



UNIALFA – CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

MÔNICA ABDON MOURA BAHIA SILVA

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA E A TUTELA DO
MEIO AMBIENTE: A ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MÉTODO DA
PONDERAÇÃO, À LUZ DA TEORIA DE HUMBERTO ÁVILA**

GOIÂNIA
JULHO/2023



UNIALFA – CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

MÔNICA ABDON MOURA BAHIA SILVA

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA E A TUTELA DO
MEIO AMBIENTE: A ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MÉTODO DA
PONDERAÇÃO, À LUZ DA TEORIA DE HUMBERTO ÁVILA**

Dissertação apresentada na qualificação do Curso de Pós-graduação em Direito Constitucional Econômico do Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional Econômico.

Orientador: Professor Dr. Felipe Magalhães Bambirra

GOIÂNIA
SETEMBRO/2023



S586p

Silva, Mônica Abdon Moura Bahia.

Os princípios constitucionais da ordem econômica e a tutela do meio ambiente: a adequação constitucional do método da ponderação, à luz da teoria de Humberto Ávila. / Mônica Abdon Moura Bahia Silva. – 2023. 110 f.: 30cm.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Magalhães Bambirra.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico, Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) – Goiânia, 2023.

1. Análise Econômica do Direito. 2. Princípio da Precaução. 3. Técnica da Ponderação. 4. Teoria dos Princípios. 5. Discricionariedade. I. Bambirra, Felipe Magalhães. II. UNIALFA. III. Título.

CDU: 346.11:504



UNIALFA - CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA E A TUTELA DO
MEIO AMBIENTE: A ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MÉTODO DA
PONDERAÇÃO, À LUZ DA TEORIA DE HUMBERTO ÁVILA**

Dissertação apresentada na Defesa do Curso de Pós-graduação em Direito Constitucional Econômico do Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA, visando à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional Econômico.

Goiânia, 11 de agosto de 2023.

Componentes da banca examinadora:

Professor Dr. Felipe Magalhães Bambirra (Orientador)
Centro Universitário Alves Faria

Professora Dra. Walkíria Briancini (Examinador)
Centro Universitário Alves Faria

Professor Dr. Laércio Melo Martins (Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a minha família: ao Raul, em primeiro lugar, aos meus pais Joaquim e Marlene, aos meus filhos Diogo e Anne, e ao meu irmão Eduardo.

Agradeço de maneira grandiosa ainda ao meu Professor, o Dr. Bambirra, e a minha amiga e colega de Mestrado, Elaine.

Agradeço também aos meus Professores do Mestrado, igualmente responsáveis pelo acúmulo de conhecimento ao longo desses anos.

Sem a presença de vocês, nada disso seria possível. A jornada é dura e árdua, mas se torna leve quando se sente o carinho de pessoas como vocês.

O meu muito obrigada a todos.

“os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso. Os princípios constituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários”.

(Humberto Ávila, 2019)

***Ao meu amado Raul, eterno amor da minha vida;
E aos meus filhos, frutos desse nosso lindo amor.***

RESUMO

O princípio da precaução necessita de uma maior objetividade no direito, previsibilidade de condutas e controlabilidade das decisões judiciais quando da sua aplicação no direito constitucional econômico. A tutela ambiental e a da ordem econômica carecem, assim, de uma metodologia uniforme quando da ponderação de seus respectivos princípios, mais especificamente quando da aparente colisão de conflitos entre ambos no momento da aplicação do princípio da precaução ambiental. Com vistas nisso, esta dissertação demonstra a necessidade de critérios metodológicos mais seguros quando da ponderação do princípio da precaução com os do direito constitucional econômico pelos magistrados em suas decisões judiciais. Acredita-se que a teoria dos princípios de Humberto Ávila, com o uso do seu método da ponderação, responde a essas inquietações, assegurando uma objetividade mínima do direito, maior previsibilidade das condutas e a controlabilidade dessas decisões. É preciso diminuir a discricionariedade jurídica ao máximo possível. Para tanto, a metodologia utilizada foi a da pesquisa bibliográfica e documental, com o uso do método da ponderação de Ávila.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Princípio da Precaução. Técnica da Ponderação. Discricionariedade. Teoria dos Princípios.

ABSTRACT

The precautionary principle needs greater objectivity in law, predictability of conduct and controllability of judicial decisions when applied in economic constitutional law. Environmental protection and that of the economic order thus lack a uniform methodology when weighing their respective principles, more specifically when there is an apparent collision of conflicts between both when applying the principle of environmental precaution. With that in mind, this dissertation demonstrates the need for safer methodological criteria when weighing the precautionary principle with those of constitutional economic law by magistrates in their judicial decisions. It is believed that Humberto Ávila's theory of principles, with the use of his weighting method, responds to these concerns, ensuring a minimum objectivity of law, greater predictability of conduct and the controllability of these decisions. It is necessary to reduce legal discretion as much as possible. For this purpose, the methodology used was that of bibliographical and documental research, using Ávila's weighting method.

Keywords: Economic Analysis of Law. Principle of Precaution. Weighting technique. Discretion. Theory of Principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
 CAPÍTULO 1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS: DO CLÁSSICO A HUMBERTO ÁVILA.....	14
1.1 HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....	14
1.1.1 Definição de Princípios.....	19
1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA.....	23
1.3 PRINCÍPIOS AMBIENTAIS.....	30
1.3.1 O Princípio da Precaução na Constituição e na Legislação Infraconstitucional.....	33
1.3.1.1 Requisitos para a Aplicação: risco de dano, incertezas científicas e inversão do Ônus da Prova.....	41
1.4 RELAÇÃO DE INTERSECÇÃO.....	46
 CAPÍTULO 2 DECISÃO JUDICIAL: A NOVA HERMENÊUTICA.....	51
2.1 APLICAÇÃO, OU INTEGRAÇÃO, DO DIREITO.....	51
2.2 DECISÃO JUDICIAL.....	52
2.3 TEORIAS CLÁSSICAS DOS PRINCÍPIOS.....	56
2.3.1 Modelos de Resolução de Conflito entre Princípios.....	63
2.3.2 Teoria da Ponderação.....	72
2.2.3 A compatibilização entre princípios e regras	
2.3 TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE HUMBERTO ÁVILA.....	75
2.3.1 Critérios de Dissociação.....	76
2.3.2 O Método da Ponderação.....	78
 CAPÍTULO 3 A NECESSÁRIA HARMONIZAÇÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA PROCEDIMENTOS ESSENCIAIS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.....	86
3.1 CASOS PRÁTICOS.....	87

3.1.1 ADPF 101.....	87
3.1.2 Eletropaulo.....	98
3.2 A CONTENÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE.....	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	105
REFERÊNCIAS.....	110

INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional Econômico é um conjunto de normas constitucionais que tratam da política econômica do Estado, elaborada a partir da ideologia adotada pela nação. Essa política econômica se apresenta na Constituição como temas econômicos, constituindo-se assim na conhecida Constituição Econômica. Trata-se, basicamente do assunto econômico se juridicizando em grau constitucional.

O art. 170 da CF/88 se apresenta como ponto central da intersecção da aparente colisão de princípios. Ele traz nove princípios constitucionais da ordem econômica: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca de pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituída sob as leis brasileiras, que tenham sua sede e administração no país.

De todos eles, interessa a este estudo o princípio da proteção ao meio ambiente. Isso porque ele se imiscui aos princípios do Direito Ambiental, e, quando ponderados com os princípios da ordem econômica, em casos de aparente colisão de princípios, criam o fenômeno da discricionariedade nas decisões judiciais dos magistrados, característica esta que precisa, ao máximo, ser reduzida das referidas decisões.

A discricionariedade surge porque a defesa do meio ambiente e da ordem econômica fazem parte de direitos fundamentais. Eles são, portanto, universais, imprescritíveis, históricos, irrenunciáveis, inalienáveis, inexauríveis, concorrentes e aplicáveis: são, ambos, indispensáveis para a perpetuação da humanidade. Trata-se de princípios igualmente promotores de uma existência digna à pessoa humana, e garantidor da justiça social. Eles têm relação direta com o princípio do desenvolvimento sustentável, que aufere o comprometimento dos agentes econômicos com atividades que não resultem em danos que prejudiquem o desenvolvimento ambiental, bem como a atividade ambiental sustentável.

O princípio da proteção ao meio ambiente, mais especificamente o princípio da precaução, deve ser ponderado junto aos princípios constitucionais da ordem econômica de maneira a seguir uma metodologia rígida quando da ponderação dos

mesmos pelos magistrados em suas decisões judiciais. Somente assim é que se alcançará o mínimo de discricionariedade nessas decisões, reduzindo-se, por conseguinte, a insegurança jurídica que paira até hoje no trato desse assunto.

O desenvolvimento econômico de uma nação não pode ser concebido como um entrave à efetivação do estado de bem-estar socioambiental: o desenvolvimento econômico e a defesa do meio ambiente de um país devem se imiscuir em uma só coisa, em estado de equilíbrio frequente; um não pode ser concebido sem o outro.

Esse posicionamento diante de lides que envolvam questões econômicas e ambientais precisa estar bem fundamentado e com o mínimo de discricionariedade dos magistrados possível, quando da tomada de decisões. Muito se observa uma insegurança jurídica no tocante a essas decisões, uma vez que não há parâmetros técnicos para fundamentar a aplicação do princípio da precaução por meio da ponderação nos casos supra. É preciso, então, a formulação de uma metodologia própria para a aplicação do método da ponderação.

Neste sentido, no tocante ao assunto do desenvolvimento de parâmetros técnicos que assegurem uma objetividade mínima do direito, maior previsibilidade das condutas e a controlabilidade das decisões, quando da aplicação do método da ponderação no princípio da precaução em casos de tutela ambiental e ordem econômica, busca-se analisar a seguinte problemática: em que medida a adoção da teoria dos princípios, de Humberto Ávila, constitui-se como uma metodologia pertinente para as decisões judiciais dos magistrados, quando da ponderação entre o princípio da precaução e os do direito constitucional econômico, para se reduzir, ao máximo, a discricionariedade dos juízes nas decisões judiciais relativas a esses casos?

A hipótese a ser defendida nesta pesquisa é a de que a teoria dos princípios, de Humberto Ávila, pode ser utilizada como uma metodologia passível de aplicação nas decisões judiciais em que se verifica a ponderação do princípio da precaução e os do direito constitucional econômico para se reduzir, ao máximo, a discricionariedade dos juízes. A referida teoria garante uma objetividade mínima do direito, maior previsibilidade das condutas e a controlabilidade dessas decisões, na medida em que estabelece a reafirmação da normatividade dos princípios, mas rechaça sua banalização. O método da ponderação de Ávila torna isso possível.

Ávila propõe um interessante modelo de explicação de espécies normativas. A base é a de que norma não é texto normativo: aquele é uma ideia geral que surge da interpretação do texto normativo que detém o comando permissivo, proibitivo e obrigacional. A atividade interpretativa é, por conseguinte, uma construção de significados.

Ele continua dizendo que os princípios são como tal porque se destacam pelo seu modo final de aplicação e pelo modo como entram em colisão; eles se distinguem das regras quanto ao modo como prescrevem o comportamento devido, apenas apontando para um estado ideal de coisas. Ávila afirma que os princípios são sugestivos, não são regras, não são axiomas, nem postulados, e nem máximas.

Para ele, o método da ponderação deve ser aplicado no alcance da melhor interpretação e aplicação do direito para se atingir a justeza da decisão. E os benefícios de seu modelo estaria, segundo ele, na ponderação estruturada do processo de aplicação, e nos critérios materiais de justiça na argumentação, com o auxílio dos postulados normativos e a capacidade de controle intersubjetivo da argumentação.

Assim, como objetivos específicos, têm-se: a) caracterizar os princípios constitucionais da ordem econômica e o princípio ambiental da precaução dentro do Direito Constitucional Econômico; b) apresentar a teoria clássica dos princípios, abordando autores como Alexy, Dworkin, Streck, Habermas; c) caracterizar e sistematizar a teoria dos princípios de Humberto Ávila, avaliando a eficiência do método da ponderação; aplicação e fundamentação do princípio da precaução nas decisões judiciais atuais; d) descrever os casos da ADPF 101 e da Eletropaulo; e) determinar parâmetros técnicos que reduzam a discricionariedade dos magistrados quando da colisão aparente de princípios da ordem econômica com os princípios ambientais, mais especificamente o princípio da precaução, defendendo o uso do método da ponderação de Humberto Ávila como metodologia pertinente para os casos em tela.

Para tanto, esta dissertação está organizada de acordo com a seguinte estruturação: o primeiro capítulo aborda os princípios constitucionais econômicos e os do meio ambiente. Para isso, tecem-se considerações sobre os princípios da ordem econômica e os princípios ambientais, com ênfase no princípio da precaução, uma

vez que ambos serão objeto de análise nos dois casos práticos que se tem pra analisar no último capítulo. Ao final do capítulo, apresenta-se a relação de intersecção entre ambos, para que se entenda o ponto central da colisão aparente de conflito entre esses princípios.

O segundo capítulo apresenta a questões gerais acerca da nova hermenêutica jurídica. Abordam-se a teoria clássica dos princípios, enfatizando-se autores como Alexy, Dworkin, Streck, Habermas, e a teoria dos princípios de Humberto Ávila, explicitando-se o seu método da ponderação para o uso na aparente colisão de princípios. Analisam-se a proporcionalidade e o juízo da ponderação, focando-se em seus elementos fáticos e parâmetros da ponderação.

O terceiro e último capítulo explana sobre a necessária harmonização entre o princípio da precaução e os princípios constitucionais da ordem econômica, a fim de se reduzir a discricionariedade das decisões dos magistrados quando da aparente colisão de princípios. Assim, analisam-se casos concretos, como os da ADPF 101 e da Eletropaulo, para, só então, avaliar-se a contenção dessa discricionariedade, propondo como critério para o alcance da racionalidade, objetividade, previsibilidade, legitimidade e segurança jurídica, a aplicação do método da ponderação de Humberto Ávila.

As perspectivas teóricas que conduzirão o raciocínio lógico deste trabalho se organizam em categorias temáticas, como o direito constitucional econômico e a teoria dos princípios, mais especificamente o uso do método da ponderação. O art. 170 da CF/88 será a base de nossas análises, juntamente com o pensamento de Humberto Ávila. Neste momento, deve-se considerar que a transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete, que em razão do dever de fundamentação, precisam ser compreendidos por aqueles que os manipulam, até mesmo como condição para que possam ser compreendidos pelos seus destinatários.

Assim, a proposta de definição de regras formulada por Ávila alcança a justeza da decisão, uma vez que, quando se desconsidera as circunstâncias do caso concreto, o produto da interpretação sendo uma aplicação automática do prescritivo do texto, pode gerar um resultado inconstitucional e injusto, que não foi o previsto pelo legislador. Contudo, ao utilizar a da ponderação de interesse na seara das regras,

deve-se formular argumentos racionais, com o fito de diminuir ao máximo a subjetividade do intérprete na produção da decisão, sem que vilipendie a imparcialidade.

A caracterização metodológica desta pesquisa é definida da seguinte maneira: utiliza-se uma pesquisa qualitativa, com o uso de procedimento bibliográfico e documental: a primeira porque aqui se utilizam obras remissivas e analíticas sobre o assunto em tela, com interpretações já produzidas por outros autores; e documental porque se analisam casos de decisões judiciais, que se constituem como documentos fundamentais para nossas análises.

Isto ainda faz com que se afirme que a técnica da documentação aqui priorizada seja a da documentação indireta, pela simples razão de se analisar o objeto de estudo de maneira distanciada da pesquisadora, não havendo interação social com ele. O método a ser aplicado é o da ponderação de Humberto Ávila, presente em sua teoria dos princípios.

Espera-se, assim, construir um estudo sistematizado e possível de ser utilizado no circuito jurídico-acadêmico das discussões sobre Direito Constitucional Econômico, especialmente no que tange à ponderação do princípio da precaução com os princípios constitucionais da ordem econômica. Está-se longe da completude e finalização desses debates, uma vez, também, que se trata de um assunto mutável, que acompanha as transformações da sociedade. Todavia, sabe-se que se tem aqui um importante objeto de pesquisa para o aperfeiçoamento dos trabalhos que visem a construção de uma justiça socioambiental e econômica verdadeiramente comprometida com as gerações atuais e futuras.

CAPÍTULO 1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS: DO CLÁSSICO A HUMBERTO ÁVILA

Neste capítulo, analisam-se questões introdutórias acerca do conceito de princípios, anotações gerais sobre os princípios constitucionais da ordem econômica e os princípios ambientais, mais especificamente o princípio da precaução. Isso é necessário porque são justamente os princípios que entrarão em aparente colisão nos casos da ADPF 101 e Eletropaulo, selecionados como exemplos para a comprovação da necessária aplicação do método da ponderação de Humberto Ávila nos casos em tela.

1.1 HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Vale antes iniciar dizendo que a temática aqui apresentada vem há muito sendo estudada pela comunidade jurídica, com o intuito de se chegar a conclusões sobre como se forma a decisão judicial, quais são os elementos essenciais que levam o julgador a decidir a questão de uma determinada maneira, e por que uma mesma regra jurídica recebe tratamento diferenciado dos Juízes e Tribunais.

A Teoria Geral do Direito sofreu, ao longo dos tempos, algumas transformações com relação aos princípios jurídicos na solução dos conflitos sociais. Essas mudanças também se devem ao fato de o Brasil ter tido um constitucionalismo ímpar, com influências de várias nações estrangeiras. O Constitucionalismo brasileiro pode ser dividido em três fases completamente distintas umas das outras: a primeira fase, que ocorreu no período do Império, é representada pela influência das ideias dos constitucionalismos francês e inglês, ou seja, do constitucionalismo europeu, com a implantação de uma monarquia constitucional, que introduziu a formalização de um Estado Liberal, vinculado, todavia, a uma sociedade escravocrata (OST, 2005).

A segunda fase, com a queda da Monarquia e a Proclamação da República, a inspiração foi do constitucionalismo americano, com ideais liberais e Constituições que inauguravam um Estado Liberal - superou a fase monárquica centralizadora, para

uma República Federalista, descentralizando o poder e estruturando formalmente um Estado Liberal; e a terceira fase histórica, que permanece até os dias de hoje, é influenciada pelo constitucionalismo alemão e a estruturação do Estado Social (OST, 2005).

A fim de uma maior elucidação sobre essas mudanças, deve-se lembrar que o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. Para sua adequada caracterização, é necessária a análise dos dois paradigmas anteriores a ele: o jusnaturalismo e o positivismo. Muitas vezes complementares, o positivismo e o jusnaturalismo abarcam ideias que juntas, ajudam a entender como chegamos ao pós-positivismo e posteriormente a sua crise, instaurada em razão das diversas transformações sociais que levaram à necessidade de rever o papel do Estado na regulação das relações privadas, bem como à revisão dos próprios poderes outorgados.

Neste sentido, o marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático (BARROSO, 2005, p. 3).

No caso do Brasil, o novo direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da Constituição de 1988. Ela foi capaz de “promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito” (BARROSO, 2005, p. 3).

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto: procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. – esse ambiente promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia (BARROSO, 2005, p. 5).

Ainda de acordo com o pensamento de Barroso (2005), no plano teórico, três grandes transformações foram importantes para a superação do conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Acerca delas, Barroso esclarece que:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. (...) Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. (...) A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição. Isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os

elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral). Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade (2005, p. 8)

Em estando esta dissertação com foco na interpretação, cabe alguns esclarecimentos a mais sobre essa terceira grande transformação a que Barroso se refere: a nova dogmática da interpretação constitucional. A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: o papel da norma – “cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos”; o papel do juiz, “cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida”. Assim, a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. Ainda no modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção (BARROSO, 2005, p. 9).

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim, verificou-se que, quanto ao papel da norma, notou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontrava no relato abstrato do texto normativo. “Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente”. E sobre o papel do juiz, já não lhe cabia mais apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. “O intérprete torna-

se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis” (BARROSO, 2005, p. 9).

Estas transformações, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas pelas diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação, a saber: as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. A título de exemplo, pode-se citar aqui as divergências existentes quando à interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana expressa por dois juristas da nova geração e criados no mesmo ambiente acadêmico: Ana Paula de Barcellos (2011) situa o mínimo existencial no âmbito da dignidade humana e dele extrai os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça. Dessa posição diverge Daniel Sarmento, por entender inadequada a escolha de algumas prestações sociais, com exclusão de outras que, a seu ver, são igualmente direitos fundamentais, como o direito à "saúde curativa" (2010).

No exemplo de Barcellos e Sarmento citados acima, tem-se um ponto crucial onde se poderia existir mais de uma interpretação de magistrados, mesmo em se tratando de casos de conflitos aparentes de princípios. A utilização do método da ponderação de Ávila irá, assim, reduzir a discricionariedade das decisões judiciais, embora não se elimine a discricionariedade, uma vez que ela mesma é condição necessária surgida com o pós-positivismo.

É importante que se diga que o positivismo trouxe grandes avanços para as novas reflexões do pós-positivismo. Não se está aqui negando a relevância desse grande momento jurídico. A abordagem pós-positivista situa a pesquisa empírica em um quadro interpretativo mais amplo, uma vez que a configuração das sociedades atuais apresentam situações inovadoras em relação aos tempos pretéritos.

As explicações filosóficas trazidas por Lins (1964) para o caso é o de que:

Com o advento da mecânica quântica, da teoria do caos, na física, e da teoria da evolução, nas ciências biológicas, um número crescente de cientistas tem começado a rejeitar a visão de mundo de Parmênides em favor da concepção de fluxo de Heráclito. Da teoria quântica e do seu postulado de indeterminação, nós aprendemos que

vários aspectos do nível atômico da realidade são tão influenciados (ou co-determinados) por outras dimensões dos mesmos fenômenos, ao ponto que tais processos não podem mais ser descritos como determinados ou previsíveis. Além disso, essa pesquisa levou alguns físicos a argumentar que a explicação do comportamento de uma partícula depende, em parte significativa, do ponto de vista a partir do qual se observa. Ou seja, para explicar aspectos importantes do mundo físico, onde você está pode influenciar o que você vê. De um modo semelhante, a teoria do caos demonstrou que uma mudança infinitesimal em qualquer parte de um sistema pode provocar uma transformação do sistema em geral. Tais fenômenos empíricos seriam, assim, mais bem definidos como "entrelaçamentos participativos" do que como percepção de coisas objetivas que estão para além da subjetividade humana. Em suma, o entendimento tradicional do mundo físico como uma entidade estável ou fixa não é mais adequado.

Neste estudo, reconhece-se ser a realidade uma construção social: o foco necessariamente muda para a natureza do contexto situacional e para os processos discursivos que moldam tal construção. Não se entende a realidade como um fato estático da natureza (LINS, 1964). A luta dos magistrados está na tentativa de se chegar a uma decisão que represente um mundo mais rico e complexo em relação ao mundo que existia no passado. Isso seria, inclusive, uma busca pela construção histórica intersubjetiva das instituições jurídicas.

Continuando nossas observações, vale mencionar agora as definições acerca dos princípios.

1.1.1 Definição de Princípios

Existem várias definições do que sejam princípios e Humberto Ávila (2018) apresenta um panorama conceitual a esse respeito: Josef Esser entende que princípios são normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado; Karl Larenz afirma que os princípios são normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direto ou indiretamente, normas de comportamento – seriam pensamentos diretivos

de uma regulação jurídica existente ou plausível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas (a conexão entre uma hipótese de incidência e a consequência jurídica, de maneira em que os princípios indicariam somente a direção em que se está situada a regra a ser encontrada, como que determinando o primeiro passo condicionador de outros passos para a obtenção da regra).

Já Claus Wilhelm Canaris explica que duas características afastariam o princípio da regra – em primeiro lugar, está o conteúdo axiológico, pois, os princípios, ao contrário das regras, possuem um conteúdo axiológico explícito e carecem de regras para sua concretização; e em segundo lugar, ao modo de interação quanto às normas, pois os princípios, ao contrário das regras, recebem o seu conteúdo somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação; Ronald Dworkin concebe que os princípios não determinam a decisão jurídica e apenas contém fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios; e Robert Alexy informa que os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.

É comum também entender os princípios gerais do direito como “ (...) cânones (regras ou preceitos) que não foram ditados explicitamente pelo elaborador da norma, mas que estão contidos, de forma imanente, no ordenamento jurídico” (ATALIBA, 1998, p. 23). Dellaghezze (2019) tenta esclarecer que esses princípios são:

exigências do ideal de justiça a ser concretizado na aplicação do Direito, entre as quais, podem ser destacadas, como a equidade, que deve dosar a decisão, a ética, a moral, a solidariedade humana, a dignidade da pessoa, aos fins sociais da norma legal, na sua aplicação de determinada causa, e aos demais atributos que vigore no Ordenamento Jurídico.

Entende-se, então, que os princípios gerais de direito são a última salvaguarda do intérprete, pois este precisa se socorrer deles para integrar o fato ao sistema. Mas

a conceituação dos princípios não se dá de forma tão simples assim: existem várias teorias que conceituam os princípios a sua maneira.

Câmara (2014) esclarece que a Teoria Clássica entende que a jurisdição é ato de mera aplicação do Direito e o juiz é escravo da lei, dela não se podendo afastar. Cabe-lhe aplicá-la tal como está redigida, e assim o magistrado é uma “máquina de subsumir”. Ele explica que, para Giuseppe Chiovenda, famoso jurista italiano, a jurisdição é a:

função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no afirmar de torná-la, praticamente, efetiva (2014, p. 66).

Dellagnezze (2019) explica que isso significa dizer que a lei é a norma que rege toda a realidade fática. Cabe ao Estado exercer a função jurisdicional de forma restrita à atividade material do direito positivo. Vislumbra-se, portanto, que o exercício da jurisdição pelo Estado está delimitado a efetivar o que determina a lei e, por assim, dizer, declarar direitos já existentes.

Em outra perspectiva, Câmara (2014, p. 66) mostra que Francesco Carnelutti, outro importante jurista italiano, criador da Teoria da Lide, sustenta que:

a lide tem origem quando o conflito de interesses, resultante do concurso pelo mesmo bem, não se resolve de forma natural entre as partes. Neste caso, ambas as partes resistirão pretensão adversa, de modo que caberá ao Estado-juiz, detentor do poder-dever de jurisdição, dirimir tais conflitos e declarar direitos. Por esta razão, Carnelutti sustenta que a jurisdição é “uma função de busca da justa composição da lide”.

Geraldo Ataliba (1998, p. 78) afirmava que:

os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do Governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da Administração e da Jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; tem que ser prestigiados até as últimas consequências.

Há ainda entendimentos de autores pós-positivistas que divergem acerca da teoria dos princípios. O desentendimento principiológico não ocorria apenas na teoria clássica dos Princípios.

Canotilho (2018), famoso jurista português, ensina que os princípios são normas compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionalismos fáticos e jurídicos, enquanto que as regras impõem, permitem ou proíbem uma conduta, de forma imperativa, que é ou não cumprida. No caso de conflito, os princípios podem ser harmonizados, pesados conforme seu peso e seu valor em relação a outros princípios. Já as regras, se têm validade, devem ser cumpridas exatamente como prescritas, pois não permitem ponderações. Se não estão corretas, devem ser alteradas. Isso demonstra que a convivência dos princípios é conflitual – coexistem -, enquanto a das regras é antinômica – excluem-se.

Continua, Canotilho (2018, p. 1.415), sustentando que:

a existência de regras e princípios permitem a compreensão do Direito Constitucional, como um sistema aberto. Se o modelo jurídico estivesse formado apenas por regras, estaríamos restritos a um sistema fechado, com uma disciplina legal exhaustiva de todas as situações, alcançando a segurança, mas, impedindo que novas situações fossem abarcadas pelo sistema. Por outro lado, a adoção somente de princípios seria impossível, pois, diante de tal indeterminação (sem a existência de regras precisas), o sistema mostrar-se-ia “falho de segurança jurídica e, tendencialmente, incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema”.

Canotilho (2018) completa que os princípios apresentam a dimensão de peso ou importância, não sendo lógico falar em validade. Dentre os princípios aplicáveis ao caso concreto, será eleito aquele que apresentar maior peso relativo aos demais em face da situação analisada. Nesse contexto, faz sentido o questionamento: qual

princípio é mais importante nesse caso? Assim, será escolhido aquele que for eleito como sendo mais relevante. O princípio eventualmente deixado de lado continuará existindo e poderá ser evocado em outro momento, sem qualquer tipo de consequência a sua existência.

Dellaghezze (2019), com base em Canotilho, explica que todos os princípios, *a priori*, têm o mesmo valor e peso. Na hipótese de dois ou mais princípios colidirem, deve ser ponderado no caso concreto qual o princípio que deve prevalecer para fazer justiça. Não se resolve o conflito eliminando um dos princípios, do rol dos princípios. Também não se estabelece uma regra geral, pela qual um princípio prevalece diante de outro, e tampouco, se estabelece uma regra de exceção, pela qual, em tese, um princípio prevalece, mas que, em certos casos, pode prevalecer o outro. Assim, a rigor, não existe uma precedência absoluta de um princípio diante de outro, mas uma precedência condicionada.

Após essas breves considerações conceituais acerca do termo princípios, passe-se agora para algumas anotações sobre os princípios constitucionais da ordem econômica do Direito.

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

Antes de se começar a falar em princípios constitucionais econômicos, é importante se esclarecer questões gerais sobre a ordem econômica. Esta é o conjunto de normas positivadas ou não, que regulam o comportamento dos agentes econômicos - pessoas jurídicas ou físicas que, através de suas ações, contribuem para o pleno funcionamento do sistema econômico - famílias, empresas, mercado, Estado e o mundo. Cada um desses agentes econômicos possui uma importância específica na economia de um país, sendo alguns relevantes para a demanda e outros para a oferta (ULEN; COOTER, 2010).

A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 170, disciplina que a ordem econômica tem por fundamentos a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano. Isso significa dizer que cada cidadão brasileiro ou residente no país pode participar do mercado sem a necessidade de autorização ou aprovação do Estado: ou seja, se

você tem a possibilidade de abrir uma empresa, vender um produto e negociar o preço que lhe for mais justo, deve isto ao princípio da livre iniciativa e pode assim o fazê-lo. Existe no país apenas um controle sobre a concorrência, para que a economia não origine um capitalismo selvagem, com a exploração máxima do consumidor (ULEN; COOTER, 2010).

O objetivo da ordem econômico, ainda com previsão no artigo supra, é a existência digna a todos e à justiça social. Todos têm o direito de gozar de uma existência digna e justa socialmente. Ninguém pode ser explorado economicamente e ao ponto de se privar de uma vida humana, socialmente falando:

A associação entre liberalismo econômico e justiça social forma as bases do verdadeiro Estado Social. Do ponto de vista de uma economia periférica, como a brasileira, esse modelo busca garantir que o desenvolvimento econômico esteja necessariamente associado à concretização dos direitos da pessoa humana (TAVARES; GAMA, 2022, p. 32).

Gama (2022) relembra que a Constituição destina o título VII de seu corpo para introduzir a chamada Ordem Econômica e Financeira, trazendo ainda, no capítulo I, os princípios constitucionais da atividade econômica: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Esses seriam, então, os fundamentos, finalidades e princípios da ordem econômica. E é nessa seara que reside o Direito Econômico. Trata-se de um ramo do Direito formado por normas jurídicas que regulam a produção e a circulação de produtos e serviços, com vista ao desenvolvimento econômico do país, principalmente no tocante ao controle do mercado interno, à luta e disputa lá estabelecida entre as empresas, bem como aos acertos e arranjos feitos para explorarem o mercado

(CARVALHOSA, 2013). A economia de um país possui regras naturais que não podem sofrer abuso do poder estatal no que se refere ao seu modo de acontecer.

O Direito Econômico debruça-se sobre os limites de intervenção do Estado na economia de um país. Vale lembrar que, quando se menciona meios de intervenção do Estado na economia, consideram-se as privatizações, o fomento, as parcerias entre o setor Público e o Privado e a desregulamentação.

Assim, o Estado estabelece políticas específicas - a exemplo da não taxação do IPVA de veículos automotores em prol do incentivo à sustentabilidade -, coibindo condutas – como a proibição de formação de cartéis, lucros arbitrários e abusivos, concentração de renda -, e prevendo as formas de fiscalização, regulação e participação do Estado na atividade – a divisão de competências tributárias dos entes federativos, por exemplo – que são fiscalizadas pelos órgãos competentes com base nos fundamentos do Direito Econômico dentre outros.

Também, somente na CF/88, o Direito Econômico foi nominal e positivamente incluído, em seu art. 24, inciso I, onde se aduz competir concorrentemente à União, Estados e Distrito Federal legislar sobre o mesmo:

Assim sendo, a União é competente para o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º), cabendo aos Estados a competência suplementar em tais casos (art. 24, § 2º). Em não havendo normas gerais sobre determinado tema, os Estados exercerão competência legislativa plena sob suas peculiaridades (art. 24, § 3º), sendo a eficácia da lei estadual suspensa quando da superveniência de lei federal (art. 24, § 4º) (TOLEDO SILVEIRA, 1997).

Sobre suas origens:

Alguns autores consideram o Direito Econômico como surgido na década de vinte, quando, após a Primeira Guerra, as condições econômicas dos países e, conseqüentemente, de sua população estavam completamente desfavoráveis, chegando este desequilíbrio a culminar na famosa crise de 29. Alternativas foram-se criando para o contorno daquela instabilidade financeira e recessão por que se passava. Dentre elas surgiram as socializações, a reforma agrária, o controle de preços e de câmbios. Todas essas situações tratavam de

questões econômicas, não tendo sido cabíveis em nenhum dos ramos do Direito vigente à época. Seu agrupamento, apesar de não codificado, teria originado o Direito Econômico (TOLEDO SILVEIRA, 1997).

O Direito Econômico também possui um agrupamento de normas reguladoras ou disciplinadoras de construções culturais de natureza jurídica a que se denominam de institutos:

Trata-se da reunião de diversas normas que lidem, abordem, disponham sobre fatos concretos, reais, empíricos, interrelacionados entre si e que possuam alguma relevância jurídica. Através deste agrupamento de normas, cria-se uma sistematização das mesmas, de forma a facilitar sua compreensão como características de determinado ramo do Direito. Assim como as regras de Direito Econômico, os institutos funcionam como importante mecanismo no qual o intérprete da lei pode-se pautar para a complementação e enriquecimento do conhecimento, de forma a se obter uma hermenêutica fundamentada (TOLEDO SILVEIRA, 1997).

Podem-se citar como esses institutos: intervenção, repartição (políticas econômicas são traçadas de forma a se atribuir a cada componente da sociedade uma parte da riqueza criada - renda (ganho sem trabalho), salário, lucro, juros -, planejamento (elaboração da 'peça técnica' até a sua transformação em Lei do Plano. Por ele, o Estado estabelece suas metas e os meios para as atingir), produção (matéria-prima, trabalho, capital e organização), circulação (mercado, procura e oferta de bens e serviços, moeda, crédito e preços) e consumo.

Ainda existem as regras do Direito Econômico, que aqui se citam apenas para fins didáticos: equilíbrio, equivalência, recompensa, liberdade de ação, primazia da realidade social, interesse social, indexação, utilidade pública, oportunidade, razão, irreversibilidade e precaução.

Como princípios do Direito Econômico, e aqui não se confunda com os princípios da ordem econômica, tem-se: Princípio da Economicidade - o Estado deve focar suas políticas públicas de planejamento em atividades economicamente viáveis

(art. 70; 3º, II; 170, caput e 174, caput, CF/88); e Princípio da Subsidiariedade - Ao Estado só é permitido atuar na Economia subsidiariamente - está relacionado à intervenção do Estado no domínio Econômico em sentido estrito (art. 173 da CF/88) (SOUZA, 1980). Vale lembrar que, no princípio da economicidade:

Muitas vezes, a solução mais vantajosa para a situação não se trata daquela mais lucrativa em termos financeiros, capitalistas. Tudo dependerá da finalidade que se busca atingir. Se se almeja, por exemplo, o alcance da instalação telefônica em meios rurais de difícil acesso, apesar de ser uma obra extremamente dispendiosa e de pouco retorno financeiro, em se concretizando tal meta, o objetivo social terá sido realizado, embora não sejam auferidos lucros em matéria de rendas e sim de benefícios para a população (TOLEDO SILVEIRA, 1997).

Note-se uma:

necessidade de flexibilidade das normas de Direito Econômico face às diversas circunstâncias com que este se depara, ao longo da trajetória econômica de um país. Um mesmo fato em contextos distintos pode levar a decisões inteiramente contrárias, sem a ocorrência de qualquer contradição. Trata-se de simples ajuste ao dispositivo constitucional adequado para situações individualizadas, realizado pelo instrumento harmonizador da economicidade. (...) Essa 'maior vantagem' há de ser adequada aos objetivos constitucionalmente definidos. Permite, destarte, a opção mais justa ou recomendável, em política econômica, a ser realizada pelo aplicador ou intérprete da norma, quando da realização concreta de situações hipoteticamente previstas. O ideal é que se consiga conciliar aquilo tomado como certo economicamente, com o considerado justo juridicamente. Em caso de incompatibilidade, deve prevalecer o justo. Afinal a 'linha de maior vantagem' é pautada em termos do 'valor justiça'. Restringe-se o arbítrio, o poder de decidir do aplicador, o qual se deve ater às disposições constitucionais e princípios hermenêuticos, preterindo-se qualquer subjetividade.

Observe-se a ponderação do princípio tomando-se como base, segundo Souza (1961), o fundamento e o objetivo da ordem econômica nacional vigente:

No caso brasileiro atual, a ideologia que se adotou com a Constituição Federal de 1988 foi a neo-liberal, isto é, conciliaram-se ditames puramente liberais com outros socializantes. Se se considerar a Constituição Federal de 1891, notar-se-á, claramente, a ideologia estritamente liberal da mesma (TOLEDO SILVEIRA, 1997).

Sobre os princípios constitucionais da ordem econômica, o art. 170 da CF/88 traz nove princípios constitucionais da ordem econômica: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, o já transcrito acima princípio da livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca de pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituída sob as leis brasileiras, que tenham sua sede e administração no país (GRAU, 2005).

De todos eles, interessa a este estudo o princípio da proteção ao meio ambiente. Isso porque ele se imiscui aos princípios do Direito Ambiental. Trata-se de um princípio promotor de uma existência digna à pessoa humana, e garantidor da justiça social. Ele tem relação direta com o princípio do desenvolvimento sustentável, que aúfere o comprometimento dos agentes econômicos com atividades que não resultem em danos que prejudiquem o desenvolvimento ambiental, bem como a atividade ambiental sustentável. O princípio da proteção ao meio ambiente é um demonstrativo de que a ordem econômica não pode ser concebida como a um entrave à efetivação do estado de bem-estar socioambiental (DERANI, 2001).

O Direito Constitucional Econômico é um conjunto de normas constitucionais que tratam da política econômica do Estado, elaborada a partir da ideologia adotada. Essa política econômica se apresenta na Constituição como temas econômicos, constituindo-se assim na conhecida Constituição Econômica (FERREIRA FILHO, 2022). Trata-se, basicamente, do assunto econômico se juridicizando em grau constitucional:

Em síntese, política econômica estatal é um conjunto de decisões públicas dirigidas a satisfazer as necessidades sociais e individuais, com um menor esforço, diante de um quadro de carência de meios. É, ainda, uma das espécies do gênero políticas públicas (CLARK, 2008).

Nesse sentido, é importante que se entenda que a Constituição Econômica precisa primar pelo desenvolvimento econômico do país (BERCOVICI, 2005). Dentre essas ações econômicas, pode-se citar a:

(...) compra e venda de moeda estrangeira; elevação ou redução dos tributos; ampliação do volume da moeda nacional na economia; edição de normas legais de remessa de lucros ao exterior, de repressão ao poder econômico e de defesa do consumidor; emissão de títulos públicos no sistema financeiro que conseqüentemente influenciarão nos juros a serem pagos pelo Estado (CLARK, 2008).

A depender dessas ações econômicas do Estado, pode-se ter a:

(...) concessão de créditos subsidiados a setores econômicos; cessão de terras públicas ou redução de exigências burocráticas a fim incentivar o turismo; realização de obras governamentais em prol do crescimento modernizante; estatização ou nacionalização de atividades econômicas; criação de agências reguladoras produtoras de marcos legais para o mercado; abertura de empresas estatais fabricantes de bens e prestadoras de serviços, voltadas ao desenvolvimento sustentável etc (CLARK, 2008).

No conjunto dessas medidas em busca do desenvolvimento econômico do país, é preciso estar embutido o respeito ao meio ambiente por este ser um direito humano fundamental presente em nossa Constituição. É neste momento em que aparecem os princípios constitucionais econômicos: trata-se de princípios da Constituição que abordam questões da ordem econômica nacional. Entende-se aqui que eles devem estar imbrincados com o interesse de proteção ao meio ambiente, bem como com a dignidade da pessoa humana (FENSTERSEIFER, 2008).

No caso do Brasil, defende-se aqui a importância de um direito constitucional econômico com viés sustentáveis. Acredita-se que isso é possível com o entrelaçamento do princípio da precaução ao princípio da ordem econômica do Estado, sobretudo quando da colisão aparente desses princípios. E mais, nada mais

pertinente que a utilização do método da ponderação de Humberto Ávila nesses momentos, a fim de se reduzir, ao máximo, a discricionariedade das decisões judiciais dos magistrados. São, então, os princípios ambientais que se abordarão a seguir, com foco no princípio da precaução.

1.3 PRINCÍPIOS AMBIENTAIS

Os princípios do direito ambiental são construções eminentemente doutrinárias inferidas dos textos legais e das declarações internacionais de Direito. Por isso mesmo que sua quantidade e denominação variam de um autor para outro (ANTUNES, 2000, p. 102).

É comum aparecerem princípios como os da cooperação, poluidor-pagador, ônus social e precaução, segundo Derani (2001); ou mesmo direito humano fundamental, desenvolvimento, democrático, precaução, prevenção, equilíbrio, limite, responsabilidade, poluidor-pagador, para Antunes (2005); ou, de acordo com Edis Milaré (2004), princípios como os do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, natureza pública da proteção ambiental, controle de poluidor pelo Poder Público, consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento, participação comunitária, poluidor-pagador, prevenção, função social da propriedade, desenvolvimento sustentável e cooperação entre os povos.

O Decreto 5.098, que dispõe sobre a criação do Plano Nacional de Prevenção, Preparação e Resposta Rápida a Emergências Ambientais com Produtos Químicos Perigosos - P2R2, prevê, em seu artigo segundo, a seguinte redação a esse respeito:

Art. 2º São princípios orientadores do P2R2, aqueles reconhecidos como princípios gerais do direito ambiental brasileiro, tais como:

- I - princípio da informação;
- II - princípio da participação;
- III - princípio da prevenção;
- IV - princípio da precaução;
- V - princípio da reparação; e
- VI - princípio do poluidor-pagador.

Em que pese as suas sutis distinções entre cada um deles, percebe-se a prioridade da prevenção como inerente a suas essências conceituais. Isso é reforçado com o pensamento de Neves (2021) e Molinaro et al (2008) sobre a importância que as sociedades do século XX passaram a conferir ao outro: tratava-se de uma questão ética a preocupação com o outro, embutida junto a uma noção de equilíbrio entre deveres e direitos. Quando não se preocupava com o outro nos tempos de outrora, privilegiava-se apenas os direitos. A partir do momento em que se passa a dar importância ao outro também, muda-se o foco para a necessidade da paridade entre os deveres e os direitos.

Assim, a prevenção para a manutenção da preservação do meio ambiente junto ao desejo de melhoramento deste para as gerações vindouras se tornou o cerne das discussões a respeito da proteção ao meio ambiente e os direitos fundamentais.

O princípio da prevenção se refere à importância da prevenção ambiental a fim de se evitar quaisquer danos ao meio, visto que “uma vez ocorrido qualquer dano ambiental, sua reparação efetiva é praticamente impossível”. A natureza depende de um processo de profundo equilíbrio, por isso, qualquer fator modificador num ecossistema é capaz de afetar uma cadeia inteira da fauna e da flora. Seu objetivo é chamar o apoio da sociedade e do Poder Público para evitar a degradação ambiental (FIORILLO, 2010).

Embora semanticamente *precaução* e *prevenção* sejam conceitos parecidos, juridicamente, são princípios distintos, pois há uma diferença fundamental entre o que se é pretendido por meio de um e de outro. O princípio da prevenção abarca a ideia de uma intenção em se evitar o dano que já se sabe poder ocorrer. Já o princípio da precaução se faz presente principalmente naqueles casos em que não podemos ter a certeza científica se um empreendimento é mesmo capaz de causar algum dano ambiental, e por isso se tem a intenção de evitar qualquer risco de que tais danos possam ocorrer (FIORILLO, 2010).

Medeiros (2013, p. 82) explica que o melhor caminho para a efetivação da defesa do meio ambiente, indubitavelmente, passa por um processo de conscientização, a incutir nas mentes da população a verdadeira necessidade de preservar aquilo que está intimamente relacionado com a sua própria subsistência: o

bem ambiental. A prevenção e a preservação devem ser concretizadas por meio de uma consciência ecológica, a qual deve ser desenvolvida através de uma política de educação ambiental. De fato, é a consciência ecológica que propiciará o sucesso no combate preventivo do dano ambiental.

Medeiros (2013, p. 83) orienta que se deve ter em vista que a nossa realidade ainda não contempla aludida consciência, de modo que outros instrumentos tornam-se relevantes na realização do princípio da prevenção. Alguns instrumentos são usados para se punir o dano ambiental, como o estudo prévio de impacto ambiental (EIA/ RIMA), o manejo ecológico, o tombamento, as liminares, as sanções administrativas etc. Todavia, não podem a sociedade e o Estado contentarem-se em reparar e reprimir o dano ambiental. Urge ser feita atuação preventiva mediante a utilização de instrumentos que antecipem sua ocorrência.

Nesse diapasão, Édis Millaré (2004) ressalta a assertiva, costumeiramente repetida, de que os objetivos do Direito Ambiental são fundamentalmente preventivos, afirmando que sua atenção volta-se para o momento anterior ao da consumação do dano, o momento do mero risco. Logo, tendo em vista a pouca valia da reparação, naturalmente incerta e, quando possível, extremamente onerosa, revela-se a prevenção como a melhor, quando não a única, solução.

Trata-se de uma maneira de se fazer as coisas no mundo de forma preventiva, e não corretiva. As pessoas agem de maneira corretiva: corrigem o que deu errado. É preciso que se passe a agir de maneira preventiva: prevenindo os erros, fazendo manutenção das coisas, cuidando, zelando.

1.3.1 O Princípio da Precaução na Constituição e na legislação Infraconstitucional

O princípio da precaução envolve o entendimento, como rapidamente aludido anteriormente, de se “(...) permitir a tomada de medidas que evitem danos ao ambiente, mesmo sem certeza científica, é meio hábil para tutelar o meio ambiente, não podendo, contudo, dissociar-se da proporcionalidade” (RAYANELO; LUNELLI, 2020, p. 138). O princípio da precaução promove a proteção ao meio ambiente na

medida em que obriga, a partir da constatação ou iminência de um dano ambiental, a tomada de medidas precaucionais de forma emergencial. Isso porque em muitos casos não há como se reparar o dano ambiental causado.

Aragão (2013, p. 9) explica que:

A incerteza é precisamente o elemento distintivo entre o princípio da prevenção e da precaução. Se o risco for futuro, mas certo — ou pelo menos com uma probabilidade muito elevada — é o princípio da prevenção que obriga o decisor a tomar medidas de evitação. Se o risco for incerto, então estamos no domínio da precaução e é ele o único fundamento das medidas evitatórias do risco.

O princípio da precaução está implícito em nossa Constituição e também em normas infraconstitucionais. O art. 225, §1º, V e VII, da CF, apresenta a necessidade de prevenção dos riscos ambientais. Também está presente “no ordenamento constitucional através da obrigação de realização do estudo prévio de impacto ambiental para as atividades degradadoras do meio ambiente” (RAYANELLO; LUNELLI, 2020, p. 143).

Rayanello e Lunelli (2020, p. 144) mostram que,

(...) na legislação infraconstitucional, o princípio foi consagrado no art. 2º do Decreto Federal nº 5.098/2004 (Plano Nacional de prevenção, preparação e resposta rápidas e emergências ambientais com produtos químicos perigosos) tratando de acidentes com cargas perigosas. Está previsto na Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, a qual tende a precaver a sociedade contra possíveis danos que possam ser causados ao meio ambiente e tem como objetivo a preservação e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida. O princípio foi consagrado expressamente no art. 54, §3º, da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), que penaliza criminalmente quem deixar de adotar medidas precaucionais exigidas pelo Poder Público (...). A mesma lei acima referida, prevê ainda em seu art. 70, que a violação do Princípio da Precaução pode ocasionar uma infração administrativa (...). Destaca Nogueira (2004), ainda, que o Brasil assinou e ratificou a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, produto da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, que enuncia expressamente, em seu artigo 3º, o Princípio da Precaução.

Percebe-se a gama de fundamentação teórica relativa ao princípio da precaução. A seguir, debruçar-se-á um pouco mais a esse respeito.

No Brasil já existem diversas referências legais a esse princípio, já que o artigo 5º do Decreto nº 4.297/02 determina a observância da precaução em relação ao zoneamento ecológico-econômico, entre outros princípios do Direito Ambiental, e o §3º do artigo 53 se refere à precaução como instrumento de proteção do meio ambiente. Além do mais, para alguns autores esse princípio estaria implícito no inciso IV do §1º do artigo 225 da própria Constituição Federal, que exige o estudo prévio de impacto ambiental (Epia) em relação às atividades potencial ou efetivamente causadoras de significativa degradação ambiental (COLOMBO, 2014):

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

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

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

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;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

VIII - manter regime fiscal favorecido para os biocombustíveis destinados ao consumo final, na forma de lei complementar, a fim de assegurar-lhes tributação inferior à incidente sobre os combustíveis fósseis, capaz de garantir diferencial competitivo em relação a estes, especialmente em relação às contribuições de que tratam a alínea "b" do inciso I e o inciso IV do caput do art. 195 e o art. 239 e ao imposto a que se refere o inciso II do caput do art. 155 desta Constituição.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas. § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

A Constituição Federal 1988 apresenta, inclusive, um rol de artigos que enfatizam a importância da preservação e proteção ao meio ambiente por todos os entes federativos do Brasil e vários órgãos administrativos, demonstrando assim haver uma alusão implícita também ao princípio da precaução. Em seu artigo 23, tem-se que “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; [e] VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;” são deveres administrativos de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No âmbito legiferante, é de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal. Continuando, no artigo 170 da Constituição, ainda se destaca a necessidade de a ordem econômica assegurar a proteção ao meio ambiente. No

artigo 174, também diz que a atividade garimpeira deve proteger o meio ambiente, ao deixar a cargo do Estado essa proteção:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

O artigo 186 da Constituição estabelece que a função social da propriedade só será cumprida se houver também a preservação do meio ambiente:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

(...)

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

O artigo 200, ainda da Constituição 1988, informa que é atribuição do Sistema único de Saúde também a proteção do meio ambiente, entendido, inclusive, com uma dimensão mais ampla do que simplesmente fauna e flora, mas também o ambiente laboral:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O artigo 220 estipula, inclusive, que lei federal deve garantir a proteção do meio ambiente quando de manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 3º Compete à lei federal:

(...)

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Isso denota a importância primordial do meio ambiente para nossa nação, a partir do momento em que atribui a todos os entes federativos competentes para os atos devidos a atividade de cuidar do meio ambiente.

O Código Florestal brasileiro, em seu art. 41, aduz ser:

(...) o Poder Executivo federal autorizado a instituir, sem prejuízo do cumprimento da legislação ambiental, programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, bem como para adoção de tecnologias e boas práticas que conciliem a produtividade agropecuária e florestal, com redução dos impactos ambientais, como forma de promoção do desenvolvimento ecologicamente sustentável, observados sempre os critérios de progressividade, abrangendo as seguintes categorias e linhas de ação:

I - pagamento ou incentivo a serviços ambientais como retribuição, monetária ou não, às atividades de conservação e melhoria dos ecossistemas e que gerem serviços ambientais, tais como, isolada ou cumulativamente:

- a) o sequestro, a conservação, a manutenção e o aumento do estoque e a diminuição do fluxo de carbono;
- b) a conservação da beleza cênica natural;
- c) a conservação da biodiversidade;
- d) a conservação das águas e dos serviços hídricos;
- e) a regulação do clima;
- f) a valorização cultural e do conhecimento tradicional ecossistêmico;
- g) a conservação e o melhoramento do solo;
- h) a manutenção de Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito;

II - compensação pelas medidas de conservação ambiental necessárias para o cumprimento dos objetivos desta Lei, utilizando-se dos seguintes instrumentos, dentre outros:

- a) obtenção de crédito agrícola, em todas as suas modalidades, com taxas de juros menores, bem como limites e prazos maiores que os praticados no mercado;
 - b) contratação do seguro agrícola em condições melhores que as praticadas no mercado;
 - c) dedução das Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito da base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, gerando créditos tributários;
 - d) destinação de parte dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso da água, na forma da para a manutenção, recuperação ou recomposição das Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito na bacia de geração da receita;
 - e) linhas de financiamento para atender iniciativas de preservação voluntária de vegetação nativa, proteção de espécies da flora nativa ameaçadas de extinção, manejo florestal e agroflorestal sustentável realizados na propriedade ou posse rural, ou recuperação de áreas degradadas;
 - f) isenção de impostos para os principais insumos e equipamentos, tais como: fios de arame, postes de madeira tratada, bombas d'água, trado de perfuração de solo, dentre outros utilizados para os processos de recuperação e manutenção das Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito;
- III - incentivos para comercialização, inovação e aceleração das ações de recuperação, conservação e uso sustentável das florestas e demais formas de vegetação nativa, tais como:
- a) participação preferencial nos programas de apoio à comercialização da produção agrícola;
 - b) destinação de recursos para a pesquisa científica e tecnológica e a extensão rural relacionadas à melhoria da qualidade ambiental.

Nota-se que a legislação brasileira possui vários momentos em que o constituinte aborda o meio ambiente. O problema central reside na aplicação, monitoração e avaliação e correção da política ambiental brasileira. É preciso que o princípio da precaução seja parte constitutiva dos planos de desenvolvimento econômicos sustentáveis dos Estados, com uma estratégia de planejamento que envolva essas etapas. Isso porque crescer e desenvolver tem que ser entendido como um avanço econômico global que não destrua os recursos naturais do planeta. O princípio da precaução estabelece um dever de problematizar os riscos.

O Plano Nacional de Prevenção, Preparação e Resposta Rápida a Emergências Ambientais com Produtos Químicos Perigosos - P2R2 possui como diretrizes dispostas em seu art. 3º para a gestão do meio ambiente nacional:

- I - elaboração e constante atualização de planejamento preventivo que evite a ocorrência de acidentes com produtos químicos perigosos;
- II - identificação dos aspectos legais e organizacionais pertinentes a tais ocorrências;
- III - criação e operação de estrutura organizacional adequada ao cumprimento das metas e dos objetivos estabelecidos no P2R2;
- IV - estímulo à adoção de soluções inovadoras que assegurem a plena integração de esforços entre o poder público e a sociedade civil, especialmente no âmbito dos Estados e Municípios;
- V - definição das responsabilidades respectivas do poder público e dos setores privados em casos de acidentes com produtos químicos perigosos, e dos compromissos a serem assumidos pelas partes de proteger o meio ambiente e a saúde da população;
- VI - desenvolvimento e implementação de sistemas de geração e compilação de informações essenciais à execução eficaz do P2R2, integrando as ações de controle (licenciamento e fiscalização) e de atendimento a emergências, com as atividades de produção, armazenamento, transporte e manipulação de produtos químicos perigosos, bem como assegurando ao cidadão o acesso à informação sobre os riscos de acidentes com produtos químicos perigosos;
- VII - mobilização de recursos humanos e financeiros apropriados e suficientes para assegurar os níveis de desempenho estabelecidos pelo P2R2;
- VIII - fortalecimento da capacidade de gestão ambiental integrada dos órgãos e instituições públicas no âmbito federal, distrital, estadual e municipal, para o desenvolvimento de planos de ações conjuntas, no atendimento a situações emergenciais envolvendo produtos químicos perigosos, estabelecendo seus níveis de competência e otimizando a suficiência de recursos financeiros, humanos ou materiais, no sentido de ampliar a capacidade de resposta; e
- IX - aperfeiçoamento contínuo do P2R2 por meio de processo sistemático de auditoria e avaliação do desempenho e da revisão periódica das diretrizes, dos objetivos e das metas.

Ana Carolina Casagrande Nogueira esclarece que:

O 'princípio de precaução', por sua vez, é apontado, pelos que defendem seu status de novo princípio jurídico-ambiental, como um desenvolvimento e, sobretudo, um reforço do princípio da prevenção. Seu fundamento seria, igualmente, a dificuldade ou impossibilidade de reparação da maioria dos danos ao meio ambiente, distinguindo-se do princípio da prevenção por aplicar-se especificamente às situações de incerteza científica (2004, p. 199)

Paulo Affonso Leme Machado (2006, p. 54) complementa, afirmando que:

A precaução age no presente para não se ter que chorar e lastimar o futuro. A precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, mesmo incerto, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo.

Para Silveira (2013), é necessário proibir a utilização da incerteza científica como desculpa, é preciso colocar em pauta os riscos produzidos, definir responsabilidades e decidir acerca de cenários toleráveis e intoleráveis. O princípio da precaução não estabelece quais medidas devem ser tomadas, apenas afirma que a inércia não é aceitável.

O referido princípio deve estar expresso nos objetivos do plano de desenvolvimento de cada estado, ser conceituado como um dos fundamentos da política econômica do estado, estar presente nas ferramentas metodológicas de monitoramento e fiscalização das ações a serem desenvolvidas no âmbito econômico, fazer parte das estratégias econômicas aplicadas e, sobretudo, ser um dos indicadores do conjunto de metas a serem atingidas.

Em pesquisa documental realizada na internet nos sites dos governos estaduais, consultando os planos de desenvolvimento econômico dos Estados brasileiros, percebeu-se que nenhum deles abordava o princípio da precaução. Muito se falava teoricamente em desenvolvimento econômico sustentável, mas não se observou menção alguma ao princípio da precaução muito menos estratégias metodológicas e avaliativas condizentes com este princípio. A Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento consagrou pioneiramente esse princípio no âmbito internacional (NOGUEIRA, 2004).

Entende-se essa realidade como um ponto negativo porque não se observa uma preocupação com a prevenção dos riscos ambientais em caso de uma iminente, ou mesmo dano ambiental. Merece ser citado o Estado de Minas Gerais, que em períodos recentes apresentou o maior grupo de danos ambientais em um curto espaço

de tempo. O plano de desenvolvimento econômico sustentável mineiro também não faz menção alguma ao princípio da precaução.

É preciso que se mude essa realidade e que o princípio da precaução esteja mais vívido nos planos de desenvolvimento econômico de nossos Estados brasileiros. Não se pode aceitar que o rótulo de sustentabilidade apenas faça parte dos títulos desses planos, sem que de fato ações, estratégias, objetivos, ferramentas, metas ilustrem, de maneira clarividente, que o princípio da precaução está ali presente.

Mas existem requisitos básicos necessários para a aplicação do princípio da precaução. É isso o que se verá a seguir.

1.3.1.1 Requisitos para a Aplicação: risco de dano, incertezas científicas e inversão do ônus da prova

São dois os requisitos para aplicação do princípio da precaução: a existência de riscos graves, a existência de incertezas significativas quanto aos riscos e a inversão do ônus da prova. Entenda-se por riscos os relativos a danos ambientais ou ecológicos, à saúde pública, à segurança pública, à segurança dos consumidores, etc.

Sobre o risco de dano, Ost (2005, p. 90) traz uma excelente classificação temporal do mesmo:

Em um “primeiro tempo”, o da sociedade liberal do século XIX, o risco assume a forma de acidente: acontecimento exterior e imprevisto, álea, golpe da sorte, ele é simultaneamente individual e repentino. Nos melhores dos casos, pode-se prevenir-se deles. Diante desse risco-acidente, a noção é retroativa curativa (indenização posterior ao dano), ou prudentemente prospectiva (segurança individual e previdência). A noção que interessa ao presente estudo é a prudentemente prospectiva. Em um “segundo tempo” da história do risco, ocorre a emergência da noção de prevenção. Esta é entendida como uma atitude coletiva, racional e voluntarista, que se propõe a reduzir a probabilidade da chegada e da gravidade do risco – um risco doravante objetivo e mensurável. Situa o autor esse segundo tempo do risco no início do século XX, quando são lançadas as bases do Estado Social e da sociedade previdenciária, marcada pela

prevenção de doenças (com a descoberta pasteuriana), pela prevenção de crimes (com a política de defesa social), pela prevenção de acidentes (com as ciências da seguridade) e pela prevenção da miséria e da insegurança social (com as previdências sociais). A esse domínio científico do risco, existe o domínio jurídico, marcado por um direito generalizado à segurança. Marco desse segundo tempo é a evolução da teoria da responsabilidade objetiva, consubstanciada na máxima de que a vítima seja indenizada por um prejuízo causado por um ator econômico ainda que não exista a prova da culpa. O “terceiro tempo” do risco, a fase atual em que vivemos, é marcado pelo risco enorme e catastrófico, irreversível, mais ou menos previsível, que frustra nossas capacidades de prevenção e de domínio, levando, desta vez, a incerteza para o centro de nossos saberes e poderes, como o risco sanitário do sangue contaminado, o risco alimentar causado pela “doença da vaca louca” e, também, os riscos tecnológicos causados por centrais nucleares, pelo aquecimento global e pelo buraco na camada de ozônio.

No tocante à gravidade dos riscos, pode-se dizer que algo é grave considerando-se critérios científicos de gravidade e indiciadores de inaceitabilidade social. Aragão (2013, p. 6) cita as pesquisadoras Nancy J. Myers e Carolyn Raffensperger, do MIT, para apresentar os critérios de classificação da gravidade de algo como sendo:

a irreversibilidade (como perdas de biodiversidade ou de funções ecossistêmicas), o alargamento (impactos que se estendem para lá das fronteiras políticas ou biológicas), a cumulatividade (por exemplo, a acumulação ou a exacerbação de riscos ambientais já existentes), a involuntariedade (riscos que ocorrem sem possibilidade de escolha, nem consulta, nem notificação das vítimas); a injustiça da distribuição dos riscos (quando quem suporta os riscos não é quem beneficia das vantagens); potenciação (quando o risco é susceptível de provocar danos em cadeia).

Ainda existe uma classificação relativa ao nível da gravidade do risco, como muito ou pouco grave:

pode ser baseada nas características das actividades (a sua

natureza, a sua dimensão e a sua localização) ou nos impactes ambientais das actividades (a extensão, a frequência, a magnitude, a complexidade, a probabilidade, a duração, a natureza transfronteiriça do impacte ou a reversibilidade)” (ARAGÃO, 2013, p. 7).

Esses critérios seriam os atribuídos à gravidade objetiva, relacionados com elementos quantitativos. Existem ainda os referentes à gravidade subjetiva, relativos a elementos qualitativos: trata-se dos riscos que geram alarme social. Michel Franc (2003, p. 360) possui interessante reflexão sobre essa questão do risco: “o tratamento jurídico do risco é antigo. O que é novo é a evolução dos próprios riscos e a percepção, pela sociedade, do risco admissível ou tolerado¹”. Aragão (2013, p. 8) complementa que a:

evolução descendente do limiar da aceitabilidade social dos riscos é bem visível, hoje em dia, nas exigências, muito maiores, de segurança alimentar e de garantia quanto a produtos defeituosos, e na tolerância, muito menor, em relação à aleatoriedade dos cuidados médicos (a chamada álea médica) e aos riscos farmacêuticos. Não podemos, portanto, ignorar que além dos riscos cientificamente elevados, há também riscos socialmente muito elevados

Quanto à incerteza científica, Beck (2006, p. 86) explica que os riscos da modernização permanecem “invisíveis e não provados pela racionalidade científica”. Ewald (1996, p. 32) complementa dizendo que “utiliza-se a ciência como forma de suspeita” na aplicação do princípio da precaução.

Sands (2004, p. 32) explica que:

A Declaração Ministerial de Bergen, por exemplo, dispõe que “a falta de certeza científica não deve ser usada para adiar medidas para impedir a degradação ambiental”. Na Declaração do Rio/92, a

1 Texto original: “le traitement juridique du risque est ancien. Ce qui est nouveau, c'est l'évolution des risques eux-mêmes et la perception, par la société, du risque admissible ou toléré »

exigência foi considerada obrigatória: a falta de total certeza científica “não deverá ser usada” para impedir a ação. A incerteza científica, ao contrário de permitir a atividade potencialmente danosa, impede-a como elemento essencial do princípio da precaução.

Wedy (2015) bem explicita que:

A incerteza científica que deve ser tomada para fins de aplicação das medidas de precaução, em face da ausência de certezas absolutas, deve ser referente ao risco de dano antes que a tese possa ser afastada por outras teorias cientificamente comprovadas. Assim, a incerteza científica qualifica-se como a incerteza no tempo, por isso intimamente conectada com a questão do risco de dano grave e/ou irreversível, pois importa em incerteza científica da ocorrência desse dano.

As incertezas científicas relativas à diversidade biológica podem ser de três sortes, segundo Myers (1993, p. 74): (a) incerteza sobre a apreciação do peso da ameaça sobre uma determinada espécie da fauna ou da flora; (b) incerteza sobre os dados biológicos das próprias espécies; e (c) incerteza sobre o valor econômico ou de outra natureza quanto às espécies consideradas.

Wedy (1993, p. 86) lembra que:

Em face da incerteza científica, o princípio da precaução foi reconhecido no Direito Comunitário europeu, no caso da “doença da vaca louca”, ao se admitir a legitimidade do embargo francês e alemão à carne da vaca inglesa. No mesmo sentido, a incerteza científica também foi um dos motivos invocados pela Comunidade Europeia no embargo à carne proveniente de bovinos alimentados com hormônios nos Estados Unidos e no Canadá. Nesse último caso, é necessário ressaltar a oposição da Organização Mundial do Comércio à imposição da medida de precaução.

Mota (2006, p. 250) lembra que:

o princípio da precaução envolve uma percepção inicial de riscos,

diante da inexistência de certezas, inclusive quanto às percepções científicas. Certo é, todavia, que não se pode contar com uma estimativa ponderada do senso comum do público, estando este tomado pela emoção e por ondas de histeria a direcionar a atenção para determinados riscos, desconsiderando outros, nem com análises falhas de risco. Neste ponto, reside a importância da constatação de uma real incerteza científica, que justamente é a base mais sólida para uma adoção do princípio da precaução não influenciada pelo clamor público e por emotividades coletivas.

Wedy (1993) ainda lembra que se deve conferir, ainda, muita atenção a essa questão da classificação da certeza ou incerteza da ciência sob a ótica da pessoa de quem faz a abordagem política do problema: sob a ótica de cientistas comprometidos com o desenvolvimento econômico isoladamente, sob a ótica de cientistas comprometidos com a proteção ambiental a qualquer custo, ou sob a ótica de cientistas engajados no desenvolvimento sustentado em uma análise independente de custo-benefício. É de se compreender a última abordagem como a mais correta e eticamente responsável.

Sobre a inversão do ônus da prova, ela deve ser procedida contra aquele que propõe a atividade potencialmente danosa: “O ônus, em verdade, não pode ser de a sociedade provar que determinada atividade causa riscos de danos e é potencialmente danosa, pois a coletividade não está a lucrar com ela, e, sim, o provável poluidor” (WEDY, 1993, p. 82).

Marchisio (1992, p. 597) apresenta uma interessante reflexão sobre a inversão do ônus da prova ao afirmar que:

A par de alguma divergência doutrinária sobre a inversão do ônus da prova referente ao risco de dano, esse elemento também deve ser entendido como decorrente de uma interpretação extensiva do princípio da precaução. A consistência dessa assertiva está no fato de o interessado na prática de determinado ato, considerado potencialmente lesivo, ter a obrigação de provar que sua ação não resultará em risco de dano ao meio ambiente, pelos meios apropriados, tais como estudo de impacto ambiental, estudo dos riscos e autorização preliminar para a prática de certas atividades. O princípio da precaução é baseado na inversão do ônus da prova e que, para não adotar medidas preventivas, é necessário demonstrar que certa atividade não causa danos irreversíveis ao meio ambiente. Os governos devem exigir que os propositores da atividade

demonstrem que os possíveis danos não deverão ocorrer, pois são esses proponentes da atividade que possuem maiores informações acerca do risco da atividade.

Assim, cabe aos possíveis agressores do meio ambiente demonstrar que não haverá risco algum ao meio, sem a chance de haver dúvidas quanto a isso.

Nota-se assim haver uma relação de intersecção entre o princípio constitucional da ordem econômica de proteção ao meio ambiente com o princípio da precaução. É isso que se verá a seguir.

1.4 UMA RELAÇÃO DE INTERSECÇÃO

Foi com o surgimento das discussões sobre sustentabilidade que se começou o entrelaçamento do meio ambiente à noção de Estado e a não mais se aceitar a forma de crescimento com degradação ambiental. (TRINDADE, 2017). Não é sem razão que a CF impõe ao Poder Público também a função de proteção ao meio ambiente. Em 1992, no Rio de Janeiro, ocorre a elaboração da Agenda 21, diretrizes para a proteção do nosso planeta e seu desenvolvimento sustentável. Privilegiavam-se, assim:

(...) atividades que protejam e renovem os recursos ambientais, no qual o crescimento e o desenvolvimento dependem. As áreas de ação incluem: proteger a atmosfera; combater o desmatamento, a perda de solo e a desertificação; prevenir a poluição da água e do ar; deter a destruição das populações de peixes e promover uma gestão segura dos resíduos tóxicos. Mas a Agenda 21 foi além das questões ambientais para abordar os padrões de desenvolvimento que causam danos ao meio ambiente. Elas incluem: a pobreza e a dívida externa dos países em desenvolvimento; padrões insustentáveis de produção e consumo; pressões demográficas e a estrutura da economia internacional. O programa de ação também recomendou meios de fortalecer o papel desempenhado pelos grandes grupos – mulheres, organizações sindicais, agricultores, crianças e jovens, povos indígenas, comunidade científica, autoridades locais, empresas, indústrias e ONGs – para alcançar o desenvolvimento sustentável (ONU, 2022).

A preocupação com questões sociais, principalmente de grupos marginalizados, faz parte dos diálogos sobre sustentabilidade. Percebe-se que é preciso cuidar do meio ambiente físico, social, cultural, econômico, político e histórico. Trata-se de uma consciência global a respeito do ser humano, que envolve a noção de preservação de nossas vivências para as sociedades futuras. Crescer economicamente não se trata mais apenas de um crescimento de uma mínima parcela da população, mas sim de um crescimento mais amplo, onde subjaza o desenvolvimento social.

O desenvolvimento econômico de um país precisa embutir em sua política econômica a noção de sustentabilidade. O mundo contemporâneo não suporta mais um desenvolvimento econômico que suprima os recursos ambientais. É preciso uma coexistência harmônica entre ambos. E isso é possível com a inclusão dos princípios de proteção ao meio ambiente à ordem econômica do Estado.

Atualmente, o Estado Democrático de Direito do século XXI assume a política econômica de regulação, diferentemente dos tempos do Estado Social do século XX, que adotava a política econômica de regulamentação, com uma atuação pública mais abrangente:

(...) historicamente, o Estado sempre agiu na vida econômica de diferentes formas e intensidade. (...) A construção do modelo econômico exportador dependente é implementado pelo Estado, em conjunto com as elites e o poder econômico internacional, desde os idos do Brasil imperial (...). Todavia, tal modelo, incluindo suas políticas econômicas, fora arquitetado e também executado em nosso período colonial (FAORO, 2012, p. 502).

Continuando o raciocínio de Faoro, Clark (2008) complementa que:

No fim do século XX e no início do XXI, as políticas neoliberais de regulamentação passaram a restringir a expansão e a mobilidade do capital. Os Estados Nacionais passam a executar o neoliberalismo de regulação transferindo serviços e atividades à iniciativa privada (via privatização e desestatização), agora atraentes ao capital em face da "redução" dos ganhos com a indústria bélica da guerra fria e dos

avanços científicos. A tecnologia tornou lucrativos setores que anteriormente tinham baixa lucratividade, ou não o tinham, e estavam nas mãos do Estado. Com a regulação, o poder estatal continuou a intervir indiretamente no domínio econômico, por meio das normas legais (leis, decretos, portaria); assim como de forma intermediária, via agências de regulação. Todavia, diferentemente das empresas estatais, as agências não produzem bens nem prestam serviços à população, mas somente fiscalizam e regulam o mercado ditando "comandos técnicos" de expansão, qualidade, índices de reajuste de preços etc.

Defende-se, aqui, que essas políticas econômicas de regulação, aproximem-se dos compromissos sociais e econômicos sustentáveis ditados pelas Constituições Econômicas. Isso porque, nestas, já existem princípios de proteção ao meio ambiente que podem ser coadunados aos da ordem econômica. Se assim não se der, está-se praticando um desenvolvimento falso, como já lembrava Furtado (1961), uma vez que não se trata de um desenvolvimento que contemple a maioria da população. Trata-se da ideia que Karl Marx (2014) chamava de totalizante falso: a pregação da ideia de que um algo ocorre para a maioria, quando na verdade só ocorria para a minoria.

Os danos ambientais que têm gerado inúmeros desastres na sociedade mundial precisam ser erradicados em prol do culto a um meio ambiente realmente harmonioso e duradouro para as sociedades presentes e futuras.

Dispositivos normativos nacionais, constitucionais e infraconstitucionais, apresentam a necessidade de propagação do ideário sustentável, de respeito e preservação do meio ambiente. O desenvolvimento econômico da humanidade deve produzir sem danificar o meio ambiente. Os planos de desenvolvimento econômico dos estados brasileiros precisam estar imbuídos do princípio da precaução em sua estruturação, pois este representa um alerta para a preservação do meio que nos cerca.

Isso significa dizer que ele deve estar expresso nos objetivos do plano de desenvolvimento, ser conceituado como um dos fundamentos da política econômica do estado, estar presente nas ferramentas metodológicas de monitoramento e fiscalização das ações a serem desenvolvidas no âmbito econômico, fazer parte das estratégias econômicas aplicadas e, sobretudo, ser um dos indicadores do conjunto de metas a serem atingidas.

Desenvolver-se economicamente com destruição não é mais sinal de progresso de uma nação. A consciência sustentável precisa fazer parte da economia dos estados de forma sólida e com intenções de reduplicação dos ideais para as sociedades futuras. Assim, o princípio da precaução está inserido, também, dentro dos princípios constitucionais da ordem econômica, uma vez que a concepção de desenvolvimento econômico aqui seguida engloba o desenvolvimento econômico com proteção ambiental (JACKSON, 2013).

Ademais, ambos os princípios constitucionais da ordem econômica quanto o princípio da precaução são direitos fundamentais. Isso se deve ao fato de os direitos fundamentais serem direitos protetivos, ou seja, que garantem o mínimo necessário para que um indivíduo exista de forma digna e humana dentro de uma sociedade governada pelo Estado.

Ingo Sarlet (2011) explica que a cobertura dos direitos e garantias fundamentais são uma das principais inovações da Constituição Federal de 1988 e estão previstos em seu título II. Assim, os direitos fundamentais são inalienáveis do contrato social feito entre o indivíduo e o Estado, uma vez que a aplicação dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro não pode ser ignorada pelo Poder Estatal. Eles estão organizados na atual Constituição Federal por temas específicos que vão do art. 5º ao 17. São eles: direitos individuais e coletivos (artigo 5º da CF), direitos sociais (do artigo 6º ao artigo 11 da CF), direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13 da CF) e direitos políticos (artigos 14 ao 17 da CF). Os direitos fundamentais são disposições declaratórias, ou seja, prerrogativas reconhecidas pelo Estado como válidas. Por conseguinte, são normas com vantagens previstas no texto constitucional. Eles são ainda universais, imprescritíveis, inalienáveis, relativos, complementares, irrenunciáveis e históricos.

No caso dos princípios em tela, percebe-se que nem sempre o Direito será aplicado de forma simples. Em muitos casos, é impossível separar se há uma violação de um ou outro direito. E em muitas hipóteses, pode ser que haja um conflito entre os direitos fundamentais de cada uma das partes, como ocorrerá nos casos aqui elucidados ao final deste estudo.

Por isso, precisa-se avançar aqui com o próximo capítulo, a fim de se continuar a elucidação deste caso.

CAPÍTULO 2 DECISÃO JUDICIAL: A NOVA HERMENÊUTICA

Neste capítulo, abordam-se questões de hermenêutica jurídica constitucional porque se está aqui lidando com a interpretação, com uma metodologia jurídica para a solução da colisão aparente de princípios em decisões judiciais. Explicitam-se aqui assuntos relativos ao sentido da norma construído pela interpretação, característica esta típica da hermenêutica constitucional contemporânea. Também serão elucidados assuntos relativos à teoria clássica dos princípios e à teoria de Humberto Ávila acerca dos princípios.

2.1 APLICAÇÃO, OU INTEGRAÇÃO, DO DIREITO

A Aplicação, ou Integração, do Direito, consiste no enquadramento de um caso concreto em norma jurídica adequada. Trata-se de um procedimento surgido no pós-positivismo. Estabelecida esta norma jurídica, e tendo incidido, em meio à vida real, algum problema com ela, relacionado à solução a ser dada, ocorrem três fases distintas desse processo interpretativo: a) **conhecimento**: conjunto de regras que norteiam a arte de averiguar o Direito contido nas leis e nas demais formas de que o mesmo se reverte; b) **respeito**: utilização fidedigna dessas regras, com referências ao conhecimento da norma que se tenha em vista; c) e a fase final da **integração** dos resultados do trabalho interpretativo, no caso concreto, com fito de lhe dar a melhor solução jurídica (AMARAL JR, 2022).

A esse respeito, existem três principais orientações:

(a) Diante da lei omissa ou obscura, o juiz deverá simplesmente declarar o autor carecedor de direito, por falta de fundamento; (b) O juiz deverá remeter o caso à autoridade competente para fazer leis, solicitando a elaboração da norma aplicável; (c) O juiz deverá julgar o pedido com base nos recursos supletivos para o conhecimento do direito, já enumerados em lei, já consagrados pela doutrina (BARROSO, 2019, p. 48).

Dentre os meios especiais de integração, ou aplicação, do Direito, existem a analogia (geral e jurídica), o uso dos costumes, e a aplicação dos princípios. O nosso interesse aqui reside na aplicação dos princípios, e isso justifica o tópico que se segue. Quando a analogia e o costume são insuficientes no preenchimento das lacunas interpretativas da norma, tem-se a opção de se fazer uso dos princípios gerais do Direito. Isso reduz, segundo Ávila, o poder discricionário dos magistrados.

A própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, (LINDB), aprovada pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/1942, estabelece, no seu art. 4º, que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Vale ressaltar que a jurisprudência não se configura como norma obrigatória prevista na LINDB, mas apenas indica um norte interpretativo oferecido pelos Tribunais.

Esses procedimentos se aplicam às decisões judiciais.

2.2 DECISÃO JUDICIAL

Inicie-se, então, afirmando que o direito brasileiro, no inciso IX do art. 93 da CF/1988, e os arts. 11 e 458 do CPC, apresenta um dever de fundamentar as decisões judiciais. Constituem-se como um conteúdo mínimo das decisões judiciais, tentando se criar uma metodologia para essas decisões. Ademais, a própria noção de Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana:

determina que a paz que se pretende atingir por meio do Estado tenha de ser uma paz racional, em que se privilegie a participação e a autodeterminação do ser humano. Em outras palavras, garante-se que a noção de Estado seja construída a partir do indivíduo, e não o inverso (KOCHEN, 2015, p. 36).

Assim, a organização social, pensada a partir da dignidade da pessoa humana, utiliza-se de meios de controle e de fragmentação do poder e da violência, de modo a se afastar a arbitrariedade:

Ao lado disso, a segurança jurídica, que decorre da noção de Estado de Direito, condiciona a atuação do Estado, na medida em que é um princípio instrumental que visa à efetiva atuabilidade dos direitos, sem a qual inexiste o império da juridicidade do Estado Constitucional. E, além dos seus aspectos normativos, a segurança também é um valor constitutivo do próprio direito, sem o qual a função ordenadora de condutas inexiste. A segurança do direito representa a efetiva controlabilidade do discurso argumentativo por meio do qual o direito é constituído (por via da interpretação jurídica) e as decisões judiciais são tomadas. E a fundamentação trabalha justamente no sentido de dar transparência e cognoscibilidade ao discurso argumentativo, sem a qual inexiste a almejada controlabilidade e não se garante a racionalidade da aplicação do direito (KOCHEN, 2015, p. 38)

Aqui reside, então, mais uma justificativa para a necessidade de se aplicar uma metodologia própria para em casos de colisão aparente de princípios, mais especificamente, para o caso em tela, entre o princípio da precaução com os princípios constitucionais da ordem econômica do Direito.

Uma decisão judicial é aquilo que o juiz entende ser justo em uma causa onde participam dela partes com desejos distintos sobre um assunto. Direito (2000, p. 27) afirma que:

decisão judicial é (...) uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional. E a independência do Juiz está, exatamente, na sua capacidade de julgar com esses elementos que participam da sua natureza racional, livre e social.

Como se observa, nas palavras de Direito, uma decisão judicial, por partir de uma figura humana como a do juiz, está subordinada aos sentimentos, emoções e crenças do mundo externo. Todavia, o juiz possui a capacidade de julgar, começando pela identificação das causas da lide, da situação de fato e das circunstâncias

concretas do problema. Sem dominá-las, o Juiz não está preparado para aplicar o direito exato, ou seja, aplicar o direito positivo ou demais fontes possíveis, como os princípios, os costumes etc., a fim de realizar a justiça pela sua prestação jurisdicional. Poder-se-ia dizer que este é um primeiro momento da decisão judicial: o contato do juiz com a realidade dos autos.

Apenas a título de explicação, vale lembrar que o juiz, neste momento, não pode incorrer na discricionariedade. Não é tarefa fácil conceituar a discricionariedade. Isso porque aí implica uma estreita relação a uma concepção mais ampla e geral acerca do que se entende ser a natureza do Direito. Streck (2018) a define como antidemocrática e inconstitucional, vez que se baseia em escolhas feitas por pessoas não democraticamente eleitas, caracterizando, então, deturpação da democracia e constituição no momento em que o magistrado, basicamente, legisla:

autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente, ou seja, deve-se ter cautela para que o direito democrático não seja deturpado pela “consciência” do togado (2018, p. 77).

Comumente se define a discricionariedade como uma certa margem de liberdade que o juiz possui para decidir sobre casos concretos. A normalização desse conceito é perigosa porque não há situação legal que permita essa conduta. O positivismo via na discricionariedade judicial a solução do problema da decidibilidade. Streck (2017, p. 76) ensina que “a discricionariedade passou a ser a condição de possibilidade da decisão”. A discricionariedade está, então, estreitamente relacionada a arbitrariedades. O arbítrio nunca pode ser a melhor solução para as questões no mundo jurídico.

Com a aplicação do método da ponderação de Humberto Ávila, que aqui será proposto para os casos de colisão aparente de princípios constitucionais da ordem econômica com o princípio da precaução, busca-se reduzir a discricionariedade do magistrado, limitar a sua liberdade de agir, interpretar, decidir, dentro dos limites permitidos em lei. Isso é possível porque a presença dos princípios limita o poder

discricionário nos processos decisórios. É importante que se saiba, todavia, que é impossível afastar-se por completo dela, uma vez que é um instituto jurídico típico do pós-positivismo. As decisões judiciais não têm como estar isentas dela.

Voltando ao segundo momento da decisão judicial, este seria o da determinação das regras ou princípios jurídicos aplicáveis ao caso a ser analisado, dividida em três processos fundamentais: 1) interpretação; 2) integração das lacunas; 3) “interpretação enunciativa (ASCENÇÃO, 2006).

a interpretação em sentido amplo é a busca, dentro do ordenamento jurídico, da regra aplicável a uma situação concreta. A aplicação não se confunde com a interpretação porque é posterior ao conhecimento da regra. E a integração surge quando uma solução jurídica se impõe sem que haja disponibilidade específica de fonte, configurada uma lacuna, procurando o juiz nas fontes admitidas pelo ordenamento jurídica as maneiras de integrá-lo. E, finalmente, a interpretação enunciativa pressupõe a prévia determinação de uma regra, e a partir dela consegue-se chegar até outras que nela estão implícitas, e que suprem assim a falta de expressa previsão de outras fontes. O que caracteriza a interpretação enunciativa é limitar-se a utilizar processos lógicos para este fim (ASCENÇÃO, 2006, p. 301).

Estuda-se aqui o momento da integração quando do conflito aparente de princípios. A título de exemplo, no caso da necessidade de defesa ao meio ambiente e o princípio da livre iniciativa, de acordo com Humberto Ávila, os princípios devem ser harmonizados entre si, uma vez em que eles são parciais. Isso significa dizer que:

os princípios não abrangem todos os aspectos relevantes para uma tomada de decisão, vez que eles apresentam apenas o estado de coisas ideal a ser alcançado, porém não se ocupam de apresentar os meios para obter tal fim. Por abrangerem apenas parte dos aspectos para a tomada de decisão, os princípios não são capazes de gerar uma solução específica, de sorte que a solução somente advirá de um processo de entrelaçamento/imbricamento entre outros princípios, onde cada um deles contribuirá para a tomada de decisão (ÁVILA, 2018, p. 100-101).

A essa necessidade de entrelaçamento com outras normas é o que se denomina por pretensão de complementariedade dos princípios. Isso será mais aprofundamento mais adiante. Neste momento, cumpre apresentar, de maneira pormenorizada, o pensamento clássico da teoria dos princípios, enfatizando-se, somente ao final, o pensamento de Humberto Ávila.

2.3 TEORIAS CLÁSSICAS DOS PRINCÍPIOS

Neste momento, analisam-se alguns modelos de solução de conflitos entre princípios e a teoria da ponderação, para fins de conhecimento e, só depois, chegar-se à teoria dos princípios de Humberto Ávila.

2.3.1 Modelos de Resolução de Conflito entre Princípios

A respeito da colisão de princípios, Robert Alexy (2001), que é um dos mais influentes filósofos alemães contemporâneos na Ciência do Direito, afirma que:

a solução da colisão consiste antes em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece uma relação de precedência condicionada entre os princípios. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob quais um princípio precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada da forma inversa (2001, p. 102).

A colisão pode ser pela ponderação no caso concreto, mas a lei da colisão, elaborada por Alexy (2001), sustenta que, se as condições em dois casos diferentes são iguais, deve prevalecer, em ambos os casos, o mesmo princípio. Porém se as condições concretas são diferentes, pode prevalecer, no conflito dos mesmos princípios, o outro princípio. Assim a solução da colisão de princípios se dá no caso

concreto mediante a ponderação. E para avaliar qual princípio é, no caso concreto, o mais justo, utiliza-se, para tanto, o princípio da proporcionalidade, como critério da ponderação.

No caso de colisão de princípios, então, ponderam-se os princípios em colisão. No caso concreto, será analisado se a aplicação de ambos os princípios é adequada e necessária; e se realmente o for, será analisada a proporcionalidade em sentido estrito.

A esse respeito, um importante filósofo do direito norte-mericano, Ronald Dworkin (2002, p. 26) ensina que:

quando dois princípios entram em colisão, ganha aplicação aquele princípio que, pelas circunstâncias concretas do caso, mereça primazia, sem que isso importe na invalidade do princípio oposto. Diversamente, se duas regras entram em conflito, uma delas definitivamente não pode ser considerada válida. A colisão dos princípios, portanto, resolve-se na dimensão de peso; já o conflito entre regras resolve-se no plano da validade.

Dworkin (2002) continua, dizendo que os princípios apenas contêm motivos que falam a favor de uma decisão, de tal forma que, num caso concreto, apresentando-se um princípio que exija aplicação, podem existir outros princípios que, colocando-se numa posição contrária, por circunstâncias específicas do caso, acabem tendo maior peso ou primazia sobre aquele primeiro princípio e, afastando-o, ganhem aplicação. Para ele, isso não significa que o princípio preterido não mais pertença ao sistema jurídico, pois, em um próximo caso, ou por já não existirem aquelas circunstâncias contrárias, ou por terem perdido o seu peso, o princípio anteriormente preterido pode tornar-se decisivo para o caso e, então, ganhar primazia sobre os princípios que lhe eram contrários.

Assim, dada a importância dos princípios que regem o Direito, Ataliba (1998, p. 91) entende que:

seja pelo princípio de proporcionalidade como critério de ponderação defendido por Alexy, seja pelo critério de seu peso e seu valor em

relação a outros princípios, defendida por Canotilho e Dworkin, fato é que, na ocorrência do conflito entre regras, ou entre outro princípio com os princípios que regem a Administração Pública, previstos no art. 37, da Constituição Federal, acreditamos devam prevalecer estes últimos.

Por essa razão, de acordo com o princípio da primazia da Constituição Federal, e uma vez observado o critério de peso, entendemos que não restam dúvidas de que os princípios constitucionais prevalecem em relação a outros princípios do Direito, razão pela qual, no seu pautar, a Administração Pública não pode realizar atos que não estejam amparados em lei, resultante do devido processo legislativo, em homenagem ao estado de direito, consignado no art. 5º, II, da Constituição Federal (DELLAGNEZZE, 2019).

Dellagnezze (2019) bem lembra que, em se tratando de conflito entre princípios constitucionais, não podemos utilizar o critério hierárquico, pois, todos estão na Constituição, nem o critério da generalidade, pois, todos são gerais, nem o critério da cronologia, pois, todos foram produzidos no momento da publicação da Constituição. Temos que examinar qual, ou quais os princípios que têm maior ou menor dimensão de peso, e estabelecer à luz do caso concreto qual deve prevalecer em detrimento de outros.

Oportuno se faz agora se tecerem considerações acerca da teoria da ponderação, seguindo as observações de Alexy. Robert Alexy entende que, em caso de colisão de princípios, o conflito deve ser solucionado pelo método da ponderação. Cabe averiguar, neste momento, o que vem a ser essa ponderação.

A técnica de balanceamento, de sopesamento, ou mesmo da ponderação, como é mais conhecida, foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, tendo sido utilizada pela primeira vez em 1958, no caso, para resolver um conflito entre direitos fundamentais. Neste caso, decidiu-se que a ponderação seria um “método de solução para casos difíceis nos quais normas constitucionais com a estrutura de princípios entram em colisão” (CARDOSO, 2016, p. 146).

No momento pós-positivista de discurso jurídico, a teoria da ponderação de princípios (e interesses) assume uma posição de destaque no circuito acadêmico jurídico. Ela foi fruto de uma teoria sobre a estrutura do direito orientada a partir de

Ronald Dworkin e de uma teoria da argumentação jurídica orientada pela teoria do discurso de Jürgen Habermas - a teoria discursiva do Direito habermasiana defende que a legitimidade do ordenamento jurídico somente pode ser atingida mediante processos de validação discursiva com a participação de todos os afetados pelo ordenamento jurídico (BELTINE, 2021).

Autores pós-positivistas, como Jürgen Habermas (2005), entende que a teoria proposta por Dworkin é uma tentativa de combater as falácias realistas, positivistas e hermenêuticas, bem como de esclarecer, por meio de critérios deontológicos, a satisfação das exigências de segurança do direito e da aceitabilidade racional. Assim, ele apresenta seu entendimento acerca dos princípios como sendo:

Regras são normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica, como, por exemplo, as prescrições formais para a redação de testamentos; ao passo que os princípios jurídicos são gerais e carentes de interpretação (direitos humanos, igualdade de tratamento, etc.). Tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação. A distinção entre esses tipos de regras não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela ‘ponderação de bens’ nas demais doutrinas metodológicas – porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica. Regras e princípios também servem como argumento na fundamentação de decisões, porém o seu valor posicional na lógica da argumentação é diferente. Pois regras contêm sempre um componente ‘se’, que especifica condições de aplicabilidade típicas da situação, ao passo que princípios, ou surgem com uma pretensão de validade não-específica, ou são limitados em sua esfera de aplicação através e condições muito gerais, em todo caso carentes de uma interpretação (2005, p. 256-257).

A teoria da ponderação é um método de sopesamento de princípios e regras que percorre o caminho da proporcionalidade para se chegar à decisão sobre a prevalência de um princípio ou regra sobre o(s) outro(s). É essa presença dos princípios que limitará o poder discricionário dos magistrados.

Nesse caminho, analisam-se a adequação ao caso concreto, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A essência da ponderação está na

proporcionalidade em sentido estrito, mas é necessário se passar pelas duas etapas iniciais para se chegar até ele. A opção por uma ponderação fundada na proporcionalidade deve ser, ela própria, racionalizada em termos justificativos, em particular nos casos em que se escolhe o afastamento de uma linguagem dos direitos (em termos liberais), ainda logicamente invocável, preferindo-se o controle de constitucionalidade menos denso permitido pela linguagem dos princípios (MARIANA CANOTILHO, 2021).

Alexy (2006, p. 35) esclarece que:

Um dos mais importantes princípios consagrados pelo pós-positivismo foi o princípio da proporcionalidade, pois exerce papel imprescindível na proteção dos direitos fundamentais. A harmonia entre os direitos fundamentais só pode ser alcançada através da aplicação da proporcionalidade, uma vez que o intérprete se depara com uma constituição que representa um conjunto axiológico plural, cujos princípios entram em embates a todo instante. O melhor caminho encontrado pelo direito para solucionar estes confrontos é a utilização da proporcionalidade.

Paulo Bonavides (2020) relaciona o surgimento do princípio da proporcionalidade com a modificação da ideia de Estado de Direito. Primeiramente, no apogeu do direito positivo, o Estado de Direito era entendido sob a ótica do princípio da legalidade, o qual, após a segunda guerra mundial, cedeu lugar ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica. Como os direitos fundamentais estruturam-se eminentemente sob a forma de princípios e estes são, para Robert Alexy, mandados (ou mandamentos) de otimização, sua aplicação exige um novo modelo – a proporcionalidade:

a proporcionalidade surge concebida como um “princípio geral de limitação do poder público”, ancorado no princípio do Estado de direito, “impondo limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado (também o Estado-legislador) adequar a sua ação aos fins pretendidos, e não estatuir soluções desnecessárias ou excessivamente onerosas ou restritivas”. Trata-se

de uma consequência da circunstância de, num Estado de direito, se impor que as decisões dos poderes públicos tenham “uma certa finalidade ou uma certa razão de ser, não podendo ser ilimitadas nem arbitrarias”, pelo que “o princípio da proibição de excesso postula que entre o conteúdo da decisão do poder público e o fim por ela prosseguido haja sempre um equilíbrio, uma ponderação e uma ‘justa medida’”; o Estado de direito deve, pois, compreender-se como um “Estado proporcional” (MARIANA CANOTILHO, 2021, p. 38-39).

Vale a pena destacar que o direito, de acordo com Habermas (2005), também “não se torna disponível aos objetivos do poder político, como se não tivesse estrutura própria e interna, como apresenta o realismo. A indisponibilidade que se afirma à validade deontológica dos direitos acena para uma averiguação orientada por princípios” (2005, p. 258). A esse respeito, Habermas afirma:

O modelo de Dworkin tem precisamente esse sentido: trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual consideração e respeito. Fazendo uma referência a minha crítica a Gadamer, Dworkin caracteriza seu procedimento hermenêutico-crítico como uma ‘interpretação construtivista’ que explicita a racionalidade do processo de compreensão através da referência de um paradigma ou um ‘fim’(...). Com o auxílio de tal procedimento da interpretação construtivista, cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que compensa a suposta ‘indeterminação do direito’, apoiando sua fundamentação numa ‘teoria’. Essa teoria deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica respectivamente dada de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios a ser tomado, deste modo, como uma encarnação exemplar do direito em geral (2005, p. 259).

Vale lembrar também as palavras de Lênio Streck acerca dos princípios. Para ele, os princípios estão sustentados em duas teses opostas: a teleológica e a deontológica:

Na teleológica, os princípios seriam valores. Esses valores “guiariam”

o órgão julgante no momento de proferir a decisão. Nessa perspectiva, os princípios seriam fatores de abertura da legalidade formal, para possibilitarem a busca por uma justiça material. Não me agrada essa tese, porque ela torna a autonomia do direito um tanto quanto frágil e faz com que os princípios sejam o elemento principal dessa fragilização. Mais do que isto, ninguém sabe dizer o que são esses “valores”. Essa palavra “valores” sofre de uma doença chamada “anemia significativa”. Qualquer jurista coloca um sentido que lhe convier. Ora, se os princípios vieram para robustecer o Direito, sua transformação em “valores” provoca, exatamente, o enfraquecimento dessa autonomia. O Direito não pode ser “corrigido” por argumentos políticos ou morais. Ou por argumentos “morais-políticos”. Penso que a melhor forma de se encarar o problema dos princípios é conferindo a eles o caráter de “fiadores da autonomia do direito” (2017, p. 67).

Assim, Streck (2017) defende que os princípios são deontológicos. Essa tese é sustentada, entre outros, por Jürgen Habermas. Ele sabe que:

os princípios recebem sua carga deontológica em razão de sua manifestação histórico-cultural no seio de uma comunidade política. Vale dizer: não é uma regra que oferece um “teste de pedigree” que confere validade jurídica a um princípio, mas, sim, um modo específico de a comunidade política se conduzir. Trata-se de um padrão decisório que se constroi historicamente e que gera um dever de obediência nos momentos posteriores. Isto é, os princípios funcionam pelo código lícito-ilícito. Nessa perspectiva, princípios são normas *stricto sensu*. São um “dever ser”. Não são meramente conselhos ou mandados de otimização. Ou seja, princípios não são valores. Dizendo de outro modo: tratar princípios teleologicamente é submeter direitos e garantias a um cálculo de custo e benefício, dispensando a sua obrigatoriedade e condicionando-os a pontos de vista parciais.

Streck (2017) continua dizendo que:

Na hermenêutica filosófica também pensamos desse modo. Logo, se a melhor resposta é a de que os princípios são deontológicos e que devemos julgar por princípios, devemos pagar (e cobrar) esse preço. Qual é o preço? O preço é o de, em sendo o caso, devemos contrariar a maioria. Aliás, a Constituição é um remédio contra maiorias. Ela só tem sentido sendo lida desse modo. Direitos fundamentais só adquirem sentido quando postos à prova, no seu limite. Talvez nas

piores violações é que se mede o coeficiente democrático de um país (2017, p. 87).

2.3.1 Teoria da Ponderação

a) O Princípio da Proporcionalidade e o Juízo da Ponderação

O princípio da proporcionalidade representa a busca de interpretações mais justas e adequadas, necessárias e proporcionais, para servir na solução do conflito entre princípios, auxiliando o intérprete na ponderação de bens e interesses. Isso porque ela limitará o poder discricionário dos magistrados. Humberto Ávila (2018, p. 80) diz que a proporcionalidade não é nem regra nem princípio, mas, postulado. Isso significa afirmar que ela é uma metanorma, pois estabelece a estrutura de aplicação de regras e princípios.

Esse princípio é constituído pela união de outros subprincípios: a adequação ao caso concreto - adequação entre meios e fins -, exigibilidade ou necessidade - vedação do excesso e o dever de buscar restringir o mínimo possível os direitos fundamentais - e proporcionalidade em sentido estrito ou justa medida – correlação entre custo e benefício. Assim, se a medida não for adequada, nem sequer valerá a pena verificar se é necessária ou proporcional em sentido estrito:

A adequação exige aptidão do meio escolhido para promover um determinado fim. Adequado é o meio que “fomenta”, “promove” o fim, e não aquele que o realiza. A necessidade faz um juízo comparativo, exige que, quando o meio escolhido restringe outro direito fundamental, sejam buscados meios alternativos que não atinjam este outro direito fundamental. Já a proporcionalidade em sentido estrito, que, para Robert Alexy, corresponde ao mandado de ponderação, exige que se analise se a importância do princípio fomentado pelo meio escolhido é suficientemente grande para justificar a intensidade da restrição ao princípio contraposto (MARIANA CANOTILHO, 2021, p. 15).

Na adequação, a análise se faz com observância apenas no meio escolhido. Na necessidade, a análise é feita sobre se a importância do princípio fomentado pelo meio escolhido é suficientemente grande para justificar a intensidade da restrição ao princípio contraposto. Neste se faz um juízo comparativo.

Mariana Canotilho (2021, p. 27-28) completa que:

o teste da adequação ou da aptidão , postulando um juízo ex ante de prognose causal (essencialmente – mas não só – de natureza empírica), a repetir, a posteriori pelo julgador, exige que a medida se revele um mecanismo idóneo para a satisfação da finalidade dada. A referência à vertente da necessidade (ou indispensabilidade) permite acentuar que, no confronto com outros meios igualmente adequados, a medida deve constituir o instrumento menos lesivo ou menos intrusivo. A proporcionalidade em sentido estrito constitui o momento azado para a ponderação custos-benefícios (...) e aponta no sentido do equilíbrio, da racionalidade e da razoabilidade (...) da medida proposta, atentas as consequências que produz.

Para a autora, sua apreciação pressupõe:

uma ordem lógica (precisamente a acabada de reproduzir), que segue uma “regra de precedência do mais abstrato perante o mais concreto, ou mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia” – com especial impacto na apreciação da constitucionalidade de normas de natureza penal, mas também em caso de conflitos entre bens constitucionalmente protegidos, e, em geral, na avaliação de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias (2021, p. 37-38).

Mariana Canotilho explica que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, etapa fundamental para a ponderação, surgiu:

igualmente associado ao princípio da razoabilidade, a pressupor a realização de um juízo avaliativo sobre as medidas impostas, tendo em consideração a esfera pessoal dos sujeitos atingidos – aspeto que conduzirá à inconstitucionalidade das soluções que impliquem uma

afetação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões atinentes à sua subjetividade (2021, p. 43).

A proporcionalidade pressupõe proporção, harmonia e simetria, implicando uma relação com outra grandeza ou variável. Já a razoabilidade é um conceito valorativo, que faz apelo a juízos de justiça:

A ponderação custos-benefícios pretende, numa perspetiva positiva, sopesar as vantagens (para a consecução do fim) e as desvantagens implicadas pela medida, com a consequência de que quanto maiores forem os sacrifícios causados por esta, maior importância devem assumir os benefícios para a satisfação da finalidade¹⁷; e, numa ótica negativa, o princípio apela à regra segundo a qual, em situações de incerteza, deve o decisor escolher a alternativa cuja pior consequência seja superior às piores consequências das restantes¹⁸; ou, por fim, considerando uma perspetiva alternativa, o princípio pressupõe uma ponderação entre a importância do benefício social atingido pela consecução do fim subjacente à medida (satisfação do interesse público ou garantia de outro direito fundamental) e a importância social que existiria se se não restringisse o direito fundamental, num juízo que se propõe avaliar o estado desses benefícios antes e depois da restrição, comparando os respetivos efeitos marginais (MONIZ, 2021, p. 29).

Importante notar que, do resultado da colisão entre dois princípios, surgirá uma regra específica, a qual consistirá na consequência jurídica do princípio prevalecente, criada sempre com base nas condições fáticas do caso concreto. Alexy (2006, p. 99) chama tal conexão de lei de colisão, quando "as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência." Assim, Alexy (1999, p. 75) defende que "o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação", a qual deve ser aplicada a partir do princípio da proporcionalidade.

Acerca do juízo de ponderação, cumpre apresentar que:

os juízos de ponderação e de valoração que são próprios ao princípio da proporcionalidade estão impregnados de pré-compreensões culturais, extra-jurídicas, pelo que um juízo de proporcionalidade formulado por um jurista de um certo quadrante geográfico, social ou

cultural pode diferir do juízo formulado por um jurista com outra origem geográfica, social ou cultural (ROCHA, 2021, p. 114).

Um juízo de ponderação de valores com base em uma ideia de proporcionalidade está impregnado de considerações políticas. Barroso (2012) possui interessante observação a esse respeito:

a integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana –, deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática). A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade concretizadora, uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e construtiva, porque, envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa. Assim, a interpretação constitucional e o próprio Direito Constitucional, por necessitarem de atribuições de significados outros, que ultrapassam aqueles expressos na Constituição, só farão um verdadeiro progresso quando unidos com as filosofias morais e políticas.

Trata-se de algo lógico na medida em que se entende o próprio homem como um ser político, como dizia Aristóteles. Direito é política igualmente. A vida das pessoas é repleta de instantes de argumentações, de estabelecimento de alianças ou caracterizada pela ocorrência de rompimentos. Esses momentos deixam evidentes a particular tendência humana para a articulação política (SOUSA, 2021):

Esta dimensão extra-jurídica não é uma novidade trazida pelo direito internacional, mas é uma questão radicalmente problemática na ordem jurídica internacional, sobretudo em face do fenômeno “Estado pós-Constituição”, ou seja, aquele em que as instituições constitucionais nacionais se revelam incapazes de pôr termo a conflitos sociais e culturais fraturantes, colocando a decisão final nas mãos de órgãos internacionais, quando o local próprio para construir uma solução consensual parece ser no plano nacional e local, entre os próprios participantes do conflito em um processo de mediação

(ROCHA, 2021, p. 117).

Ao nosso ver, é extremamente possível a conciliação do ideário da soberania popular e da democracia-representativa com o valor informador do constitucionalismo, relativo à limitação das maiorias por meio dos direitos humanos e do controle de constitucionalidade. Não se trata, pois, de oposições para os juristas da atualidade, mas sim de mundos que devem ser harmonizados. Essa ideia é proposta por Habermas (1997) em sua teoria discursiva do direito.

b) Elementos Fáticos

Quando o assunto são os elementos fáticos do princípio da proporcionalidade na teoria da ponderação, pretende-se analisar a questão dos meios e fins para a primazia de um ou outro princípio. A questão é simples e merece esclarecimentos.

O exemplo utilizado por Alexy e extremamente para se ilustrar essa questão: ele envolve somente dois princípios e dois sujeitos (estado e cidadão):

existem, no mínimo, dois meios, M1 e M2, que são igualmente fomentadores do fim F, tendo em vista o princípio P1. Entretanto, M2 afeta menos, ou não afeta, aquilo que exige a norma de direito fundamental com caráter de princípio, P2. Assim, para P1, não faz diferença que se escolha M1 ou M2, mas P2 não pode suportar M1 ou M2. Com respeito às possibilidades fáticas, P2 será fomentado em uma medida maior se for escolhido M2. Portanto, do ponto de vista da otimização referente às possibilidades fáticas, somente M2 está permitido, enquanto M1 está proibido (2006, p. 113).

Os meios são os modos de como se alcançar algo. O fim é o objetivo a ser atingido. Assim, caso um princípio possua dois modos de se alcançar um objetivo final, e um desses modos afete menos, ou não afete, um outro princípio, qualquer desses modos pode ser percorrido para se atingir o fim. E se para se atingir a esse fim, esse outro princípio for mais respeitado por um desses modos escolhidos, o modo que deve ser selecionado é o que favoreça uma maior plenitude desse outro princípio. Neste

sentido, percebe-se um desejo maior em se escolher modos que possibilitem a máxima realização dos princípios envolvidos.

Mas, caso um desses modos afete de alguma maneira o princípio contraposto, o elemento da necessidade não será suficiente para resolver a questão. É neste momento em que se deve recorrer ao último elemento, o da proporcionalidade em sentido estrito, que leva à verificação das possibilidades jurídicas. Será neste momento em que se analisarão se a importância do princípio fomentado pelo meio escolhido é suficientemente grande para justificar a intensidade da restrição ao princípio contraposto.

Alexy propõe que:

a ponderação seja feita com base na atribuição escalonada de grau à intensidade da intervenção no princípio contraposto. Da mesma maneira, deve-se atribuir grau de importância ao fomento do fim almejado pelo princípio. Por causa disso, estará justificada a intervenção que tiver grau menor que o grau de importância atribuído. Por outro lado, será desproporcional a restrição que tem um grau de intervenção superior ao grau de importância (2005, p. 340 et seq.).

Em outras palavras, o autor entende que é extremamente pertinente a intervenção de um princípio no outro se esse grau de interferência for menor que a importância do princípio afetado. Todavia, não é aceita a intervenção que tiver uma intensidade de afetação ao outro princípio maior que a importância deste. Tem-se aí a famosa lei de colisão. A ponderação é uma exigência dessa lei, que não aceita restrições de direitos fundamentais sem a adoção de um método racional. Por isso que Alexy afirma que a proporcionalidade “é dedutível do caráter de princípio das normas de direito fundamental” (2006, p. 112).

Alexy faz alusão ao equilíbrio de Pareto, ou ótimo de Pareto na economia, para equiparar essa relação de equilíbrio entre princípios existente na ponderação:

O ótimo de Pareto é um estado em que os recursos estão alocados da forma mais eficiente possível. Qualquer realocação dos recursos para melhorar a situação de um indivíduo irá necessariamente piorar as

condições de outro indivíduo. No entanto, ao ser eficiente não necessariamente é igualitário. (...) A partir do momento em que esse mercado chega a um equilíbrio, o equilíbrio de pareto, já não é possível um agente crescer sem que outro agente desse mercado seja prejudicado (RODRIGUES, 1984, p. 56).



Fonte: suno.com.br, 2022

A partir do momento em que esse mercado chega a um equilíbrio, o equilíbrio de pareto, já não é possível um agente crescer sem que outro agente desse mercado seja prejudicado. Situação semelhante ocorreria com a ponderação dos princípios: não é possível que um princípio sofra restrições por conta de outro, e o equilíbrio deve ser almejado.

c) Parâmetros da Ponderação

Há um momento na ponderação em que a possibilidade de autorizar restrições a um direito fundamental devem ser pautadas pela observação do núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais:

A proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais floresce ao lado das discussões sobre os limites existentes para restrição de um direito fundamental. Um destes limites é exatamente a aplicação da proporcionalidade. Os autores alemães denominaram “limites dos limites” o elenco de proteções contra as restrições tão intensas que levariam ao esvaziamento ou supressão de um direito fundamental (ÁVILA, 2004, p. 377-378).

Humberto Ávila (2004) entende que a proteção a esse núcleo é verificada em

decorrência do princípio da proibição de excesso, e não como um dos aspectos que devem ser considerados pela aplicação da proporcionalidade: no respeito ao núcleo importa apenas a observação da preservação de um mínimo de eficácia do princípio a ser remanejado para segundo plano. E nesse processo de proteção ao núcleo essencial deve ser resguardada a garantia geral e abstrata prevista no texto normativo, assim como o direito subjetivo do particular. Isso se deve ao fato de a restrição dos direitos, liberdades e garantias dever ter em atenção a função dos direitos da vida comunitária para a preservação da própria comunidade (CANOTILHO, 2018).

Há ainda a necessidade da racionalização da ponderação de princípios, para que as decisões sejam fundamentadas racionalmente. Isso porque a lei de colisão mencionada em momentos anteriores, ao formular um enunciado de preferência, não garante racionalidade à ponderação. A esse respeito, Ana Paula Barcellos (2005, p. 43 et seq.) afirma que existem dois posicionamentos:

a capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico e a racionalidade propriamente dita da argumentação, especialmente quando existem várias hipóteses de conexão com o sistema jurídico. O primeiro dos vetores está fincado no Estado de Direito, que não admite que as decisões judiciais sejam proferidas de maneira arbitrária. O segundo, porém, é mais complicado, pois, além de exigir que as decisões sejam proferidas com base em argumentações racionais, espera que também sejam racionais aquelas decisões em que se vislumbram inúmeras possibilidades racionais e ligadas à ordem jurídica.

Com o intuito de se alcançar essa racionalização das decisões jurídicas, Alexy (2006, p. 161) formula a “lei da ponderação”: “quanto maior é o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro”. Ele continua, dizendo que “a lei da ponderação expressa os graus de afetação dos direitos que estão em discussão, através da exigência de que as razões que justificam uma intervenção devem ser tanto maior, quanto mais forte seja a intervenção” (2006, p. 161).

E assim Alexy elabora a fórmula peso da ponderação, para resolver a colisão

entre princípios:

O primeiro passo a ser dado é definir o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio e, em seguida, a importância do cumprimento do outro. Este modelo é contemplado com a utilização de pelo menos dois graus, um leve e um grave. Alexy sugere, porém, a utilização de uma “escalação triádica”, que oferece os graus “leve”, “médio” e “grave”, aos quais nos reportaremos como grau “l”, “m” ou “g”, respectivamente. Tais graus são utilizados para descrever a intensidade da atuação do intérprete em um princípio, seja para expor a intervenção ou a importância de realização. Aqui, o termo “intervenção” serve tanto para os princípios que exigem uma ação positiva, quanto para os princípios que exigem uma omissão. Isto é, um princípio que prescreve uma ação positiva sofre uma intervenção quando a ação não é cumprida integralmente, por outro lado, um princípio que exige uma omissão sofre uma intervenção quando a omissão não é completa, mas, parcial. Diante disso, pode-se chamar de “IPi” a intensidade da intervenção num princípio “Pi”. A intervenção é necessariamente avaliada de forma concreta e por isso é bom explicitar a concretude agregando a IPi as circunstâncias do caso concreto em que Pi tem preferência sobre outro princípio. Essas circunstâncias foram representadas, ao abordar a lei de colisão, por “C”. Assim, a intensidade da intervenção num princípio esclarece melhor seus três aspectos se representada por “IPiC”. Por concreta, a intervenção se distingue do peso abstrato que tem Pi, o qual será representado por “GPiA”. O peso abstrato de um princípio é o peso que possui relativamente a outros princípios, independentemente de confrontos concretos. Desde já, é bom deixar claro que o peso abstrato não é a única responsável pela solução de um conflito concreto, afinal, caso isso fosse imaginado, o que foi dito até agora sobre o pensamento de Alexy entraria em contradição. Alexy entende que muitos princípios não têm pesos abstratos perceptivelmente diferentes, entretanto, alguns são visivelmente diferentes, como a superioridade do direito à vida em relação à liberdade de atuação, como a liberdade de profissão. O passo seguinte é a avaliação da importância do cumprimento do outro princípio, “Pj”, que se constrói a partir da análise da intervenção em Pi. É que deve ser questionado quão prejudicial seria para Pj, se Pi não sofresse uma intervenção, ou, nas palavras de Alexy, a importância concreta de Pj é calculada segundo isto: quão intensivamente a não-intervenção em Pi intervém em Pj. Isto é, faz-se um exame com base numa suposição, que corresponde à intensidade de uma intervenção hipotética por não intervenção. Alexy representa esta importância do cumprimento através da notação “IPjC”, cujos aspectos I e C são análogos aos da variável IPiC. Assim, são estas duas variáveis que servirão como objeto da avaliação dos graus l, m ou g. O passo seguinte será correlacionar estas avaliações. Terá preferência aquele princípio cujo grau for mais forte, sabendo-se que g é maior que m, que, por sua vez, é maior que l. Esta análise pode também ser feita através de

representação numérica, adotando valores, ao invés de l, m e g. Alexy sugere a utilização de 1, 2 e 4, com os quais é possível ilustrar o peso de P_i em relação a P_j , portanto, um peso concreto chamado de " $G_{i,j}$ ". Este peso concreto $G_{i,j}$ é o resultado da divisão dos valores que representam a intensidade de intervenção $IPiC$ e a intensidade do não cumprimento $IpjC$. Nota-se que o peso concreto de P_i será maior quando o resultado da divisão for maior que 1, como ocorre, por exemplo, quando os pesos de $IPiC$ e $IPjC$ são 4 e 2 respectivamente. Por outro lado, o peso concreto de P_j será maior quando o resultado da divisão for menor que 1, o que ocorre, por exemplo, quando os pesos são 1 e 4 (LIMA, 2014, p. 2).

2.3.3 Compatibilização entre Princípios e Regras

As normas jurídicas podem se estruturar em forma de regras ou de princípios. A doutrina tradicional não contrapõe regras e princípios, mas norma e princípio ou norma e máxima.

Com base no critério de fundamentalidade da norma, princípios podem ser entendidos como sendo as normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras seriam a concretização de tais princípios. Já utilizando-se do critério da generalidade, princípios seriam as normas com grau de generalidade mais elevada, enquanto as regras seriam as normas com grau de generalidade mais baixo.

Humberto Ávila (2001) defende que regras e princípios diferenciam-se entre si em relação ao grau de abstração correspondente, sendo os princípios mais abstratos do que as regras. De acordo com seu entendimento, pode-se definir os princípios como normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.

Por outro lado, as regras teriam a "função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle do poder" (2001, p. 241). Com efeito, por terem a função de descrever com maior clareza aquilo que é proibido, permitido ou mesmo obrigatório, as regras diminuem "a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos" (2001, p. 241).

Ávila (2001) explica que Carsten Bäcker sustenta que a derrotabilidade deve ser o critério para distinguir regras e princípios. Segundo tal autor, derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções. Assim, as regras seriam derrotáveis, já que sempre admitem exceções. A derrotabilidade das regras seria, portanto, decorrente da limitação humana de prever todas as circunstâncias relevantes incidentes no caso concreto, não sendo possível criar uma regra sem exceções. Por outro lado, princípios nunca seriam derrotáveis, já que, como mandamentos de otimização, seriam aplicados considerando todas as circunstâncias dadas, não podendo surgir nenhuma exceção em sua aplicação.

Ávila (2001) explica também que, para Ronald Dworkin, a primeira diferença entre regras e princípios é em relação ao tipo de orientação que elas oferecem (dimensão de validade). As regras seriam aplicadas à maneira do tudo ou nada, isto é, ou as regras são válidas para o caso concreto e, por isso, aplicadas na sua integralidade, ou não são válidas, não sendo, portanto, aplicadas. Sendo assim, no caso de conflito entre duas regras, uma delas nunca poderá ser válida. Já os princípios não teriam essa dimensão de validade, e sim uma dimensão que as regras não possuem: a de peso ou importância.

Ávila (2001) explica que, desta forma, no caso de colisão entre princípios, prevaleceria aquele com maior importância para um determinado caso concreto, sem que isso implicasse na invalidade do outro princípio. Em outros casos, é possível que o princípio de maior importância seja o invalidado no outro caso. Com base em tal distinção, Dworkin (2002, p. 170) sustenta que princípio é "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade".

Robert Alexy, por sua vez, defende que a diferença entre regras e princípios é qualitativa, sendo tais categorias diferentes em relação à estrutura e à forma de aplicação. Em suas palavras, "o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes" (2001, p. 246). Por fim, Alexy defende que regras são normas que expressam deveres definitivos, ou seja, definem exatamente o que se deve fazer, devendo ser aplicadas sempre por

subsunção. Regras só podem ser cumpridas ou não, sendo, portanto, mandamentos definitivos. Importante esclarecer que uma norma pode ser estruturada como uma regra, apesar de ser chamada de princípio. Ex: princípio da anterioridade tributária.

Os princípios, por sua vez, são mandamentos de otimização: normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. A isso se chama também de normas que expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após a análise das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Ex: o princípio da liberdade de expressão é um direito *prima facie*, já que ele constantemente entra em colisão com outros direitos, tais como a intimidade e a honra (Alexy, 2001).

Ao contrário de Ávila, Lênio Streck (2017) entende que atualmente ninguém nega que o Direito seja um sistema composto por regras e princípios. Nesse contexto, princípios são normas. Ele lembra que Ávila discorda que princípios sejam normas:

O que ocorre é que, dependendo de como se olha os princípios, estes perdem essa aludida normatividade. Viram enunciados performativos. Ou expressões com forte *anemia significativa*. Valem, pois, nada. Ora, se os pensamos como “valores”, meros postulados ou “mandados de otimização”, sua normatividade se fragiliza muito. Neste caso, os princípios ficam à disposição (*Ge-stel*) do intérprete, inclusive para que “invente” novos...! E essa fábrica não para... Agora mesmo o STJ judicializou o amor, com base no princípio da... felicidade. Falta só fazer um PAC dos Princípios (claro que haverá problemas na licitação, com constantes violações do princípio da moralidade — ups, está criado o paradoxo...). Na verdade, já estamos sofrendo uma espécie de *bulling* principiológico...! Obs: antes que alguém saia atacando o texto, afirmo que não há — mas não há mesmo — qualquer contradição no que estou dizendo, ou seja, no fato de, primeiro, pregar a aplicação principiológica e, depois, criticar os “princípios”, fazendo um sarcasmo com a “PAC dos Princípios”, “bolha especulativa dos princípios”, “subprime hermenêutico” (essas adjetivações estão em outros textos). Quando falo em pan-principiologismo, PAC dos Princípios, etc, estou apontando minhas armas contra os “princípios” pequeno-gnosiológicos, os “princípios” linóstolos (aqui, homenageio o clássico *O Ingênuo*, de Voltaire), enfim, aquilo que é epitetado de princípio, mas que não passa de um instrumento retórico para fragilizar a autonomia do direito (STRECK, 2011, p. 542 et seq.).

2.3 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE HUMBERTO ÁVILA

Humberto Ávila propõe um modelo de explicação de espécies normativas. A base é a de que norma não é texto normativo: aquele é uma ideia geral que surge da interpretação do texto normativo que detém o comando permissivo, proibitivo e obrigacional. A atividade interpretativa é, por conseguinte, uma construção de significados.

Ele continua dizendo que os princípios são como tal porque se destacam pelo seu modo final de aplicação e pelo modo como entram em colisão; eles se distinguem das regras quanto ao modo como prescrevem o comportamento devido, apenas apontando para um estado ideal de coisas. Ávila (2019) afirma que os princípios são sugestivos, diretrizes, não são regras, não são axiomas, nem postulados, e nem máximas; por conseguinte, os princípios não são absolutos.

Para Ávila (2019), os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessárias a sua promoção. Trata-se de normas do que deve ser, e por isso têm caráter deontoteleológico. Deontico porque estimulam razões para a existência de obrigações ou proibições. Teleológico porque as obrigações, proibições e permissões decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado estado de coisas.

Assim, Ávila (2019) organiza seus ensinamentos em três critérios de dissociação: critério da natureza do comportamento prescrito, critério da natureza da justificação exigida e critério da medida de contribuição para a decisão.

2.3.1 Critérios de Dissociação

Humberto Ávila (2019) organiza seu modelo de espécies normativas em três critérios distintos: comportamento prescrito, justificação exigida e medida de contribuição para a decisão.

Sob o ponto de vista da natureza do comportamento prescrito, diz-se que os princípios são normas imediatamente finalísticas, e não descritivas – como as normas. Dizer isso significa afirmar que os princípios preveem um estado ideal de coisas que depende de uma série de comportamentos para que seja concretizado. Cumpre ao juiz, no caso das decisões judiciais, identificar o comportamento adequado para se alcançar o objetivo, o fim do próprio princípio, já que os princípios não apresentam a descrição da conduta adequada – como as normas. Isso caracteriza os princípios como normas-do-que-deve-ser - as regras são as normas-do-que-fazer (ÁVILA, 2019).

Considerando ponto de vista da justificação exigida, vislumbra-se que os princípios são normas com caráter primariamente prospectivo - as regras seriam retrospectivas. Assim, os princípios possuem uma característica peculiar no tocante à sua força justificativa e ao seu objeto de avaliação. Os princípios têm uma justificativa “da decisão de interpretação baseada na avaliação da relevância dos efeitos da conduta vista como meio de obtenção do estado de coisas, sendo este estado de coisas o fim traçado no princípio a ser alcançado” (Ávila, 2019, p. 103).

Isso significa dizer que deverá haver uma avaliação do grau do dano que porventura venha a ser provocado com a aplicação de um determinado princípio. Tomando-se como exemplo o nosso objeto de estudo, em casos de colisão aparente de conflito entre o princípio da precaução e os princípios constitucionais da ordem econômica, o risco de dano de um e de outro deve ser sopesado. Disso também se pode afirmar que os princípios possuem um caráter primariamente prospectivo, uma vez que a avaliação dos efeitos da conduta para a obtenção do fim será guiado por um estado de coisas a ser construído.

No terceiro e último critério, referente à medida de contribuição para a decisão, conclui-se que os princípios são normas com pretensão de complementariedade e de parcialidade. Isso porque os princípios não abrangem todos os aspectos relevantes para uma tomada de decisão; eles apresentam apenas o estado de coisas ideal a ser alcançado, porém não se ocupam de apresentar os meios para obter tal fim.

Essa característica faz com que eles não sejam capazes de gerar uma solução específica, de sorte que a solução somente advirá de um processo de entrelaçamento/imbricamento entre outros princípios, onde cada um deles contribuirá

para a tomada de decisão. Essa necessidade de entrelaçamento com outras normas é que evidencia a pretensão de complementariedade dos princípios (ÁVILA, 2019).

No tocante à aplicação dos princípios em casos de difícil solução, Ávila (2019) entende que, quando da impossibilidade de aplicação da subsunção - que consiste na norma (premissa maior) aplicada aos fatos (premissa menor) com a consequente aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto -, deve-se ser utilizado o método da ponderação.

Este é uma técnica de decisão jurídica. Para Ávila (2019), o método da ponderação deve ser aplicado no alcance da melhor interpretação e aplicação do direito para se atingir a justeza da decisão. E os benefícios de seu modelo estaria, segundo ele, na ponderação estruturada do processo de aplicação, e nos critérios materiais de justiça na argumentação, com o auxílio dos postulados normativos e a capacidade de controle intersubjetivo da argumentação.

O pluralismo de ideias sociais, políticas e econômicas da atualidade impõe ao aplicador da prestação jurisdicional uma árdua tarefa, mesmo porque todas essas ideias se encontram também abrangidas na atual Constituição brasileira. Logo, o conflito aparente de princípios pode ocorrer mesmo em nível constitucional e a ponderação de interesses tem por escopo a solução desses conflitos.

Assim, o intérprete da lei lida com valores, ou seja, juízos axiológicos, pois não podem ser quantitativamente mensurados. A ponderação é utilizada como um mecanismo de maior objetividade e racionalidade possíveis (ÁVILA, 2019).

2.3.2 O Método da Ponderação

Inicialmente, a ponderação se sustentou na estrutura tridimensional do Direito, a saber: normativa (ordenamento e ciência do Direito), fático (efetividade social) e axiológico (valor de justiça). A interação entre esses três elementos é o que confere dinamicidade ao Direito, uma vez que este deve corresponder às aspirações da sociedade de seu tempo. Por isso, a ponderação organiza-se em fases distintas, segundo Ávila (2019): preparação, primazia e realização.

A fase da preparação equivale à identificação do conflito normativo, avaliando-se todos os elementos e argumentos. Também deve definir o objeto da ponderação.

A segunda etapa é a determinação da primazia entre os princípios conflitantes. Neste momento, procura-se o ponto de equilíbrio entre os princípios, de forma a que eles possam coexistir em seu grau máximo. Deve-se analisar o peso genérico de cada um, ou seja, a sua relação com a Constituição, verificando-se seus efeitos e desdobramentos.

Em seguida, avalia-se o peso específico de cada um, a depender do caso concreto; a relação do peso específico do princípio é causuística então. É assim que o intérprete se aproxima da força e do valor do princípio. A última fase da ponderação é a realização: nela, relacionam-se os princípios de maneira a se atingir a moderação, a fim de que todos os princípios se coexistam na decisão, o embate seja solucionado e a restrição imposta aos princípios seja a menor possível. (ÁVILA, 2019)

Essa restrição a que se alude na fase da realização da ponderação deve considerar os princípios da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e razoabilidade (equidade, congruência e equivalência). Tudo isso deve estar em comum sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana. Vale dizer também que o intérprete somente pode agir no que tiver em conflito entre os princípios. Vale ressaltar ainda que, nesse processo de restrição, um princípio não pode desaparecer para o outro imperar; a solução da restrição dos princípios não pode ser mais gravosa que o conflito em si; e o benefício alcançado com a restrição a um interesse deve compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico (ÁVILA, 2019).

O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade são princípios não escritos, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertencem à natureza e essência do Estado de Direito. Portanto, são direito positivo em nosso ordenamento constitucional, são cânones do Estado de Direito, bem como regras que tolhem toda ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade (PINSKE, 2001).

a) Princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade é um bom limitador à discricionariedade do magistrado, uma vez que, ao julgar, deverá ater-se, diante de um caso concreto, aos

conceitos da razoabilidade, sob pena de tornar-se nula sua decisão. Dentre esses conceitos, incluem-se as noções de razão, bom senso, justiça; racional; legítimo, sensato, justo.

A razoabilidade se encontra implícito na Constituição Federal. No âmbito processual, atua como princípio informador do devido processo legal, a fim de que seja este utilizado de forma racional e moderada, com vistas à concepção de justiça social. Barroso (2014, p. 89) considera esse um princípio “basilar de valoração dos atos do Poder Público, para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a dado ordenamento jurídico: a Justiça”.

Zancaner (1997, p. 23) destaca que:

a doutrina, ao se pronunciar sobre o princípio da razoabilidade, ora enfoca a necessidade de sua observância pelo Poder Legislativo, como critério para reconhecimento de eventual inconstitucionalidade da lei, ora o apresenta como condição de legitimidade dos atos administrativos, ora aponta sua importância para o Judiciário quando da aplicação da norma ao caso concreto. Isto demonstra de forma cristalina que a razoabilidade é essencial ao sistema jurídico como um todo e que sua utilização é essencial à concretização do direito posto.

A importância da razoabilidade como integrante do exercício legítimo da atividade legislativa é analisada por por Castro (1989, p. 97):

A moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meio e fim (...) da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de razoabilidade e de racionalidade, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política.

b) Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é um eficaz instrumento de apoio às “decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras, a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso, concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.” (BONAVIDES, 2020, p. 102)

A doutrina constatou a existência de três elementos que compõem o princípio da proporcionalidade: pertinência, necessidade e proporcionalidade. No primeiro se analisa a adequação, a conformidade ou a validade do fim, chegando-se a confundir-lo com o da vedação do arbítrio. O segundo aduz que a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja. E o terceiro consiste na proporcionalidade mesma, tomada "stricto sensu", segundo a qual a escolha deve recair sobre o meio que considere o conjunto de interesses em jogo (BONAVIDES, 2020).

Em sua aplicação, há dois enfoques: a obrigação de fazer uso de meios adequados e a interdição quanto ao uso de meios desproporcionais - desta forma, a proporção adequada torna-se condição de legalidade. A inconstitucionalidade ocorre quando a medida é excessiva, injustificável, ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade (ZANCANER, 1997).

Vale destacar que duas concepções de Estado de Direito estão em oposição aqui: uma, ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; a outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica:

No segundo Estado de Direito, o legislador já não é, porém, o soberano das épocas em que o princípio da legalidade se sobrepunha, por ausência efetiva de controle, ao princípio de constitucionalidade. De conseguinte, o legislador, em razão do aperfeiçoamento dos mecanismos jurisdicionais de controle de seus atos, deixou de mover-se com a inteira liberdade do passado, típica da idade do primeiro Estado de Direito. Com a instauração doutrinária do segundo Estado de Direito, o juiz ao contrário do legislador, atua por um certo prisma num espaço mais livre, fazendo, como lhe cumpre, o exame e controle de aplicação das normas; espaço aberto em grande parte também -

sobretudo em matéria de justiça constitucional - pelo uso das noções de conformidade e compatibilidade. A Justiça Constitucional está mais apta a inserir, no ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade enquanto método de apoio interpretativo. (ZANCANER, 1997, p. 82)

Seguindo esses passos metodológicos da ponderação aqui elucidados, Ávila (2019) acredita que é possível se alcançar a objetividade e racionalidade na ponderação no caso de aparente colisão de princípios. Isso porque o método da ponderação é um caminho para se aferir o alcance e a extensão dos direitos fundamentais colidentes. Somando-se isso a uma interpretação sistêmica da Constituição, evita-se o abuso de um direito ou o uso exorbitante do exercício das liberdades individuais. Assim, a discricionariedade estaria limitada.

Acredita-se, então, que essa estrutura metodológica apresentada por Humberto Ávila é por demais pertinente para uso dos intérpretes brasileiros, com o fim de se distanciar ao máximo da discricionariedade. Não se quer aqui se aproximar de um formalismo, nem tampouco voltar à fase do realismo jurídico. Apenas se quer uma maior determinação nas decisões judiciais.

Ademais, pretende-se também defender um Direito genuinamente brasileiro. A exemplo da caracterização de nosso constitucionalismo, como visto em momentos anteriores, não se quer produzir um Direito sem a expressão do pensamento político, econômico e social do Brasil. A realidade de outros países é diferente da nossa, fato este que gera situações idiossincráticas para o nosso ordenamento jurídico. Busca-se uma unidade nacional, com abertura para metodologias estrangeiras quando do não regramento de nosso Direito.

Seria interessante que o ordenamento jurídico brasileiro adotasse uma metodologia única para os seus processos decisórios. Os tribunais brasileiros, principalmente o Supremo Tribunal Federal, utilizam-se dos critérios da ponderação e da proporcionalidade no caso de conflito entre princípios, sempre analisando a natureza jurídica das normas conflitantes no caso.

CAPÍTULO 3 A NECESSÁRIA HARMONIZAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, À LUZ DA TEORIA DE HUMBERTO ÁVILA

Chega-se no momento mais importante desta dissertação: a confirmação de que a teoria dos princípios de Humberto Ávila pode ser utilizada como metodologia para harmonizar as interpretações judiciais quando da aparente colisão de princípios da ordem econômica com o princípio da precaução.

Para tanto, inicia-se com questões acerca da discricionariedade dos magistrados para, só então, passar-se à análise dos casos da ADPF 101 e Eletropaulo. Isso é importante porque se está aqui propondo uma harmonização, por meio do método da ponderação de Ávila, em virtude da gama variada de decisões distintas proferidas pelos diversos tribunais brasileiros. Não é possível mais se aceitar a velha máxima que dizia: “cada cabeça, uma sentença”.

Processualmente, o Direito avançara com as reformas no CPC, inserindo-se regras de recursos repetitivos (CPC, art. 543-C); possibilidade de julgamento antecipado pela improcedência do pedido inicial de causas repetitivas, sem citação do réu (CPC, art. 285-A) e súmula vinculante, tudo com o escopo de que os casos iguais sejam decididos de maneira uniforme.

A jurisprudência também avançou com a decisão do STJ no Resp 928.302/DF, em voto vista do ministro Teori Albino Zavascki, no sentido de permitir a ação rescisória de julgado que contraria decisão do STJ em recurso repetitivo. Percebe-se que o Direito avança no sentido de se uniformizarem as decisões prolatadas pelos tribunais. Acredita-se, assim, que a teoria de Ávila sobre os princípios entende-os de uma maneira a impossibilitar escolhas discricionárias por parte do juíz.

Essa gama de interpretações verificadas até então no direito tem o nome de discricionariedade, uma das principais discussões do Direito: a concepção da interpretação como um momento de discricionariedade, muito estudado por Streck. A partir de então, é interessante se analisar um pouco a esse respeito.

2.2 CASOS PRÁTICOS

A fim de se demonstrar as divergências nas decisões dos tribunais brasileiros, explicitar-se-ão os casos da ADPF 101 e da Eletropaulo. Ao longo da explanação, aplicar-se-á a teoria dos princípios de Humberto Ávila na medida de sua possibilidade.

2.2.1 ADPF 101

O caso da ADPF 101, ação constitucional endereçada ao STF para julgar lei anterior à Constituição 1988 que fere preceitos fundamentais, trata de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental que discute o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável.

Nela se analisam decisões judiciais nacionais que permitem a importação de pneus usados de países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. Chega-se à conclusão de que o princípio ambiental deve se sobrepor aos princípios econômicos.

A petição inicial alegava afronta aos artigos 196 e 225 da Constituição e, também, que inúmeras decisões judiciais estavam a desrespeitar normativas regulamentares, como atos do Departamento de Comércio Exterior – DECEX e da Secretaria de Comércio Exterior – SECEX, sem falar na Resolução Conama nº 235/98. Assim, reproduz-se o voto da Ministra Carmém Dias, de maneira resumida do Informativo do STF:

PLENÁRIO

ADPF e Importação de Pneus Usados - 1

O Tribunal iniciou julgamento de arguição de descumprimento de

*preceito fundamental, ajuizada pelo Presidente da República, em que se discute se decisões judiciais que autorizam a importação de pneus usados ofendem os preceitos inscritos nos artigos 196 e 225 da CF (“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. ... Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”). Sustenta o argüente que **numerosas decisões judiciais têm sido proferidas em contrariedade a Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior - DECEX e da Secretaria de Comércio Exterior - SECEX, Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA e Decretos federais que, expressamente, vedam a importação de bens de consumo usados, com especial referência aos pneus usados. Inicialmente, por maioria, rejeitou-se a preliminar de não cabimento da ação. Reputou-se atendido o princípio da subsidiariedade, tendo em conta a pendência de múltiplas ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, inclusive no Supremo, nas quais há interpretações e decisões divergentes sobre a matéria, o que tem gerado situação de insegurança jurídica, não havendo outro meio hábil a solucionar a polêmica sob exame. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio, que, salientando não estar incluída a jurisdição na alusão, contida na parte final do art. 1º da Lei 9.882/99, a ato do poder público e, ressaltando não ser a ADPF sucedâneo recursal contra decisões judiciais, reputava inadequada a medida formalizada (grifo nosso).***

Após a apresentação da primeira parte do voto da Min. Carmém Lúcia, convém dizer que se observam várias decisões judiciais que haviam sido proferidas, anteriormente, autorizando a importação dos pneus usados, objeto da lide, mesmo havendo legislação publicada de forma contrária ao ato, como portarias, resoluções e decretos federais. Aqui, na fase da preparação, utilizando-se os dizeres de Humberto Ávila, identificou-se o objeto do conflito, e está-se analisando os elementos e argumentos do caso.

Observa-se que houve uma rejeição na preliminar do argumento de não cabimento da ação. Ou seja, ao contrário, a ADPF é perfeitamente cabível nesse caso, uma vez que questiona uma situação de descumprimento de preceito fundamental. Ademais, também é considerada um instrumento de ação subsidiário, residual, pois, via de regra, quando não couber uma ADI, ADC ou qualquer outro mecanismo de controle concentrado, pode ser utilizada a ADPF. Também é útil para os casos de atos

administrativos; atos normativos municipais; atos normativos distritais, exercidos no âmbito da competência municipal; atos normativos pré-constitucionais (editados antes da Constituição de 1988); atos pós-constitucionais já revogados ou de efeitos exauridos; e decisões judiciais, salvo se elas tiverem transitado em julgado (FERREIRA FILHO, 2022).

E considerou-se atendido o princípio da subsidiariedade, pelo argumento de pendência de múltiplas ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, inclusive no Supremo, nas quais há interpretações e decisões divergentes sobre a matéria, o que tem gerado situação de insegurança jurídica.

Na segunda parte do voto da Ministra, tem-se o seguinte:

**ADPF 101/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 11.3.2009. (ADPF-101).
ADPF e Importação de Pneus Usados - 2**

No mérito, a Min. Cármen Lúcia, relatora, julgou parcialmente procedente o pedido formulado para: 1) declarar válidas constitucionalmente as normas do art. 27 da Portaria DECEX 8/91; do Decreto 875/93, que ratificou a Convenção da Basiléia; do art. 4º da Resolução 23/96; do art. 1º da Resolução CONAMA 235/98; do art. 1º da Portaria SECEX 8/2000; do art. 1º da Portaria SECEX 2/2002; do art. 47-A do Decreto 3.179/99 e seu § 2º, incluído pelo Decreto 4.592/2003; do art. 39 da Portaria SECEX 17/2003; e do art. 40 da Portaria SECEX 14/2004, com efeitos ex tunc; 2) declarar inconstitucionais, também com efeitos ex tunc, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalvados, quanto a estes, os provenientes dos Países integrantes do MERCOSUL, na forma das normas acima citadas e que tenham incidido sobre os casos; 3) excluir da incidência daqueles efeitos pretéritos determinados as decisões judiciais com trânsito em julgado, que não estejam sendo objeto de nenhum questionamento, uma vez que somente podem ser objeto da ADPF atos ou decisões normativas, administrativas ou judiciais impugnáveis judicialmente (grifo nosso).

Na segunda parte do voto, percebe-se que houve a perfeita consideração da Convenção da Basiléia quando da validação dos decretos, portarias e resoluções administrativas, assim como o atendimento da supremacia da Constituição 88, vez que esses documentos administrativos apenas cumpriam-na. A inconstitucionalidade

das interpretações judiciais que infringiam os referidos atos administrativos também foi pertinentemente acolhida e considerada, uma vez que respeitou-se a existência de normas hierarquicamente superiores. Neste caso, excetuou-se os pneus remoldados oriundos de países integrantes do MERCOSUL, em razão de haver uma determinação *ad hoc* do Tribunal Arbitral do MERCOSUL a que o Brasil teve de se submeter – como se nota na parte 4 do voto da Ministra – mais adiante.

A exclusão da incidência dos efeitos pretéritos determinados nas decisões judiciais com trânsito em julgado apenas atendem ao critério de impossibilidade de questionamento em ADPF.

Na parte 3 do voto da Ministra, tem-se o seguinte:

**ADPF 101/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 11.3.2009. (ADPF-101)_
ADPF e Importação de Pneus Usados - 3**

A relatora, ao iniciar o exame de mérito, salientou que, na espécie em causa, se poria, de um lado, a proteção aos preceitos fundamentais relativos ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cujo descumprimento estaria a ocorrer por decisões judiciais conflitantes; e, de outro, o desenvolvimento econômico sustentável, no qual se abrigaria, na compreensão de alguns, a importação de pneus usados para o seu aproveitamento como matéria-prima, utilizada por várias empresas que gerariam empregos diretos e indiretos. Em seguida, apresentou um breve histórico da legislação sobre o assunto, necessária para o deslinde da causa. No ponto, enfatizou a inclusão da saúde como direito social fundamental no art. 6º da CF/88, bem como as previsões dos seus artigos 196 e 225. No plano internacional, citou a Convenção da Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, de 22.3.89 — ratificada pelo Decreto 875/93 —, adotada e reconhecida como documento de referência mundial na Conferência de Plenipotenciários, a qual, com reflexos diretos na legislação interna dos Estados signatários, dentre os quais o Brasil, ensejou a edição, pelo Departamento de Operações de Comércio Exterior — órgão subordinado à Secretaria de Comércio Exterior - SECEX —, da Portaria DECEX 8/91, que vedou a importação de bens de consumo usados. mencionou, ademais, outras Portarias do DECEX, e do SECEX, Decretos e Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA em sentido semelhante. Registrou que, com a edição da Portaria SECEX 8/2000, que proibiu a importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da Nomenclatura Comum do MERCOSUL, o Uruguai se considerou prejudicado e solicitou ao Brasil negociações diretas sobre a proibição de importações de

pneus usados procedentes daquele país, nos termos dos artigos 2º e 3º do Protocolo de Brasília. Explicou que isso deu causa ao questionamento do Uruguai perante o Tribunal Arbitral ad hoc do MERCOSUL, que, em 2002, concluiu pela ilegalidade da proibição de importação de pneus remoldados de países integrantes do bloco econômico da América do Sul, o que obrigou o Brasil a adequar sua legislação àquela decisão, irreversível. Em decorrência, foi editada a Portaria SECEX 2/2002, que manteve a vedação de importação de pneus usados, à exceção dos pneus remoldados provenientes dos países-partes do MERCOSUL (grifo nosso).

Atente-se, neste momento, para a análise do mérito do caso. A intérprete bem separa os elementos que entrarão em ponderação, a saber: a proteção aos preceitos fundamentais relativos ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em oposição ao desenvolvimento econômico sustentável. O argumento exposto para a infração ao desenvolvimento econômico sustentável é o de que a importação de pneus usados para o seu aproveitamento como matéria-prima, prática esta utilizada por várias empresas, geraria empregos diretos e indiretos.

Continuando, vários argumentos foram utilizados: a) enfatizou a inclusão da saúde como direito social fundamental no art. 6º da CF/88, bem como as previsões dos seus artigos 196 e 225; b) no plano internacional, citou a Convenção da Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, de 22.3.89 — ratificada pelo Decreto 875/93 —, adotada e reconhecida como documento de referência mundial na Conferência de Plenipotenciários, a qual, com reflexos diretos na legislação interna dos Estados signatários, dentre os quais o Brasil, ensejou a edição, pelo Departamento de Operações de Comércio Exterior — órgão subordinado à Secretaria de Comércio Exterior - SECEX —, da Portaria DECEX 8/91, que vedou a importação de bens de consumo usados; c) mencionou-se outras Portarias do DECEX, e do SECEX, Decretos e Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente em sentido semelhante; d) registrou-se que, a edição da Portaria SECEX 8/2000, que proibiu a importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da Nomenclatura Comum do MERCOSUL, foi inconstitucional porque já havia uma determinação do Tribunal Arbitral ad hoc do MERCOSUL pela permissão de tais importações se oriundas de países integrantes do bloco econômico da América do

Sul.

Observa-se uma atenção à legislação nacional e internacional no momento da ponderação, revisando-se documentos constitucionais e infraconstitucionais. Trata-se de um exercício metódico, racional, equilibrado, necessário, justo, sensato, atendendo-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como bem salienta Humberto Ávila.

**ADPF 101/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 11.3.2009. (ADPF-101)
ADPF e Importação de Pneus Usados - 4**

*Prosseguindo, a relatora afirmou que a questão posta na presente ADPF seria saber, portanto, **se as decisões judiciais nacionais, que vêm permitindo a importação de pneus usados de Estados que não compõem o MERCOSUL, implicariam descumprimento dos preceitos fundamentais invocados.** Realçou a imprescindibilidade de se solucionar o trato judicial sobre a matéria, que decorreu, sobretudo, da circunstância de **ela ter sido objeto de contencioso perante a Organização Mundial do Comércio - OMC, a partir de 20.6.2005, quando houve Solicitação de Consulta da União Européia ao Brasil. Disse que a União Européia formulou referida consulta acerca da proibição de importação de pneus usados e reformados dela procedentes e alegou afronta aos princípios do livre comércio e da isonomia entre os países membros da OMC, em razão da manutenção da importação de pneus remoldados provenientes dos Estados integrantes do MERCOSUL.** Informou que as considerações apresentadas no Relatório do Painel, que circulou entre os Membros da OMC, levaram a União Européia a apelar, tendo o Órgão de Apelação da OMC mantido a decisão no sentido de que seria justificável a medida adotada pelo Brasil quanto à proibição de pneus usados e reformados, para fins de proteger a vida e a saúde humanas, bem como a sua flora e fauna, mas concluído que a isenção de proibição de importação de pneus usados dada ao MERCOSUL e as importações destes por meio de liminares configurariam uma injustificada e arbitrária discriminação (GATT, art. XX, caput). Em face disso, a relatora reafirmou a razão fundamental de se dar uma solução definitiva sobre uma pendência que, no plano internacional, justificaria a derrocada das normas proibitivas sobre a importação de pneus usados, haja vista que, para o Órgão de Apelação da OMC, se uma parte do Poder Judiciário brasileiro libera empresas para importá-los, a despeito da vigência das normas postas, é porque os objetivos alegados pelo Brasil, perante o órgão internacional do comércio, não teriam o fundamento constitucional que as validariam e fundamentariam. **Acrescentou, no ponto, que, em 17.12.2007, o Órgão de Solução de Controvérsias - DSB adotou os aludidos relatórios do Painel e do Órgão de Apelação, e que, em 15.12.2008, o Brasil se comprometeu a implementar as recomendações e as regras do Órgão de Solução de***

Controvérsias, de maneira consistente com as obrigações da OMC (grifo nosso).

A parte 4 do voto de Cármen Lúcia apresenta um argumento sólido que mostra um grande embróglio em que o Brasil se envolveu internacionalmente. Os países estrangeiros que não pertencem ao MERCOSUL existem igualdade de tratamento quanto à liberação de comercialização dos pneus usados. Esses países alegam incongruência no argumento brasileiro de proteção da saúde e meio ambiente, uma vez que há a liberação das importações para países do MERCOSUL.

Isso demonstraria que o Brasil não estaria preocupado com a proteção da saúde e meio ambiente quando o assunto é a comercialização de pneus usados entre os países pertencentes ao MERCOSUL. Esse seria um importante ponto conflitante que necessita de resolução, como aponta a Ministra.

Adiante-se para a parte 5 do voto de Cármen Lúcia:

***ADPF 101/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 11.3.2009. (ADPF-101)
ADPF e Importação de Pneus Usados - 5***

Na seqüência, a Min. Cármen Lúcia deixou consignado histórico sobre a utilização do pneu e estudos sobre os procedimentos de sua reciclagem, que demonstraram as graves consequências geradas por estes na saúde das populações e nas condições ambientais, em absoluto desatendimento às diretrizes constitucionais que se voltam exatamente ao contrário, ou seja, ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Asseverou que, se há mais benefícios financeiros no aproveitamento de resíduos na produção do asfalto borracha ou na indústria cimenteira, haveria de se ter em conta que o preço industrial a menor não poderia se converter em preço social a maior, a ser pago com a saúde das pessoas e com a contaminação do meio ambiente. Fez ampla consideração sobre o direito ao meio ambiente — salientando a observância do princípio da precaução pelas medidas impostas nas normas brasileiras apontadas como descumpridas pelas decisões ora impugnadas —, e o direito à saúde. Afastou, também, o argumento de que as restrições que o Brasil quer aplicar aos atos de comércio não poderiam ser veiculadas por ato regulamentar, mas apenas por lei em sentido formal. No ponto, reputou plenamente atendido o princípio da legalidade, haja vista que o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior tem como área de competência o desenvolvimento de políticas de comércio exterior e a regulamentação e execução das atividades

*relativas a este, sendo que as normas editadas pelo seu Departamento de Comércio Exterior - DECEX, responsável pelo monitoramento e pela fiscalização do comércio exterior, seriam imediatamente aplicáveis, em especial as proibitivas de trânsito de bens, ainda não desembarçados, no território nacional. Citou diversas normas editadas pelo DECEX e SECEX que, segundo jurisprudência da Corte, teriam fundamento direto na Constituição (art. 237). **Após relembrar não ter havido tratamento discriminatório nas relações comerciais adotado pelo Brasil, no que respeita à exceção da importação de pneus remoldados dos países do MERCOSUL, que se deu ante à determinação do Tribunal ad hoc a que teve de se submeter, a relatora anotou que os países da União Européia estariam se aproveitando de brechas na legislação brasileira ou em autorizações judiciais para descartar pneus inservíveis tanto no Brasil quanto em outros países em desenvolvimento. Ressaltou que, se a OMC tivesse acolhido a pretensão da União Européia, o Brasil poderia ser obrigado a receber, por importação, pneus usados de toda a Europa, que detém um passivo da ordem de 2 a 3 bilhões de unidades.***

Nesta parte, a intérprete começa a arrolar argumentos científicos que servirão de embasamento para a sua decisão. Trata-se de um amplo estudo sobre a questão, de maneira a não se restar dúvidas sobre a posição que será tomada para o caso. Neste sentido, ela cita: a) estudos científicos sobre a utilização do pneu e procedimentos de sua reciclagem que demonstravam as graves consequências geradas por estes na saúde das populações e nas condições ambientais, em absoluto desatendimento às diretrizes constitucionais que se voltam exatamente ao contrário, ou seja, ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) o sopesamento dos riscos para a saúde das pessoas e meio ambiente quando da adoção da possibilidade de se importar os pneus usados com os benefícios econômicos que se obterão com essa ação – ela verifica que haverá um dano maior à saúde e ao meio ambiente, cujos lucros econômicos obtidos com esse comércio não se justificam nem se compensam; c) afastou o argumento de que as restrições que o Brasil quer aplicar aos atos de comércio não poderiam ser veiculadas por ato regulamentar, mas apenas por lei em sentido formal, estando respeitado o princípio da legalidade; d) alegou que os países da União Europeia estavam querendo se aproveitar de brechas na legislação brasileira, ou em autorizações judiciais, para descartar pneus inservíveis tanto no Brasil quanto em outros países em desenvolvimento. Averigua-se que todos os argumentos arrolados são bastante

líquidos e certos.

**ADPF 101/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 11.3.2009. (ADPF-101)
ADPF e Importação de Pneus Usados - 6**

A relatora, tendo em conta o que exposto e, dentre outros, a dificuldade na decomposição dos elementos que compõem o pneu e de seu armazenamento, os problemas que advém com sua incineração, o alto índice de propagação de doenças, como a dengue, decorrente do acúmulo de pneus descartados ou armazenados a céu aberto, o aumento do passivo ambiental — principalmente em face do fato de que os pneus usados importados têm taxa de aproveitamento para fins de recauchutagem de apenas 40%, constituindo o resto matéria inservível, ou seja, lixo ambiental —, considerou demonstrado o risco da segurança interna, compreendida não somente nas agressões ao meio ambiente que podem ocorrer, mas também à saúde pública, e inviável, por conseguinte, a importação de pneus usados. Rejeitou, ainda, o argumento dos interessados de que haveria ofensa ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa, ao fundamento de que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, preponderaria a proteção destes, cuja cobertura abrange a atual e as futuras gerações. Concluiu que, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais revelaria que as decisões que autorizaram a importação de pneus usados ou remoldados teriam afrontado os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos artigos 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF. Após, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Eros Grau.

No momento final do voto da aplicadora da prestação jurisdicional, ela enumera um rol de exemplos negativos provocados pelos pneus usados. Restou claro que, a simples geração de empregos não superaria a lista de pontos negativos relativos à saúde e ao meio ambiente. Sobre a alegação da infração ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa, afirmou que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, preponderaria a proteção destes, cuja cobertura abrange a atual e as futuras gerações. Ou seja, a gama de beneficiados é maior nestes. Ao final, a Ministra defende a aplicação do método da ponderação dos princípios

constitucionais, afirmando que isso teria demonstrado a afronta aos preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente os que se expressam nos artigos 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF/88.

Neste sentido, percebe-se que a Ministra fez uso da aplicação do método da ponderação. Podem-se notar todos os momentos elucidados por Ávila em sua teoria dos princípios. Todavia, chama a atenção a observação de Gilmar Mendes em seu voto a favor da relatora, embora com ressalvas ao uso do método da ponderação:

*Acompanho o voto entendendo, contudo, ser outra a fundamentação da afirmação de inconstitucionalidade das interpretações judiciais que autorizaram a importação de pneus. Isso de um lado porque recuso a utilização da ponderação entre princípios para a decisão da questão de que se cuida nestes autos. De outro porque, tal como me parece, essa decisão há de ser definida desde a interpretação da totalidade constitucional, do todo que a Constituição é. Desse último aspecto tenho tratado, reiteradamente, em textos acadêmicos. Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo --- marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas. A Ministra Relatora afirma que, “[a]pesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais demonstra que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil” (negrito meu). **Tenho porém que a ponderação entre princípios é operada discricionariamente, à margem da interpretação/aplicação do direito, e conduz à incerteza jurídica Interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade. Juízo de legalidade é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos** Mas não é só. Ocorre também que a ponderação entre princípios se dá no momento da formulação da norma de decisão, não no quadro, anterior a este, de produção da[s] norma[s] jurídica[s] resultantes da interpretação Este é aspecto que a doutrina não tem considerado, mas indispensável à compreensão da prática da ponderação. A interpretação do direito é inicialmente produção de normas jurídicas gerais. A ponderação entre princípios apenas se dá posteriormente, quando o intérprete*

autêntico decidir o caso, então definindo a solução que a ele aplica. A atribuição de peso menor ou maior a um ou outro princípio é, então, opção entre indiferentes jurídicos, exercício de discricionariedade, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de juízos de legalidade. A explicitação desses dois momentos --- o das normas jurídicas gerais e o da norma de decisão --- não obstante expletiva, deixa bem claro que a ponderação entre princípios é pura expressão de subjetivismo de quem a opera, optando por um ou outro, escapando ao âmbito dos juízos de legalidade (grifo nosso).

Discorda-se dos argumentos do Ministro Mendes quando afirma que a ponderação aproxima a discricionariedade. Ao contrário, como bem explica Ávila (2019), a restrição de princípios executada por Cármen Lúcia, quando da exclusão dos princípios da ordem econômica e prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana e da defesa do meio ambiente e da saúde demonstram a presença dos princípios da proporcionalidade, enfatizando-se as necessidades, adequações e proporcionalidades em sentido estrito, e da razoabilidade, fazendo-se sobressair a equidade, congruência e equivalência. Tudo isso se mostrou em perfeita sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana. Verifica-se uma racionalidade na apresentação da decisão da Ministra:

A ponderação de bens consiste em um método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento, mas fazendo-se necessária a inserção de critérios. (...) a ponderação é estruturada pelos postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionada mediante a utilização dos princípios constitucionais (ÁVILA, 2019, p.185).

Registrou-se, ainda, que a ministra Cármen Lúcia admitiu expressamente um número de *amici curiae* em defesa de uma tese, e o mesmo número em defesa da outra tese. O Supremo estabeleceu, de forma inédita, uma espécie de contraditório até para os *amici curiae*: “(...) a ponderação deve ser guiada pelo princípio/postulado da proporcionalidade, como um método racional para se alcançar a decisão mais justa acerca do conflito de bens e dos interesses constitucionais” (ÁVILA, 2019, p.85).

É importante que se diga ainda que o uso do método da ponderação não significa defender princípios constitucionais ambientais, ou de qualquer outro campo do saber, em detrimento dos princípios constitucionais da ordem econômica. A seguir, analisar-se-á outro exemplo causuístico em que também se usa o método da ponderação em defesa do princípio constitucional econômico. Trata-se do caso da Eletropaulo.

2.2.2 Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S/A

O caso em comento diz respeito à empresa Eletropaulo Metropolitana - Eletricidade de São Paulo S/A, que interpos recurso extraordinário, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão da Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Trata-se de caso de repercussão geral do portal do STF, que trata, à luz dos arts. 5º, caput e inciso II, e 225, da Constituição Federal, da possibilidade, ou não, de se impor à concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, por observância ao princípio da precaução, a obrigação de reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão, de acordo com padrões internacionais de segurança, em face de eventuais efeitos nocivos à saúde da população (MILARÉ, 2021).

Por força da repercussão geral, fixa-se a tese de que, no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009.

Este caso se mostra relevante para que se entenda, inicialmente, que aqui não se está defendendo a primazia de princípios ambientais em detrimento aos econômicos. Isso porque, como já visto, ambos são princípios fundamentais e pertencem à ordem econômica, conforme à CF/88.

Assim, viu-se aqui que o princípio da precaução:

É um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais. (MILARÉ, 2021, p. 275)

Note-se a importância do aspecto de gestão de risco deste princípio. Ocorre que, no caso da Eletropaulo, não há argumentos sólidos para se comprovar o risco do de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica. Se não há comprovação de risco, não há fundamentos fáticos nem jurídicos para que o princípio da precaução prospere neste caso. Sobressai-se, aqui, utilizando-se o método da ponderação de Ávila neste momento, o princípio constitucional da ordem econômica. Nos dizeres de Ávila, as condições concretas são diferentes, e, por isso, pode prevalecer, no conflito dos mesmos princípios, o outro princípio. Assim, mantenha-se a empresa executando as suas atividades normais, até o momento em que se consiga provar que há efeitos nocivos oriundos de suas atividades.

Observe-se ainda que, para a aplicação do método da ponderação, não se passou pelo princípio da proporcionalidade porque não houve colisão de princípios: o princípio da precaução não pode ser aplicado porque não há condições fáticas nem jurídicas para tal. Assim, ele é excluído e se sobressai o princípio da ordem econômica. Isso se difere do ocorrido no caso da ADPF 101, onde, de fato, ambos os princípios poderiam ser aplicados e há uma nítida colisão de conflitos, ao ponto de um dos Ministros inclusive discordarem da análise da Ministra Carmem Lúcia. Aqui, não há o que se discutir sobre a exclusão do princípio da precaução – interessante que houvesse uma parceria do STF com as universidades para se propor estudos sobre casos desconhecidos, a fim de se contribuir para o desenvolvimento sustentável da humanidade.

Na ADPF 101 houve o princípio da proporcionalidade, na medida em que se verificam os argumentos da Ministra na tentativa de justificar a sua posição final. Houve um sopesamento dos efeitos nocivos: ela busca interpretações mais justas e

adequadas, necessárias e proporcionais, para servir na solução do conflito entre princípios, e que a auxiliem na ponderação de bens e interesses. Segundo Humberto Ávila (2018), essa proporcionalidade não é nem regra nem princípio, mas, postulado. Isso significa afirmar que ela é uma metanorma, pois estabelece a estrutura de aplicação de regras e princípios.

No caso da ADPF 101, houve a união de outros subprincípios: a adequação ao caso concreto - adequação entre meios e fins -, exigibilidade ou necessidade - vedação do excesso e o dever de buscar restringir o mínimo possível os direitos fundamentais - e proporcionalidade em sentido estrito ou justa medida – correlação entre custo e benefício. Isso se observa nas justificativas da Ministra Carmem Lúcia. Neste caso da Eletropaulo, em contrapartida, a medida não fora adequada e, por isso, nem sequer valeu a pena verificar se era necessária ou proporcional em sentido estrito.

Analisar-se também que, de acordo com as fases de aplicação do método da ponderação, neste caso da eletropaulo não se passou pela preparação, primazia e realização. Entrou-se na fase da preparação, de identificação do conflito normativo, avaliando-se os elementos e argumentos e se definindo o objeto da ponderação. Nesta fase ainda foi identificado que não cabia a aplicação do princípio da precaução pela simples falta de argumentos científicos para os efeitos nocivos causados pelas atividades da Eletropaulo. Assim, nem se passou para a fase da determinação da primazia entre os princípios conflitantes, uma vez em que não havia conflito.

Isso é importante na medida em que demonstra que deve haver justiça interpretativa, por parte do magistrado, no momento de aplicação do método da ponderação. Isso porque, em se verificando que não há argumentos fáticos e jurídicos para a existência de um princípio ambiental, por exemplo, ou mesmo econômico, não se deve forçar a interpretação. Neste caso da Eletropaulo, não se deveria insistir na colisão de princípios, ignorando-se a ausência de evidências científicas que comprovassem os efeitos nocivos das atividades executadas pela empresa.

No caso da ADPF 101, possivelmente, o motivo que levou a diversas interpretações distintas sobre o caso tenha sido justamente esse: ignorar a ausência ou presença das justificativas possíveis para a supremacia do princípio ambiental sobre o econômico. O momento da preparação na ponderação é por demais

importante, pois é nesta fase que se irá avaliar as possibilidades existentes para o caso. Uma passagem rápida sobre esse momento apenas resultará em casos que se acumularão no STF, contribuindo, inclusive, na falta de celeridade da justiça brasileira; ou mesmo em insegurança jurídica, tendo decisões judiciais apresentadas cada uma a sua maneira.

Em contrapartida, no caso da Eletropaulo, esperar-se-ia que o magistrado solicitasse dos representantes do bairro que adentraram com petição contra a Eletropaulo estudos comprobatórios do que eles alegavam: os raios emitidos pela linha eram capazes de gerar efeitos negativos à saúde pública, principalmente em virtude de sua ação cancerígena. Não se pode prosperar com uma petição inicial com base apenas em alegações gerais que não possuem estudos científicos comprobatórios para os fatos.

Inicialmente, este caso foi acatado parcialmente, com condenação da Eletropaulo na Ação Civil Pública 5830020010191779 e na 5830020010191780. Percebe-se que, neste ato, o desenvolvimento econômico do país fora prejudicado por uma decisão judicial sem argumentos fáticos e jurídicos suficientes para embasá-la. A Eletropaulo recorreu e:

Para o Desembargador Antonio Celso Aguilar Cortez, em voto divergente, haveria de se reconhecer a prevalência da análise da Administração Pública no seu âmbito de competência licitatória, sustentando que 'nada autoriza que o Poder Judiciário se sobreponha à análise e decisão administrativa sem prova de ilegalidade, avançando no âmbito do mérito administrativo com base no medo do risco, equiparando potencial de risco com potencial de dano, a vistas de avaliações diferentes com base em critérios subjetivos". (MILARÉ, 2021, p. 281)

Entende-se a posição do Desembargador e até se concorda aqui com sua posição. Neste momento, cabe uma crítica à Administração Pública em seu poder licitatório: é preciso que comprovações científicas estejam clarividentes quando da decisão de seus atos administrativos, a fim de se evitarem lides como esta. A Associação de Moradores poderia ter tido acesso a esses estudos que evidenciam a ausência de dano ou risco à população, mesmo que seja no sentido de se dizer que

não há evidências dos mesmos. Isso já invalidaria o prosseguimento da Ação Civil Pública em questão.

Todavia, a decisão do relator, o Desembargador Renato Nalini, seguido pelo voto da Desembargadora Regina Capistrano, foi a de que:

A mera potencialidade justifica a incidência do princípio da precaução, pautando-se, no caso concreto, nos riscos potenciais levantados por laudo pericial e, pois, na aplicação da máxima *in dubio pro ambiente*, *verbis*: a cautela é medida que se impõe. (MILARÉ, 2021, p. 281)

Sobre esse posicionamento, diz-se que não há comprovação científica de potencialidade. Novamente, a falta de fundamentação científica para o risco ainda é algo que não se observa na análise dos intérpretes da lei. Como disse o Ministro Dias Toffoli, não se pode basear em temores infundados (MILARÉ, 2021). Os votos de alguns Ministros, como o do Dr. Marco Aurélio, à época, suscitou um debate que, ao nosso ver, não é cabido: ele justificou que deveria ser acatada a posição da população por ser a parte econômica mais hipossuficiente, se comparado com a empresa em foco. Não se acredita, neste caso, que o critério da hipossuficiência deva ser suscitado como argumento fático ou jurídico válido. Acredita-se ser um exagero no âmbito interpretativo.

3.3 A CONTENÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

O esforço deste estudo se deve à busca por maior objetividade e racionalidade nas argumentações das decisões judiciais. Isso é importante para se reduzir a discricionariedade que ainda insiste em persistir nas decisões dos intérpretes das leis. Urge uma necessidade por previsibilidade, legitimidade e segurança jurídica nessas decisões.

Com vistas nisso, acredita-se que o método da ponderação de Humberto Ávila é por demais eficaz na redução da discricionariedade das decisões dos magistrados. Ele mesmo alude que os benefícios na aplicação deste método estariam na

ponderação estruturada do processo de aplicação, e nos critérios materiais de justiça na argumentação, com o auxílio dos postulados normativos e a capacidade de controle intersubjetivo da argumentação.

Trata-se de um método que busca uma maior justiça social, possibilitando que o raciocínio jurídico seja maleabilizado com a evidência dos direitos fundamentais. Estes não podem ficar em segundo plano no momento da ponderação dos princípios em casos de aparente colisão de princípios. O método de Ávila desempenha um papel afirmativo de bem-estar social, graças ao pensamento neoconstitucionalista de a moral ser vista como intrínseca ao direito, através de argumentos de princípio (normas com teor moral que buscam a garantia de direitos, determinando o que deve ser e tendo caráter deontológico).

Com a mudança de paradigmas sociais do pós-guerra mundial, o surgimento dos Direitos Humanos trouxe reflexões para a sociedade que demonstraram que os aspectos humanos, sociais, culturais, sustentáveis, precisavam ter uma importância muito maior. Isso porque esteve-se em vias de uma destruição mundial, fato este que careceu reflexões da humanidade acerca de questões sociais, econômicas, ambientais e culturais.

O método de Humberto Ávila, assim, dá voz aos direitos fundamentais na medida em que possibilita a ponderação de princípios. Nesse processo, uma seleção de argumentos fáticos e jurídicos são selecionados para serem levados em consideração. Não se trata mais da análise pura e simples da lei, sem a consideração das necessidades da atual e futura geração.

Há contensão da discricionariedade na medida em que se ponderam os argumentos relativos e próximos dos direitos fundamentais. No pós-positivismo, os direitos fundamentais possuem voz e vez. Torna-se muito caro aos direitos fundamentais dizer, entretanto, que o enaltecimento de seus princípios representa uma abertura ainda maior do processo discricionário nas decisões judiciais.

A maior contribuição de Ávila é, na verdade, alertar para a necessidade de argumentos fáticos e jurídicos serem elencados ao máximo e analisados no processo de construção das decisões judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento do pós-positivismo, responsável, jusfilosoficamente, pela união muito mais estreita do Direito com a Moral, fato este que enalteceu a importância da consideração da interpretação dos princípios fundamentais para as decisões judiciais, gerou uma revolução no Direito. A interpretação da lei saía da pura análise da norma para a consideração de outros elementos igualmente importantes no processo de construção da justiça no Direito. Os princípios fundamentais assumiam uma posição nunca antes vista até o momento, no sentido de se construir uma verdadeira justiça social.

Isso provocou uma guinada em muitos conceitos, metodologias e teorias jurídicas, sobretudo no âmbito da teoria dos princípios. Sabe-se que, a depender do entendimento da definição de princípio, pode-se ter uma dada interpretação do mesmo, ao ponto de se ter uma decisão judicial distinta em virtude disso. Assim, muitos autores da época formularam inúmeros conceitos com o fim de se contribuir para a nova configuração do entendimento do Direito, que viria a se chamar de pós-positivismo.

Habermas utiliza um procedimento discursivo do Direito para a formação das decisões jurídicas, que compõe a sua teoria discursiva do Direito. Isso significa dizer que ele busca alcançar uma democracia deliberativa para o Estado Democrático de Direito por meio da participação ativa dos cidadãos no processo de decisão jurídica. Para ele, o Direito é um sistema aberto porque é composto por diálogos diversos da sociedade, que é a base de todo Estado Democrático de Direito. Assim, os princípios devem abarcar a diversidade de valores da sociedade, e não serem regras fechadas, pois assim voltariam a propagar o positivismo arcaico.

Robert Alexy diz que princípios são subespécies de normas. Com isso derruba as teorias positivistas que relegavam os princípios a um plano secundário, subsidiário. Tanto as regras como os princípios também são normas, porquanto, ambos se formulam através de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição. Em sua Lei de Colisão de Princípios, entende que um princípio vai prevalecer sobre o outro de acordo com o caso concreto. Essa prevalência será realizada por meio da ponderação, com o uso do princípio da proporcionalidade, cuja

base são os juízos de ponderação e valoração. Nessa ponderação, utiliza-se o grau de afetação de um princípio no outro, de forma que o princípio principal não pode ser totalmente prejudicado pelo princípio secundário. Assim, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Dworkin entende que os princípios serão aplicados a um caso concreto a depender do seu peso para o caso em tela. Prevaleceria, assim, aquele com maior importância para um determinado caso concreto, sem que isso implicasse na invalidade do outro princípio. Em outros casos, é possível que o princípio de maior importância seja o invalidado no outro caso. Assim, o princípio é um padrão que deve ser observado, não porque promove ou assegura uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade

Streck entende que os princípios são normas *strictu sensu* e deontológicos, ou seja, dependem da manifestação histórico-cultural no seio de uma comunidade política. Trata-se de um padrão decisório que se constroi historicamente e que gera um dever de obediência nos momentos posteriores.

Todavia, a definição de Humberto Ávila é a que mais nos apraz: em sua teoria dos princípios, diz que o método da ponderação, que é formado pelo princípio da proporcionalidade e pelo juízo da ponderação, é o mais adequado para se resolver os casos de aparente colisão de princípios. Ele afirma que os princípios são sugestivos, diretrizes, não são regras, não são axiomas, nem postulados, e nem máximas. Por conseguinte, os princípios não são absolutos.

Para Ávila, ainda, os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.

Trata-se de normas do que deve ser, e por isso têm caráter deontoteleológico: deôntico porque estimulam razões para a existência de obrigações ou proibições; teleológico porque as obrigações, proibições e permissões decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado

estado de coisas.

É neste sentido que se chega a conclusão nesta dissertação de que a metodologia do método da ponderação de Humberto Ávila é a mais plausível de aplicação para os casos de aparente colisão de princípios da ordem econômica e ambiental, mais especificamente o princípio da precaução. Isso porque, ao nosso ver, ele é o que mais reduz a discricionariedade das decisões judiciais, abarcando a importância da proporcionalidade da presença e influência de cada princípio fundamental sobre o outro.

O art. 170 da CF/88 se apresenta como ponto central da intersecção da aparente colisão de princípios. Ele traz nove princípios constitucionais da ordem econômica: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca de pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituída sob as leis brasileiras, que tenham sua sede e administração no país. De todos eles, interessa a este estudo o princípio da proteção ao meio ambiente. Isso porque ele se imiscui aos princípios do Direito Ambiental, e, quando ponderados com os princípios da ordem econômica, em casos de aparente colisão de princípios, criam o fenômeno da discricionariedade nas decisões judiciais dos magistrados, característica esta que precisa, ao máximo, ser reduzida das referidas decisões.

A discricionariedade surge porque a defesa do meio ambiente e da ordem econômica fazem parte de direitos fundamentais. Eles são, portanto, universais, imprescritíveis, históricos, irrenunciáveis, inalienáveis, inexauríveis, concorrentes e aplicáveis: são, ambos, indispensáveis para a perpetuação da humanidade. Trata-se de princípios igualmente promotores de uma existência digna à pessoa humana, e garantidor da justiça social. Eles têm relação direta com o princípio do desenvolvimento sustentável, que aufere o comprometimento dos agentes econômicos com atividades que não resultem em danos que prejudiquem o desenvolvimento ambiental, bem como a atividade ambiental sustentável.

O princípio da proteção ao meio ambiente, mais especificamente o princípio da precaução, deve ser ponderado junto aos princípios constitucionais da ordem econômica de maneira a seguir uma metodologia rígida quando da ponderação dos

mesmos pelos magistrados em suas decisões judiciais. Somente assim é que se alcançará o mínimo de discricionariedade nessas decisões, reduzindo-se, por conseguinte, a insegurança jurídica que paira até hoje no trato desse assunto.

O desenvolvimento econômico de uma nação não pode ser concebido como um entrave à efetivação do estado de bem-estar socioambiental: o desenvolvimento econômico e a defesa do meio ambiente de um país devem se imiscuir em uma só coisa, em estado de equilíbrio frequente; um não pode ser concebido sem o outro.

Neste sentido, o método da ponderação, de Humberto Ávila, pode ser utilizada como uma metodologia passível de aplicação nas decisões judiciais. A referida teoria garante uma objetividade mínima do direito, maior previsibilidade das condutas e a controlabilidade dessas decisões, na medida em que estabelece a reafirmação da normatividade dos princípios, mas rechaça sua banalização.

Os casos da ADPF 101 e da Eletropaulo são tomados como exemplos para a demonstração da aplicação do método da ponderação de Humberto Ávila. No caso da ADPF 101, o voto da relatora do caso, a Ministra Carmém Lúcia, é apresentado após ela enumerar um rol de exemplos negativos provocados pelos pneus usados. Ela defende que a simples geração de empregos não superaria a lista de pontos negativos relativos à saúde e ao meio ambiente. Sobre a alegação da infração ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa, afirmou que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios, relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, preponderaria a proteção destes, cuja cobertura abrange a atual e as futuras gerações.

Ou seja, a gama de beneficiados é maior nestes. Ao final, a Ministra defende a aplicação do método da ponderação dos princípios constitucionais, afirmando que isso teria demonstrado a afronta aos preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente os que se expressam nos artigos 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF/88.

No caso da Eletropaulo, nota-se que o princípio constitucional da ordem econômica prevalece sobre o princípio da precaução justamente pela falta de parâmetros que atendam ao método da ponderação. Não se convém aplicar o princípio da precaução porque se trata de um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto,

evento ou serviço, desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais. Não há argumentos sólidos para se comprovar o risco do de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica. Se não há comprovação de risco, não há fundamentos fáticos nem jurídicos para que o princípio da precaução prospere neste caso.

Com esse entendimento, é importante que se diga que não se fecham as discussões sobre o assunto. O pós-positivismo, por ter apenas 20 anos de existência, é, por demais, recente historicamente para que se exija resolver todos os problemas do Direito. Todavia, é clarividente que a sua abertura para a devida importância dos direitos fundamentais no contexto atual da sociedade foi a sua principal contribuição para uma sociedade carente de justiça social igualitária para todos.

O método de Humberto Ávila se apresenta, então, extremamente pertinente para ser utilizado pelos magistrados do Brasil, com o fito de se reduzir a discricionariedade das decisões judiciais. Isso ajudará a se promover uma justiça prestacional mais célere para a sociedade, tão carente de direitos diversos e fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2001. Disponível em: <<http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20da%20argumenta%C3%A7%C3%A3o%20juridica-Robert%20Alexy.pdf>>. Acesso em: nov. 2022.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. 1999. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: nov. 2022.

_____. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. **Revista de Direito Privado**. n. 24. São Paulo, 2005.

ALMEIDA, Ândreo da Silva. A Aplicação dos Princípios a partir das Teorias de Humberto Ávila e Robert Alexy. **Revista Caribeña de Ciencias Sociales**. 2019. Disponível em: <<https://www.eumed.net/rev/caribe/2019/09/teorias-avila-alexey.html>>. Acesso em: Jul. 2023.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Interpretação e aplicação das normas constitucionais: entre deferência e ativismo, o rigoroso apego à democracia representativa. **Revista de Informação Legislativa - RIL**, Brasília, DF, v. 59, n. 235, p. 11-41, jul./set. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p11

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA**: Comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito Ambiental**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ARAGÃO, Alexandra. **Aplicação Nacional do Princípio da Precaução**. 2013. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/24581/1/Aplica%C3%A7%C3%A3o%20nacional%20do%20princ%C3%ADpio%20da%20precau%C3%A7%C3%A3o%20%28Alexandra%20Arag%C3%A3o%29.pdf>>. Acesso em: out. 2022.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O Direito – introdução e teoria geral**. São Paulo: Almedina, 2006.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS. Contabilidad de Gestión Medioambiental, Principios de Contabilidad de Gestión, Publicações AECA, Documento nº 13, Fevereiro 1996.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1998.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001.

_____. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. Conteúdo, Limites e Intensidade dos Controles de Razoabilidade, de Proporcionalidade e de Excessividade das Leis. **Revista de Direito Administrativo**. n. 236. Rio de Janeiro, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: nov. 2022.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2014.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista De Direito Administrativo**, 240, 1–42. 2005. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: Jul. 2023.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional. v. 4, n. 15, 2001. **Revista da EMERJ**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf>. Acesso em: Jul. 2023.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação

constitucional dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais - Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115-116.

BERCOVICI, G. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BECHARA, Erika. Princípio do Poluidor-Pagador. **Enciclopédia Jurídica PUC**. Tomo Direitos Difusos e Coletivos, Edição 1, Julho de 2020. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/334/edicao-1/principio-do-poluidor-pagador>>. Acesso em: julho 2022.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Surcos, 2006.

BENJAMIM, A. H. (Org.). **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Vol. 1, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.

BELTINE, Marco. **A Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas**: bases conceituais. São Paulo: EACH, 2021.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: UNB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Juspodvim, 2020.

BOSELTMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. **Planalto**. Constituição Federativa do Brasil (1988). Lei 6.938. Decreto 5.098. Lei 4.717/65. Lei 7.347/85. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: out. 2022.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Nosso Futuro Comum**. São Paulo: FGV, 1991.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. São Paulo: Almedina, 2018.

CARSON, Rachel. **A Primavera Silenciosa**. São Paulo: Gaia, 2010.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: RT, 2013.

CASTRO, Carlos Roberto de Silveira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade**

das Leis na Nova Constituição do Brasil. São Paulo: Forense, 1989.

CLARK, Giovani. Política Econômica e Estado. **Dossiê Nação/Nacionalismo.** 2008. Disponível em:

<

COLOMBO, Silvana Brendler. O princípio da precaução no Direito Ambiental. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 488, 7 nov. 2014. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879>>. Acesso em: maio/2023.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método:** diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149009.pdf>>. Acesso em: nov. 2022.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

DELLAGNEZZE, Renê. **A Hermenêutica Jurídica:** sistemas e meios interpretativos. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72774/a-hermeneutica-juridica-parte-1-sistemas-e-meios-interpretativos/4>>. Acesso em: nov. 2022.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A Decisão Judicial.** 2000. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_24.pdf>. Acesso em: Jul. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002. FAORO, R. **Os Donos do Poder:** formação do patronato político brasileiro. 4. ed. São Paulo: Azul, 2012.

EWALD, François. Philosophie de la précaution. **L'Année Sociologique**, Paris, v. 46, n. 2, p. 402, 1996.

FENSTERSEIFER, Thiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Manual de Direito Constitucional.** 2.ed. São Paulo: Juspodvim, 2022.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANC, Michel. Traitement Juridique du risque et principe de précaution. In: **Actualité Juridique Droit Administratif**, nº 8, 3 Mars, 2003.

FURTADO, C. **Desenvolvimento e Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Sobre Princípios Constitucionais Gerais: isonomia e proporcionalidade**. São Paulo: RT, 2002.

GUIMARÃES, Juca. Busca por lucro criou condições para rompimento da barragem em Brumadinho. **Jornal Brasil de Fato**. 2019. Disponível em: <https://www.mpatraoneves.pt/media/communications/slides/Power_Point_Alteridade_e_Direitos_fundamentais_-_uma_abordagem_%C3%89tica.pdf>. Acesso em: nov. 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

JACKSON, Tim. **Prosperidade sem Crescimento: vida boa em um planeta finito**. São Paulo: Planeta Sustentável, 2013.

KOCHEN, Ronaldo. Racionalidade e Decisão - a fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. **Revista Processo**. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.244.04.PDF>. Acesso em: Jul. 2023.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: RT, 2000.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. São Paulo: Vozes, 1997.

LIMA, André Canuto de F. **O Modelo de Ponderação de Robert Alexy**. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey>>. Acesso em: dez. 2022.

LINS, Ivan. **História do Positivismo no Brasil**. São Paulo: Nacional, 1964.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito Ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARCHISIO, Sergio. Gli atti di Rio nel Diritto Internazionale. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milano, n. 3, p. 581-621, 1992.

MARIANA CANOTILHO. O Princípio Constitucional da Proporcionalidade e o seu Lugar na Metodica Constitucional. In: LOPES, Dulce; COUTINHO, Francisco Pereira;

BOTELHO, Catarina Santos (Orgs.). **O Princípio da Proporcionalidade**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. pp. 11-24.

MARX, Karl. **O Capital**. São Paulo: Boitempo, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Limites da aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica. In: BENJAMIM, Antônio Herman Vasconcelos; FREITAS, Vladimir Passos; SOARES JÚNIOR, Jarbas. **Comentários aos Acórdãos Ambientais**. São Paulo: Fórum, 2021. pp. 271-287.

MOLINARO, C. A., C. A.; MEDEIROS, F. L. F. de; SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. (Orgs.). **A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para além dos Humanos**. Uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MONIZ, Juízo(s) de Proporcionalidade e Justiça Constitucional. In: In: LOPES, Dulce; COUTINHO, Francisco Pereira; BOTELHO, Catarina Santos (Orgs.). **O Princípio da Proporcionalidade**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. pp. 25-62.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e Pretensão de Correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo STF**. 2013. Tese. Unisinos.

_____. **Proporcionalidade como Princípio Epocal do Direito: o (des)nivelamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do Direito**. 2010. Dissertação. Unisinos.

MOTA, Maurício. Princípio da precaução no Direito Ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, a. 1, p. 245-76, out./dez. 2006.

MYERS, N. Biodiversity and the precautionary principle. **Ambio Revue**, n. 2-3, v. 22, 1993.

NACUR, Rezende Elcio. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. São Paulo: Lumen, 2020.

NEVES, A. M. Alteridade e Direitos Fundamentais: uma abordagem ética. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**. 2021. Disponível em: <https://www.mpatraoneves.pt/media/communications/slides/Power_Point_Alteridade_e_Direitos_fundamentais_-_uma_abordagem_%C3%89tica.pdf>. Acesso em: out. 2022.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista**. Curitiba: Juruá, 2012.

NOVO Relatório do IPCC 2023. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=relat%C3%B3rio+do+ipcc+2023&rlz=1C1FCXM_pt-PTBR1001BR1001&oq=relat%C3%B3rio+do+ip&aqs=chrome.1.0i512l2j69i57j0i512l5.6524j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: maio/2023.

ONU. **ONU e o Meio Ambiente**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente>>. Acesso em: maio 2022.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Traduzido por Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PASSARINHO, Nathalia. Tragédia com barragem da Vale em Brumadinho pode ser a pior no mundo em 3 décadas. **BBC**. 2019. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente>>. Acesso em: nov. 2022.

PISKE, Oriana. **Proporcionalidade e Razoabilidade: critérios de inteligência e aplicação do Direito**. 2001. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2011/proporcionalidade-e-razoabilidade-criterios-de-intelecao-e-aplicacao-do-direito-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: Jul. 2023.

PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año nº 26, Nº 77, 2006. pp. 51-75. Disponível em: <Dialnet-LaRacionalidadDeLaPonderacion-2233706.pdf>. Acesso em: nov. 2022.

RAYANELLO, Tamires; LUNELLI, Carlos Alberto. Princípio da precaução, irreparabilidade dos danos ambientais e tutela do meio ambiente. **Revista Prisma Jurídico**. V. 19. N. 1, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/10469>>. Acesso em: jun. 2022.

ROCHA, Armando. Juízos de Proporcionalidade – em Direito Internacional. In: LOPES, Dulce; COUTINHO, Francisco Pereira; BOTELHO, Catarina Santos (Orgs.). **O Princípio da Proporcionalidade**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. pp. 111-126.

RODRIGUES, José Albertino. **Pareto**. São Paulo: Ática, 1984.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de Impacto Ambiental: conceitos e métodos**. 2.ed. São Paulo: Oficina de Texto, 2013.

SANDS, Philippe. O princípio da precaução. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 29-46.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. O Princípio da Precaução como critério de avaliação de processos decisórios e políticas públicas ambientais. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, ano II, v. 2, n. 5. maio/ago. 2013

SOLER, Manuel. **Manual de Gestión del Medio Ambiente**. Barcelona: Ariel, 1997. (Colección Economía).

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito e Política – Obras Reunidas**. São Paulo: Magnificat, 2021.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101. DJ 19/06/12.

STJ. Recurso Especial 1.479.316. 2014. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/864052340/inteiro-teor-864052362>>. Acesso em: out. 2022.

_____. Súmula 652. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/sumula/stj>>. Acesso em: out. 2022.

STOODI. Biologia. Disponível em: < <https://www.stoodi.com.br>>. Acesso em: out. 2022.

STRECK, Lênio. **O que é Isto – decido conforme minha consciência?** 6.ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2017.

_____. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Dicionário de Hermenêutica**. São Paulo: Letramento, 2018.

TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. **O STF e a Constituição Econômica: casos e funções**. São Paulo: Intersaberes, 2022.

TOLEDO SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo. **Direito Econômico e Cidadania**. 1997. Disponível em: <

http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/silveira_dir_ec_cidadania.htm>. Acesso em: set. 2022.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; LEAL, César Bastos. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Fortaleza: Expressão, 2017.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.

WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. **Os elementos constitutivos do princípio da precaução e a sua diferenciação com o princípio da prevenção**. 2015. Disponível em: < https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao068/Gabriel_Wedy.html>. Acesso em: Jun. 2023.