2008): "Assim, pode-se dizer que as regras do art. 333 do CPC [1973] relativas à distribuição do "ônus" da prova, ficam extremamente secas e vazias quando passamos a adotar o caráter publicista da prova, dando relevo máximo ao art. 130 do CPC" (RODRIGUES, 2008, p. 132)⁷.

⁷ Nesse sentido, a perspectiva liberal fruto da concepção de Estado Liberal-burguês (NUNES, 2008, p. 28).

A prova não pode ser regida por regras rígidas, pois, caso contrário, geraria injustiças atribuindo o *onus probandi* a quem não tem condições de construir o correto conhecimento do fato, bem como fazer com que o processo se aproxime da realidade real:

Essa ‘mudança’ de concepção (de privatista para publicista) faz com que a prova, ou os meios de prova, deixe de ser utilizada como mecanismo de obstaculização do direito, na medida em que, verificando-se a fraqueza do ‘meu’ adversário, acaba-se adotando a postura inerte de sonegação de informações, para se aguardar, a favor do recalcitrante, a regra fria do art. 333 do CPC para os casos do *non liquet* (RODRIGUES, 2008, p. 144).

Já no sistema processual brasileiro atual, com o novo CPC/2015, introduzido pela Lei nº 13.015/2015 (BRASIL, 2015), há em seu art. 373⁸, § 1º, a possibilidade de o juiz distribuir de forma diversa o ônus de prova, desde que se faça de forma fundamentada. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016) ao comentarem o referido artigo, ensinam:

Providência deste corte visa superar a *probatio diabolica*, possibilitando um efetivo acesso à justiça. Neste sentido, dentro de um processo civil organizado a partir da ideia de colaboração,

⁸ Art. 373, CPC/2015. “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo” (BRASIL, 2015).

deve o juiz, no cumprimento de seu dever de auxílio para com as partes, dinamizar o ônus prova sempre que as suas condicionantes materiais e processuais se façam presentes, a fim de outorgar tutela jurisdicional adequada e efetiva mediante um processo justo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 471).

Por conseguinte, a prova deve ser direcionada a quem detiver a melhor capacidade de produzi-la, pois, assim, o processo se aproximaria da verdade real, uma meta a ser perseguida para a construção de uma decisão justa. Segundo Rodrigues (2008, p. 143),

como se disse, se é certo que a tônica de discussão no direito processual é voltada à tutela jurisdicional, enfim, à prestação da ordem jurídica justa, não é menos certo também a prova e seus princípios reitores devem passar por uma franca revisitação. Aliás, a mesma se deve fazer acerca de institutos clássicos da teoria geral a cognição judicial, os poderes do juiz, a ética processual, a legitimidade, a coisa julgada (RODRIGUES, 2008, p. 143).

A jurisprudência brasileira já vinha dando indícios de sua aceitação mesmo antes do advento no novo CPC/2015, como no REsp. 802.832/MG (MINAS GERAIS, 2011), embora carregada de muitas críticas, principalmente porque seria atribuição precípua do legislador a definição das regras e ao juiz caberia apenas aplicá-las, se houvesse possibilidade legal de atribuição de forma diversa (AMARAL, 2015, p. 54).

No sistema brasileiro atual, com o advento do CPC/2015, no art. 373, §§ 1º e 2º, há a previsão legal de dinamização do ônus probatório (BRASIL, 2015). Diante disso, elimina-se qualquer dúvida sobre a possibilidade de emprego dessa técnica.

Cabe destacar que o sistema brasileiro continua adotando uma regra estática, contida nos incisos I e II do art. 373 do CPC/2015 como regra geral. Mas também admite a alteração do

ônus para os casos já previstos em lei e, principalmente, quando versar sobre questões relacionadas à impossibilidade ou excessiva dificuldade de se cumprir o encargo. Assim, o mais forte não terá a garantia que o mais fraco será penalizado com sua incapacidade, e o juiz, atento aos pedidos e ao problema em discussão, poderá atribuir o ônus de forma diversa.

Essa atribuição deve ocorrer de modo fundamentado, sendo justificado o motivo que levou o juiz à conclusão de seu raciocínio, para que a parte sobre a qual recaiu o novo ônus tenha condições e oportunidade de se desincumbir do encargo que lhe foi atribuído, gerando, assim, uma regra mais clara e segura para as partes. O processo, assim, assume uma forma mais publicista, em que o respeito ao contraditório é garantido, para que a defesa da forma mais ampla e profunda se desenvolva e que as partes com os poderes inerentes sejam colocadas de forma isonômica para se atingir uma solução jurídica equânime.

Busca-se maior efetividade material mediante o aperfeiçoamento da técnica processual. Nas palavras de Teixeira (2014),:

a última das características do neoprocessualismo é a preocupação com a realização do processo justo. Anteriormente, preocupava-se tão somente com o devido processo legal (*due process of law*), que seria o processo realizado de acordo com a lei.

A partir da década de 60, como informa Nicolò Trocker, como fruto de uma técnica que buscava valores na Constituição, surge a noção de ‘giusto processo’, ou justo processo, capitaneada por Calamandrei e Eduardo Couture e posteriormente difundida por Cappelletti, dentre outros. O direito fundamental do devido processo legal evolui e se transforma (TEIXEIRA, 2014, p. 41).

Trata-se de uma tentativa de tornar mais justa a resolução do conflito, justamente por considerar que a prova é a legitimadora da tomada de decisão final. Poderá o juiz, havendo sensibilidade, alterar a distribuição do ônus para atribuir a quem tiver melhores

condições de produzi-la, tornando as regras do processo mais justa. Importante destacar, de outro lado, que a dinamização do ônus da prova não pode acarretar uma injustiça reversa, como já adverte o § 2º do art. 373 do atual CPC/2015.

A parte que detiver maior poder de produzir uma prova deve receber o encargo de provar a existência de determinada situação, com ética processual, cujo objetivo deve estar pautado pelo dever de se aproximar da verdade real.

Todavia, quando a parte que detiver maior poder sobre determinada prova não agir com lealdade, o que se pode fazer?

Convém questionar, ainda, se é comum nos dias atuais que as empresas utilizem meios instrutórios para deturpar a forma de instrução do processo e a construção de uma decisão justa.

Com base nesse questionamento, faz-se necessário refletir sobre algumas críticas aos detentores do poder, conforme se verá a seguir, e se o “estado da ciência” pode ser considerado uma ou a única forma de solução dos conflitos.

5.6 O “estado da ciência” e o ônus da prova

Com base no paradigma do “estado da ciência” alguns questionamentos, como o que se deve provar e quem tem o ônus de fazê-lo, surgem inevitavelmente na construção dessa teoria para as demandas ambientais.

A norma jurídica espanhola, muito semelhante à brasileira, determina que incumbe “ao autor o ônus de provar a certeza dos fatos que normalmente fundem seus direitos, segundo as normas jurídicas a eles aplicáveis, o efeito jurídico correspondente às pretensões da ação” (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 49-50). Quanto ao réu, pertence o “ônus de comprovar os fatos que, conforme as normas que lhes sejam aplicáveis, impeçam, extinguam ou debilitem

a eficácia jurídica dos fatos alegados pelo autor”⁹ (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 49-50).

Com base nesses princípios, desdobram-se as reflexões sobre o ônus da prova de acordo com a natureza da ação. Isso porque se a ação fosse de reparação civil, cujo remédio solicitado pelo autor fosse uma indenização, caber-lhe-ia o dever de provar o dano no qual se fundou seu pedido (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 50).

Também como reflexão, questiona-se se a ação teria natureza negatória, haja vista que “objetiva a cessação de qualquer ato de perturbação do domínio (mas em definitivo, perturbação de pessoas), quando tal perturbação não seja inócuas ou não exista razão jurídica pela qual deva ser suportada” (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 55), tratando-se, por óbvio, do Direito espanhol¹⁰. Diante desse fato, volta-se a questionar: incumbiria ao autor o dever de provar o caráter de não tolerável, ou ao réu o dever de comprovar que não excede os limites do que se deve suportar? (ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, p. 55).

Segundo Ángel Yáguez (2008, p. 55), em um longo trabalho sobre emissões eletromagnéticas, cujo tema está atualmente no Direito ambiental, caberia ao autor o ônus de comprovar que a emissão (tratando-se especificamente de emissões eletromagnéticas) supera os limites do tolerável, que deve se estabelecer sobre bases e critérios objetivos, sob pena de se criar uma desorganização social, como afirma o autor (ÁNGEL YÁGÜEZ 2008, p. 56).

Mas o Direito ambiental abarca situações complexas que não comportam mais uma visão privatista do Direito.

⁹ O CPC brasileiro, de mesmo modo, estipula, no art. 333, inciso I (art. 373, CPC/2015), que incumbe ao autor o ônus quanto ao fato constitutivo de seu direito. E também, de forma semelhante, o inciso II do mesmo artigo dispõe que caberá ao réu o ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (BRASIL, 2015).

¹⁰ No Brasil é facultado ao dono ou inquilino manejá uma ação objetivando deter dano ou ameaça à segurança, à saúde e ao sossego dos moradores.

A ideia de que todas as relações e situações funcionam como uma máquina, organizada, com cada peça em seu lugar, cujo resultado de sua atividade sempre será aquele já estudado pela ciência, e que o resultado futuro é sempre o que já ocorreu no passado, implica grave erro na atribuição do ônus de prova ao atual estado da ciência.

A sociedade industrial clássica já rompera com os paradigmas de sua criação e suas estruturas tornaram-se cada vez mais mutantes e velozes, com novidades a toda hora. Essa sociedade deve ser encarada como a sociedade do conhecimento, não mais do indivíduo-engrenagem, mas do indivíduo conectado; não mais uma sociedade com critérios estratificados e rígidos, mas uma sociedade em rede, cuja noção, muito bem difundida por Bauman (2001), demonstrando a fluidez nas relações da pós-modernidade ou da sociedade líquida como prefere se referir o autor, se torna uma estratégia do próprio poder:

Mas a desintegração social é tanto uma condição quanto um resultado da nova técnica do poder, que tem como ferramentas principais o desengajamento e a arte da fuga. Para que o poder tenha liberdade de fluir, o mundo deve estar livre de cercas, barreiras, fronteiras fortificadas e barricadas. Qualquer rede densa de laços sociais, e em particular uma que esteja territorialmente enraizadas, é um obstáculo a ser eliminado (BAUMAN, 2001, p. 21-22).

Conjugado a isso a noção trabalhada por Luhmann em sua teoria de sistemas, esclarece a diferença dos sistemas com o ambiente/entorno. O sistema é autopoietico, porque se reproduz, produzindo-se a si mesmo, sendo estes fechados do ponto de vista das suas operações internas em relação ao entorno. Segundo Kunzler (2004),

para Luhmann não há nenhum observador externo ao sistema social que possa analisá-lo com distância e imparcialidade. Ninguém detém um ponto de vista absoluto, considerado como

sendo o único correto. O conhecimento é resultado da observação de segunda ordem, no qual um observador observa o que um outro observador observou. Desta maneira há diversas descrições, sob pontos de vista diferentes, mas todas com o mesmo valor. A possibilidade de múltiplas descrições na sociedade moderna levou Günther (1979) a chamá-la de “policontextual” (KUNZLER, 2004, p. 126).

Ocorre que para Luhmann, citado por Kunzler (2004), a comunicação é o elemento básico para a reprodução do sistema. O sistema tem a função de reduzir a complexidade, utilizando linguagem própria, que é reproduzida e só faz sentido dentro de seu próprio sistema, com isso ele elimina tudo mais que não faz sentido, eliminam-se as possibilidades. Mas quando atinge um nível elevado de complexidade, os sistemas produzem uma autonomia relativa, criando subsistemas, que se diferenciam novamente com o objetivo de reduzir as complexidades.

Ao considerar que a atual sociedade possui alta capacidade de comunicação pelos atuais meios de comunicação, pode-se entender como a sociedade clássica se comporta de forma mais complexa em grau exponencial, multiplicando os sistemas existentes no ambiente.

Corrobora com isso Boff (2015, p. 70), para quem a sociedade criou profundas especialidades que não compreendem o todo no qual se está inserido, e da mesma forma Beck (2011, p. 74) levou a concluir que a profunda realidade de profissionalização sistêmica impede que o indivíduo lide com os riscos provocados na modernidade.

Em virtude disso, é possível compreender que o meio ambiente é dotado de relações altamente complexas. Enxergar o meio ambiente dessa forma foi possível pelo aprofundamento do conhecimento, mas foi esse mesmo aprofundamento que também desarticulou a noção de interdependência que liga todos os seres, relações, sistemas, ecossistemas, etc.

NECESSIDADE DE UM NOVO PARADIGMA NO DIREITO PROCESSUAL DIANTE DA COMPLEXIDADE AMBIENTAL E A ABERTURA A OUTROS SABERES

O paradigma desenvolvido pelo “estado da ciência” como forma de resolução dos conflitos está assentado numa visão privatista do Direito, cuja preocupação primordial se fundamenta na máxima proteção dos direitos individuais.

Segundo Rodrigues (2008),

no Estado liberal, como bem dizia Adam Smith, a preocupação primeira do estado deveria ser ‘não devo atrapalhar a liberdade individual e permitir que todas as pessoas iguais perante a lei possam decidir seus próprios destinos sem a perturbação estatal’. Daí por que a sociologia, a filosofia e até mesmo as ciências jurídicas se desenvolveram em suportes liberais e individualistas (RODRIGUES, 2008, p. 118).

O Estado considerado de Direito no modelo Liberal deve ser entendido genericamente como, na definição de Bobbio (1994),

um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso e excesso de poder (BOBBIO, 1994, p. 18).

Com fundamento neste pensamento, o Liberalismo se caracterizava pela menor regulação estatal, de não garantir direitos capazes de gerar uma mudança na estratificação social. Tanto que a igualdade, no paradigma liberal, é considerada formal, pois mesmo que esteja proferida nas cartas constitucionais, não havia regras capazes de assegurá-las substancialmente, garantindo sua aplicação prática por parte dos juízes mediante evocações por

qualquer cidadão, a suposta igualdade só cristalizava e aprofundava as desigualdades já existentes. Essa perspectiva se relacionava essencialmente com o modelo econômico do *laissez faire, laissez passer*, que consiste no mercado estar sob o poder da “mão invisível” teoria de Adam Smith, capaz de equacionar os problemas econômicos, conforme Sarmento (2001, p. 383-384).

Plausível seria, portanto, entender que as Constituições dessa época primam por igualdade apenas no plano formal, visto que a igualdade material só seria possível no momento em que todos os indivíduos fossem reconhecidos com suas dissimilaridades. A igualdade material somente é viável no tratamento dos desiguais de forma desigual, a fim de favorecer e proporcionar condições para o menos favorecido se desenvolver, tornando realmente presente o princípio da igualdade no seio da sociedade. É o que ensina o Silva:

Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a)submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b)divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c)enunciado e garantia dos direitos individuais. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal (SILVA, 2002, p. 115).

Assim, as principais transformações sociais e políticas ocorreram com a função de atender aos anseios de uma sociedade capitalista que se firmou na produção de riqueza norteada pela liberdade de empreender e a aquisição de propriedade.

O processo constitucional e o reconhecidamente legítimo, na sociedade ocidental moderna, encontram fragmentos de sua gênese já na Carta Magna de 1215, ganham maior corpo no *Bill of Rights* de 1689 e se estendem pelas declarações posteriores e na afirmação dos direitos fundamentais de cada sociedade em suas próprias constituições.

Essa ótica individualista se concentrou no prevalecimento do uso da propriedade ou da proteção das garantias individuais acima dos demais interesses, inclusive submetendo o próprio Estado ao respeito e à observância para que não houvesse interferências na esfera individual.

De toda forma, é importante lembrar que os burgueses assumiram maior poder na sociedade com suas atividades mercantis e tomaram a iniciativa de alterar o *status quo* implantando uma nova realidade capaz de suprir seus anseios, sempre com o objetivo de garantir liberdades ao modo de vida capitalista, proteção da propriedade e livre iniciativa mercantil. Nesse sentido,

observa-se que esse processo histórico social de afirmação dos direitos naturais do indivíduo é fundamentalmente uma questão de disputa de poder, como dica patente na sociedade inglesa do séc. XVII. Foram os burgueses, proprietários de terras e homens, que se beneficiaram desse processo. A partir dele, conseguiram erigir as bases teóricas e políticas para ampliarem seu projeto capitalista de expansão dos meios de produção, contando com o trabalho daqueles que não eram sequer proprietários de suas vidas (PINTO, 2015, p. 10).

De certo modo essa ideologia liberalista se difundiu em vários ramos da ciência e o Direito não ficou imune às suas influências:

Essa ideologia é transportada para o direito de ação. O processo civil ocidental moderno equipara esse direito a um bem, a patrimônio do indivíduo, cuja regra geral é de que somente a

pessoa cujos direitos são afetados pela coisa julgada pode fazer parte do processo, sendo defeso a um terceiro demandar pelo lesado, salvo em circunstâncias excepcionais, previstas em lei. Essa é síntese do princípio do dispositivo e da demanda (RODRIGUES, 2008, p. 119-120).

Em face disso, o próprio Direito processual assume uma conotação privatista, porém essa forma não se torna sustentável numa nova sociedade marcada por outras lutas e que busca efetivar novos direitos capazes de trazer mais justiça. Conforme Rodrigues (2008),

Com a evolução da sociedade (massificação social, multiplicação de direitos) e a consequente falência do Estado liberal, incapaz de manter as exigências por ele mesmo criadas (riqueza, lucro e exploração de mão-de-obra), fez-se necessária uma mudança de atitude do Estado frente à sociedade. Este foi pressionado a atuar positivamente (antes era para não atrapalhar os direitos individuais), como diz Paulo Bonavides, para prestar à sociedade multiplicada certos valores básicos e essenciais de uma população massificada, tais como saúde, lazer, segurança qualidade de vida, acesso aos bens de consumo etc. Essa mudança de comportamento do Estado frente à sociedade teve reflexos também na ciência jurídica, e especialmente sobre a técnica processual (RODRIGUES, 2008, p. 120).

Se a sociedade dessa época se firmou nesse contexto, o processo passou a ser um instrumento destinado a esse fim, porque foi um instrumento forjado pelo paradigma liberal, cuja visão se resume na proteção da propriedade e nas garantias individuais perante o Estado (num contexto de limitação dos governos absolutistas), e por isso tem em si uma visão privatista do direito, cuja preocupação primordial se fundamenta na máxima proteção dos direitos individuais. A esse respeito Rodrigues (2008) afirma:

no Estado liberal, como bem dizia Adam Smith, a preocupação primeira do estado deveria ser “não devo atrapalhar a liberdade individual e permitir que todas as pessoas iguais perante a lei possam decidir seus próprios destinos sem a perturbação estatal”. Daí por que a sociologia, a filosofia e até mesmo as ciências jurídicas se desenvolveram em suportes liberais e individualistas (RODRIGUES, 2008, p. 118).

Se o paradigma liberal se apoia numa ótica individualista, o processo criado para solução dos conflitos se concentra no prevalecimento do uso da propriedade ou da proteção das garantias individuais, submetendo o próprio Estado a esfera individual. Segundo Teixeira (2014):

Por outro lado, como herança do liberalismo do final do século XIX e da desconfiança quanto à atuação do Poder Judiciário, houve grande apego à legalidade, devendo o intérprete do processo civil da época se ater apenas à legislação, independente do resultado da aplicação do direito, partindo-se de uma suposta completude do sistema. Mauro Cappelletti também deixa claro que o autonomismo foi erguido sob a égide do individualismo, não se atentando e dando relevância para os grupos intermediários e coletividades (TEIXEIRA, 2014, p. 9-10).

Direito processual que adquire autonomia dentro da própria ciência jurídica assume uma conotação privatista, preocupada com valores estritamente relacionados à visão liberal. Conforme Rodrigues (2008):

Com a evolução da sociedade (massificação social, multiplicação de direitos) e a consequente falência do Estado liberal, incapaz de manter as exigências por ele mesmo criadas (riqueza, lucro e exploração de mão-de-obra), fez-se necessária uma mudança de atitude do Estado frente à sociedade. Este foi pressionado a atuar positivamente (antes era para não atrapalhar os direitos individuais), como diz Paulo Bonavides, para prestar à sociedade multiplicada certos valores básicos e essenciais de uma população massificada, tais como saúde, lazer, segurança e qualidade de vida,

acesso aos bens de consumo etc. Essa mudança de comportamento do Estado frente à sociedade teve reflexos também na ciência jurídica, e especialmente sobre a técnica processual (RODRIGUES, 2008, p. 120).

O que se vê na sociedade nesse momento é exploração dos operários e camponeses e uma postura “omissiva” do Estado perante as desigualdades sociais, sendo que o processo também se pautara numa mesma ótica preocupado apenas com a igualdade formal:

Por isso, algumas atitudes e institutos ganharam um acento agudo nessa fase: o juiz deveria ser eqüidistante; deveria preocupar-se com a verdade formal: deveria ser neutro quanto aos seus poderes instrutórios; só atuaria quando provocado; a ação possuía natureza privada, como derivada do direito de propriedade (RODRIGUES, 2008, p. 121).

Importante entender que, para a classe burguesa, o ideal na sociedade é limitar ao máximo o Estado e deixar que cada indivíduo cuide de seu bem-estar, de acordo com suas propriedades e liberdades. Nesse compasso a figura do Estado no processo – o juiz – sofre a mesma limitação, devendo ser imparcial e deixar que as partes com seus advogados e estratégias resolvam o conflito.

Portanto, a crítica ao Estado liberal de cunho privatista está baseada justamente na forma de proteção concentrada apenas nos direitos individuais, porque se realiza de forma exacerbada, que chega a ser injusto por não considerar a coletividade:

Ora, se no Estado liberal privilegiava-se a propriedade e a liberdade sob o prisma de uma isonomia formal, o reflexo desse pensamento sobre as técnicas do processo foi o de considerá-las como frias, neutras, ‘insossas’ e excessivamente preocupadas com a segurança da liberdade individual, de que o Estado-juiz deveria (segundo a observação de Adam Smith para o Estado como um todo) evitar ao máximo adentrar na esfera individual das pessoas,

fazendo com que cada uma tivesse liberdade e autonomia para responder pelos seus atos. Todos deveriam ser livres para tomar a atitude que desejassem a respeito de bens que fossem de sua propriedade (RODRIGUES, 2008, p. 120-121).

O juiz, nessa perspectiva, não deveria intervir se não fosse chamado, haja vista que sua postura “omissiva” seria considerada essencial para que não houvesse violação dos direitos individuais:

Por isso, algumas atitudes e institutos ganharam um acento agudo nessa fase: o juiz deveria ser eqüidistante; deveria preocupar-se com a verdade formal: deveria ser neutro quanto aos seus poderes instrutórios; só atuaria quando provocado; a ação possuía natureza privada, como derivada do direito de propriedade (RODRIGUES, 2008, p. 121).

Nesse sentido, Nunes (2008) destaca o surgimento de vários movimentos reformistas do final do século XIX até a Segunda Grande Guerra, caracterizando a tendência de transição do paradigma liberal – em que as partes dominavam o processo e o juiz era mero espectador – para um paradigma socializador do processo, estruturada por Menger, Klein e Bülow, e posteriormente reafirmado pelo *Welfare State* – em que o juiz se torna um protagonista preocupado com a igualdade material, e em que o processo é visto “como relação jurídica e instituição estatal de bem estar social, com escopos políticos, sociais e econômicos” (NUNES, 2008, p. 25).

Essa sociedade burguesa, fundada na mercantilização de bens e serviços, criou mecanismos de poder e exerceu suas atividades de forma desenfreada, com uma postura insustentável, gerando crises periódicas no próprio sistema.

Várias iniciativas buscaram suplantar o Liberalismo, desde os ideais marxistas e comunistas que buscavam a efetivação de mais direitos capazes de realmente regular a sociedade para uma pacificação social.

O clássico Estado mínimo era contraposto a uma política que impunha freio ao mercado livre, que impulsionava a formação de monopólios e oligopólios, favorecendo a concentração de capital em detrimento dos pequenos produtores. Portanto, para a preservação do mercado e do próprio sistema capitalista, o Estado, necessariamente, assumiu uma posição intervencionista, para disciplinar e impor limites às forças presentes na sociedade, como afirma Magalhães (2002, p. 44). O Estado Social tem como metas: a igualdade jurídica, social e econômica. Para isso, teve que ter suas funções ampliadas em contraposição à proposta Liberal de Estado mínimo. Nesse sentido, Sarmento (2001) explica:

Mas foi a grande crise do capitalismo no período entre as duas grandes guerras mundiais, cujo apogeu constituiu no colapso da bolsa de nova Iorque em 1929, que evidenciou a definitiva superação do modelo liberal de Estado (embora o neoliberalismo pretenda ressuscitá-lo). A grande depressão, que se seguiu à queda da bolsa, tornou patente a necessidade de intervenção estatal no mercado, para corrigir rumos e reduzir o desemprego. Neste quadro tornam-se hegemônicas as idéias do economista inglês John Maynard Keynes, que defendia um papel ativo do Estado no cenário econômico, na busca do pleno emprego, condenando o credo liberal de que o mercado, relegado à própria sorte, conduziria ao melhor dos mundos (SARMENTO, 2001, p. 388).

Thibau (2011, p. 18) adverte que as experiências autoritárias típicas dos Estados Sociais, impuseram projetos fundados ideologicamente, sem questionar a legitimidade desse poder, cujo preço foi alto, seja na criação dos campos de concentração, seja de torturas, genocídios, dentre outras atrocidades.

Nesse contexto, essa crise acentuou-se em razão do fenômeno da globalização econômica, que é bem definida por Magalhães (2002) como

[...] um movimento complexo de abertura de fronteiras econômicas e de desregulamentação, que permite às atividades econômicas capitalistas estenderem seu campo de ação no planeta. O aparecimento de instrumentos de telecomunicações extremamente eficientes permitiu a viabilidade desse conceito, reduzindo as distâncias a nada. O fim do Bloco soviético e o aparente triunfo planetário do modelo neoliberal no início dos anos 90 perecem dar a essa noção uma validade histórica. [...]

Podemos então dizer que o termo globalização tem sua origem na literatura destinada às firmas multinacionais, designando inicialmente um fenômeno limitado a uma mundialização da demanda se enriquecendo com o tempo até o ponto de ser identificada atualmente a uma nova fase da economia mundial (MAGALHÃES, 2002, p. 73).

Embora o próprio Magalhães (2002) afirme que não há uniformização do termo, fato é que a globalização econômica, ao elevar a concorrência de mercado para um plano transnacional, força os agentes econômicos a buscarem estratégias para maior competitividade na redução dos custos a qualquer preço. O impacto da globalização com a debilitação do Estado, uma vez que não mais se exerce domínio sobre as variáveis econômicas, e corroída sua capacidade de formulação e consecução de políticas públicas, de regulamentação e fiscalização do seu mercado interno, gera o enfraquecimento do seu poder de garantir a eficácia dos direitos sociais, como ensina Sarmento (2001, p. 396).

Se na sociedade várias rupturas foram desencadeadas, no sistema processual também foi necessária uma mudança de paradigma para garantir que outros direitos, fundados em novas matrizes, pudesse emergir no meio da sociedade que já entrava em colapso, pela sua própria forma de atuação.

Esses direitos de segunda geração, conforme ensina Bonavides (2005), foram objeto de tentativas, mas tiveram grande dificuldade de sua concretização:

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução [...] (BONAVIDES, 2005, p. 564).

Nessa medida, Nunes (2008, p. 93) adverte que desde a década de 1970 o modelo de socialização processual entra em crise mais explicitamente, junto com o próprio Estado Social que perde sua força e se torna necessária a busca por novos paradigmas:

Nesse prisma, vislumbra-se que o movimento de acesso à justiça, ápice da socialização no campo processual, surgiu exatamente no momento histórico no qual a crise do Welfare State estava plenamente implementada, pela incapacidade do Estado provedor de cumprir e aplicar as suas promessas.

Tal crise, porém não pode obscurecer o fato de que em nosso país jamais ocorreu a implementação efetiva desse paradigma nos moldes de Welfare característicos dos países europeus (NUNES, 2008, p. 93).

Cabe ainda ressaltar a advertência de Nunes (2008, p. 29-30) que no Brasil a tendência socializadora não foi efetivada na prática como nos modelos dos países europeus.

Nunes (2008, p. 93) afirma a crise do Estado social também atinge o Direito processual:

Já se tornou comum a afirmação e constatação de que o modelo de socialização característico do paradigma de Estado social começou, de modo mais explícito, a entrar em crise a partir da década de 1970. Consequentemente, passou-se ao delineamento e busca de novos paradigmas.

Nesse prisma, vislumbra-se que o movimento de acesso à justiça, ápice da socialização no campo processual, surgiu exatamente no momento histórico no qual a crise do *Welfare State* estava plenamente implementada, pela incapacidade do estado provedor de cumprir e aplicar suas promessas.

Tal crise, porém, não pode obscurecer o fato de que em nosso país [Brasil] jamais ocorreu a implementação efetiva desse paradigma nos moldes de *Welfare* característicos dos países europeus (NUNES, 2008, p. 93).

Diante do exercício desenfreado dos mecanismos de poder, enfrenta-se, desde a década de 1960, uma crise ambiental que questiona as instituições, a forma como se é exercido o poder, com a efetiva proteção aos direitos de primeira dimensão e completa ineficiência em relação a outros. Direitos que salvaguardavam o desenvolvimento econômico, a propriedade e a acumulação de riqueza, mas que não asseguravam um desenvolvimento socialmente e ambientalmente justo para todos.

Uma mudança de paradigma se faz necessária para garantir que outros direitos, fundados em novas matrizes, pudessem emergir no meio da sociedade que já entrava em colapso, pela sua própria forma de atuação. Segundo Rodrigues (2008),

nessa mudança de paradigma, a lacuna central deixada pelo estudo da ação passa a ser ocupada pela jurisdição, no exato sentido de que passa a existir por parte do Estado a necessidade de prestar direitos à sociedade massificada, tais como saúde, qualidade de vida, lazer, segurança e, na seara jurídico-processual, o próprio dever de dar a tutela jurisdicional (RODRIGUES, 2008, p. 122).

Para garantir a insurgência desses direitos, foi necessária uma transformação da própria ciência processual, cujas regras não beneficiam mais apenas uma parte, a detentora do poder, que manipula o processo para obter o resultado desejado, principalmente quando se atinge este resultado com sua inéria probatória:

Enfim, a técnica processual deixa de ser fria e passa a ser permeada de sensível carga ideológica, voltada para o social.

Diminui a preocupação com as técnicas de segurança para serem buscadas as soluções que prezem por efetividade. O tempo no processo constitui um sério fator comprometedor do resultado, e por isso passa a ser um rival que deve ser administrado. A busca da verdade real (ordem jurídica justa) incita e obriga a um comportamento ativo, tórrido, participativo, inquietante do magistrado, que deve saber distinguir os termos parcial e ativo, parcial e participativo; parcial e inquieto; parcial e perseguidor da verdade (RODRIGUES, 2008, p. 123).

O processo como forma de solução dos conflitos e pacificação social consegue se aproximar um pouco mais da verdade real para se confirmar numa solução justa.

Como a legitimidade da decisão perpassa pela marcha processual desenvolvida, cujo epicentro se coloca nas provas produzidas, que são capazes de convencer as partes, mister adentrar novas perspectivas do direito probatório sob novo paradigma.

Acrescente-se, ainda, que a sociedade, que era estratificada e clara em suas estruturas sólidas, perdeu na pós-modernidade sua composição rígida dos antigos regimes, porque a desintegração social é tanto uma estratégia com o efeito das novas técnicas de poder que derrete as barreiras sólidas e rígidas da sociedade para abrir caminho à fácil dominação (BAUMAN, 2001, p. 16-22).

Essa sociedade multifacetária e de múltiplos direitos, já de terceira e quarta dimensões, necessita de novos paradigmas capazes de absorver as novas demandas. Resoluções de conflito para gerar a paz social não podem ser concebidas por um juiz atribuído como uma pessoa mais apta à resolução de conflitos, muitas vezes, inclusive, por se tratar de questões que nem sequer têm o conhecimento técnico da matéria.

Como dito, o bem ambiental tutelado no art. 225 da CR/1988 é o equilíbrio ecológico. Esse bem, essencial à sadia qualidade de vida, é o produto da combinação química, física e biológica de diversos recursos ambientais que interagem entre si.

Por aí, tanto pelo aspecto ontológico (combinação de recursos ambientais) quanto pelo aspecto teleológico (abrigos e proteção de todas as formas de vida), **o equilíbrio ecológico é um bem altamente complexo.** Soma-se a isso o fato de que é instável, ubíquo e pertencente às presentes e futuras gerações, e logo se vê que em relação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o melhor remédio é, sem dúvida, a tutela preventiva. Porém, como isso nem sempre é possível, torna-se imperioso, para fins de reparação (pecuniária ou específica), que o dano resultante do desequilíbrio ecológico e sua extensão sejam identificados. Só assim é que se tornará possível uma tutela reparatória mais justa e próxima da situação anterior à agressão cometida pelo poluidor (RODRIGUES, 2008, p. 178).

O direito probatório, numa sociedade com múltiplos direitos essenciais, precisaria de uma nova forma para instrumentalizar o processo.

A busca por soluções que sejam adaptadas a essa nova realidade torna-se essencial e, para um paradigma democrático como o que se tenta construir hoje, inevitável que a participação e a responsabilidade de todos os atores sociais sejam compartilhadas e respeitadas.

A insatisfação com as bases normativas do paradigma jurídico-constitucional do Estado social, que deixou de encaminhar respostas satisfatórias às indignações oriundas de uma sociedade pluralista e complexa em busca de sua autodeterminação, levou a necessidade de se teorizar um novo paradigma constitucional. O Estado Democrático de Direito apresenta-se, já no século XX, para a concretização desse objetivo, tendo na concepção Procedimental de Democracia, o eixo teórico encaminhador de uma discursividade garantidora do Direito racionalmente construído (THIBAU, 2011, p. 18-19).

Dessa forma, nos dizeres de Piovesan (2014), impõe-se a ampliação das demandas judiciais de elevado impacto social, de

modo a ser capaz de “fomentar transformações sociais na esfera das políticas públicas e da reforma legislativa, com o intenso envolvimento dos movimentos sociais”, internalizando na sociedade

a consciência social de que o Poder Judiciário não tem apenas por vocação proteger direitos, mas também expandi-los e ampliá-los, vivificando os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal e não fossilizando-os. Para tanto, ressalta-se a relevância da interpretação evolutiva e dinâmica, que leve em consideração as transformações sociais, os novos fatos e os novos valores (PIOVESAN, 2014, p. 107).

Diante disso, surgem novas ideias para direcionar o resultado final do processo de forma mais justa, sob um conceito de busca pela paz social e mediante a utilização mais democrática dos instrumentos processuais (RODRIGUES, 2008, p. 127).

A preocupação passa a questionar que a igualdade formal, fria e cega não gera uma solução justa, principalmente porque não estão todos os integrantes do processo em pé de igualdade real. Assim,

é lógico que a mera disposição dos instrumentos processuais não é sinônimo de garantia de igualdade, senão porque o acesso efetivo e completo a esses instrumentos às vezes depende de uma série de fatores (para uns, obstáculos; para outros, atalhos) econômicos, sociais, culturais, históricos, psicológicos etc. que acabam sendo decisivos na busca e na entrega da ordem jurídica justa (RODRIGUES, 2008, p. 127).

De fato, mostra-se indispensável maior aproximação entre a população e o Poder Judiciário no que diz respeito à tutela dos direitos inerentes a todos, impondo-se verdadeira promoção de direitos e garantias fundamentais capaz de conferir uma transformação nos órgãos jurisdicionais, de modo a atender às demandas sociais.

Essa aproximação entre a população e o Poder Judiciário diz respeito a uma verdadeira transformação social, de modo que todos se reconheçam como atores sociais, conforme preconizado por Habermas (2012, p. 24), que sustenta a legitimidade do direito por meio dos processos e pressupostos da comunicação na construção de um Estado Democrático de Direito.

A solução jurídica capaz de formar uma pacificação social deve se aproximar ao máximo da verdade real (ainda que a completa verdade seja utopia), mas deve ter como objetivo a maior proximidade da realidade, haja vista que sua legitimidade estará diretamente relacionada com sua proporcionalidade. Para Rodrigues (2008):

De fato, não é a coisa julgada que traz a paz social. Além do escopo político que pode existir, é certo que a coisa julgada só será legitimada, no sentido de alcançar o escopo social do processo, se ela for assentada em elementos de convicção que sejam os mais próximos da realidade histórica conflituosa que foi levada ao Estado-juíz. Quando isso ocorre, há, por assim dizer, um reconhecimento inato da sociedade e dos litigantes, independentemente de serem vencidos ou vencedores, porque sabem, à evidencia das provas, que se fez justiça (RODRIGUES, 2008, p. 128).

Importante reafirmar que não basta que as partes disputem o processo com as armas que possuem e o juiz seja mero observador e fiscal exclusivamente de regras que regem a lide. O juiz deve ser um observador atento ao que acontece à sua volta, deve até mesmo assumir papel ativo no processo, respeitando o princípio do contraditório, mas contribuindo para construir um material probatório que seja capaz de promover a igualdade das partes e dar razão a quem tem realmente razão (RODRIGUES, 2008, p. 128-129):

[...] A exigência do Estado social de dar à sociedade ordem jurídica justa exige que o juiz dê um provimento final (razão a

quem possui) com um máximo de rendimento, ou seja, tenha tido poderes para ir em busca da verdade, não só a partir do que foi angariado da participação dos litigantes ou do efetivo contraditório, mas, especialmente, a partir de uma conduta independente, imparcial, pautada numa visão perspectiva de que precisa buscar a paz social, advinda de uma ordem justa, que por sua vez é fruto da convicção obtida pelas provas que, por diversas razões (jurídicas ou não), não lhe são levadas pelos litigantes (RODRIGUES, 2008, p. 130).

A prova ou conhecimento técnico, numa nova perspectiva, assume contornos mais profundos porque deixa de ser um conhecimento privado para se tornar um conhecimento público, pertencente a toda sociedade, importantíssimo para desvendar as consequências das atividades e produtos. Acrescenta Rodrigues (2008):

Ora, se os litigantes vêm a prova como algo que possa atestar o suposto direito que alegam possuir (portanto, sob uma visão retrospectiva), para o juiz a regra é diferente, posto que a visão é diversa, já que enxerga (ou deveria enxergar) a prova como peça chave para legitimar a coisa julgada e assim alcançar a paz social. Trata-se de uma visão perspectiva. Lá há nítida influência privatista. Aqui há a visão publicista. Aquela cede terreno a esta na medida em que também para os litigantes opositores há consenso comum de busca da paz social. É essa visão publicista da prova que nos permite dizer que prova serve ao processo, a verdade, para o convencimento do juiz e com vistas à entrega de uma ordem jurídica justa (RODRIGUES, 2008, p. 130).

Por isso, não poderá o detentor do conhecimento ficar inerte, usando de forma ardilosa as regras processuais para não contribuir na formação da decisão judicial. Dessa forma, as regras de distribuição do ônus da prova devem ser flexíveis aos múltiplos direitos que surgem numa nova sociedade.

O Direito processual também assume perspectivas de maior participação dos atores processuais para a construção do

provimento jurisdicional, debate entre as partes para exaurimento da controvérsia, fortalecimento do contraditório e da ampla defesa, publicidade dos atos para que todos possam fiscalizar.

Nunes (2008) conclui:

Ao magistrado cumpre, na alta modernidade, o papel democrático de garantidor dos direitos fundamentais, não podendo ser omisso à realidade social e devendo assumir sua função institucional decisória, num sistema de regras e princípios , embasados no debate endoprocessual, no espaço público processual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam na formação dos provimentos.

Tal perspectiva não importa num esvaziamento do papel do magistrado, mas, sim em sua redifinação.

Não há mais possibilidade do Juiz democrático se portar como *expert* iluminado de uma concepção privilegiada de bem viver (engenheiro social), que lhe garantiria uma postura ativista (muitas vezes subjetivista ou autoritária) incontrolável e dasgarrada do marco procedural do Estado Constitucional vigente (NUNES, 2008, p. 198).

A ideia de solução justa para um processo é aquela que se legitima com uma sentença bem fundamentada, bem instruída, com a verdade retratada dentro do processo sem tratamento meramente burocrático que não resolve o conflito verdadeiramente, mas encerra a discussão com manipulações das regras processuais.

Uma sentença justa se baseia numa diliação probatória que vai ao encontro da verdade real, que coloca as partes em iguais condições de construir uma solução, que são chamadas a cooperar com a formação da sentença para que o juiz tenha subsídios verdadeiros no momento de solução da controvérsia.

A forma como é exercido o poder provoca, em geral – e pode-se afirmar principalmente pelos exemplos reais os quais a

humanidade vem experimentando –, a globalização da degradação socioambiental.

Nessa perspectiva, é importante entender que o equilíbrio das forças de poder entre os mais fracos e os detentores dos meios de produção, comunicação, recursos naturais, do capital em suas diversas formas passaria pela consideração do outro. Pelo entendimento de que o outro deve ser considerado parte essencial a ser preservada para o equilíbrio da sociedade. Conforme Leff (2010):

Desta maneira, o ambiente configura o campo de externalidade das ciências que não é reintegrável – intenalizável – por extensão e a racionalidade científica a estes espaços negados e saberes esquecidos. O ambiente é o Outro do pensamento metafísico, do logos científico e da racionalidade econômica. Nesta perspectiva, o propósito de internaliza a ‘dimensão ambiental’ nos paradigmas do conhecimento se propõe como um confronto de racionalidades e tradições, como um diálogo aberto à outridade, à diferença e à alteridade (LEFF, 2010, p. 161).

Também não é por demais ressaltar que, para considerar o outro como parte integrante para o equilíbrio social, será necessário, na complexidade das relações socioeconômicas, que os conhecimentos e as realidades existentes nas minorias marginalizadas sejam considerados na construção do “saber ambiental”, conceito formulado por Leff (2010, p. 163).

Não é qualquer proposição que será aceita nesse momento, criando uma confusão epistemológica, mas os saberes tradicionalmente legitimados em cada cultura, com seus métodos de afirmação por diferentes matrizes de racionalidade. Nesse sentido, Leff (2010) leciona:

O diálogo de saberes ao qual convoca a complexidade ambiental não é um relativismo e um ecletismo epistemológico, mas o encontro de tradições e formas de conhecimento legitimadas por diferentes matrizes de racionalidade, por saberes arraigados em

identidades próprias que não só entram em jogo num processo de tomada de decisões, mas que ‘se hibridam’ na co-determinação de processos materiais... O que está em jogo nas estratégias de poder em torno à conservação ecológica no processo de globalização da confrontação da via marcada pela apropriação científica e a valorização mercantil (os direitos de propriedade intelectual e econômica), frente aos diversos significados culturais destinados à natureza (LEFF, 2010, p. 179).

Pelo exposto, para alcançar uma sociedade mais justa, não se pode conceber a dominação de um sobre o outro, mas o encontro de saberes legitimados que amalgamam uma forma de sociedade mais bem desenvolvida e realmente sustentável, no sentido de verdadeira participação de todos os membros e consideração de suas tradições. Portanto,

para além do enfrentamento de paradigmas de conhecimento nos quais algum haveria de vencer pela contundência de sua verdade, propõe-se o encontro das verdades legitimadas por sua história de constituição e domínio, com as verdades subjugadas, com a verdade do que foi e assentado no real e na realidade, e com a verdade como potência; processo que se valida na confrontação do pensamento com o real, mas onde a ‘objetividade’ nunca tem a última palavra porque é na justiça onde se desempenha a transcendência do mundo e o sentido da vida (LEFF, 2010, p. 181).

O ideal não pode residir apenas no discurso, deve, sim, ser colocado em prática. É importante ter leis para garantir o equilíbrio social, porém, nem todas as comunidades são realmente tratadas igualmente pela lei, porque nenhum grupo social deveria estar acima da lei, como nenhuma pessoa está. Embora cristalizado na maioria das Constituições, quando implementado, pessoas e comunidades mais poderosas costumam ter dinheiro, experts, advogados, condições de mercado, políticas públicas e todo tipo de instituição para sua proteção, enquanto as minorias pobres,

marginalizadas, sem representação, são alijadas (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 21).

Por isso, Leff (2010) propõe:

o diálogo de saberes na gestão ambiental, num regime democrático, implica a participação das pessoas no processo de produção de suas condições de existência. Por isso é o encontro entre a vida e o conhecimento, a confluência de identidades e saberes. A encruzilhada pela sustentabilidade é uma disputa pela natureza e uma controvérsia pelos sentidos alternativos do desenvolvimento sustentável. Isso faz com que a sustentabilidade tenha como condição ineludível a participação de atores locais, de sociedades rurais e comunidades indígenas, a partir de suas culturas, seus saberes e suas identidades (LEFF, 2010, p. 183)¹¹.

Se o processo é uma forma de resolução de conflitos que gera a pacificação social, sua existência deve ser calcada numa perspectiva capaz de atender aos anseios de uma sociedade multifacetária.

De acordo com Boff (2015, p. 67), não basta pensar apenas com uma cosmovisão falida, é necessário evoluir e chegar a um novo “paradigma civilizatório”:

O Balanço dos esforços por conferir sustentabilidade ao desenvolvimento não é promissor. Antes, ele nos obriga a pensar mais em alternativas, ainda dentro do paradigma atual. Precisamos, urgentemente, de um outro ‘modo sustentável de viver’, na feliz expressão da Carta da Terra. Trata-se, sem mais nem menos, de chegar a um novo paradigma civilizatório que garanta a vitalidade da Terra e perpetuidade da espécie humana (BOFF, 2015, p. 67).

Para entender melhor essa lógica, será necessário buscar novamente, na teoria dos sistemas de Luhmann, citado por

¹¹ Para aprofundamento na necessidade de participação popular na tomada de decisões sobre interesse local, ver: GOMES; SANTOS, 2017, p. 966-967.

Kunzler (2004), que descreve o sistema inserido em um ambiente muito complexo, cuja função seria simplificar as inúmeras possibilidades de comunicação existentes para que ele possa subsistir, caso contrário a infinidade de possibilidades existentes levaria ao colapso do sistema. Portanto, o sistema é responsável por reduzir as possibilidades. Nesse sentido,

todo o ambiente apresenta para o sistema inúmeras possibilidades. De cada uma delas surgem várias outras, o que dá causa a um aumento de desordem e contingência. O sistema, então, seleciona apenas algumas possibilidades que lhe fazem sentido de acordo com a função que desempenha, tornando o ambiente menos complexo para ele (KUNZLER, 2004, p. 125).

O processo foi um sistema gerado na sociedade do século XIX. Ocorre que essa sociedade já se transformou e se complexificou em proporções exponenciais. De tal sorte, o processo, diante da complexificação do ambiente em que está inserido, deve se tornar mais complexo para que possa evoluir e se tornar mais adaptado ao que se propõe – solução de conflitos. Com isso,

o sistema não tem uma estrutura imutável que enfrenta um ambiente complexo. É condição para esse confronto que o próprio sistema transforme-se internamente, criando subsistemas, deixando de ser simples e tornando-se mais complexo, ou seja, evoluindo (KUNZLER, 2004, p. 125).

Um processo fundado num paradigma liberal não pode ser considerado apto para solução de conflitos de uma sociedade complexa do século XXI. Um paradigma que se propõe tutelar apenas direitos de primeira dimensão – liberdade e propriedade – não será legítimo para resolver conflitos de uma sociedade pós-moderna multifacetária.

No Direito processual essas mesmas tendências se concretizaram. Nunes (2008, p. 112-122) adverte que várias dessas

tendências de reforma processual no sistema brasileiro, a partir da década de 1990, revelam que não houve o abandono do modelo liberal nas práticas processuais e exemplifica algumas dessas ressonâncias técnicas de neoliberalismo processual seja com o julgamento liminar de ações repetitivas, seja mediante “conciliar é legal”, no qual expõe sobre sua perspectiva neoliberal.

Para esse novo paradigma, mister se faz muito mais que uma nova ciência, como afirma Boff (2015, p. 76). Deve-se questionar qual poder produz determinado conhecimento e qual o interesse dele.

Aceitar cegamente a construção de um conhecimento, ainda que revestido pelo selo da cientificidade, devidamente manipulada para caracterizar aparência de superioridade sobre os demais conhecimentos, trata-se de uma estratégia muito bem desenvolvida pelo poder, que busca, ao final, sua preservação e expansão.

Se o processo admitir que as provas científicas constituem a única forma de solução dos conflitos, principalmente das causas ambientais, fatalmente o processo estará condicionado a solucionar o conflito com prevalência da parte que detiver maior domínio sobre como manipular o conhecimento científico, ainda que deturpado. E, consequentemente, chancelará mais injustiças sob a égide do Poder Judiciário.

Conceder ao conhecimento científico a única forma de solução de conflitos e pacificação social não é nada mais que uma tarifação probatória. Entender e respeitar outras matrizes de conhecimento é essencial para questionar as trapaças científicas de uma sociedade de risco pós-moderna que fecha os olhos para injustiças e aceita apenas o conhecimento deturpado que o poder regente lhe produz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se a construção de uma sociedade pós-industrial que planejou sua evolução considerando diversas variáveis (externalidades) que, indubitavelmente, levaram à degradação ambiental de forma devastadora e que o sistema capitalista/mercantil/consumista se desenvolve numa ótica de progresso ilimitado, em um planeta de recursos limitados.

Esse paradigma foi capaz de produzir uma sociedade que rompeu com a modernidade clássica e se transformou na sociedade industrial de risco, desenvolvendo-se no máximo da latência das ameaças que a cercam.

Essa mesma sociedade capitalista/consumista/perdulária também é capaz de transformar os riscos em mais um produto a ser explorado e comercializado, de forma a ganhar na destruição e na reconstrução, sem qualquer consciência ambiental dos prejuízos ecológicos envolvidos e por vezes irreversíveis.

Aliado a isso, essa sociedade extremamente aprofundada na compartmentalização dos conhecimentos se torna alienada para lidar com os riscos que não podem ser vistos por um único método ou teoria, que não apresenta condições de reagir aos perigos que são comercializados.

O questionamento que surge na busca pela verdade obriga o indivíduo a suspeitar das aparências e questionar o que já é colocado como definitivo.

Numa sociedade globalizada, nenhum grupo social poderá ser considerado o único portador da verdade e os demais membros devem questionar as certezas colocadas, para demonstrar novas verdades.

Para isso, será necessário desconstruir a racionalidade que construiu a atual sociedade industrial de risco, que, no limite de sua razão mecanicista e positivista, culminou numa crise ambiental.

Para contrapor e gerar um novo paradigma capaz de trazer equilíbrio a essa balança, deve-se incluir a diferença e a outridade, para gerar um novo saber calcado no diálogo de saberes, capaz de compreender a complexidade ambiental para se operar uma nova visão de mundo.

Com base no exposto, faz-se necessário refletir se o “estado da ciência” pode ser considerado a única forma de solução dos conflitos.

Importante esclarecer que os detentores do poder, conforme analisado, produzem de forma consciente o desconhecimento generalizado, porque o objetivo primordial deles é a manutenção do poder.

Basta pensar que, historicamente, os direitos de primeira dimensão foram alcançados pela classe burguesa, detentora de um poder econômico em face da realeza e da nobreza após rupturas sociais, e foi capaz de neutralizar os poderes antigos, mas que, após o alcance de suas pretensões de cunho exclusivamente privatista e liberal, não houve mais interesse na continuidade da evolução dos direitos.

Em consonância com esse caminho, pode-se conferir historicamente, também, que várias revoltas sociais e populares fervilharam nos dois últimos séculos, fruto de uma nova busca por concretização de direitos de segunda dimensão.

A ciência processual formada sob a égide do paradigma liberal se constitui com regras que refletem exatamente os anseios e a manutenção das prerrogativas dos detentores dos poderes econômicos.

Já a ciência processual, que evoluiu com a busca da efetivação de outros direitos de segunda e terceira dimensões, trouxe novas regras, mais flexíveis e inteligentes, para conceber um processo justo, capaz de realmente promover a paz entre os litigantes e perante a sociedade, ao se preocupar com a verdade real, conferindo razão a quem realmente a detém.

Ocorre que o paradigma liberal e social no qual se desenvolveu o processo, pressupõe que as partes atuem de forma ética e contribuam na construção das provas processuais para se legitimar a decisão final.

Noutro lado, já é fácil constatar que as instituições detentoras de poder atuam deliberadamente de forma antiética, promovendo o desconhecimento e trapaceando na disseminação de conteúdos deturpados.

Diante disso, uma crise ambiental se torna inevitável, já que a capacidade tecnológica de transformar o meio ambiente se mostrou capaz de desequilibrar a sinergia dos ecossistemas, remover proteções naturais que se formaram há milhões de anos, aflorar elementos radioativos e tóxicos ao cotidiano, como se a exceção se tornasse a regra.

O direito processual probatório também entra em crise, pois, se a parte hipossuficiente não tem condições de produzir uma prova e se o detentor do conhecimento científico a produz ardilosamente de forma equivocada, estar-se-á diante de um beco sem saída, em que o processo será usado como instrumento de manutenção da injustiça e poderes dominantes.

Por isso, o paradigma da sociedade industrial de risco, que se desenvolve na máxima latência dos riscos que ela mesma produz, busca a manutenção do poder e cujo alvo principal não é mais o modo de produção, mas a dominação do próprio homem.

A sociedade pós-moderna se desfez dos ideais absolutos, tornou-se líquida e fluida. Desfizeram-se as barreiras, os limites dos Estados e tudo se tornou interligado, sendo uma forma que o próprio poder utiliza para aumentar seu campo de expansão.

Essa dominação só pode ser feita pelo desconhecimento e pelas estratégias criadas para transformar o homem num objeto a ser dominado e também apropriado, típicas do liberalismo ou do neoliberalismo, e que os paradigmas de cunho social não puderam segurar.

O processo não pode se isolar da sociedade, sob pena de perder sua legitimidade ao ser injusto e gerar decisões que não levem à pacificação social, mas à reafirmação de desigualdades.

Nesse contexto civilizacional, com a crescente degradação ambiental, que coloca em risco a própria existência humana, o princípio da precaução surge como forma de combater a ocorrência do dano, antes que seja tarde demais.

Deixar que o dano ocorra para depois tratar o problema é uma tentativa de solução que talvez seja irreversível. Por isso, a prudência e a preocupação com o futuro são importantes para reestabelecer um equilíbrio da humanidade com a natureza.

Entender o princípio da precaução numa concepção fraca é a tentativa do paradigma neoliberal/individualista de flexibilizar um entrave poderoso na atuação de empreendimentos regidos unicamente pela lógica lucro/prejuízo.

Ainda que o clamor mundial por maior proteção seja influente, tornar elementos de proteção ambiental em discursos meramente retóricos e vazios é importantíssimo para a manutenção do *status quo*.

Uma revolução no paradigma liberal desagrada ao sistema financeiro/especulativo, por isso deve ser combatido ou relativizado ao máximo.

O princípio da precaução deve ser usado no Direito processual coletivo como válvula de escape para a forte pressão exercida pelos poderes, que manipulam as regras processuais para benefício próprio e não atuam como a devida lealdade. O estado da ciência como única forma de solução dos conflitos não é capaz de absorver as complexas realidades do mundo pós-moderno, haja vista a incapacidade científica ocidental de se comunicar com outros saberes tidos como marginais e, ainda, por ser construída primordialmente pela vontade operatória dos sistemas institucionais dominantes, que não permitem o aparecimento de novos saberes, surgindo como uma estratégia neoliberal de manutenção dos poderes institucionalizados.

Obviamente, o princípio da precaução não deve ser usado de forma leviana, mas em consonância com os postulados normativos interpretativos da razoabilidade, proporcionalidade e sustentabilidade, para que não seja deturpado seu espírito de fomentar a justiça diante das trapaças científicas.

Nesse contexto de disputa de poder e trapaça científica, sob uma visão clássica de processo e sua distribuição de ônus de prova, pode-se concluir que o processo não será capaz de resolver os conflitos ambientais de forma a trazer a pacificação social. Por outro lado, a revelação das “trapaças” científicas indicam que não se pode apenas inverter o ônus de prova, sob pena de se ter um falso resultado instrutório, que vai servir de base para solução de conflitos.

Diante do exposto, nesta dissertação se propôs defender uma concepção forte do princípio da precaução como forma de trazer equidade às relações do homem-sociedade-natureza. Qualquer argumento em sentido contrário se desenvolve numa lógica individualista, em que os mais fortes e mais bem adaptados eliminam qualquer possibilidade de mudança no extrato social e no sistema de produção/crescimento ilimitado.

Os direitos humanos, ao se consolidarem, no âmbito nacional e internacional, na proteção e garantia de uma condição de vida digna aos seres humanos, demandam verdadeira alteração do atual paradigma dominante do conhecimento, impondo uma perspectiva mais participativa que envolva Poder Público e sociedade civil.

Afastando-se do paradigma liberal, que se fundava em uma ótica estritamente individualista, a perspectiva socioambiental demanda um olhar sobre o outro, com a tutela de direitos antes desconhecidos, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que diz respeito a condições de vida digna a todos os indivíduos desta e das futuras gerações.

De modo a garantir a efetividade dos direitos básicos e fundamentais nessa concepção, é indispensável uma

transformação da própria ciência processual, instrumento do Poder Judiciário, capaz de beneficiar e efetivação desses direitos indispensáveis a uma existência com dignidade.

Por óbvio, a ideia de solução justa para um processo é aquela que se legitima com uma decisão bem fundamentada, bem instruída, com a verdade retratada no processo, sem tratamento meramente burocrático que não resolve o conflito verdadeiramente, ou seja, verdadeiro processo participativo.

É nessa perspectiva participativa de integração social por meio do processo que os direitos humanos se mostram fortemente reconhecidos no âmbito interno, sob um conceito de busca pela paz social, mediante a utilização mais democrática dos instrumentos processuais.

Tal perspectiva democrática e abrangente da ciência processual mostra-se capaz de garantir verdadeira pacificação social, mediante a aproximação participativa dos indivíduos, que se reconheçam como atores sociais por meio do diálogo, capazes de garantir uma sociedade integrada.

Na classificação de ônus perfeito e imperfeito, poder-se-ia acrescentar o ônus “mais que imperfeito”, que consistiria na elaboração equivocada de uma prova capaz de induzir a erro a motivação racional a que o juiz está adstrito, de forma a sustentar a sentença numa falácia.

Para esse tipo de situação, as ações ambientais devem ter um remédio processual capaz de reverter tal situação.

Vale lembrar que as regras processuais do Direito brasileiro se fundam na existência da prova como forma de construir e legitimar as decisões, que serão a forma de solução do conflito e pacificação social.

Ocorre que para a prova ser levada ao processo deve conter em si um caráter importante para influenciar ou ajudar na construção da decisão final.

Considerar que as provas legítimas a um processo seriam apenas as que são comprovadas cientificamente pela “ciência

institucional ocidental” seria uma forma de negação de todas as outras manifestações culturais e sociais.

Para a resolução de conflitos no Direito ambiental é necessário muito mais do que um conhecimento com o selo da científicidade, embora seja muito importante. Para resolução de conflitos entre povos, etnias, costumes e saberes diferentes é necessária a preparação do órgão julgador diferenciada para lidar com a complexidade dos atores envolvidos e dos direitos conectados. Um órgão julgador viciado em resolver apenas conflitos de cunho patrimonial e de garantias individuais não conseguirá absorver ou nem sequer enxergar a complexa teia de direitos que se acende numa sociedade pós-moderna.

O vício de transformar todos os direitos em valores pecuniários indica o sério risco que o Poder Judiciário e a sociedade enfrentam na resolução de seus conflitos, uma vez que não resolve seus problemas, mas, ao contrário, adia cada vez mais a verdadeira pacificação social e aumenta ainda mais a dimensão do problema.

O efeito “bola de neve” com que a sociedade se desenvolve, numa dinâmica de solução de conflitos taxando e nomeando valores a todos os direitos seria uma importante causa pela qual se chegou a uma sociedade com tamanho grau de risco em sua vida cotidiana. O simplismo com que são tratados graves problemas ambientais sem uma correta visão holística dos conhecimentos em que se funda o Direito ambiental incorre em grave erro.

Esses erros repetidas vezes cauterizam a consciência da sociedade pós-moderna, que não consegue perceber quanto risco e quanta injustiça se produzem na simples vida cotidiana, quanto mais no jogo de poderes, que busca sempre a dominação dos saberes e subjugação dos demais.

Impedir que outros saberes se levantem ou que se mantenham é uma afronta à própria existência, e na lógica capitalista/industrial/consumista essa busca por dominação é exponenciada.

REFERÊNCIAS

- ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecilia Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental.** Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- AMARAL, Paulo Osternack. **Provas:** atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de. **A responsabilidade civil por emissões eletromagnéticas:** o “estado da ciência” como solução jurídica. Tradução de Magno Federici Gomes. Brasília: Usina de Letras, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECHARA, Erika. **Licenciamento e compensação ambiental na lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC).** São Paulo: Atlas, 2009.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia.** 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade:** o que é: o que não é. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BIZAWU, Kiwonghi; COMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, nº 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de processo civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973. Revogada pela Lei n.

13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de processo civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 15/08/2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em 14 nov. 2015.

BRASIL. Decreto n. 2.519 de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 5 de junho de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 1998a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

BRASIL. Decreto n. 2.652, de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Brasília: **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 jul. 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2652.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. Lei 11.015, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica

Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito ambiental. Ação civil pública. Cana-de-acúcar. Queimadas. Art. 21, parágrafo único da Lei n. 4.771/65. Dano ao meio ambiente. Princípio da precaução. Queima da palha de cana. Existência de regra expressa proibitiva. Exceção existente somente para preservar peculiaridades locais ou regionais relacionadas à identidade cultural. Inaplicabilidade às atividades agrícolas industriais. Recurso Especial n. 1.285.463/SP. Rel.: Min. Humberto Martins, 2ª Turma. Julgado em 28 fev. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 6 mar. 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21398969/recurso-especial-resp-1285463-sp-2011-0190433-2-stj/inteiro-teor-21398970>>. Acesso em 15 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Ação revisional. Conta corrente. Pessoa jurídica. Pretensão de incidência do Código de Defesa do Consumidor. Almejada inversão do ônus da prova. Hipossuficiência não discutida. Relação de consumo intermediária. Inaplicabilidade da Lei n. 8.078/1990. Recurso Especial n. 716.386/SP. Rel.: Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma. Julgado: 5 ago. 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 set. 2008. Disponível em: <http://www.mppe.mp.br/siteantigo/192.168.1.13/uploads/2NX1unSfeSujl9HiFF9cuQ/BxYCvTuK2_xK-h9Z4BbF5Q/REsp_802.832_-MG.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigaçao subjetiva de indenizar. Súmula 7/STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6º, VIII, do CDC. Recurso Especial n. 422.778/SP. Rel. Min. Castro Filho, Rel^a. para o Acórdão: Nancy Andrighi, Terceira Turma.

Julgamento: 19 jun. 2007. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/Jurisprud%C3%A7%C3%A3o/422778.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Consumidor. Responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Ônus da prova. Inversão *ope judicis* (art. 6º, VIII, do CDC). Momento da inversão. Preferencialmente na fase de saneamento do processo. Recurso Especial n. 802.832/MG. Rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseveriano. Julgamento: 13 abr. 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 set. 2011. Disponível em: <http://www.mppe.mp.br/siteantigo/192.168.1.13/uploads/2NX1unSfeSujl9HiFF9cuQ/BxY CvTuK2_xK-h9Z4BbF5Q/REsp_802.832_-MG.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Direito constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CATTONE, Marcelo de Andrade. **Direito processual constitucional**. 3. ed. São Paulo: Mandamentos, 2001.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Beatriz Souza; MOREIRA, Lilian Maria Ferreira Marotta. A compensação no direito ambiental brasileiro: o caso de Minas Gerais. In: GOMES, Carla Amado. **Compensação ecológica, serviços ambientais e protecção da biodiversidade**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014. Cap. 3, p. 110-133.

COSTA, Marco Aurélio; MARGUTI, Bárbara Oliveira (Ed.) **Atlas da vulnerabilidade social nos municípios brasileiros**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2015. Disponível em: <http://ivs.ipea.gov.br/ivs/data/rawData/publicacao_atlas_ivs.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2016.

COUTINHO, Francisco Seráphico da Nóbrega. Confrontações teóricas entre o princípio da precaução, a nova hermenêutica e a prática jurisdicional. In: FARIA, Talden; COUTINHO, Francisco Seráphico da Nóbrega (Coord.). **Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Cap. 3, p. 47-69.

- ENRIQUEZ, Eugène. Instituições, poder e desconhecimento. In: ARAUJO, J. N. G. e CARRETEIRO, T. C. **Cenários sociais e abordagem clínica**. São Paulo: Escuta, 2001. Cap. 3, p. 49-74.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. Disponível em: <http://www.nodo50.org/insurgentes/biblioteca/A_Microfisica_do_Poder_-_Michel_Foucault.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- FREESTONE, David e HEY, Ellen. Implementando o princípio da precaução: desafios e oportunidades. In: VARELLA, Marcela Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Cap. 8, p. 205-232.
- GOMES, Magno Federici; SANTOS, Ariel Augusto Pinheiro dos. Do controle judicial da política pública de mobilidade urbana no paradigma sustentável. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 09, n. 3, p. 951-971, jul./set. 2017. DOI: <[10.12957/rdc.2017.26938](https://doi.org/10.12957/rdc.2017.26938)>. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26938>>. Acesso em: 05 out. 2017.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre factividade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 2.
- KUNZLER, Carolina de Moraes. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de sociologia**, Araraquara, v. 9, n. 16, p. 123-136. jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/estudos/article/view/146/144>>. Acesso em: 20 jun. 2016.
- LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental**: da articulação das ciências ao diálogo dos saberes. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2012.
- LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução de Sandra Valenzuela. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**, 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. t. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Luiz Carlos Abreu. Estado e terceiro setor: uma análise de aproximação. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 50, n. 3, p. 72-91. jul./set. 1999.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **Ativismo judicial e a produção da prova.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Princípio da precaução.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/legislacao/item/7512-princ%C3%ADpio-da-precau%C3%A7%C3%A3oA30>>. Acesso em: 9 jun. /2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo:** horizontes para democratização processual civil. 2008. 217 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2016.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). A/RES/37/7. 28 out. 1982. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PELLANDA, Patrícia Santos Précoma. A sociedade de risco e o princípio da informação: uma abordagem sobre a segurança alimentar na produção de transgênicos no Brasil. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 89-114, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/download/258/341>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

PINTO, João Batista Moreira. Direitos humanos como um projeto de sociedade. In: PINTO, João Batista Moreira; SOUZA, Eron Geraldo de (Org.). **Os direitos humanos como um projeto de sociedade:** desafios para as dimensões política, socioeconômica, ética, cultural, jurídica e socioambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Cap. 1, p. 5-33.

REIS, Émilien Vilas Boas. Considerações acerca do estado de exceção ambiental. In: CARVALHO, Newton Teixeira; REIS, Émilien Vilas Boas; RIOS Mariza (Coord.). **Estado de exceção ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. Cap. p. 1-16.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. **Direito ambiental e transgênicos:** princípios fundamentais da biosegurança. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de provas aos modelos de constatação da verdade. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 52, p. 42-66, jan./fev. 2013.

SALLUM, Alexandre. A primavera silenciosa de Rachel Carson. **Revista Ecológico**, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.revistaeologico.com.br/materia.php?id=42&secao=536&mat=565>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constitucionalização dos princípios de direito ambiental. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios do direito ambiental:** na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 45-86.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

- SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Cap. 18, p. 375-414.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. Biossegurança e princípio da precaução. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora; FREITAS, Tiago Batista; OLIVEIRA, Thiago Pires (Coord.). **Meio ambiente, direito e biotecnologia: estudos em homenagem ao prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado**. Curitiba: Juruá, 2010. Cap. 14, p. 279-290.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**: o problema e as possibilidades de comunicação intersistêmica e seus impactos; o planejamento jurídico da sustentabilidade. Curitiba: Juruá, 2006.
- SIQUEIRA, Lyssandro Norton. Os princípios de direito ambiental e a compensação ambiental no sistema nacional de unidades de conservação (SNUC). In: GOMES, Carla Amado. **Compensação ecológica, serviços ambientais e protecção da biodiversidade**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014. Cap. 5, p. 196-218.
- TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **A prova ilícita no processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil; processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.
- TRENNEPOHL, Terence Dornelles. O desenvolvimento econômico da sociedade moderna e o princípio da precaução no direito ambiental. In: FARIA, Talden; COUTINHO, Francisco Seráphico da Nóbrega (Coord.). **Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Cap. 26, p. 465-476.
- WEDY, Gabriel. **O princípio constitucional da precaução**: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WOLFRUM, Rüdger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcela Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Cap. 2, p. 13-28.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Atividade probatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Cap. 1, p. 171-212 (Coleção Doutrina essenciais: processo civil, 4)