

**XXIX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU -
SC**

**TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS
POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA
DO ESTADO I**

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

JOSEMAR SIDINEI SOARES

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teorias da democracia, direitos políticos, movimentos sociais e filosofia do estado I [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI

Coordenadores: José Filomeno de Moraes Filho; Josemar Sidinei Soares; Lucas Catib De laurentiis.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-604-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da democracia e direitos políticos. 3. Movimentos sociais e filosofia do estado. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO I

Apresentação

Apresentação

Os artigos aqui reunidos foram submetidos ao Grupo de Trabalho “Teorias da Democracia, Direitos Políticos, Movimentos Sociais e Filosofia do Estado I”, no XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI.

A presente publicação, assim, é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate do referido grupo, no dia 8 de dezembro de 2022, tendo atuado como coordenadores os professores-doutores FILOMENO MORAES (UECE – aposentado), JOSEMAR SIDINEI SOARES (UNIVALI) e LUCAS CATIB DE LAURENTIS (PUC-Campinas). O evento teve como parceira institucional a Universidade do Vale do Itajaí e realizou-se do dia 7 a 10 dezembro do corrente ano, no campus da UNIVALI de Balneário Camboriú-Santa Catarina.

Os estudos abordam uma ampla gama de temas que, por sua vez, estão relacionados, centralmente, ao debate contemporâneo acerca da teoria democrática e suas implicações políticas e institucionais. Deste modo, foram apresentados e debatidos artigos, representativos de diversos programas de pós-graduação, mantidos por instituições de ensino superior distribuídas por todo o Brasil. O que, por sua vez, indica a larga abrangência e atualidade dos problemas examinados.

Assim, na qualidade de Coordenadores do Grupo de Trabalho, após a ampla discussão e rico debate, cabe-nos recomendar a atenta leitura dos textos aqui reunidos, dada a importância que cada um representa na pesquisa dos assuntos investigados.

PROF. DR. FILOMENO MORAES

(UECE – aposentado)

JOSEMAR SIDINEI SOARES

(UNIVALI)

LUCAS CATIB DE LAURENTIS

(PUC-Campinas)

CONSIDERAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. ANÁLISE DO ESPAÇO E DA POTENCIALIZAÇÃO EMANCIPATÓRIA DO DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS QUE ENVOLVEM O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL

CONSIDERATION OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW. ANALYSIS OF SPACE AND POWER ENGAGEMENT OF LAW IN LEGAL DECISIONS INVOLVING THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE ENVIRONMENTAL LAW

**Franciele Coutinho Vizzotto De Barros
Paulo Roberto Barbosa Ramos**

Resumo

As demandas sociais pelo direito tiveram início no Estado Liberal ou Estado de Direito, pois enxergou-se terreno fértil para que essas demandas fossem ouvidas e tratadas com igualdade. Deu início com a classe burguesa, depois com a classe trabalhadora e até os dias atuais por meio dos interesses da proteção ambiental, igualdade de gênero, entre outros. Resta saber de que forma ainda chegam essas demandas, isto é, quais são espaços legítimos possíveis para manifestar as insatisfações e a forma pela qual os interesses são tratados. Uma vez descoberto o espaço, o meio pelo qual examina-se as reivindicações demonstrará eventual potencialização da emancipação do direito e, conseqüentemente, evolução ou retrocesso ao estado democrático de direito. A pesquisa demonstrou, por meio das análises das decisões judiciais, os interesses que ocupam espaços onde a norma-princípio é aplicada, o impedimento autoritário mediante respostas incoerentes e sem racionalidade às demandas, conforme esquema de análise de argumentos de Stephen Toulmin, e o recuo do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado democrático de direito, Emancipação, Argumentação, Stephen toulmin, direito ambiental

Abstract/Resumen/Résumé

Social demands for law began in the Liberal State or Rule of Law, as fertile ground was seen for these demands to be heard and treated with equality. It started with the bourgeois class, then with the working class and until the present day through the interests of environmental protection, gender equality, among others. It remains to be seen how these demands still arrive, that is, what are possible legitimate spaces to express dissatisfaction and the way in which interests are treated. Once the space is discovered, the means by which the claims are examined will demonstrate an eventual potentialization of the emancipation of law and, consequently, evolution or regression to the democratic state of law. The research demonstrated, through the analysis of judicial decisions, the interests that occupy spaces

where the principle-norm is applied, the authoritarian impediment through incoherent and without rational responses to the demands, according to Stephen Toulmin's argument analysis scheme, and the retreat of the Democratic State of Law

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratic state, Emancipation, Argumentation, Stephen toulmin, environmental law

1. Considerações iniciais

A construção do Estado e a forma como ele opera é importante para seu povo. Do precursor estado moderno ao estado contemporâneo ocorreram várias evoluções iniciadas pelo estado absolutista chegando até o atual estado democrático de direito. Mas é no império do direito (durante o estado liberal) que iniciaram reformas institucionais radicais para acabar com os privilégios da nobreza e do clero.

A referida revolução foi reconhecida por Franz Neuman como Emancipação do direito. A emancipação é um termo que surgiu por meio de Karl Marx e posteriormente utilizada por Neuman ao analisar o período da Alemanha nazista. O poder emancipatório demonstrou ao longo da história a função progressista dos direitos fundamentais. A emancipação do direito pode ser entendida nos dias de hoje como uma forma de garantir institucionalmente a possibilidade de trazer as demandas e a insatisfação de toda parcela da sociedade.

Todavia, se as vozes não são ouvidas em espaços legítimos, ou se ouvidas tem suas demandas negadas sem justificações racionais e coerentes, representará retrocesso ao estado democrático de direito. Por esse motivo, objetivou-se analisar a coerência nas fundamentações judiciais e descobrir a forma que são tratadas as demandas sociais. Buscou-se então conhecer a evolução do Estado, desde o Estado moderno até os dias de hoje, para entender sobre as lacunas e as reivindicações de direitos de todas as parcelas sociais. Por conseguinte, descobrir se dentro do poder judiciário existe lacuna em que pode ocorrer a emancipação do direito, ou seja, se há possibilidade de apreciação das exigências sociais por meio do sistema jurídico, precisamente, nas decisões judiciais em que é necessário socorrer-se aos princípios em razão das lacunas normativas.

Assim, foi necessário compreender acerca do conteúdo de um dos princípios constitucionais, elegeu-se para tanto o “Princípio da Precaução” com escopo de avaliar seu emprego nas decisões em uma das cortes superior brasileira, a harmonia interna, a pretensão do uso e o peso argumentativo. A fim de compreender o funcionamento da decisão judicial utilizou-se o modelo analítico sugerido por Stephen Toulmin, dado sugerir estruturas que possuem fundamentos, assim como um padrão de racionalidade com o qual o direito ocidental afirma trabalhar. Sem querer impor que o modelo de análise escolhido é o único modelo correto, porque não se entende correto aprisionar o direito com pretensões de verdade. Principalmente nas jurisdições brasileiras onde é quase impossível reorganizar a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada em razão de sua característica

opinativa (devido a junção de diversos doutrinadores, leis, caso, etc), isto é, mesmo nos casos de votos igualmente favoráveis, os motivos serão diferentes e desagregados.

Desta forma, a análise dos julgados alcança a existência de elo entre os precedentes, fundamentações e conclusão; se o princípio foi aplicado conforme seu significado e sua relação com os fatos e contexto; se o uso do princípio como argumento foi de forma analítica ou substancial e, se as refutações moldaram os argumentos que levaram as conclusões. Por fim, na existência da oportunidade de apreciação e eventual ascensão de demandas por essa via, se ocorre o fortalecimento da emancipação do direito mediante apreciação racional e justificativa do juízo, porquanto se há possibilidade de em determinado espaço garantir institucionalmente as insatisfações, há potencialização da emancipação do direito e, conseqüentemente, aperfeiçoamento ao estado democrático de direito.

2. Do Estado moderno ao estado fundador da emancipação do direito

Ao estudar o Estado tem-se em vista teorias em variadas áreas de abordagem como doutrinas filosóficas, políticas, sociológicas, econômicas, históricas entre outras, as quais complementam à medida que traz sua origem, evolução, desenvolvimento, características e finalidades. A partir de uma abordagem político-jurídica¹ é possível explicá-lo com base em elementos necessários de uma organização politicamente estruturada de um povo, composto de ordem jurídica própria aplicada dentro de território marcado e estabelecido, além de possuir legitimação externa para operar sua soberania (GAMBA, 2019). Após as sociedades pré-modernas inicia-se então o Estado moderno e suas respectivas fases (Estado absolutista, Estado de polícia, Estado constitucional, Estado socialista, Estado totalitário, Estado social), até o Estado contemporâneo em que “grandes números de Estados reivindicam em suas constituições a condição de Estado democrático de direito (é o caso do Brasil, entre tantos).” (SGARBOSSA, 2018, p. 155).

Vislumbram alguns autores que o Estado absolutista é um precursor do Estado. É nele que a lei se torna ferramenta de autoridade, porque será produzida somente pelo soberano. Via de regra o governante não está sujeito ou restringido pelas normas, e ao indivíduo não era possibilitado exigir direitos em face do Estado.

“É equivocada, contudo, a concepção do Estado absoluto como aquele em que o poder foi exercido de forma desenfreada. Na verdade, encontrava-se limitado pela lei divina, pela lei natural, pelos pactos e leis fundamentais e também por poderes e

¹ A abordagem político jurídica do estado é a mais apropriada para esse estudo, porque considera-se que o nexo de uma sociedade com alguma natureza normativa sempre existiu, portanto, a existência de regras mínima em todo grupo humano faz parte de sua evolução social.

direitos das corporações, das ordens religiosas e das cidades.”³ (Ranieri, 2018, p.30)²

Por conseguinte, vem o Estado de polícia (considerada por alguns como uma fase do próprio Estado absolutista) em que a guarda do soberano restringia excessivamente a liberdade e direitos do cidadão. Após o Estado Constitucional (Estado liberal ou Estado de Direito)³. É esse Estado de direito em funcionamento que a emancipação do direito passa a se efetivar. Após o momento em que as reivindicações da classe proletariada também começaram a fazer parte do parlamento, e a burguesia passou a não ser a única que demandava direitos junto ao parlamento, Neumann enxergará no Direito um potencialemancipatório em razão de sua característica racional⁴.

“...a possibilidade real de perseguir a emancipação via direito é o que lhe empresta, nesse momento histórico, potencial revolucionário. Esta possibilidade só faz sentido se estivermos diante de um direito racional, ou seja, um direito que possa ser estruturado tendo em vista a realização da vontade de toda a sociedade.” RODRIGUEZ, p.41

Nesse padrão de Estado o poder e o governo foram controlados e limitados pelo Direito. São características a instauração e a manutenção da ordem por meio da Constituição, o respeito à pessoa humana e seus direitos e a tripartição dos poderes. Por ser também um Estado representativo, os direitos políticos foram se desenvolvendo surgindo espaço para o sufrágio universal, constituição de partidos políticos e organização de sistemas eleitorais, aspectos presentes até o estado contemporâneo⁵.

Depois do Estado socialista, Estado totalitário, Estado social, dá-se um salto ao Estado Democrático de Direito, espécie do Estado Constitucional que tem como finalidade promover e assegurar de forma abrangente a proteção dos direitos fundamentais. Está alicerçado em sua coluna vertebral a dignidade humana no sentido de ser o eixo central responsável por sustentar todo sistema estatal. A soberania popular, a democracia e a justiça social são seus fundamentos.

² Doutrina, ainda, Nina Ranieri quando cita o filósofo italiano Pietro Costa, trazendo uma explanação provocativa que o “Estado Absoluto é mais bem-sucedido Estado de Direito: Um Estado, exatamente, pelo direito (e pelos direitos) ...” onde o soberano goza de privilégios da lei, mas enfrenta, inclusive, condições provenientes da ordem já instituída. RANIERI, Nina. Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito, p. 30.

³ No mesmo sentido SILVA, 2009: “O estado liberal firmou restrição dos fins estatais, consagrando uma declaração dos direitos dos homens como estatuto negativo, com a finalidade de proteger o indivíduo contra usurpação e os abusos do estado, e, desse modo, configurou uma democracia política”, ...agora “sua participação faz parte no estabelecimento das regras”. p.135/136.

⁴ No item “Lacunas normativas” o texto trará com mais detalhes acerca da emancipação da classe operária durante o Estado liberal

⁵ De acordo com SILVA, 2009: “O conceito de democracia política iniciado no Estado liberal “repercuten os textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais...” p.136

Como elemento conservador do Estado Democrático de Direito, está o Direito, diferentemente dos aspectos democráticos que garantiram atualizações ao Estado por meio de escolhas políticas e atividades governamentais dos cidadãos ativos (Ranieri, 2018). Da passagem do Estado de Direito ao Estado constitucional de Direito o progresso é visto por meio da afirmação do princípio da legalidade, do dominante papel do legislador e garantia da supremacia da Constituição. A evolução ⁶do Direito (no sentido da teoria do conhecimento), traz correções ao sistema normativo multiforme, necessárias, entretanto, para o Estado Democrático de Direito. É nesse tipo de Estado que o excesso de poder da maioria é obstado em detrimento a todos. Os direitos fundamentais, o regime democrático, a forma federativa de Estado e a separação de Poderes, não estão disponíveis a qualquer poder arbitrário. É nesse Estado que existe a possibilidade de emancipação do direito, é necessário, para tanto, encontrar lacunas.

3. As lacunas normativas como emancipação do direito

O termo emancipar é trazido por Franz Neumann no contexto da Alemanha nazista e pós nazista. O estudo de Neumann sobre o potencial emancipatório do direito, apesar de escrito nessa época, traz elementos importantes para pensar acerca de situações atuais. “Emancipar-se significa garantir institucionalmente a possibilidade de expressar a insatisfação.” (Rodriguez, 2009, p. 38)

O contexto da emancipação do direito se dá por ocasião da derrubada do regime monárquico (além de aristocracia e clero formados pela vontade do soberano) e a varredura dos últimos vestígios do feudalismo, conhecida como revolução burguesa do século XIX.⁷ Inicia-se então a chamada democracia burguesa, classe excluída até então do âmbito de ação do Estado que vai utilizar o império do direito como meio de reivindicação da garantia da igualdade perante a lei, assim como a liberdade e a segurança individual para todos indivíduos, dado que agora é universalmente a principal portadora dos interesses (Rodriguez, 2009).

Ocorre que a garantia de igualdade perante a lei, a liberdade de associação, o direito ao voto e os demais direitos criados por meio da burguesia para desenvolvimento do Estado

⁶ Outro exemplo de mudança do Estado de Direito para o Estado de direito constitucional é a incumbência do judiciário no que diz respeito a vigilância da correspondência das leis às normas constitucionais.

⁷ A revolução burguesa teve como inspiração a Revolução francesa de 1789-1793. Informações do texto de LÖWY, Michael. Revolução burguesa e revolução permanente em Marx e Engels. Discurso, n. 9, p. 129- 152, 1978. O texto também explana sobre a diferença entre a revolução burguesa francesa e a alemã.

de Direito, passaram a favorecer igualmente a entrada da classe trabalhadora ao parlamento, a qual começou a utilizá-lo (estado de direito) como ferramenta de reivindicações de seus direitos e interesses. Desta forma, o proletariado passa a mobilizar o Estado para que levasse em consideração suas vontades, isto é, a criação de normas em relação a atividade econômica com objetivo de que esta (atividade econômica) submetesse ao controle político de toda sociedade e não apenas da burguesia, promovendo, portanto, a emancipação do direito por parte do proletariado.

O direito, portanto, funciona como ferramenta para definir os termos em que a sociedade funciona, a forma como é construída modelando suas instituições e condutas. Seu valor é vislumbrado quando visto por meio de desse contexto (Alemanha nazista), onde o império do direito foi suprimido pela política resultando em consequências trágicas⁸. Daí, a importância do direito liberal (proveniente do Estado de direito), porque a possibilidade da emancipação e, conseqüentemente, alterações de instituições via direito existe enquanto o direito está em pleno funcionamento.

Neumann enxergou durante esse período o poder emancipatório do direito da classe operária no momento em que suas demandas começaram a fazer parte do parlamento. Mas, no período pós guerra⁹, passaram a surgir novos movimentos sociais, a exemplo dos movimentos feministas, movimento negro, movimento ambientalista que passaram a gerar novas demandas e promovendo alteração dos direitos e distribuição de poderes por meio do parlamento, assim como, por meio das decisões judiciais, como o da alteração do conceito de família e possibilidade de união homoafetiva¹⁰.

No tocante ao exemplo trazido (diga-se de passagem, será a ponte que levará a concluir pela possibilidade da emancipação do direito por intermédio da lacuna normativa)¹¹, esclarece-se que a legislação atual tem sido incapaz de acompanhar a evolução dos diversos modelos de núcleos familiares deixando a cargo do poder judiciário a aplicação dos princípios

⁸Conforme RODRIGUEZ, Neumann não advoga a favor do direito em qualquer contexto histórico, pelo contrário, há críticas concretas no sentido de rever o desenho interno para que se pense em formas melhores de separação e distribuição de poderes entre os diversos grupos sociais.

⁹Nos dias atuais e eternamente haverá demandas sociais. É esse, inclusive, o fim fundamental das normas programáticas da constituição brasileira atual, a participação da formação da direção política geral de todos aqueles excluídos no sistema tradicional, SILVA, 2009, p. 156

¹⁰Para explicação desse exemplo foi utilizado o artigo de HIRONAKA, 2013, p. 199

¹¹Haverá lacuna normativa, p.ex. na ausência de norma com eficácia plena. Para SILVA 2009 as normas constitucionais de caráter programático, isto é, normas de eficácia limitada, não irão “regular, desde o primeiro momento de modo direto e imediato, determinadas situações e relações, regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre matérias, isto é, estabelecem aquilo que os governantes deverão fazer...” p.138.

¹² (p.ex. dignidade da pessoa humana e solidariedade familiar), dado consistir em normas com alto grau de abstração não vinculáveis a comportamentos específicos usados para instituir uma correlação entre os efeitos da conduta e o estado ideal de coisas. No exemplo, portanto, promoveu a igualação dos direitos da união homoafetiva ao instituto da união estável com objetivo de cumprimento das expectativas sociais, e, conseqüentemente, o reconhecimento da pluralidade das entidades familiares.

Desta forma, é válido o pensamento de que a emancipação do direito pode ocorrer por meio das demandas sociais ausentes de enquadramento da espécie normativa regra¹³. Para esse tipo de demanda a utilização da norma princípio é uma das formas de resolução, pois uma das fontes de direito utilizado para preencher lacunas normativas. Isso porque, para aplicação dos princípios, a consideração de aspectos concretos e individuais é feita sem obstáculos institucionais, não é necessário ter comportamento específico para aplicar a norma, basta que os efeitos da conduta promovam o fim a ser alcançado (Avila, 2021). A emancipação do direito pode ser promovida, todavia, se a aplicação do princípio proporcionar procedimento racional de fundamentação que permita enxergar as condutas necessárias à realização dos valores por ele prestigiado. Diante disso, válido o conhecimento acerca dos valores e conteúdo do Princípio da Precaução.

4. Significado e conteúdo do Princípio da Precaução no Direito Ambiental

O conceito do princípio ainda é controverso e gerador de discussões nos foros judiciais, imprensa e sociedade, não há ainda entendimento uniforme sobre o objeto ou conteúdo concreto do princípio. É possível, no entanto, uma definição negativa da matéria, ou seja, aquilo que não faz parte do significado do conteúdo do princípio. A aplicação do princípio não implica na existência de “risco zero”. Não é o objetivo do princípio deixar p.ex. um empreendimento seguir em razão da ausência de risco, mas objetiva “riscos ou riscos mais baixos ou mais aceitáveis” (Rodríguez, 2021, p. 380). O princípio da precaução não pode ser recorrido com base em abalos morais ou afetivo, mas de forma racional, razão pela qual é fundamental que se coloque na balança tanto os riscos a serem evitados quanto os riscos da não instalação do programa de construção submetido a análise. (Rodríguez, 2021).

“...prevenir riscos ou danos implica escolher quais os riscos ou danos pretendemos prevenir e quais os que aceitamos correr. Se feita racionalmente a escolha,

¹²Conforme prevê a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) em seu artigo 4º: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

¹³De acordo com Silva esse é o objetivo das normas constitucionais de princípio programático, porque sua eficácia limitada permite que o Estado mantenha o processo de democratização sucessiva transformando-se em democracia social quando “estende-se seus métodos e critérios a esferas situadas inicialmente à margem do Estado: à economia, à educação, etc”, Silva, 2009, p. 136

escolheremos o risco menor em preferência ao maior. Contudo, nem sempre as escolhas são feitas racionalmente, pois a percepção do risco nem sempre guarda alguma relação com o risco real e, muitas vezes, a escolha é feita com base na percepção e não no risco real.”¹⁴ “O princípio não determina a paralisação da atividade, mas que ela seja realizada com os cuidados necessários, até mesmo para que o conhecimento científico possa avançar e a dúvida ser esclarecida.” (Rodríguez, 2021, p. 41)

O princípio passou a ser prestigiado e influenciar grande parte das normas após a apresentação internacional ocorrida na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente intitulada Rio 92 e, respectivamente, anunciada na Declaração do Rio na qual o Princípio da Precaução ocupou espaço no corpo da carta com o seguinte conceito:

“Princípio 15: Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental.”¹⁵

A orientação da utilização do princípio é também pautada na parte V do Decreto 5.472/2005 (sobre poluentes orgânicos persistentes), o qual dispõe sobre o uso das melhores técnicas disponíveis para as práticas ambientais, não direcionando técnicas específicas, mas as que devem ser levadas em consideração no momento da instalação ou análise dos projetos atribuindo importância à localização geográfica e as condições ambientais da região, tendo em mente eventuais custos e benefícios de uma tomada de decisão e as ponderações de precaução e prevenção.

Todavia, embora a “precaução” seja estabelecida como “princípio” não deve ser interpretada como cláusula geral, genérica e indeterminada, sem base legal que a ampare. O modo efetivo e concreto de aplicar a norma estão baseados nas definições dos meios de se fazer as avaliações dos impactos ambientais trazidos pelo artigo 225 da nossa constituição, seguida das normas infraconstitucionais inerentes¹⁶. Mas, é comum notar situações em que o

¹⁴Idem, p. 39. O autor traz um exemplo interessante nesse sentido sobre o inseticida DDT, o qual foi rejeitado nos programas de controle contra malária depois da publicação de uma matéria que alegava os danos trazidos a saúde humana em razão do uso do veneno. Entretanto, a eliminação do DDT ocasionou malefícios maiores do que a permanência do uso de forma adequada e a consequência foi o ressurgimento da doença na América do Sul, sendo que os países da Venezuela e do Equador não tiveram os mesmos problemas, porque não pararam de usar o inseticida.

¹⁵ Conteúdo disponível na página da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo: Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e desenvolvimento, p. 1.

¹⁶Tais como: Lei 9.605/98; Lei 12.187/2009; Lei 12.305/2010; Lei 12.608/2012; Lei 11.105/2005 a qual prevê “normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal”...SARLET, p.75..

poder público interpreta a norma como um super princípio, acima dos demais, impossibilitando o avanço de implementações de atividades violando princípios¹⁷ como os valores sociais do trabalho¹⁸, da livre iniciativa, além de prejudicar o desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização.¹⁹

O princípio da precaução, portanto, consiste em considerar, dentre outros aspectos, que: i) não se trata de risco zero, mas riscos baixos ou aceitáveis; ii) é necessário dizer o que se pretende prevenir e qual o risco a ser evitado; iii) levar em conta os riscos da não implementação do projeto proposto; iv) compreender o problema; v) a dúvida sobre a natureza nociva de uma substância deve partir de análises técnicas e científicas²⁰;

vi) o princípio não determina a paralização da atividade, mas que seja realizada com os cuidados necessários; vii) verificar se os meios definidos pelo legislador foram observado; viii) avaliar os custos das medidas de prevenção e diferentemente do princípio da precaução.

Desta forma, ao aplicar o princípio da precaução nas decisões judiciais, é necessária a fixação e uma sistematização prévia da compreensão acerca do seu conteúdo, demonstrar a ligação entre os objetivos da norma e a conclusão, deixando de lado a mera aplicação vazia do princípio “em favor de uma delimitação progressiva e racionalmente sustentável de comportamentos necessários à realização dos fins postos pela Constituição Federal. (Avila, 2021, p. 121)”. O modelo de análise dos argumentos sugeridos por Stephen Toulmin sugere aplicação de argumentos congruentes que considerem a ligação entre os elementos da alegação e da conclusão, isto significa, a compreensão do significado do princípio e a criação do elo entre seu conteúdo e a decisão final, conforme explicação do próximo tópico.

5. Análise dos argumentos para Stephen Toulmin

A sugestão é que a teoria lógica (ou filosofia lógica) assuma uma reordenação com objetivo de alinhá-la mais próxima da prática crítica, a lógica aplicada, ou seja, exercer o

¹⁷De acordo com ANTUNES e no mesmo sentido SARLET, p. 76. “se ao Estado, por um lado, é imposta a adoção de medidas de precaução em grau suficiente, sob pena de violar direitos em razão da proibição de proteção insuficiente, de outro lado, lhe é igualmente vedado restringir direitos de forma excessiva, como decorrência da proibição de excesso, também decorrente do princípio da proporcionalidade...”

¹⁸A exemplo da função social da propriedade rural e política agrícola art. 186 da CF e as leis infraconstitucionais. “A propriedade rural cumpre sua função social quando ela é utilizada com critérios, observando-se, essencialmente, a exploração adequada da terra e a preservação ambiental.” SIRVINSKAS, p. 76.

¹⁹De acordo com ANTUNES, Paulo de B. Direito Ambiental, p. 42. Segue ainda que “a aplicação do princípio da precaução somente se justifica constitucionalmente quando observados os princípios fundamentais da República” ... “fora de tais limites, a aplicação do princípio da precaução se degenera em simples arbítrio”.

²⁰No mesmo sentido SARLET, “se o avanço científico demonstrar a segurança de determinada técnica, desnecessárias as medidas de precaução”, p.74

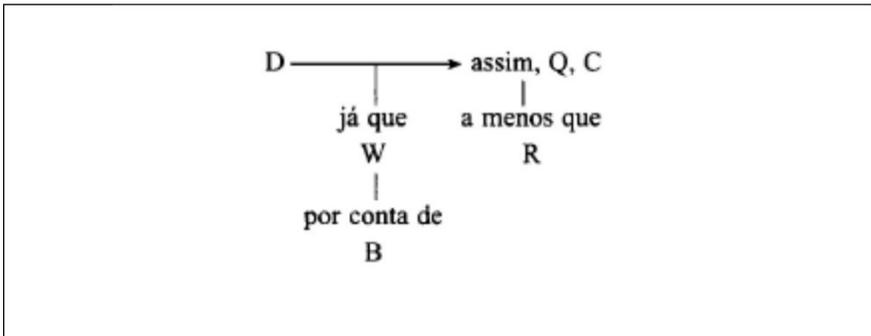
empirismo na formalidade da lógica. Assim, as contribuições e os avanços nas áreas da política, das ciências naturais, morais e práticas, devem fazer parte da melhoria nos métodos de argumentar. A atenção voltada ao atual estado do objeto substantivo no momento presente deve ser a mesma ao seu desenvolvimento histórico. É importante, portanto, a reintrodução de considerações históricas, empíricas, inclusive as antropológicas nos argumentos (Toulmin, 2001).

A forma de exposição dos argumentos também é importante para que se consiga fazer justiça a todos eles, ao invés de manter a forma tradicional da lógica de Aristóteles: premissa menor, premissa maior e, por conseguinte, o resultado da análise. As “características devem ter um layout logicamente imparcial dos argumentos” (Toulmin, 2001, p.137). Ademais, é salutar identificar nos argumentos o que se pode designar de “o processo racional”, isto é, aplicar procedimentos e categorias mediante os quais se podem discutir e decidir todas as “causas”. A analogia com as jurisprudências aclara a forma modelo de colocação dos argumentos.

“Uma das principais funções da jurisprudência é garantir que se conserve o que é essencial no processo legal: os *procedimentos* pelos quais as alegações se devem apresentar em juízo, discutidas e estabelecidas, e as *categoriais* segundo os quais se devem apresentar, discutir e estabelecer as alegações.” (Toulmin, 2001, p. 10)

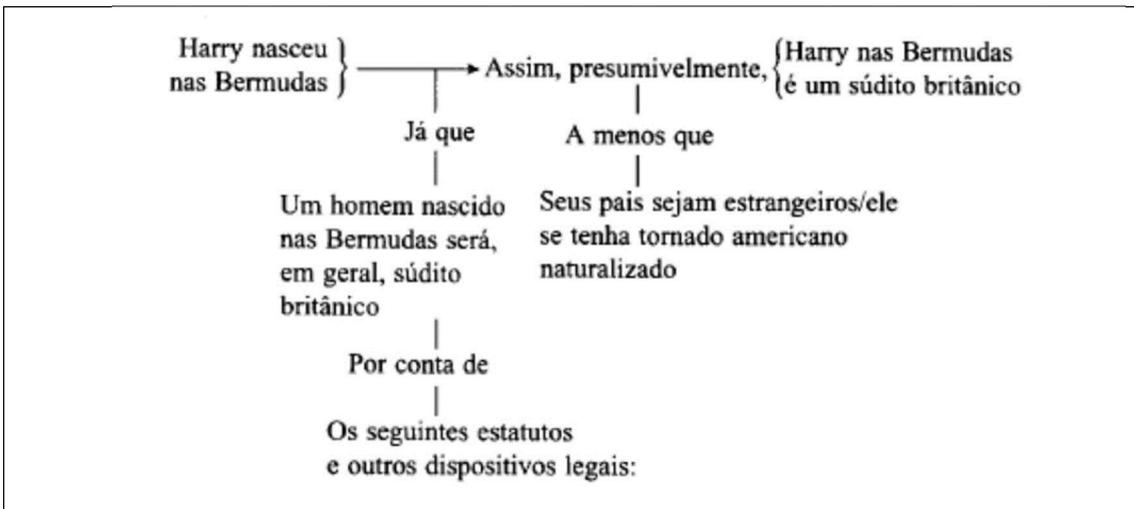
A sugestão não é mais manter o processo escrito na expressão “se D, então C”, dado bastante resumido e visto com maus olhos, mas expandi-lo, refazendo-o com o benefício da imparcialidade, desta forma: “dados do tipo D nos dão o direito de tirar conclusões C (ou de fazer alegações C)”. (TOULMIN, 2001, p. 141). Para complementar o modelo, é prudente que o argumento da conclusão (C) conte com fundamentações que objetivem a legitimidade e a solidez da alegação entre a passagem dos dados a conclusão, essa será a consoante “W” (*warrant*) que significa Garantia. Por conseguinte, é incluso o Apoio (*backing*), identificado pela consoante “B”, ferramenta que servirá de endosso da Garantia. Os qualificadores modais (*qualifiers*), consoante “Q”, que informam o grau de força que os dados conferem à alegação em razão da garantia, mensuram, portanto, o limite da aplicação da garantia, à exemplo dos “necessariamente”, “provavelmente”, “presumivelmente”. E, por fim, as condições de refutação (*conditions of rebuttal*), identificadas pela consoante “R”, é a categoria que vai contradizer a Conclusão, traz condições que enfraquecem o potencial da garantia. Nesse sentido, para demonstrações ilustrativas:

Figura 1 – Modelo de argumentos



Fonte: Toulmin, 2001.

Figura 2 - Exposição dos argumentos



Fonte: Toulmin, 2001

Nesse sentido, o que se pode observar por meio do layout é que, ao expor um argumento justificatório as fases e a estrutura requerem soluções candidatas que demandam considerações, por conseguinte alcançar uma solução específica compreensível em razão da evidência considerando o afastamento das possibilidades iniciais apoiado nos indícios e nos demais vislumbres apontados. Ressalta-se ainda a importância, em lógica, do método comparativo, de desenvolver a Conclusão (C), considerando a relevância de todos argumentos (Dados, Garantia, Apoio, Qualificadores e Refutação) como equitativamente pertinentes e interessantes sem quaisquer hierarquias entre eles.

Desta forma, a sugestão dos usos dos argumentos feita por esse método tem relevância na pesquisa em razão de sua preocupação com a solidez, firmeza e suporte dos fundamentos que apoiam as alegações e conclusões. É importante, porque sugere estruturas que possuem fundamentos, assim como um padrão de racionalidade com o qual o direito ocidental afirma trabalhar. Tem pertinência também porque ajuda a estruturar os fundamentos das jurisprudências e analisar categoricamente as decisões das supremas cortes no Brasil.

6. Decisões do STJ compreendidas no esquema de Stephen Toulmin

A tarefa de enquadrar as decisões ao modelo de Stephen Toulmin foi custosa, dado que essas deliberações não são provenientes de um conjunto de elementos organizados. Cada juiz se relaciona com a esfera pública de forma autônoma. A autoridade é a justificativa de tais decisões, a argumentação das razões de decidir é deixado de lado paraem seu lugar serem criados raciocínios voltados para ação profissional e análises teóricasou doutrinária sobre o direito positivo (Rodriguez, 2013).

Para análise foram selecionados acórdãos exarados de Superior Tribunal de Justiça²¹ onde buscou-se a compreensão da aplicação acerca do “Princípio da Precaução”, um dos princípios mais importantes do Direito Ambiental. A pesquisa contemplou uma amostra de decisões realizadas entre os anos de 2009 a 2022. O último julgado²² onde o princípio foi constatado, ocorreu em 28.09.2022.

Ao analisar acerca da existência de elo entre os precedentes, fundamentações, razão de decidir, conclusão do caso que está sob julgamento e precedentes anteriores, nota-se que os fundamentos trazidos em julgados antecedentes não têm ligação com os fundamentos que levaram a conclusão do processo posto à apreciação. Para ilustrar tem-se um dos arestos²³ objeto de pesquisa no qual a discussão versa sobre a legalidade da queima da palha da cana de açúcar no qual a conclusão foi de que (simplesmente) o STJ

não analisa pedidos que necessitam de análise fática-probatória. Todavia, os fundamentos dos precedentes utilizados nesse caso como apoio das garantias, nada tem de correlação com a conclusão. Além do mais, foi constatado precedentes onde o ministro cita precedente dele mesmo, insto é, a garantia do argumento “é a da pessoa do próprio juiz que gera a seguinte estrutura de raciocínio: Se eu afirmo X, logo X”. RODRIGUEZ, p. 91.²⁴

Ao fazer o enquadramento de um dos argumentos do voto no esquema de Stephen

²¹ Assim como o STF, o STJ possui competência originária e recursal para julgar. Nos casos de recurso especial compete ao STJ julgar as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal”. PADILHA, 2019, p. 613.

²²BRASIL, 2019. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.005.977 -RS. Inteiro Teor doacórdão. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103539661&dt_publicacao=30/09/2022. Acesso em 05/10/2022.

²³BRASIL, 2016. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.630.961-SE. Inteiro Teor do acórdão. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76958360&num_registro=201600972935&data=20200916&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 21/09/2022.

²⁴ A exemplo do aresto referenciado acima (Recurso Especial nº 1.630.961).

Toulmin, considera-se:

Dados (D): “o princípio da precaução aplica-se no caso da queima da palha da cana de açúcar.” garantia (W): já que “o princípio se aplica a todos domínios do Direito Ambiental”, apoio da garantia (B) por conta de (fundamentos do precedente): a) conferência Rio 92 (representando o conceito de que na ausência de certeza científica prevalece a defesa do meio ambiente; b) explicação acerca do uso do fogo orientado pelo legislador; c) para autorização da queima da palha é necessário estudo de impacto ambiental; d) queima de palha precisa de autorização; e) o art. 27 do código florestal não se aplica nos casos de cana de açúcar; f) é pacífico o entendimento que a queimada da palha causa danos ao meio ambiente; g) queimadas nas atividades agrícolas não coadunam com a proteção ambiental, conclusão (C): assim, “rever o entendimento da Corte estadual seria possível somente por meio de reexame do acervo fático-probatório existente nos autos, que não se permite em Recurso Especial”.

Nota-se que, após enquadramento ao esquema, a conclusão de “o pedido ser afastado da análise da corte em razão da necessidade de rever as provas” não traz de forma compreensível possível conexão com os fundamentos do precedente acerca da explicação do uso de fogo; explicação sobre o art. 27 do Código Florestal e explanação sobre a Conferência Rio 92. Não há, portanto, a construção de um elo claro entre os fundamentos expostos no precedente anterior e a decisão produzida no processo em apreço. Se a decisão foi de afastar o pedido, qual a importância dos precedentes com essas temáticas? A pesquisa também buscou compreender se o princípio da precaução foi colocado conforme seu significado e sua relação com os fatos e contexto. O resultado das análises demonstrou, todavia, que o uso do princípio, utilizado muitas vezes como garantias dos argumentos que levaram as conclusões, não contempla seu significado, não abordou as características que incorporam e fundamentam seu emprego. O uso do instituto não compreendeu os contextos dos argumentos, principalmente as refutações. O exame revelou que a aplicação do princípio foi feita de forma aberta, geral e indeterminada, muitas vezes para justificar alegações diferentes, praticado como resposta para várias situações sem precisar o elo entre o princípio e o contexto.

Também foi analisado a forma como o princípio da precaução fora aplicado, se na forma de argumento, garantia ou apoio da garantia. Isso porque a hipótese inicial de investigação presume o uso do princípio não como argumento proveniente da decisão, mas na forma de justificativa formal para uma decisão que de antemão possui o próprio argumento.

Contudo, a pesquisa levantou que o instituto é utilizado na maioria dos casos como

garantia²⁵ dos argumentos e como próprio argumento. Em alguns casos até como razão de decidir dos argumentos, à exemplo do aresto²⁶ que versou sobre a lide da companhia de energia versus município²⁷. Cabe dizer que nesse caso, o princípio foi citado dezoito vezes. Estava presente na ementa, no relatório, na decisão de outros processos vinculados e, também, nas seguintes formas: 1) como Garantia dos argumentos que falava sobre a) inversão do ônus da prova; b) que o empreendedor deve responder por potencial perigo; c) a análise do pedido requer o reexame das provas; d) que se trata de princípio norteador do direito ambiental e d) em caso de incerteza científica, aplica-se o princípio. 2) como razão de decidir dos argumentos que falavam sobre a) “a demanda trata de diversos impactos ambientais”; b) “os impactos devem ser mitigados pela empresa de energia”. 3) Como Argumento da afirmação a) o princípio pressupõe o ônus da prova.

Isso demonstra que, embora exista justificativa para os argumentos, o princípio da precaução foi utilizado como fundamento (genérico) e indeterminado para diversos tipos de argumentos²⁸. Todavia, abordar o princípio da precaução não significa utilizá-lo apenas como norma jurídica cogente, aberta, sem o mínimo de ligação com os fundamentos comparados, mas com objetivo de compreensão do problema colocado. Até porque o utilizar o princípio como fundamento para aplicação do “ônus da prova” p.ex. não significa ônus de argumento, há um padrão para que os argumentos sejam considerados adequados que se “expressa em ônus argumentativo imposto a todos aqueles que pretendem argumentar juridicamente” (RODRIGUEZ, p.73).

O uso formal do princípio da precaução requer a aplicação de critérios que condizem

²⁵A exemplo do primeiro julgado de 2004. O princípio da precaução foi utilizado como argumento da afirmação “o princípio da precaução favorece a implementação da obra”. A garantia utilizada foi o voto de outro ministro (voto que pertence ao mesmo julgado) que não demonstrava a relação entre o princípio e a afirmação. BRASIL. 2004. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Suspensão de tutela antecipada nº88- DF. Relator: Min. Edson Vidigal. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400756816&dt_publicacao=09/02/2005. Acesso em 05/10/2022.

²⁷ BRASIL. 2017. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.151.766 - MS. Inteiro Teor do acórdão. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84492598&num_registro=201702013760&data=20180627&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 21/09/2022.

²⁷A análise desse aresto foi uma missão quase impossível. Isso devido conter no mesmo voto (vencedor) seis conclusões concomitantes (três com razões diferentes, uma que se repete e outras duas semelhantes com a mesmo fundamento e razão de decidir). São elas: “o recurso não pode ser reconhecido”. Razão: a) porque os argumentos não apontam especificamente as razões do acórdão, b) porque o STJ não analisa questões de fato, apenas de direito e c) porque cabe ao STF reformar o acórdão. Por conseguinte, “empresa de energia deve arcar com as despesas da perícia” Razão: o acórdão está de acordo com a jurisprudência do STJ.

²⁸Mesmo quando o princípio é utilizado como garantia do argumento “quem se imputa um dano ambiental quem deve suportar o ônus de provar sobre ausência de risco” tem que trazer a devida fundamentação e razão pela qual incide a situação de risco. RODRIGUEZ, 2021.

com seu conceito. A justificativa da sua utilização implica em p.ex. considerar na análise não o risco zero de danos, mas riscos baixos e aceitáveis; é necessário dizer o que se pretende prevenir e o risco a ser evitado; deve-se levar em conta os riscos da não implementação do projeto proposto; importa que a dúvida sobre a natureza nociva de certa substância deve partir de análises técnicas e científicas; além disso, o uso do princípio não determina a paralisação da atividade, mas que seja realizada com os cuidados necessários; é relevante verificar se os meios definidos pelo legislador foram observados; e, por fim, analisar os custos das medidas de prevenção (Antunes, 2021).

Desta forma, é compreensível a prática do uso do princípio como garantia (ou justificação) dos argumentos de “inversão do ônus da prova em caso de degradação ambiental²⁹”; “princípio norteador do direito ambiental”; “em caso de incerteza científica”, onde o apoio da garantia muitas vezes é a própria súmula do STJ³⁰, ainda que se trate de apoio obscuro (ANTUNES, 2020), entretanto, acaba por descreditar a garantia tornando-a sem autoridade e inaceitável. A tarefa das razões (garantia) que justificam os argumentos é reforçar a base sobre a qual o argumento foi construído. A justificação consiste, assim, em demonstrar a legitimidade entre os argumentos e a conclusão, associar os parâmetros de análise do princípio com os argumentos e a decisão final.

Foi investigado, do mesmo modo, se a aplicação do princípio da precaução usada nos julgados como argumento é feita de forma analítica ou substancial. Para Toulmin, um argumento que leva dos dados a conclusão, é denominado ou considerado analítico, se, e somente se, a garantia tiver conexão com o apoio. Se o apoio ratificar a validade da garantia e incluir de forma implícita ou explícita a informação transmitida na própria conclusão. Na realização dessa conexão integral, as afirmações constantes nos dados, no apoio e na conclusão, serão como regra considerada tautológica. No entanto, o adverso também se faz por verdadeiro, assim, no momento em que o apoio para a garantia não abranger a informação apresentada na conclusão, a afirmação dos dados, do apoio e da conclusão, de modo algum será tautológica, e o argumento tornar-se-á argumento substancial.

Na maioria dos arestos³¹ objeto de pesquisa o princípio foi utilizado de forma

²⁹À exemplo do último julgado encontrado. BRASIL, 2019. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.005.977 -RS. Inteiro Teor do acórdão. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103539661&dt_publicacao=30/09/2022. Acesso em 05/10/2022

³⁰BRASIL. STJ. Órgão julgador CE – Corte especial. Súmula 618. A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental, julgado em 24/10/2018, Dje de 30/10/2018.

³¹À exemplo dos julgados: BRASIL. 2019. Superior Tribunal de Justiça. AgInt da PET na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.528- RJ, 0161955-6. Inteiro Teor do acórdão. Relator: Min. Herman Benjamin; BRASIL. 2017.

substancial, uma vez que as garantias dos argumentos foram trazidas sem apoio; as conclusões não demonstraram ligações claras com as garantias; as informações dos dados não estavam inclusas na garantia e na conclusão; o princípio da precaução foi aplicado como argumento, garantia e apoio ao mesmo tempo. A título exemplar tem-se a lide³² que versou sobre agência de energia elétrica que buscava implementar obra, mas foi barrada pela corte. Encaixando no esquema de Stephen Toulmin os argumentos seguem da seguinte forma. Dados (D): o princípio da precaução sustenta-se pelos possíveis danos ao meio ambiente, assim (C): é necessária a realização da perícia, já que (W): o princípio da precaução é fator norteador para a decisão. Nesse caso, não há apoio.

O princípio da precaução aparece no julgado em forma de argumento, pois trazido no voto de modo a substanciar a afirmação (e ao mesmo tempo uma das conclusões) de que não é viável que a corte analise o pedido, o qual busca afastar premissas fáticas. É ostentado como justificativa (garantia) do argumento sobre a necessidade de realização de perícia técnica para evitar possíveis danos, mas não há nenhum tipo de apoio (B).

Constata-se, com isso, que o tipo de argumento se enquadra no substancial. De início em razão da ausência de apoio. Por conseguinte, a garantia aplicada, nesse caso, o princípio da precaução, não inclui informação transmitida na conclusão. Em outros termos, aplicar o princípio da precaução como justificativa formal (garantia), incide em explicar sobre, por exemplo, o risco da atividade a ser evitado, os riscos da não implementação do projeto, os cuidados necessários na eventual implementação da atividade, etc., não de forma genérica ou com fundamentos ocasionais, aleatórios e sem compreensão do problema. Todavia, não há de forma implícita ou explícita o referido conjunto de elementos na própria conclusão. Se a conclusão do julgado é de que a corte deve abster-se do exame do pedido, não foi demonstrado que, ao menos na garantia, incluiu-se informações que foram transmitidas na conclusão. Assim, o argumento não é tautológico. A pesquisa mostrou também que o mais comum entre os julgados foi o uso do princípio dissociado da decisão. Observa-se que, embora as resoluções das lides apresentem como conclusões, tais como: determinações de

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.151.766 - MS. Inteiro Teor do acórdão. Relatora: Min. Assusete Magalhães; BRASIL. 2014. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.437.979 - CE (2014/0039781-0). Inteiro Teor do acórdão. Relator: Min. Herman Benjamin; BRASIL. 2020. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no agravo em recurso especial nº 1.6556.657-MG (2020/0022643-3). Inteiro teor do acórdão. Relator: Min. Herman Benjamin; entre outros.

³²BRASIL. 2014. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.437.979 -CE (2014/0039781-0). Inteiro teor do acórdão. Relator: Min. Herman Benjamin. Acesso em 22/09/2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1333377&num_registro=201400397810&data=20160518&formato=PDF

prazo para regularização delimitação da obra; encerramento das atividades seja em razão da extração irregular de matéria-prima ou em razão de incertezas acerca dos agentes nocivos ao meio ambiente; aplicação do ônus da prova para custear perícias; desconhecimento do pedido, a aplicação da norma (princípio da precaução) que poderia dar garantia aos dados e também à conclusão, está desvinculada. Isso porque, mais uma vez o princípio é utilizado de forma ampla sem aplicação da subsunção do seu conceito e conteúdo ao problema prático, isto é, o encaixe dos elementos do princípio e as características concretas do assunto em questão e os efeitos desta análise.

“...um dos aspectos do Princípio da Precaução que tem sido muito pouco ressaltado é que prevenir riscos ou danos implica escolher quais os riscos ou danos pretendemos prevenir e quais os que aceitamos correr. Se feita racionalmente a escolha, escolheremos o risco menor em preferência ao maior. Contudo, nem sempre as escolhas são feitas racionalmente, pois a percepção do risco nem sempre guarda alguma relação com o risco real e, muitas vezes, a escolha é feita com base na percepção e não no risco real.” (ANTUNES, 2021, p.39)

Se o princípio da precaução é utilizado como fundamento dos argumentos inseridos nas razões de decidir, a conclusão deve incluir o resultado da análise desse fundamento. Desta forma, vincular o instituto na decisão, ainda que de forma tácita, é demonstrar as consequências da exploração do princípio.

Outra análise importante da pesquisa foi a apuração acerca das refutações e a forma como estas moldaram os argumentos que levaram às conclusões. As refutações servem para desafiar alegações específicas podendo pôr a prova (de um modo mais geral), toda legitimidade dos demais argumentos. As garantias usadas para sustentar os argumentos são sempre sujeitas a qualificações e condições, por essa razão insere-se nas premissas um “presumivelmente” (qualificador diante da conclusão) quando se percebe que a conclusão está sendo refutada (R). Os apoios, conforme explicado mais acima, são aqueles que sustentam garantias que geralmente não possuem autoridade ou vigência. Devem ser escolhidos com cautela, além de exigir esclarecimentos precisos sobre as relações entre o apoio, os dados, alegações, garantias e condições de refutações, que se não trazidos aos argumentos, incorre no risco de desclassificação.

O resultado da pesquisa evidenciou que na maioria dos casos não há de forma clara a moldagem dos argumentos conforme as refutações e a forma pela qual os argumentos chegaram à conclusão. Para refutações trazidas nos votos, de forma geral, os argumentos foram moldados com princípios genéricos (o princípio da precaução foi um deles) além de não ser demonstrado claramente o ajuste entre os argumentos, princípios, refutação e a conclusão.

Exemplo disso, é o julgado ³³onde as refutações diziam a respeito da “violação a discricionariedade administrativa”; “infringência ao princípio da separação dos poderes”; “inexistência de condição orçamentária específica para satisfazer a imposição legal”, no qual para a alegação da violação a discricionariedade o fundamento utilizado foi de norma geral constitucionalmente expressa acerca da “guarda da constituição”, em relação a violação ao princípio da separação dos poderes o fundamento foi de que “o estado não tem liberdade de não realizar políticas públicas” e sobre a inexistência de condição orçamentária o fundamento foi de que “a parte deveria ter o valor disponível por ser tratar de norma constitucional.

Desta forma, as alegações, resultados das asserções confrontadas pelas refutações, isto é, as respostas às refutações, não se demonstraram estabelecidas, provadas e reveladas justificáveis. “Não se pode recusar, racionalmente, a justificar uma asserção proferida quando alguém se põe a questiona-la.” (RODRIGUEZ, 2013, p. 70). Não foi exposto visivelmente a correção dos fatos ou o afastamento da objeção por meio de argumentos. Na ocasião em que a garantia é desafiada, deve-se inserir apoios que podem ser expressos na forma de afirmações categóricas de fato. Os apoios oferecidos, entretanto, não demonstraram congruência com as garantias, isso porque na maioria dos casos as garantias eram princípios abertos, sem a inclusão de informações citadas nos dados e nas conclusões, daí porque o apoio, quando trazido para dar suporte as garantias, como consequência do uso genérico dos princípios, não traziam, assim como não autorizavam, evidentemente, as garantias.

7. Conclusão

É possível que a emancipação do direito, isto é, a possibilidade de manifestar a insatisfação, ocorra por meio das lacunas do poder judiciário, literalmente através das lacunas normativa. As demandas sociais que ainda não estão reguladas pelo direito também surgem nas ações judiciais e o juízo utilizando-se das ferramentas que preenchem a brecha normativa poderá promover ou não a reivindicação. Um dos instrumentos que possibilita eventual promoção da demanda são os princípios normativos, dado tratar de normas abertas com objetivo de moldar os interesses conforme os valores sistêmicos. O resultado da apreciação por meio do poder judiciário, é uma garantia institucional da possibilidade de expressão da insatisfação e, conseqüentemente, a potencialização da emancipação do direito.

³³BRASIL. 2020. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no agravo em recurso especial nº 1656657- MG. Inteiro Teor do acórdão. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=129954226&num_registro=202000226433&data=20210803&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 28/09/2020

A apreciação dos princípios, contudo, exige do intérprete, não apenas um trabalho de simples exegese, mas um trabalho de permanente construção jurídica em razão da contínua mudança e exigência sociais, além de criar critérios de preenchimentos dos fundamentos com o mesmo fim. Por meio do estudo das decisões da corte superior brasileira conforme método de Toulmin, identificou-se que a garantia dos argumentos (nesse caso o uso do princípio da precaução) é hierarquicamente superior, caracterizado, portanto, como argumento autoritário; o argumento das conclusões não recebeu suporte sólido e legítimo, além de aleatórios ao caso em análise; as fundamentações eram incompatíveis com a razão de decidir e a decisão tomada; há uso de argumentos autoritários, pois o emprego não possui suporte pertinente, bem como ausente de justificação (no caso de aplicação do princípio desconsiderando seu conteúdo); não ficou demonstrado o elo entre os precedentes, razão de decidir e conclusão do caso; as refutações não moldaram os argumentos usados para a decisão final.

Não restou afirmado, portanto, que um dos espaços para garantir institucionalmente a possibilidade de expressar a insatisfação potencializa a emancipação

do direito, demonstrando retrocesso do estado democrático de direito, ao menos por esse método analítico de argumentação.

De modo suposto, por intermédio das demandas oriundas do poder judiciário, seria possível promover por meio de método designado de argumentação, a simetria entre a regulação e accountability, isto é, a conformação entre mercado, arquitetura ambiental, normas sociais e leis. Mas, essa pode ser uma pauta para outro momento de pesquisa.

REFERÊNCIAS

AMARAL, F. Código Civil e interpretação jurídica. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 44/45, p.147-167, 2013.

ANTUNES, Paulo de B. **Direito Ambiental**. São Paulo Atlas e Grupo GEN: , 2021 E-book. ISBN 9788597027402. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027402/>. Acesso em: 24 out. 2022.

ÁVILA, H. **TEORIA DOS PRINCÍPIOS: DA DEFINIÇÃO À APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS**. 20. ed. SÃO PAULO 2021.

CETESB, C. A. DO E. DE S. P. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e desenvolvimento**. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf. Acesso em: 21 ago. 2022.

GAMBA, J. R. G. **Teoria geral do Estado e ciência política**. SÃO PAULO. Grupo GEN, 2019.

HIRONAKA, G. M. F. N. FAMÍLIAS PARALELAS. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 108, p. 199–219, 2013.

LÖWY, M. . D. 9 (1978): 129-152. **Revolução burguesa e reolução permanente em Marx e Engels.pdf**. Discurso, n. 9, p. 129-152, 1978.

PADILHA, R. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Grupo GEN, 2019.

RANIERI, N. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 2º ed. Editira Manole, 2018.

RODRIGUEZ, J. R. **Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann**. SÃO PAULO- SP: SARAIVA, 2009.

RODRIGUEZ, J. R. **Como decidem as cortes?** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RODRIGUEZ, Marcela. A. **Esquematizado - Direito Ambiental**. Editora Saraiva, 2021

ROESLER, C. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica : o que fazemos quando analisamos decisões judiciais ? **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**, p. 21–44, 2018.

SALDANHA, I. V. Considerações sobre a hermenêutica jurídica da escola da livre investigação em François Géný. p. 23–37, 2022. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/774>

SARLET, INGO, W. E T. F. **PRINCIPIOS DO DIREITO AMBIENTAL**.

SILVA, J. A. DA. **APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

SIRVINSKAS, L. P. **MANUAL DE DIREITO AMBIENTAL**.

TOULMIN, S. **Os usos do argumento**. SÃO PAULO: Editora Saraiva, 2022

